



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

## **„Typische Zwangsmaßnahmen des Polizeialltages im Lichte der Grundrechte“**

Verfasser

Mag.iur. Norbert Leopold SCHMICKL

angestrebter akademischer Grad

Doctor iuris (Dr.iur.)

Wien, im Februar 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: o. Univ.-Prof. DDr. Heinz MAYER

## **EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG**

Ich erkläre ehrenwörtlich,

1. dass ich die vorliegende Dissertation selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe, und
  
2. dass ich diese Dissertation bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Mag.iur. Norbert L. Schmickl eh

## VORWORT

Die vorliegende Dissertation ist aus dem Wunsch heraus entstanden, einige im täglichen Dienstbetrieb der Polizei sehr häufig verwendete polizeiliche Zwangsmaßnahmen, wie etwa die Festnahme, die Haus- und Personendurchsuchung, die Wegweisung oder den Schusswaffengebrauch zu beleuchten, sowie deren Auswirkungen und die daraus entstehenden Problemfelder im Hinblick auf verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Bestimmungen, aber auch vor dem Hintergrund der betroffenen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte (Grund- und Menschenrechte), zu diskutieren.

Dabei soll einleitend auf den Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt eingegangen und diesbezüglich auch in aller Kürze die innerstaatlichen und europäischen Rechtsschutzmöglichkeiten erörtert werden.

Eine beachtenswerte Häufung von Aufsehen erregenden Amtshandlungen der österreichischen Exekutivbeamten hat in den letzten Jahren immer wieder die Medienlandschaft im In- und Ausland und deren Berichterstattung beschäftigt. Zahlreiche Diskussionen über die Notwendigkeit, Zulässigkeit und Intensität des polizeilichen Schusswaffengebrauches, die Rechtmäßigkeit der von Polizisten und den ehemaligen Gendarmen angewendeten Zwangsmaßnahmen und nicht zuletzt daraus resultierend über die Qualität der polizeilichen (Grund-) Ausbildung sind noch immer präsent und in allgemeiner Erinnerung.

Gerade jene drastischen Eingriffe in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte, welche etwa Leib, Leben, Gesundheit und die körperliche Unversehrtheit schützen, beschäftigen Verwaltungsbehörden, Gerichte und natürlich insbesondere auch die Journalisten. Genau diese Grund- und Menschenrechte sind es, die die Bevölkerung vor unrechtmäßiger oder falsch dosierter Ausübung der Staatsgewalt behüten sollen. Eben deshalb haben die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte in den letzten Jahren stark an Bedeutung und allgemeine Beachtung gewonnen.

Die Berichterstattung und relevante Gerichtsverfahren sind ins Zentrum des medialen Interesses gerückt und werden von einer breiten Allgemeinheit beobachtet und diskutiert. Meiner Meinung nach geschieht dies auch zu Recht, denn die Arbeit und Tätigkeit unserer Polizei berührt die Bürger in vielen Bereichen, wie etwa die Privat- und Intimsphäre oder die Integrität der Person. Gerade aus diesem Grund reagieren wir äußerst sensibel auf Eingriffe, Verletzungen und Vernachlässigungen der Grund- und Menschenrechte.

Ziel der Dissertation ist es, eine übersichtliche Darstellung wichtiger polizeilicher Zwangsmaßnahmen zu bieten, um einen raschen und fundierten Überblick über die maßgeblichen Rechtsvorschriften zu gewinnen.

Vor diesem Hintergrund werden im Zuge dieser Arbeit mehrere in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte eingreifende Polizeihandlungen aufgezeigt, kritisch beleuchtet und hinterfragt. Abgerundet wird die Arbeit mit einem kurzen Überblick über die haftungsrechtlichen Aspekte.

Mein besonderer Dank gilt vor allem Herrn o. Univ.-Prof. DDr. Heinz *Mayer* für die Übernahme der Betreuung und Begutachtung meiner Arbeit und Frau Univ.-Prof. Dr. Gabriele *Kucsko-Stadlmayer* für die freundliche Übernahme der Zweitbegutachtung. Ferner gebührt mein Dank Herrn Priv.-Doz. Dr. Karl *Stöger*, MJur (Oxford) für seine stets wertvollen Anregungen und seine laufende Unterstützung sowie die Bereitschaft während einiger Termine über die Arbeit mit mir zu diskutieren.

Weiters danke ich meiner lieben Ehefrau, Mag<sup>a</sup> (FH) Bettina *Schmickl*, für die unermüdliche Unterstützung während dieser Arbeit und für die mehrmalige kritische und akribische Durchsicht des Manuskripts. Viele nützliche Anregungen, Einflüsse und Korrekturen konnten dadurch in die Arbeit einfließen und aufgenommen werden.

Schließlich gilt mein ganz besonderer Dank auch meiner lieben Familie, die stets jede Menge Geduld und Verständnis aufbrachte, für die vielen Stunden, die ich vor meinem Computer und Büchern verbrachte.

# INHALTSVERZEICHNIS

|                                                                                     |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG</b>                                                     | <b>1</b>  |
| <b>VORWORT</b>                                                                      | <b>2</b>  |
| <b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>                                                        | <b>11</b> |
| <b>I. EINLEITUNG</b>                                                                | <b>16</b> |
| <b>A. Allgemeiner Überblick über den Untersuchungsgegenstand.....</b>               | <b>16</b> |
| 1. Problembeschreibung .....                                                        | 16        |
| 2. Die Begriffe Polizei, Sicherheitspolizei und Österreichische Bundespolizei ..... | 19        |
| 2.1. Polizei .....                                                                  | 19        |
| 2.2. Sicherheitspolizei .....                                                       | 20        |
| 2.3. Österreichische Bundespolizei .....                                            | 22        |
| 3. Notwendigkeit der unmittelbaren Zwangsmaßnahmen im Polizeialltag .....           | 23        |
| 4. Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt .....        | 25        |
| 4.1. Allgemeines .....                                                              | 25        |
| 4.2. Definition .....                                                               | 27        |
| 4.2.1. Der Bescheid .....                                                           | 28        |
| 4.3. Setzung und Formen des AuvBZ .....                                             | 30        |
| 4.4. Rechtsordnung sieht keine Befugnisse vor - „Fehlerkalkül“ ....                 | 31        |
| <b>B. Rechtsschutz gegen den AuvBZ .....</b>                                        | <b>32</b> |
| 1. Der unabhängige Verwaltungssenat (UVS) als erste Instanz.....                    | 32        |
| 1.1. Legitimation zur Beschwerde .....                                              | 33        |
| 1.2. Das Verfahren im Überblick .....                                               | 37        |
| 1.3. Besonderer Rechtsschutz des SPG.....                                           | 39        |
| 2. Exkurs: Verwaltungsgerichte der Länder.....                                      | 40        |
| 2.1. Überblick über die geplanten Regelungen .....                                  | 41        |
| 3. Die nachprüfende Kontrolle des VwGH und/oder VfGH .....                          | 42        |
| 3.1. Bescheidbeschwerde an den VwGH (Parteibeschwerde).....                         | 42        |
| 3.2. Bescheidbeschwerde an den VfGH (Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit) .....        | 44        |
| 3.2.1. Ausnahme hinsichtlich der Rechtslage .....                                   | 46        |
| 3.3. Parallelbeschwerde und Sukzessivbeschwerde .....                               | 46        |

|            |                                                                                     |           |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 4.         | Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)..... | 47        |
| 4.1.       | Grundsätzliches zu den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten.....           | 47        |
| 4.2.       | Die EMRK und der EGMR .....                                                         | 48        |
| 4.2.1      | Rechtswirkung der Entscheidung des EGMR .....                                       | 51        |
| <b>C.</b>  | <b>Untersuchungsmethode bei der Betrachtung der einzelnen Zwangsmaßnahmen .....</b> | <b>54</b> |
| 1.         | Definition und allgemeine Bedeutung des jeweiligen Zwangsaktes .....                | 54        |
| 2.         | Verfassungsmäßige Regelung .....                                                    | 55        |
| 3.         | Einfachgesetzliche Regelung .....                                                   | 55        |
| 4.         | Eigene Betrachtung, Kritik und Lösungsvorschläge .....                              | 55        |
| 5.         | Haftungsrechtliche Aspekte.....                                                     | 55        |
| <b>D.</b>  | <b>Abgrenzungen.....</b>                                                            | <b>56</b> |
| 1.         | Untersuchung von polizeilichen Zwangsmaßnahmen .....                                | 56        |
| 2.         | Datenschutzgesetz.....                                                              | 57        |
| 3.         | Einschränkung auf die ausgewählten Zwangsmaßnahmen .....                            | 58        |
| <b>II.</b> | <b>HAUPTTEIL .....</b>                                                              | <b>59</b> |
| <b>A.</b>  | <b>Der Schusswaffengebrauch .....</b>                                               | <b>59</b> |
| 1.         | Allgemeines und Abgrenzung.....                                                     | 59        |
| 2.         | Begriffsbestimmungen.....                                                           | 59        |
| 2.1.       | Waffe – Schusswaffe .....                                                           | 60        |
| 2.2.       | Dienstwaffe .....                                                                   | 61        |
| 3.         | Grundrechtliche Grundlagen .....                                                    | 64        |
| 3.1.       | Schutzbereich des Art 2 EMRK.....                                                   | 64        |
| 3.2.       | Schutzbereich des Art 3 EMRK.....                                                   | 69        |
| 3.3.       | Schutzbereich des Art 8 EMRK.....                                                   | 72        |
| 4.         | Kompetenzrechtliche Grundlagen .....                                                | 76        |
| 4.1.       | WaffG und SPG .....                                                                 | 76        |
| 4.2.       | WaffGG .....                                                                        | 76        |
| 5.         | Einfachgesetzliche Grundlagen.....                                                  | 76        |
| 5.1.       | Waffenrechtliche Grundlagen.....                                                    | 76        |
| 5.1.1.     | Waffengesetz 1996 .....                                                             | 76        |
| 5.1.2.     | Waffengebrauchsgesetz 1969 .....                                                    | 77        |
| 5.2.       | Polizeirechtliche Grundlagen .....                                                  | 77        |

|           |                                                                                           |            |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5.2.1.    | Sicherheitspolizeigesetz 1991 .....                                                       | 77         |
| 5.2.2.    | Strafprozessordnung 1975.....                                                             | 79         |
| 6.        | Arten des Waffengebrauches .....                                                          | 80         |
| 6.1.      | Der Waffengebrauch gemäß § 2 WaffGG .....                                                 | 80         |
| 6.2.      | Der lebensgefährdende Waffengebrauch gemäß § 7<br>WaffGG .....                            | 84         |
| 6.3.      | Die Androhung des lebensgefährdenden<br>Waffengebrauches .....                            | 88         |
| 6.4.      | Weitere gesetzliche Vorgaben beim Waffengebrauch .....                                    | 90         |
| 6.4.1.    | Eigensicherung .....                                                                      | 90         |
| 6.4.2.    | Das Verhältnismäßigkeitsprinzip.....                                                      | 91         |
| 6.4.3.    | Gebrauch anderer Waffen und Mittel.....                                                   | 95         |
| 6.5.      | Der Warn- oder Schreckschuss .....                                                        | 96         |
| 6.6.      | Wann liegt im Falle einer Schussabgabe kein<br>Waffengebrauch iSd des WaffGG vor? .....   | 98         |
| 6.6.1.    | Alarmschuss .....                                                                         | 99         |
| 6.6.2.    | Gnaden- oder Fangschuss .....                                                             | 99         |
| 6.6.3.    | Sonstige Schussabgaben .....                                                              | 100        |
| 6.6.4.    | Unwillkürliche Schussabgabe .....                                                         | 100        |
| 6.6.5.    | Schussabgabe infolge unsachgemäßer<br>Handhabung der Schusswaffe.....                     | 101        |
| 7.        | Einige Beispiele aus der Judikatur des Verfassungs- und<br>Verwaltungsgerichtshofes ..... | 102        |
| 7.1.      | VwGH 28.6.1995, 94/01/0741 .....                                                          | 102        |
| 7.2.      | VfGH 10.12.1997, B 4127/96 (VfSlg 15.046) –<br>„Treibjagdfall“ .....                      | 103        |
| 7.3.      | VwGH 28.1.1998, 96/01/0640 .....                                                          | 104        |
| 8.        | Kritik und Lösungsvorschläge.....                                                         | 106        |
| 8.1.      | WaffGG .....                                                                              | 106        |
| 8.2.      | SPG .....                                                                                 | 108        |
| 8.3.      | RLV .....                                                                                 | 111        |
| <b>B.</b> | <b>Die Festnahme .....</b>                                                                | <b>113</b> |
| 1.        | Allgemeines und Abgrenzung.....                                                           | 113        |
| 2.        | Begriffsbestimmungen.....                                                                 | 114        |
| 2.1.      | Legaldefinition .....                                                                     | 114        |
| 2.2.      | Allgemeiner Sprachgebrauch.....                                                           | 114        |
| 2.3.      | Exkurs: Präventivhaft .....                                                               | 115        |
| 3.        | Grundrechtliche Grundlagen .....                                                          | 116        |

|                                                                                           |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.1. Allgemeines .....                                                                    | 116        |
| 3.2. Schutzbereich des BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit.....                 | 117        |
| 3.3. Schutzbereich des Art 3 EMRK.....                                                    | 122        |
| 3.4. Schutzbereich des Art 5 EMRK.....                                                    | 123        |
| 3.5. Exkurs: Die Grundrechtsbeschwerde an den OGH.....                                    | 125        |
| 4. Kompetenzrechtliche Grundlagen .....                                                   | 126        |
| 5. Einfachgesetzliche Grundlagen.....                                                     | 127        |
| 5.1. Verwaltungsstrafgesetz 1991 .....                                                    | 127        |
| 5.1.1. Mangelnde Identifizierbarkeit - § 35 Z 1 VStG .....                                | 128        |
| 5.1.2. Fluchtgefahr - § 35 Z 2 VStG .....                                                 | 129        |
| 5.1.3. Verharrung oder Wiederholungsgefahr - § 35 Z 3 VStG .....                          | 129        |
| 5.2. Sonderbestimmungen für Jugendliche.....                                              | 133        |
| 5.3. Strafprozessordnung 1975.....                                                        | 134        |
| 5.3.1. Die Kriminalpolizei .....                                                          | 134        |
| 5.3.2. Die Festnahmegründe .....                                                          | 135        |
| 5.3.3. Die Festnahme aus eigener Macht .....                                              | 136        |
| 5.3.3.1. Betretung auf frischer Tat (§ 170 Abs 1 Z 1 StPO).....                           | 136        |
| 5.3.3.2. Die anderen Festnahmegründe (§ 170 Abs 1 Z 2 – 4 StPO) .....                     | 137        |
| 5.3.4. Eigener Rechtsmittelweg .....                                                      | 139        |
| 5.4. Sicherheitspolizeigesetz 1991.....                                                   | 142        |
| 6. Einige Beispiele aus der Judikatur des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes ..... | 144        |
| 6.1. VfGH 12.6.1987, B 1143/86 (VfSlg 11.335) .....                                       | 144        |
| 6.2. VfGH 25.9.1987, B 47/87 (VfSlg 11.426) .....                                         | 145        |
| 6.3. VwGH 11.12.2001, 2000/01/0254 .....                                                  | 146        |
| 6.4. VwGH 6.12.2007, 2004/01/0409 .....                                                   | 147        |
| 7. Kritik und Lösungsvorschläge.....                                                      | 148        |
| 7.1. VStG .....                                                                           | 148        |
| 7.2. StPO .....                                                                           | 151        |
| <b>C. Die Haus- oder Personendurchsuchung .....</b>                                       | <b>153</b> |
| 1. Allgemeines und Abgrenzung.....                                                        | 153        |
| 2. Begriffsbestimmungen.....                                                              | 154        |
| 2.1. Hausdurchsuchung .....                                                               | 154        |



|                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. Allgemeines und Abgrenzung.....                                                              | 207        |
| 2. Grundrechtliche Grundlagen .....                                                             | 208        |
| 2.1. Schutzbereich des Art 4 StGG .....                                                         | 208        |
| 2.2. Schutzbereich des Art 6 StGG .....                                                         | 210        |
| 2.3. Schutzbereich des Art 5 EMRK und des BVG über den<br>Schutz der persönlichen Freiheit..... | 211        |
| 2.4. Schutzbereich des Art 8 EMRK.....                                                          | 212        |
| 3. Kompetenzrechtliche Grundlagen .....                                                         | 214        |
| 4. Einfachgesetzliche Grundlagen.....                                                           | 214        |
| 4.1. Sicherheitspolizeigesetz 1991 - Allgemeines .....                                          | 214        |
| 4.2. § 38 SPG - Wegweisung .....                                                                | 215        |
| 4.3. § 38a SPG – Wegweisung und Betretungsverbot bei<br>Gewalt in Wohnungen.....                | 218        |
| 4.4. Wegweisung und Betretungsverbot im Einzelnen .....                                         | 219        |
| 4.4.1. Rechtsform – liegt ein AuvBZ vor?.....                                                   | 219        |
| 4.4.2. Begriffe Wohnung und eigene Wohnung .....                                                | 221        |
| 4.4.3. Verhältnismäßigkeitsprinzip .....                                                        | 223        |
| 4.4.4. Gefährlichkeitsprognose .....                                                            | 224        |
| 4.5. Verfahren bei der Wegweisung .....                                                         | 226        |
| 4.5.1. Zustellung und Dokumentation .....                                                       | 226        |
| 4.5.2. Fristen .....                                                                            | 227        |
| 5. Einige Beispiele aus der Judikatur des<br>Verwaltungsgerichtshofes und der UVS .....         | 228        |
| 5.1. VwGH 9.9.2003, 2002/01/0360 .....                                                          | 228        |
| 5.2. VwGH 24.2.2004, 2002/01/0280 .....                                                         | 230        |
| 6. Kritik und Lösungsvorschläge.....                                                            | 231        |
| <b>E. Haftungrechtliche Aspekte .....</b>                                                       | <b>235</b> |
| 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen .....                                                       | 235        |
| 1.1. ABGB .....                                                                                 | 235        |
| 1.2. AHG .....                                                                                  | 235        |
| 1.3. PolBEG .....                                                                               | 235        |
| 2. Allgemeine Betrachtungen und Vergleiche.....                                                 | 235        |
| 2.1. Haftung nach dem Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch ...                                   | 235        |
| 2.2. Amtshaftungsgesetz.....                                                                    | 236        |
| 2.3. Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz.....                                                  | 238        |
| 3. Haftung nach dem Amtshaftungsgesetz.....                                                     | 239        |

|                                                                |            |
|----------------------------------------------------------------|------------|
| 3.1. Rechtsträger, Organ und Schaden .....                     | 239        |
| 3.2. In Vollziehung der Gesetze .....                          | 241        |
| 3.3. Rechtswidrigkeit und Verschulden .....                    | 241        |
| 3.4. Ursächlicher Zusammenhang .....                           | 243        |
| 3.5. Regress.....                                              | 243        |
| 4. Haftung nach dem Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz ..... | 244        |
| 4.1. Ersatzpflicht .....                                       | 244        |
| 4.2. Information des Geschädigten und Verfahren.....           | 246        |
| <b>III. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK</b>                       | <b>248</b> |
| A. Schusswaffengebrauch .....                                  | 248        |
| B. Festnahme.....                                              | 250        |
| C. Haus- und Personendurchsuchung .....                        | 252        |
| D. Wegweisung.....                                             | 254        |
| <b>LITERATURVERZEICHNIS</b>                                    | <b>256</b> |
| <b>KURZZUSAMMENFASSUNG</b>                                     | <b>262</b> |
| <b>CURRICULUM VITAE</b>                                        | <b>264</b> |

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

|          |                                                                                                                                                |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AB       | Ausschussbericht                                                                                                                               |
| ABGB     | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch 1811, JGS Nr 946 idF BGBl I Nr 100/2008                                                                    |
| AbgEO    | Abgabenexekutionsordnung, BGBl Nr 104/1949 idF BGBl I Nr 99/2007                                                                               |
| ABI      | Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen            |
| Abs      | Absatz                                                                                                                                         |
| ADV      | Verordnung der Bundesregierung über die Allgemeinen Dienstvorschriften für das Bundesheer (ADV), BGBl Nr 43/1979 idF BGBl II Nr 310/2002 (DFB) |
| aF       | alte Fassung                                                                                                                                   |
| AHG      | Amtshaftungsgesetz, BGBl Nr 20/1949 idF BGBl I Nr 194/1999 (DFB)                                                                               |
| Allg     | allgemein, -e, -es                                                                                                                             |
| aM       | andere Meinung                                                                                                                                 |
| Appl     | Application (an die Europäische Menschenrechtskommission)                                                                                      |
| arg      | argumentum, argumento                                                                                                                          |
| Art      | Artikel                                                                                                                                        |
| AsylG    | Asylgesetz 2005, BGBl I Nr 100/2005 idF BGBl I Nr 4/2008                                                                                       |
| AsylGHG  | Asylgerichtshofgesetz, BGBl I Nr 4/2008                                                                                                        |
| AuvBZ    | Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt                                                                            |
| AVG      | Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, wv BGBl Nr 51/1991 idF BGBl I Nr 5/2008                                                          |
| B        | Beschluss                                                                                                                                      |
| Bf       | Beschwerdeführer, -in                                                                                                                          |
| BGBI     | Bundesgesetzblatt                                                                                                                              |
| BlgNR    | Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates                                                                                |
| BM       | Bundesminister, -in, Bundesministerium                                                                                                         |
| BMI      | BM für Inneres                                                                                                                                 |
| BMJ      | BM für Justiz                                                                                                                                  |
| BMWV     | BM für Wissenschaft und Verkehr                                                                                                                |
| BR       | Bundesrat                                                                                                                                      |
| BReg     | Bundesregierung                                                                                                                                |
| B-VG     | Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929, BGBl Nr 1/1930 idF dIN BGBl Nr 2/2008                                                        |
| 1. BVRBG | Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz, BGBl I Nr 2/2008                                                                             |
| Bzgl     | bezüglich                                                                                                                                      |
| bzw      | beziehungsweise                                                                                                                                |
| ca       | circa                                                                                                                                          |
| cm       | Zentimeter                                                                                                                                     |
| d        | das, dem, den, der, die                                                                                                                        |
| DFB      | Druckfehlerberichtigung                                                                                                                        |

|             |                                                                                                                                                          |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| dh          | das heißt                                                                                                                                                |
| Diss        | Dissertation                                                                                                                                             |
| DNA         | Desoxyribonucleinacid                                                                                                                                    |
| DNS         | Desoxyribonukleinsäure                                                                                                                                   |
| DSG         | Datenschutzgesetz 2000, BGBl I Nr 165/1999 idF BGBl I Nr 2/2008 (1. BVRBG)                                                                               |
| E           | Entscheidung                                                                                                                                             |
| EB          | Erläuternde Bemerkungen                                                                                                                                  |
| EBRV        | Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage                                                                                                            |
| EG          | Europäische Gemeinschaft, -en                                                                                                                            |
| EGMR        | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte                                                                                                              |
| EGVG        | Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008, BGBl I Nr 87/2008 (WV)                                                                      |
| eh          | eigenhändig                                                                                                                                              |
| ehem        | ehemalig, -e                                                                                                                                             |
| EKMR        | Europäische Kommission für Menschenrechte                                                                                                                |
| EMRK        | Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl Nr 210/1958 idF BGBl III Nr 179/2002 (DFB)                                                                    |
| EO          | Exekutionsordnung, RGBI Nr 79/1896 idF BGBl I Nr 82/2008                                                                                                 |
| EpG         | Epidemiegesetz 1950, BGBl Nr 168/1950 idF BGBl I Nr 76/2008                                                                                              |
| etc         | et cetera                                                                                                                                                |
| EU          | Europäische Union                                                                                                                                        |
| EuGH        | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften                                                                                                              |
| EuGRZ       | Europäische Grundrechte-Zeitung                                                                                                                          |
| EU-JZG      | Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, BGBl I Nr 36/2004 idF BGBl I Nr 112/2007 |
| EvBl        | Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ                                                                                                   |
| exkl        | exklusive                                                                                                                                                |
| f           | und der, die folgende; für                                                                                                                               |
| FamZ        | Zeitschrift für Familienrecht                                                                                                                            |
| ff          | und der, die folgenden                                                                                                                                   |
| FinStG      | Finanzstrafgesetz, BGBl Nr 129/1958 idF BGBl I Nr 99/2006                                                                                                |
| FJ          | Finanzjournal                                                                                                                                            |
| FN          | Fußnote                                                                                                                                                  |
| FPG         | Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl I Nr 100/2005 idF BGBl Nr 4/2008                                                                                         |
| G           | Gesetz(e)                                                                                                                                                |
| GDI         | Gendarmeriedienstinstruktion 1895 vom 21. März 1895 idFd Erlasses vom 10. Jänner 1994 ZI 2101/11-II/4/94                                                 |
| geb         | geboren                                                                                                                                                  |
| GendG       | Gendarmeriegesetz 1894, RGBI Nr 1/1895                                                                                                                   |
| GeSchG      | Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie, BGBl Nr 759/1996                                                                                      |
| gg          | gegen                                                                                                                                                    |
| GP          | Gesetzgebungsperiode                                                                                                                                     |
| GRBG        | Grundrechtsbeschwerde-Gesetz, BGBl Nr 824/1992                                                                                                           |
| HausrechtsG | Gesetz zum Schutze des Hausrechts, RGBI Nr 88/1862                                                                                                       |
| hL          | herrschende Lehre                                                                                                                                        |
| hLit        | herrschende Literatur                                                                                                                                    |

|           |                                                                                       |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| hM        | herrschende Meinung                                                                   |
| Hrsg      | Herausgeber                                                                           |
| idF       | in der Fassung                                                                        |
| idFd      | in der Fassung des                                                                    |
| idFdIN    | in der Fassung der letzten Novelle                                                    |
| idgF      | in der geltenden Fassung                                                              |
| idR       | in der Regel                                                                          |
| iS        | im Sinne                                                                              |
| iSd       | im Sinne des, - der                                                                   |
| iVm       | in Verbindung mit                                                                     |
| iZm       | im Zusammenhang mit                                                                   |
| JAB       | Bericht des Justizausschusses                                                         |
| JB        | Juristische Blätter                                                                   |
| JGS       | Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach                          |
| JRP       | Journal für Rechtspolitik                                                             |
| JSt       | Journal für Strafrecht                                                                |
| Jud       | Judikatur                                                                             |
| KIAB      | Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung                                         |
| leg cit   | legis citatae                                                                         |
| LG        | Landesgericht                                                                         |
| LGBI      | Landesgesetz                                                                          |
| lit       | litera, -ae                                                                           |
| LMG       | Lebensmittelgesetz 1975, BGBl Nr 86/1975 idF BGBl I Nr 121/2008                       |
| MBG       | Militärbefugnisgesetz, BGBl I Nr 86/2000 idF BGBl I Nr 18/2008                        |
| MRK       | Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl Nr 210/1958 idF BGBl III Nr 179/2002 (DFB) |
| mE        | meines Erachtens                                                                      |
| nF        | neue Fassung                                                                          |
| NL        | Newsletter Menschenrechte (vormals ÖIM-Newsletter)                                    |
| NÖ        | Niederösterreich                                                                      |
| Nov       | Novelle                                                                               |
| Nr        | Nummer                                                                                |
| NR        | Nationalrat                                                                           |
| NZ        | Österreichische Notariatszeitschrift                                                  |
| ÖAMTC     | Der Österreichische Automobil-, Motorrad- und Touring Club                            |
| ÖAMTC-LSK | Leitsatzkartei des ÖAMTC                                                              |
| oÄ        | oder Ähnliche, -s                                                                     |
| Ob        | Entscheidung zum Zivilrecht                                                           |
| OGH       | Oberster Gerichtshof                                                                  |
| ÖIM       | Österreichisches Institut für Menschenrechte                                          |
| ÖJZ       | Österreichische Juristenzeitung                                                       |
| OLG       | Oberlandesgericht                                                                     |
| OÖ        | Oberösterreich                                                                        |
| Os        | Entscheidungen zum Strafrecht                                                         |
| PersFrG   | Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl Nr 684/1988   |
| Pkw       | Personenkraftwagen                                                                    |

|              |                                                                                                                                                               |
|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PolBEG       | Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz, BGBl Nr 735/1988 idF BGBl I Nr 98/2001                                                                                  |
| RdM          | Recht der Medizin                                                                                                                                             |
| RGBI         | Reichsgesetzblatt                                                                                                                                             |
| RJD          | Reports of Judgments and Decision; Entscheidungssammlung des EGMR (seit 1996)                                                                                 |
| RLV          | Richtlinien-Verordnung, BGBl Nr 266/1993                                                                                                                      |
| Rsp          | Rechtsprechung                                                                                                                                                |
| RV           | Regierungsvorlage                                                                                                                                             |
| Rz           | Randzahl                                                                                                                                                      |
| RZ           | Österreichische Richterzeitung                                                                                                                                |
| s            | siehe                                                                                                                                                         |
| S            | Satz, Seite                                                                                                                                                   |
| SMG          | Suchtmittelgesetz, BGBl I Nr 112/1997 idF BGBl I Nr 143/2008                                                                                                  |
| sog          | sogenannt, -e, -er, -es                                                                                                                                       |
| SPG          | Sicherheitspolizeigesetz, BGBl Nr 566/1991 idF BGBl I Nr 4/2008                                                                                               |
| StA          | Staatsanwalt (-schaft)                                                                                                                                        |
| StG          | Strafgesetz 1852, RGBI Nr 117/1852                                                                                                                            |
| StGB         | Strafgesetzbuch, BGBl Nr 60/1974 idF BGBl I Nr 112/2007                                                                                                       |
| StGBI        | Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich                                                                                                                 |
| StGG         | Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder, RGBI Nr 142/1867 idF BGBl Nr 684/1988 |
| Stmk         | Steiermark                                                                                                                                                    |
| StPO         | Strafprozessordnung 1975, wv BGBl Nr 631/1975 idF BGBl I Nr 109/2007                                                                                          |
| StV          | Staatsvertrag                                                                                                                                                 |
| StV v Wien   | Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich, BGBl Nr 152/1955 idF BGBl I Nr 2/2008 (1. BVRBG)             |
| StVG         | Strafvollzugsgesetz, BGBl Nr 144/1969 idF BGBl I Nr 109/2007                                                                                                  |
| SuSprmittelG | Schieß- und Sprengmittelgesetz, BGBl Nr 196/1935 idF BGBl I Nr 86/2002                                                                                        |
| SZ           | Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen                                                                                     |
| TKG          | Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 133/2005                                                                                       |
| ua           | unter anderem                                                                                                                                                 |
| uam          | und anderes mehr                                                                                                                                              |
| uÄ           | und Ähnliche, -s                                                                                                                                              |
| uÄm          | und Ähnliches mehr                                                                                                                                            |
| UbG          | Unterbringungsgesetz, BGBl Nr 155/1990 idF BGBl I Nr 12/1997                                                                                                  |
| UFS          | Unabhängiger Finanzsenat                                                                                                                                      |
| usw          | und so weiter                                                                                                                                                 |
| uvm          | und vieles mehr                                                                                                                                               |
| UVS          | Unabhängige Verwaltungssenate in den Ländern                                                                                                                  |
| v            | vom, von                                                                                                                                                      |
| VBÄ          | Vollbeschäftigtenäquivalent                                                                                                                                   |
| VerbG        | Verbotsgesetz 1947, StGBI Nr 13/1945 idF BGBl Nr 148/1992                                                                                                     |

|          |                                                                                   |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| VfGG     | Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, wv BGBl Nr 85/1953 idF BGBl I Nr 4/2008        |
| VfGH     | Verfassungsgerichtshof                                                            |
| VfO EGMR | Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte               |
| VfSlg    | Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes             |
| vgl      | vergleiche                                                                        |
| VLbg     | Vorarlberg                                                                        |
| VO       | Verordnung                                                                        |
| VOG      | Verbrechensopfergesetz, BGBl Nr 288/1972 idF BGBl I Nr 129/2008                   |
| Vorb     | Vorbemerkung, -en                                                                 |
| Vorbem   | Vorbemerkung, -en                                                                 |
| vs       | versus                                                                            |
| VStG     | Verwaltungsstrafgesetz 1991, wv BGBl Nr 52/1991 idF BGBl I Nr 142/2008            |
| VVG      | Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991, wv BGBl Nr 53/1991 idF BGBl I Nr 3/2008     |
| VwGG     | Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, wv BGBl Nr 10/1985 idF BGBl I Nr 4/2008        |
| VwGH     | Verwaltungsgerichtshof                                                            |
| VwSen    | Verwaltungssenat                                                                  |
| VwSIG    | Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes             |
| WaffG    | Waffengesetz 1996, BGBl I Nr 12/1997 idF BGBl I Nr 4/2008                         |
| WaffGG   | Waffengebrauchsgesetz 1969, BGBl Nr 149/1969 idF BGBl I Nr 113/2006               |
| WettbG   | Wettbewerbsgesetz, BGBl I Nr 62/2002 idF BGBl I Nr 2/2008 (1. BVRBG)              |
| WG       | Wehrgesetz 2001, BGBl I Nr 146/2001 idF BGBl I Nr 17/2008                         |
| wv       | wiederverlautbart                                                                 |
| Z        | Ziffer                                                                            |
| zB       | zum Beispiel                                                                      |
| ZfV      | Zeitschrift für Verwaltung                                                        |
| ZfVB     | Beilage zur ZfV                                                                   |
| Zl       | Zahl                                                                              |
| ZollR-DG | Zollrechts-Durchführungsgesetz, BGBl Nr 659/1994 idF BGBl I Nr 140/2008           |
| ZP       | Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten |
| ZPO      | Zivilprozessordnung, RGBI Nr 113/1895 idF BGBl I Nr 7/2006                        |
| ZRS      | Zivilrechtssachen                                                                 |
| ZustG    | Zustellgesetz, BGBl Nr 20/1982 idF BGBl I Nr 5/2008                               |
| ZUV      | Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate                                    |
| ZVR      | Zeitschrift für Verkehrsrecht                                                     |

# **I. EINLEITUNG**

## **A. Allgemeiner Überblick über den Untersuchungsgegenstand**

### **1. Problembeschreibung**

Der Schutz der Bevölkerung vor polizeilichem Handeln ist ein evidentes Merkmal und notwendiges Anliegen eines demokratischen Rechtsstaates<sup>1</sup>. Diese Bedürfnisse der Menschen im Staat auf der einen Seite und die Notwendigkeit staatlicher Zwangsbefugnisse der Sicherheitsbehörden zur Bekämpfung und Prävention von Straftaten auf der anderen Seite erzeugen ein gewisses, unvermeidbares Spannungsfeld. Hier bedarf es zum Ausgleich gegenüber der Anwendung staatlicher Gewalt der Einräumung von geeigneten Rechtsmitteln, damit sich Betroffene und Geschädigte dagegen zur Wehr setzen können und so die gesetzten Handlungen einer Überprüfung auf deren Rechtmäßigkeit zugeführt werden.

In der jüngsten Vergangenheit wurde dieses Spannungsfeld in der Tagesberichterstattung in Zeitungen und Nachrichtensendungen des Fernsehens ausgebreitet und kritisch diskutiert.

In den Schlagzeilen einiger österreichischer Tageszeitungen konnte man als eindrucksvolle Überschriften „Schießerei in Wien: Debatte um Waffengebrauch der Polizei“<sup>2</sup>, „Polizei erschießt Motorrad Dieb auf der Flucht“<sup>3</sup>, „Winkbewegung am Platz der Menschenrechte – Polizeieinsatz mit Pfefferspray“<sup>4</sup>, „Schießerei zwischen falschen und echten Polizisten:

---

<sup>1</sup> Berka, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 2; Berka in Rill/Schäfer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Vorbem StGG Rz 15.

<sup>2</sup> Vgl Zeitungsartikel „Der Standard“ vom 18. Dezember 2008.

<sup>3</sup> Vgl Zeitungsartikel „Die Presse“ vom 9. August 2008.

<sup>4</sup> Vgl Zeitungsartikel „Der Standard“ vom 18. Juli 2008.

Ein Toter“<sup>5</sup>, „Tödliche Amtshandlung – Polizist freigesprochen“<sup>6</sup>, „Polizei schießt auf Autofahrer“<sup>7</sup>, „Ziel: Reifen – Treffer: Lenker“<sup>8</sup>, „Tödlicher Greifreflex eines Polizisten – Freispruch“<sup>9</sup> oder „Gendarm erschoss Motorradfahrer: Schuldspruch“<sup>10</sup> lesen, wobei sich diese einleitende Liste erweitern ließe.

Solche negativ anmutenden Pressemeldungen stehen immer öfters auf den Titelblättern verbreiteter inländischer Tageszeitungen oder gelten als „Top-News“ in den Nachrichtensendungen und münden in Spekulationen und Diskussionen über die Zulässigkeit und Gesetzmäßigkeit von polizeilichen Waffengebräuchen.

Tragische und auch tödliche Ereignisse – wie etwa die beiden einprägsamen Causen „Marcus Omofuma“<sup>11</sup> oder „Cheibani Wague“<sup>12</sup> – beschäftigten monate- und sogar jahrelang die innerstaatlichen Verwaltungsbehörden und Gerichte, sowie in weiterer Folge auch den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).

Was haben nun all diese spektakulären Fälle gemeinsam? Warum lösen gravierende polizeiliche Zwangsmaßnahmen Unsicherheiten und Diskussionen in der Bevölkerung aus? Gibt das Gesetz den betroffenen Personen bzw deren Angehörigen im Falle des Todes eines Betroffenen ausreichend Schutz vor polizeilichen Handlungen?

Die Juristen sprechen von polizeilichen Zwangsmaßnahmen, verfahrensfreien Verwaltungsakten oder faktischen Amtshandlungen wie

---

<sup>5</sup> Vgl Zeitungsartikel „Die Presse“ vom 19. April 2008.

<sup>6</sup> Vgl Zeitungsartikel „Die Presse“ vom 4. Dezember 2004.

<sup>7</sup> Vgl Zeitungsartikel „Die Presse“ vom 18. Jänner 2005.

<sup>8</sup> Vgl Zeitungsartikel „Die Presse“ vom 19. Jänner 2005.

<sup>9</sup> Vgl Zeitungsartikel „Die Presse“ vom 5. Juni 2002.

<sup>10</sup> Vgl Zeitungsartikel „Der Kurier“ vom 18. September 2001.

<sup>11</sup> VfSlg 16109, 16.179; siehe auch *Kneihs*, ZfV 2002, 338.

<sup>12</sup> VwGH 26.7.2005, 2004/11/0070; UVS Wien 29.1.2004, 02/13/6598/2003; siehe auch *Kneihs*, Die „tobende Psychose“ und die Rolle des Rettungsdienstes, RdM 2005,31; NL 2005, 210.

sie in der älteren juristischen Literatur<sup>13</sup> und Judikatur<sup>14</sup> bezeichnet wurden. Heute nennt man diese Handlungen durchgehend „Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ)“<sup>15</sup>. Gemeinsam haben diese polizeilichen Maßnahmen, dass sie zwar iSd Legalitätsprinzips<sup>16</sup> nach Art 18 B-VG eine gesetzliche Grundlage benötigen, aber ohne vorausgehendes Verfahren erfolgen können<sup>17</sup>. Gerade im sensiblen Bereich der Zwangsmaßnahmen ist der Polizist als ausführendes Organ von großer Bedeutung.

Im gesamten Bundesgebiet sind täglich viele Polizeibeamte damit beschäftigt Verwaltungsübertretungen, Vergehen und Verbrechen zu verhindern, zu untersuchen und natürlich auch aufzuklären. Ohne die gesetzlichen Befugnisse zur Zwangsausübung wäre die Effizienz und Ausübung der Polizeiarbeit nicht denkbar. Diese wichtige Präsenz der Beamten in der Öffentlichkeit dient in diesem Zusammenhang auch der generellen Prävention. Dem folgend können personalpolitische Maßnahmen – wie etwa Reduktion von Planstellen – gravierende Folgen haben.

Mit dem Stichtag 31. Dezember 2007 betrug der Personalstand der Exekutive 29.614 VBÄ, wobei in dieser Zahl neben den Polizeibeamten auch etwa 3.100 Beamte der Justizwache enthalten sind<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> *Jablöner*, Die Verwaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533; *Azizi*, Probleme der geteilten Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ÖJZ 1979, 589; *Spanner*, Lebendiges Verfassungsrecht, JBl 1979, 137; *Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620; *Mayer/Stöberl*, Die Unabhängigen Verwaltungssenate im Rechtsschutzsystem, ÖJZ 1991, 257.

<sup>14</sup> VfGH 15.6.1977, B 46/76; VwGH 14.2.1962, 0627/58; VwGH 19.1.1979, 0727/78; VwGH 11.5.1983, 82/01/0196.

<sup>15</sup> *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>8</sup> (2003) Rz 388; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 670f; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>3</sup> (2004) 53; *Kneihs*, Altes und Neues zum Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ZfV 2004, 324; *Thienel*, Zur Bekämpfung „verfahrensfreier Verwaltungsakte“ der unabhängigen Verwaltungssenate, AnwBl 1991, 224.

<sup>16</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 569ff.

<sup>17</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 671.

<sup>18</sup> Das Personal des Bundes 2008, Daten und Fakten, Republik Österreich, Bundeskanzleramt, Referat III/7/a HR-Controlling 17f; siehe auch <http://oeffentlicher-dienst.intra.gv.at/Personaljahrbuch2008.pdf> (23.02.2009).

## 2. Die Begriffe Polizei, Sicherheitspolizei und Österreichische Bundespolizei

### 2.1. Polizei

Im Zusammenhang mit polizeilichen Zwangsmaßnahmen ist eine begriffliche Erörterung des Polizeibegriffs erforderlich, denn schließlich üben hauptsächlich Polizisten – als Teilbereich des öffentlichen Sicherheitsdienstes – diese Zwangsmaßnahmen aus. Dabei ist vorerst zwischen dem Verständnis der Bevölkerung und der juristischen Terminologie zu unterscheiden.

Mit dem Begriff „Polizei“ verbindet der Bürger gewöhnlich die Verfolgung von Vergehen oder Verbrechen im Sinne der Kriminalitätsbekämpfung, die Ahndung von Verwaltungsübertretungen sowie Streifendienst und allgemeine Hilfeleistung<sup>19</sup>. Die Polizei als Tätigkeit bezeichnet die Abwehr von Gefahren durch unmittelbare Befehls- und Zwangsgewalt<sup>20</sup>.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur<sup>21</sup> wird dargelegt, dass es sich beim Polizeibegriff um einen Gesetzesbegriff handelt. Darüber hinaus erfolgt eine Trennung des Polizeibegriffs in einen materiellen und einen formellen Sinnbereich.

Unter dem Begriff „Polizei im materiellen Sinn“ versteht man die hoheitliche Verwaltungstätigkeit, die unter Androhung oder Anwendung von Zwang auf die Vorbeugung oder Abwendung von Gefahren oder Störungen der Ordnung abzielt. Das heißt, dass all jene Behördenfunktionen, in denen der Staat den Menschen als Träger der staatlichen Gewalt entgegentritt und für die Vorbeugung oder Beseitigung von Gefahren oder Störungen des geordneten

---

<sup>19</sup> <http://www.bundespolizei.gv.at/lpk/> (23.02.2009).

<sup>20</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 72.

<sup>21</sup> *Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000) 397; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 721ff; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 632f; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 71ff.

Gemeinschaftslebens im äußersten Falle auch Zwangsmaßnahmen setzen kann, als Polizeiaufgaben verstanden werden<sup>22</sup>.

Der Terminus „Polizei im formellen Sinn“ bezeichnet jene Organisationsformen – wie Behörden und Organe – welche die zuvor genannten Aufgabenbereiche zu erfüllen haben<sup>23</sup>. Es zählen solche Behörden und Organe zur Polizei im formellen (organisatorischen) Sinn, in deren Tätigkeitsfeld polizeiliche Aufgaben eine wichtige Rolle einnehmen, welche vom Gesetzgeber entsprechend bezeichnet sind<sup>24</sup>.

Das Bundes-Verfassungsgesetz<sup>25</sup> teilt die Polizeiaufgaben je nach Wirkungsbereich weiter auf. Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG umfasst dabei die Aufgaben der Sicherheitspolizei und Fremdenpolizei, Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG enthält die Straßenpolizei sowie in Z 6 die Strom- und Schifffahrtspolizei. Art 118 Abs 3 B-VG beinhaltet die Aufgaben der örtlichen Sicherheitspolizei (Z 3), der Veranstaltungspolizei (Z 3), der örtlichen Straßenpolizei (Z 4), der Flurschutzpolizei (Z 5), der örtlichen Marktpolizei (Z 6), der örtlichen Gesundheitspolizei (Z 7), der Sittlichkeitspolizei (Z 8), der örtlichen Baupolizei (Z 9) und der örtlichen Feuerpolizei (Z 9)<sup>26</sup>.

## 2.2. Sicherheitspolizei

Die Sicherheitspolizei<sup>27</sup> lässt sich entsprechend der Kompetenzverteilung im B-VG in die allgemeine Sicherheitspolizei<sup>28</sup> und die örtliche Sicherheitspolizei<sup>29</sup> unterteilen. Die Trennlinie zwischen allgemeiner und

---

<sup>22</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 721; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 71f.

<sup>23</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 722.

<sup>24</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 73.

<sup>25</sup> Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung 1929, wv BGBl Nr 1/1930 idFdlN BGBl I Nr 2/2008.

<sup>26</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 75ff.

<sup>27</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 639f, *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 725f; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1051ff; *Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000) 31f.

<sup>28</sup> Vgl Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG.

<sup>29</sup> Vgl Art 15 Abs 2 iVm Art 118 Abs 3 Z 3 B-VG.

örtlicher Sicherheitspolizei bildet einerseits die vorgenommene Abgrenzung gemäß Art 15 Abs 2 B-VG und andererseits die Judikatur der VfGH<sup>30</sup>.

Für die nachfolgenden Betrachtungen sollen nur die Aufgaben im Rahmen der allgemeinen Sicherheitspolizei<sup>31</sup> von Interesse sein.

Der allgemeinen Sicherheitspolizei obliegt gemäß Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit<sup>32</sup> einschließlich der ersten allgemeinen Hilfeleistung<sup>33</sup>. Nach der Judikatur des VfGH gehören hauptsächlich die Bekämpfung gerichtlich strafbarer Delikte, Prävention und Abwehr im Interesse der Staatssicherheit sowie die Abwehr von Störungen der Ruhe und Ordnung an öffentlichen Orten dazu<sup>34</sup>.

Für den Vollzug der allgemeinen Sicherheitspolizei sind die Sicherheitsbehörden<sup>35</sup> zuständig. Diese haben als exklusive Zurechnungssubjekte für alle sicherheitspolizeilichen Hoheitsakte einzustehen<sup>36</sup>.

Auf einfachgesetzlicher Ebene findet sich eine die Sicherheitspolizei betreffend Regelung in § 3 SPG<sup>37</sup>, wobei der Text enger gefasst ist, als jener des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG. Das SPG sieht die Sicherheitspolizei als Teil der Sicherheitsverwaltung<sup>38</sup>. Die Sicherheitsverwaltung obliegt den Sicherheitsbehörden gemäß § 4 SPG<sup>39</sup>. Diese Bestimmung hat ihr verfassungsrechtliches Fundament im Art 78a Abs 1 B-VG.

---

<sup>30</sup> Vgl auch *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 110ff.

<sup>31</sup> *Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000) 82ff.

<sup>32</sup> Näheres zu dieser „Begriffstrias“ siehe *Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000) 407ff.

<sup>33</sup> Vgl Art 78a Abs 2 B-VG; siehe auch *Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000) 79.

<sup>34</sup> VfSlg 2.784, 3.153, 3.472, 5.910, 8.155, 9.653; siehe auch *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 90.

<sup>35</sup> Gemäß Art 78a Abs 1 B-VG ist die oberste Sicherheitsbehörde der BMI. Ihm sind die Sicherheitsdirektionen, ihnen nachgeordnet die Bezirksverwaltungsbehörden und die Bundespolizeidirektionen als Sicherheitsbehörden nachgeordnet.

<sup>36</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 156.

<sup>37</sup> Sicherheitspolizeigesetz, BGBl. Nr. 566/1991; vgl. *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 22f.

<sup>38</sup> Vgl § 2 Abs 2 SPG.

<sup>39</sup> Siehe dazu die näheren Ausführungen in *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 162ff.

### 2.3. Österreichische Bundespolizei

Schließlich soll vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen der Terminus „Österreichische Bundespolizei“ beschrieben werde. Der Begriff Bundespolizei findet sich auf verfassungsrechtlicher Ebene im Art 10 Abs 1 Z 14 B-VG<sup>40</sup>. Der Bund ist demnach für die Organisation und Führung der Bundespolizei sowie für die Regelung der Errichtung und der Organisation sonstiger Wachkörper einschließlich ihrer Bewaffnung und des Rechts zum Waffengebrauch kompetent<sup>41</sup>.

Gemäß Art 78d Abs 1 B-VG sind Wachkörper<sup>42</sup> bewaffnete<sup>43</sup> oder uniformierte<sup>44</sup> oder sonst nach militärischem Muster eingerichtete Formationen<sup>45</sup>, denen Aufgaben mit polizeilichem Charakter übertragen sind<sup>46</sup>. Auf Basis des Bundes-Verfassungsgesetzes bestimmt nun § 5 Abs 2 Z 1 SPG, dass die Österreichische Bundespolizei ein Wachkörper des Bundes ist. Die Abgrenzung zum Bundesheer ergibt sich aus Art 79 B-VG<sup>47</sup>. Zusätzlich ist an dieser Stelle noch anzumerken, dass die Wachkörper keine Behörden sind, sondern bloß deren Hilfsorgane, wobei die Handlungen der Wachkörper den Behörden zuzurechnen sind<sup>48</sup>.

Zu den wichtigen Bereichen der Polizeiarbeit zählen die Kriminalitätsbekämpfung und -aufklärung, die Kriminalitätsprävention sowie Aufgaben im Rahmen der Verkehrssicherheit. Das Sicherheitspolizeigesetz nennt als primäre Aufgaben der

---

<sup>40</sup> Organisation und Führung der Bundespolizei ist in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache.

<sup>41</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 121.

<sup>42</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 654f.

<sup>43</sup> Die Angehörigen des Wachkörpers müssen zumindest mit Schusswaffen ausgerüstet sein. Vgl *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 133.

<sup>44</sup> Uniformierung setzt eine einheitliche Gesamtadjustierung voraus. Vgl *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 133.

<sup>45</sup> Vgl *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 133.

<sup>46</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 127.

<sup>47</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 731ff.

<sup>48</sup> *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), II. zu Art 78d B-VG; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 716; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 127.

Sicherheitsbehörden auf dem Gebiet der Sicherheitspolizei die erste allgemeine Hilfeleistungspflicht<sup>49</sup>, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung<sup>50</sup> sowie den besonderen Überwachungsdienst<sup>51</sup>.

Damit die Organe der Bundespolizei die ihr vom Gesetz übertragenen Aufgaben effizient und zielführend bewältigen können, benötigen die Polizeibeamten im operativen Tätigkeitsfeld spezielle Mittel und Möglichkeiten. Jeder polizeiliche Einsatz muss hinsichtlich seiner Befugnisse legitimiert sei. Es gilt der Grundsatz: Keine Befugnisausübung jenseits polizeilicher Aufgaben<sup>52</sup>.

Aus dem umfangreichen Maßnahmenkatalog der gesetzlich festgeschriebenen polizeilichen Handlungsformen werden im Zuge dieser Arbeit vier – für den Polizeialltag ganz typische – Zwangsmaßnahmen<sup>53</sup> ausgewählt, und unter Einbeziehung der einfachgesetzlichen Regelungen vor dem verfassungsmäßigen Hintergrund beschrieben und kritisch beleuchtet.

Das Hauptaugenmerk dieser Untersuchung soll dabei einerseits auf den grundrechtlichen Schutzbestimmungen und andererseits auf den innerstaatlichen und europäischen Rechtsschutzmöglichkeiten liegen.

### **3. Notwendigkeit der unmittelbaren Zwangsmaßnahmen im Polizeialltag**

Aufgrund der einleitend genannten – mitunter oftmals dramatischen – Geschehnisse stellt sich zwangsläufig die berechtigte Frage der Notwendigkeit solcher fast immer in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte eingreifenden polizeilichen Maßnahmen.

---

<sup>49</sup> Vgl § 19 SPG; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 243.

<sup>50</sup> Vgl 2. und 3. Hauptstück des SPG (§§ 20 ff); *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 267ff und 327ff.

<sup>51</sup> Vgl § 27a SPG; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 336.

<sup>52</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 341.

<sup>53</sup> Schusswaffengebrauch, Festnahme, Haus- und Personendurchsuchung, Wegweisung.

Haben diese Handlungsformen der Exekutivorgane, welche als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Erscheinung treten, eine rechtliche Determinierung? Wenn ja, wie und wo sind sie geregelt und wer überprüft die Rechtmäßigkeit ihrer Ausführung? Wie steht es mit der Qualität der Polizeiausbildung?

Gerade die medial sehr präsente Causa „Marcus Omofuma“ hat in Bezug auf die exzessive Verwendung von Klebebändern zur Ruhigstellung einer abzuschiebenden Person deutlich gezeigt, dass zum Teil fragwürdige und vor allem menschenunwürdige Zwangsmaßnahmen<sup>54</sup> angewendet werden, die jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehren.

Das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip<sup>55</sup> (Art 18 B-VG) legt fest, dass die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf, wobei neben den formellen Gesetzen auch Verordnungen, unmittelbar anwendbare Staatsverträge und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht inbegriffen sind<sup>56</sup>. Diesem Grundsatz unterliegen auch die Handlungen und Maßnahmen der Polizeiorgane<sup>57</sup>.

Für bestimmte Zwangsmaßnahmen gibt es oftmals keine ausreichende gesetzliche Determinierung, sondern lediglich interne Durchführungserlässe oder Weisungen des Bundesministeriums für Inneres<sup>58</sup>.

Die Notwendigkeit der Anwendung von polizeilichen Zwangsmaßnahmen steht trotz der immer wieder auftretenden Fehler außer Streit, da die Polizeiarbeit ohne die Möglichkeit Zwangsmaßnahmen ausüben zu

---

<sup>54</sup> Vgl VfSlg 16.109; UVS Steiermark, 20.7-8/1996; UVS Wien, 02/13/6598/2003; VwGH 26.7.2005, 2004/11/0070.

<sup>55</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 725f; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 138.

<sup>56</sup> *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>3</sup> (2004) 43.

<sup>57</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 654f.

<sup>58</sup> ZB Erlass des BMI vom 11. März 1997, ZI 48.106/68-II/3/97, betreffend die Einführung des Pfeffersprays als mindergefährliche Dienstwaffe; die Verwendung von Klebebändern zur Knebelung und Fixierung von Personen stellt nur einen Usus dar und ist nicht geregelt (siehe dazu ein Urteil des LG Korneuburg, 611 Hv 304/01g); ebenso ist das Abschneiden der Haare keine zulässige Zwangsmaßnahme (siehe dazu UVS Wien 31.7.2001, UVS-02/13/03434/2001).

können, faktisch nicht durchführbar wäre. Diese Gratwanderung zwischen der Einhaltung bzw Achtung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten einerseits und der Ausübung von Zwangsbefugnissen andererseits prägt im Zusammenhang mit der leicht steigenden Kriminalitätsrate<sup>59</sup> immer mehr die Tätigkeit des Polizisten.

#### **4. Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt**

##### **4.1. Allgemeines**

Im Rahmen ihrer Tätigkeit greifen Polizeiorgane durch die Ausübung von gesetzlich vorgesehenen Zwangsmaßnahmen ohne eingehendes Verfahren und ohne Einhaltung der für Bescheide vorgesehenen Formvorschriften unmittelbar einseitig regelmäßig in subjektive Rechte des Betroffenen ein<sup>60</sup>.

Die Judikatur des VfGH und VwGH bezeichnet solche Akte als „faktische Amtshandlungen“<sup>61</sup>. Dem folgend ist Voraussetzung für das Vorliegen eines solchen Aktes, dass ein Polizeiorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig einen Befehl erteilt oder Zwang ausübt und dieser Akt gegen individuell bestimmte Adressaten gerichtet ist<sup>62</sup>.

Mit der B-VG Novelle 1975<sup>63</sup> wurde der Rechtsbegriff der „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ (kurz AuvBZ) textlich in das B-VG aufgenommen und gilt seither als Verwaltungsakktypus. Mit dieser Novelle wurde die Kompetenz zur

---

<sup>59</sup> [http://www.bmi.gv.at/downloadarea/krimstat/2007/Jahresstatistik\\_2007.pdf](http://www.bmi.gv.at/downloadarea/krimstat/2007/Jahresstatistik_2007.pdf) (23.02.2009).

<sup>60</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 607; *Aichleiter in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 129a B-VG Rz 38.

<sup>61</sup> VfSlg 6.899, 6.993; VwGH 14.2.1962, 0627/58; 24.6.1968, 0731/68; 4.2.1969, 0934/68.

<sup>62</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 608.

<sup>63</sup> Bundesverfassungsgesetz vom 15. Mai 1975, mit dem das Bundes-Verfassungssetz in der Fassung von 1929 durch Bestimmungen über die Erweiterung der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes geändert wird, BGBl Nr 302/1975.

Überprüfung der AuvBZ sowohl dem VfGH<sup>64</sup> als auch dem VwGH<sup>65</sup> übertragen, zumal nunmehr gemäß Art 130 Abs 1 lit b B-VG der VwGH über Beschwerden erkennt, womit Rechtswidrigkeit der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gegen eine bestimmte Person behauptet wird. Wortgleich findet sich die Überprüfungscompetenz des VfGH in Art 144 Abs 1 2. Satz B-VG. Diese „Zweigleisigkeit“ wurde mit der Einführung der unabhängigen Verwaltungssenate bereinigt.

Bei den Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt handelt es sich um so genannte „verfahrensfreie Verwaltungsakte“<sup>66</sup>. Früher wurden auch noch andere Titulierungen, wie etwa „faktische Amtshandlung“<sup>67</sup>, „Akte sofortigen Polizeizwanges“<sup>68</sup>, „Akte unmittelbaren Verwaltungszwangs“<sup>69</sup> oder schlicht „Maßnahme“<sup>70</sup> verwendet.

Mit der Einführung der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern (UVS) mit Art IX der B-VG-Novelle 1988<sup>71</sup> änderte sich die Zuständigkeit der Überprüfungscompetenz dahingehend, dass eine Übertragung vom VfGH und VwGH auf die UVS vollzogen wurde. Gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG erkennen ab 1. Jänner 1991 die UVS nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges über Beschwerden von Personen, die

---

<sup>64</sup> Vgl Art 144 Abs 1 B-VG idF BGBl Nr 302/1975.

<sup>65</sup> Vgl Art 130 Abs 1 lit b B-VG idF BGBl Nr 302/1975.

<sup>66</sup> *Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1001; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 607; *Aichlreiter in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 129a B-VG Rz 38f.

<sup>67</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 523f; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 607; vgl VfSlg 1.530.

<sup>68</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 607; *Barfuß*, Maßnahmen zur Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1985, 393; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 524.

<sup>69</sup> Vgl VwGH 3.10.1996, 96/06/0188.

<sup>70</sup> *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 27f.

<sup>71</sup> Vgl BGBl Nr 685/1988.

behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt zu sein<sup>72</sup>.

#### 4.2. Definition

Als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) versteht man jeden von einem Verwaltungsorgan<sup>73</sup> im Bereich der Hoheitsverwaltung<sup>74</sup> individuell nach außen<sup>75</sup> relativ verfahrensfrei<sup>76</sup> erlassenen Befehl bzw unmittelbar getätigten Zwang<sup>77</sup>.

Nach der jüngeren Judikatur des VfGH und des VwGH<sup>78</sup> ist für einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt kennzeichnend, dass ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung gegenüber einem individuell bestimmten Adressaten physischen Zwang (Gewalt) ausübt oder einen Befehl (mit unverzüglichem Befolgungsanspruch) erteilt. Eine gegen eine Person gerichtete und dem Staat zurechenbare Maßnahme stellt also nur dann eine Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dar, wenn damit dem Betroffenen (ohne dass ein Bescheid erlassen wird) entweder im Sinne eines Befehles eine Verpflichtung auferlegt wird oder aber durch eine zwangsbewehrte faktische Handlung in die Rechtsposition des Betroffenen eingegriffen

---

<sup>72</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 22.

<sup>73</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 31ff; Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 525f; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1008ff.

<sup>74</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 35f; Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 526f; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1012ff.

<sup>75</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 37f; Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 528f; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1017ff.

<sup>76</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 38ff; Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 525; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1024f.

<sup>77</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 31ff; Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 530f; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1026ff.

<sup>78</sup> VfGH 28.2.2008, B 914/07, 26.9.2007, B 505/07; VwGH 22.2.2007, 2006/11/0154; siehe auch ÖJZ 2007, 990f; siehe auch Aichlreiter in Rill/Schäfer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 129a B-VG Rz 39.

wird. Daraus ist abzuleiten, dass der Eingriff in die Rechtsposition des Betroffenen unmittelbare Folge der durch das Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung gesetzten Maßnahme ist.

Der AuvBZ ist nach seiner Art und nach seinem Wesen sowohl von der Weisung<sup>79</sup> als auch vom form- und verfahrensgebundenen Bescheid abzugrenzen.

Die Abgrenzung zur Weisung besteht dahingehend, dass die Weisung bloß nach innen, der AuvBZ jedoch nach außen, dh gegenüber den Rechtsunterworfenen, wirksam wird. Anders umschrieben, handelt es sich bei der Weisung um einen hoheitlichen Befehl eines Organwalters im Innenbereich der Verwaltung bzw um eine interne Norm<sup>80</sup>.

#### 4.2.1. Der Bescheid<sup>81</sup>

Der Begriff „Bescheid“ findet bereits im B-VG<sup>82</sup> Verwendung, ohne dass er dort näher definiert wird. Darüber hinaus wird der Begriff auch in zahlreichen einfachen Gesetzen<sup>83</sup> verwendet. Verfassungsrechtlich stellt der „Bescheid“ einen zentralen Bestandteil der Gesamtrechtsordnung<sup>84</sup> dar, zumal das Rechtsschutzsystem im B-VG im Wesentlichen am Bescheid anknüpft.

Die Judikatur und Lehre spricht in diesem Zusammenhang dann von einem Bescheid, wenn es sich um einen individuellen, hoheitlichen, an einen Rechtsunterworfenen adressierten normativen Verwaltungsakt

---

<sup>79</sup> Art 20 Abs 1 B-VG bestimmt den Grundsatz der Weisungsgebundenheit der Verwaltungsorgane des Bundes und der Länder.

<sup>80</sup> *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 974; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 612; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 341f.

<sup>81</sup> *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>8</sup> (2003) Rz 377; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 506ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 605f; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 506f.

<sup>82</sup> Vgl Art 131 und 144 B-VG.

<sup>83</sup> Vgl AVG, VStG, VVG, EGVG, BAO.

<sup>84</sup> *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>8</sup> (2003) Rz 379.

handelt. Die nähere Ausgestaltung des Begriffes „Bescheid“ erfolgt im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (§§ 56 ff AVG)<sup>85</sup>.

Der Unterschied des AuvBZ zum Bescheid liegt insbesondere darin, dass beim AuvBZ, wie bereits oben angeführt wurde, eine relative Form- und Verfahrensfreiheit besteht<sup>86</sup>. Der Bescheid enthält demgegenüber einige formale Bestandteile, damit er als solcher gewertet und rechtskräftig werden kann. Diese Formvorschriften für Bescheide sind in den §§ 58 ff AVG<sup>87</sup> geregelt, wobei es sich im Normalfall um die Bezeichnung als Bescheid, den Spruch, die Begründung und die Rechtsmittelbelehrung handelt. Die Qualifikation eines Verwaltungsaktes als Bescheid erfordert aber nicht nur eine formale Betrachtungsweise, sondern auch eine inhaltliche. Die Judikatur des VwGH und VfGH zeigt, dass Verwaltungsakte mitunter als Bescheid gewertet werden, obwohl einzelne Merkmale fehlen<sup>88</sup>. Dennoch muss, um dem Bescheidbegriff gerecht werden zu können, ein Mindestmaß an Zurechnung möglich sein<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, wv BGBl Nr 51/1991 idGF; siehe auch *Potacs/Hattenberger in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 144 B-VG Rz 7.

<sup>86</sup> *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1005.

<sup>87</sup> Inhalt und Form der Bescheide.

<sup>88</sup> Eine mangelnde Bezeichnung als Bescheid nimmt für sich allein noch nicht den rechtlichen Charakter eines Bescheides. Vgl auch VfSlg 4.216, 6.603, 11.420. *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 515f, *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>8</sup> (2003) Rz 408. Nach der Rechtsprechung genügt es auch, wenn erkennbar ist, welche Behörde den Bescheid erlassen hat (VwGH 5.4.1990, 90/09/0009).

<sup>89</sup> Vgl VfSlg 17.669: Auf dem ganzen Schriftstück findet sich nicht der geringste Hinweis auf die Behörde, von der es herrührt. Auch dem Spruch ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Den Namen des Genehmigenden, eine Unterschrift, eine Beglaubigung, eine Fertigungsklausel oder einen Hinweis auf eine elektronische Fertigung enthält die Erledigung nicht. Das Aktenzeichen, aus dem sich allenfalls ein Hinweis auf die die Erledigung erlassende Behörde ergeben könnte, kann dem Erfordernis der Bezeichnung der Behörde nicht genügen, dient das Aktenzeichen doch nur verwaltungsinternen Zwecken. Selbst wenn eine Behörde auf dem Briefumschlag, in dem die angefochtene Erledigung zugestellt wurde, angeführt wäre, würde dies nicht ausreichen, um daraus eindeutig auf die Behörde rückschließen zu können, von der die Erledigung ausgeht.

AuvBZ sind immer dann rechtswidrig, wenn sie entweder ohne gesetzliche Ermächtigung (Art 18 B-VG) gesetzt werden, oder wenn die gesetzliche Ermächtigung überschritten wird<sup>90</sup>.

#### 4.3. Setzung und Formen des AuvBZ

Die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ist dann gegeben, wenn einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen wird, und beim Eingriff physischer Zwang ausgeübt wird, oder die unmittelbare Ausübung des physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht<sup>91</sup>.

AuvBZ sind insbesondere die Festnahme<sup>92</sup> (VfSlg 8.507), die Beschlagnahme (VfSlg 8.466), die Hausdurchsuchung (VfSlg 7.067, 8.545, 12.122), die Personendurchsuchung (VfSlg 15.372, 17.017), die Behandlung während der Verwahrung (VfSlg 8.627), die Entnahme von Warenproben (VfSlg 9.020), Vorführung zum Strafantritt (VfSlg 8.488), Abziehen und Verwahrung des Zündschlüssels (VfSlg 9.525), die Behandlung während der Abschiebung (VfSlg 16.109), die Wegweisung<sup>93</sup> (VfSlg 17.379) und natürlich auch der polizeiliche Waffengebrauch<sup>94</sup>.

Als AuvBZ sind dabei sowohl der mindergefährliche als auch der lebensgefährliche Waffengebrauch iSd WaffGG, zu werten. Ebenso zählen der Warn- bzw Schreckschuss und der Alarm- bzw Signalschuss dazu<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 607.

<sup>91</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 610; siehe auch *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 523f.

<sup>92</sup> Die Durchführung richterlicher Befehle (Haft-, Hausdurchsuchungs- oder Beschlagnahmebefehle) durch Organe der Verwaltungsexekutive wird als Tätigkeit der Rechtsprechung zugerechnet, solange die Ermächtigungsgrenzen nicht überschritten werden. In einem solchen Fall nahm der VfGH nur im Umfang der Überschreitung einen AuvBZ an. Vgl *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 525f.

<sup>93</sup> Siehe dazu auch VwGH 29.6.2000, 96/01/0596.

<sup>94</sup> *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 1039.

<sup>95</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 47; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 19f; vgl auch VwGH 14.11.2006, 2005/01/0577 bzw 2004/01/0472.

#### 4.4. Rechtsordnung sieht keine Befugnisse vor - „Fehlerkalkül“

Aus der Entscheidung des VfGH zum bereits erwähnten Fall „Omofuma“<sup>96</sup> ergibt sich: „Aus dem Umstand, dass die Rechtsordnung unter bestimmten Voraussetzungen keine Befugnisse zu Befehls- und Zwangsmaßnahmen einräumt, kann nicht abgeleitet werden, dass staatliche Organe, die zumindest in abstracto mit Hoheitsgewalt betraut sind, nicht dennoch – wenn dann auch ex definitione: rechtswidrig – einen AuvBZ gesetzt haben.“ Es erfolgt also trotz der fehlenden Einräumung von Zwangsbefugnissen durch die Rechtsordnung eine Zuordnung zum AuvBZ.

Diese Zuordnung sagt aber noch nichts über die Rechtmäßigkeit der gesetzten Maßnahme aus. AuvBZ werden nämlich nur dann als rechtmäßig zu qualifizieren sein, wenn es dafür eine gesetzliche Ermächtigung gibt oder wenn diese Ermächtigung weder überschritten noch missbraucht wurde<sup>97</sup>. Sieht die Rechtsordnung – wie im Fall Omofuma – keine gesetzlichen Befugnisse vor oder werden diese überschritten bzw missbräuchlich angewendet, ist der Akt rechtswidrig.

Das positive Recht bestimmt mitunter ausdrücklich, dass bestimmte Fehler die Existenzwerdung eines Rechtsaktes nicht verhindern.

Die positivrechtliche Bestimmung<sup>98</sup>, nach welcher einzelne Fehler oder Mängel das Entstehen eines Rechtsaktes als solchen nicht ausschließen, heißt Fehlerkalkül<sup>99</sup>. Dies bedeutet, dass trotz einer fehlerhaften oder rechtswidrigen Maßnahme noch ein AuvBZ vorliegt, und insbesondere dem Rechtsträger zugerechnet werden kann<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> VfSlg 16.109; vgl auch VfSlg 10.317, 11.930, 12.747.

<sup>97</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 607.

<sup>98</sup> ZB dürfen gemäß § 13 FPG die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Erfüllung der ihnen nach dem FPG übertragenen Aufgaben alle rechtlich zulässigen Mittel einsetzen. Für die Anwendung von unmittelbarer Zwangsgewalt gelten die Bestimmungen des WaffGG.

<sup>99</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 561; dazu auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1286; *Potacs/Hattenberger in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 144 B-VG Rz 8.

<sup>100</sup> Vgl dazu *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 112f.

Bloß schwere und offenkundige Fehler dürfen zur Schlussfolgerung führen, dass ein Rechtsakt nicht als solcher zu qualifizieren ist<sup>101</sup>.

## **B. Rechtsschutz gegen den AuvBZ**

### **1. Der unabhängige Verwaltungssenat (UVS) als erste Instanz**

Durch die B-VG-Novelle 1988, BGBl Nr 685/1988 wurde mit der Einführung der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern<sup>102</sup> ein neuer Behördentypus geschaffen, der den Anforderungen des Art 6 EMRK (Tribunal) entspricht<sup>103</sup>. Mit der Installierung dieser Rechtsschutzinstanz sollte auch gleichzeitig der VwGH entlastet werden.

Personen, die durch Organe der öffentlichen Sicherheit wegen der Ausübung von polizeilichem Zwang in ihren Rechten verletzt wurden, haben die Möglichkeit, gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG Beschwerde an den örtlich zuständigen UVS zu erheben. Die besonderen Bestimmungen für das Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten werden in den §§ 67a – 67g AVG geregelt.

Gleich zu Beginn dieses Abschnittes wird die Entscheidungskompetenz über Beschwerden von Personen, die eine Rechtsverletzung durch die Ausübung der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt behaupten, gemäß § 67a Abs 1 Z 2 AVG den unabhängigen Verwaltungssenaten übertragen, sodass auf einfachgesetzlicher Ebene wortident die im Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG verfassungsgesetzlich verankerte Zuständigkeit der UVS wiedergegeben wird<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Potacs/Hattenberger in Rill/Schäfer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 144 B-VG Rz 8.

<sup>102</sup> Vgl Art 129b Abs 6 B-VG.

<sup>103</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 927/1; siehe auch Aichlreiter in Rill/Schäfer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 129a B-VG Rz 2f.

<sup>104</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 65ff; Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>3</sup> (2004) 267; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>8</sup> (2003) Rz 548/3.

Die Maßnahmenbeschwerde ist nach § 67c Abs 1 AVG binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt, in dem der Beschwerdeführer von der Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt Kenntnis erlangt hat, sofern er aber durch sie behindert war, von seinem Beschwerderecht Gebrauch zu machen, ab dem Wegfall dieser Behinderung zu erheben<sup>105</sup>. Dies bedeutet, dass der Betroffene keine Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Zwangsaktes benötigt, sondern es nur auf die Kenntnis des Verwaltungsaktes ankommt<sup>106</sup>.

Als Einbringungsstelle für Maßnahmenbeschwerden ist jener UVS örtlich zuständig, in dessen Sprengel der zu prüfende Verwaltungsakt gesetzt wurde<sup>107</sup>.

### 1.1. Legitimation zur Beschwerde

Aktiv beschwerdelegitimiert ist prinzipiell jeder, der die Rechtsverletzung behauptet, wobei die behauptete Rechtsverletzung zumindest möglich sein muss (Art 129a Abs 1 Z 2 BV-G iVm § 67a Abs 1 Z 2 AVG)<sup>108</sup>. Bei genauerer Betrachtung legt der reine Wortlaut dieser Bestimmungen vorerst den Schluss nahe, dass grundsätzlich nur jene Person zur Erhebung der Beschwerde berechtigt sein kann, welche durch die Maßnahme selbst verletzt worden ist. Alle anderen Personen würden nach dem Wortlaut des Gesetzes<sup>109</sup> ausscheiden.

Somit wären dementsprechend sämtliche tödlichen Amtshandlungen oder Amtshandlungen bei denen der Betroffene so schwer verletzt wird,

---

<sup>105</sup> *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/22; *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 267; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, *Die Maßnahmenbeschwerde* (2006) 70.

<sup>106</sup> VwGH 21.2.1985, 81/16/0155.

<sup>107</sup> *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/20; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, *Die Maßnahmenbeschwerde* (2006) 71; vgl auch § 67c Abs 1 AVG.

<sup>108</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*<sup>10</sup> (2007) Rz 927/12; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/21; siehe dazu auch *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 267; *Antoniolli/Koja*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>3</sup> (1996) 531; *Aichreiter in Rill/Schäfer*, *Kommentar zum Bundesverfassungsrecht*, Art 129a B-VG Rz 49.

<sup>109</sup> Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG: „...über Beschwerden von Personen, die behaupten ...“.

dass in weiterer Folge seine volle Handlungsfähigkeit verloren geht, vor dem UVS nicht mehr nachprüfbar.

Um dennoch auch in diesen wohl gravierendsten Fällen den nötigen Rechtsschutz zu gewähren wurde dieser Grundsatz durch die neuere Judikatur des VfGH modifiziert. Erstmals im Fall „Marcus Omofuma“<sup>110</sup> und kurz darauf im Fall „Irme Bartos“<sup>111</sup> erkannte das Höchstgericht, dass unter Bedachtnahme auf die historische Zielsetzung der Rechtsschutz- und Kontrolleinrichtung im Sinne des Art 129a B-VG dem Verfassungsgesetzgeber nicht zugesonnen werden kann, dass er die Geltendmachung der Verletzung des Rechts auf Leben durch Angehörige im Falle des während der Amtshandlung eingetretenen Todes des von der Amtshandlung unmittelbar Betroffenen generell ausschließen wollte<sup>112</sup>.

Der VfGH stellte fest, dass, obwohl der Wortlaut des Art 129a B-VG im Zusammenhang mit § 67a AVG den Schluss nahe legt, dass nur eine von der Maßnahme selbst betroffene Person zur Erhebung der Beschwerde berechtigt sei, es vor dem Hintergrund des Falles Omofuma deutlich zeige, dass diese reine Wortinterpretation dem spezifischen Charakter der Kontrolle von Rechten – insbesondere des Rechts auf Leben – nicht ausreichend Rechnung trage<sup>113</sup>.

Nach der zitierten Entscheidung haben nunmehr auch nahe Angehörige, wie etwa Ehegatten, Eltern, Kinder oder Geschwister die aktive Beschwerdelegitimation und können ein Verfahren einleiten. Auch die Rechtsprechung des EGMR<sup>114</sup> geht von einer Beschwerdelegitimation

---

<sup>110</sup> VfSlg 16.109.

<sup>111</sup> VfSlg 16.179; vgl auch VfSlg 17.046.

<sup>112</sup> VfSlg 16.109; vgl dazu auch *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 65ff; *Kneihs*, Maßnahmenbeschwerde und Art 2 EMRK, ZfV 2002, 736.

<sup>113</sup> VfSlg 16109; 16179; siehe auch *Aichreiter in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 129a B-VG Rz 49.

<sup>114</sup> EGMR 27.9.1995, McCann, ÖJZ 1996, 233; EGMR 9.10.1997, Andronicou und Constantinou, ÖJZ 1998, 34; vgl auch *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 67; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>3</sup> (2004) 267.

der Hinterbliebenen der Getöteten aus, um behauptete Verletzungen geltend zu machen und einer Kontrolle zuführen zu können.

Die Entscheidung ist im Sinne der Rechtsstaatlichkeit insofern zu begrüßen, denn bei gegenteiliger Rechtsauffassung könnten Verletzungen des Rechts auf Leben im Falle des Ablebens der Betroffenen überhaupt nicht mehr überprüft werden. Durch die Einräumung einer Parteistellung im Todesfall bleiben jedoch noch Fragen offen. Was geschieht, wenn der Betroffene nicht sofort stirbt, aber handlungsunfähig ist oder überhaupt nicht verstirbt, aber dennoch aufgrund seiner Handlungsunfähigkeit selbst keinen Antrag auf Überprüfung mehr einzubringen vermag? Kann auch in den zuletzt erwähnten Fällen eine Stellvertretung eines höchstpersönlichen Rechts erfolgen<sup>115</sup>?

Bei diesen Überlegungen muss mE vor dem Hintergrund der genannten Feststellungen des VfGH der Grundgedanke dahingehend weitergeführt werden, dass auch in solchen Fällen gewisse andere – vom Betroffenen verschiedene – Personen stellvertretend eine aktive Beschwerdelegitimation haben. Die Überprüfbarkeit von behördlichen Maßnahmen soll auch immer dann möglich sein, wenn im Zuge des behördlichen Handelns die betroffene Person schwer beeinträchtigt oder verletzt wird und der Betroffene in weiterer Folge verstirbt oder zumindest auf Dauer handlungsunfähig bleibt. Auch hier müssen dessen nahe Angehörige oder allenfalls bestellte Sachwalter<sup>116</sup> die Möglichkeit zur Beschwerdeeinbringung besitzen.

Zu denken wäre in diesem Zusammenhang an jene Fälle, in denen Betroffene aufgrund von polizeilichen Zwangsbefugnissen ihre Handlungsfähigkeit verloren haben und die aktive

---

<sup>115</sup> Zur Vertretung im Verwaltungsverfahren siehe dazu *Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 136ff; *Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>3</sup> (2004) 89ff; vgl auch §§ 9 ff AVG.

<sup>116</sup> Vgl § 268 ABGB.

Beschwerdelegitimation nicht mehr selbständig ausüben können<sup>117</sup>. Die ratio legis kann nur sein, dass in diesen Fällen eine Stellvertretung zum höchstpersönlichen Recht möglich sein muss<sup>118</sup>.

Passiv beschwerdelegitimiert ist jene Behörde, welche der angefochtene Akt zuzuordnen ist. Diese Amtsparteistellung<sup>119</sup> der belangten Behörde ergibt sich aus § 67b Z 2 AVG. Gemeint ist daher jene Behörde, welcher der angefochtene Verwaltungsakt zuzurechnen ist<sup>120</sup>. Vor dem Hintergrund von faktischen Schwierigkeiten bei der Zuordnung zur richtigen Behörde wurde im AVG eine Zumutbarkeitsklausel aufgenommen<sup>121</sup>. Gemäß § 67c Abs 2 Z 2 AVG muss der Beschwerdeführer nur dann eine Angabe über das einschreitende Organ oder die dahinter stehende Behörde in seine Beschwerde aufnehmen, soweit es dem Beschwerdeführer zumutbar ist. Diese Normierung trägt dem Gedanken Rechnung, dass es oft für den einzelnen Bürger schwierig oder gar unmöglich ist, den einschreitenden Polizisten oder vor der Zusammenlegung<sup>122</sup> der beiden Wachkörper den Gendarmen zu identifizieren. Ebenso wird es in Anbetracht der österreichischen Behördenvielfalt für den Betroffenen eine Herausforderung die korrekte Bezeichnung der belangten Behörde ausfindig zu machen. Als belangte Behörde kommen gemäß § 4 SPG der Bundesminister für Inneres, die Sicherheitsdirektionen sowie die Bezirksverwaltungsbehörden und die Bundespolizeidirektionen in Frage. Den ausführenden Beamten kommt

---

<sup>117</sup> ZB Komapatienten, hirntote Patienten oder Personen, die infolge der polizeilichen Zwangsmaßnahme schwerst behindert wurden etc.

<sup>118</sup> Für höchstpersönliche Rechte gilt allgemein der Grundsatz, dass sie mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar sind. Für ihre Ausübung ist die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich. Fehlt diese Einsicht, so kann ein höchstpersönliches Recht weder durch den gesetzlichen Vertreter oder Sachwalter noch durch das PflEG/Sachwalterschaftsgericht ersetzt werden (6 Ob 106/03m = RZ 2004/65 = EvBl 2004/59; 7 Ob 355/97z = RdM 1998, 50 [Kopetzki] = JBl 1998, 443 = SZ 70/235); Vgl OGH 10.5.2005, 5 Ob 94/05t.

<sup>119</sup> Amtsparteien (Formalparteien) haben nicht eigene subjektive Rechte zu vertreten, sondern allein die objektive Rechtmäßigkeit des von ihr gesetzten Aktes zu vertreten.

<sup>120</sup> *Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/21; *Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde* (2006) 68f; vgl auch die Legaldefinition des § 67c Abs 2 Z 2 AVG.

<sup>121</sup> *Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/22; *Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde* (2006) 74.

<sup>122</sup> SPG-Novelle 2005, BGBl I Nr 151/2004.

mangels gesetzlicher Regelung keine Parteistellung im Verfahren vor dem UVS zu. Sie können – und sinnvollerweise wird dies zur besseren Aufklärung und Beurteilung des Sachverhalts auch geboten sein – als Zeugen geladen bzw einvernommen werden.

## **1.2. Das Verfahren im Überblick**

Gemäß § 67c Abs 3 AVG kann der UVS die Beschwerde zurückweisen, als unbegründet abweisen oder den gesetzten Verwaltungsakt für rechtswidrig erklären. Der Prozessgegenstand in einem Maßnahmenbeschwerdeverfahren ist die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes<sup>123</sup> wie zB die Durchführung eines Schusswaffengebrauchs, das Anlegen von Fußfesseln oder Handschellen im Zuge einer Festnahme oder die Durchsuchung einer Person, wobei der UVS bei seiner Prüfungstätigkeit nicht an die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründe gebunden ist und den gesetzten Verwaltungsakt in jede Richtung prüfen kann<sup>124</sup>.

Aufgrund der Maßnahmenbeschwerde ist gemäß § 67d Abs 1 AVG auf Antrag oder von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Eine solche kann gemäß § 67d Abs 2 Z 3 AVG unterbleiben, wenn die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits aus der vorliegenden Aktenlage ersichtlich ist, dass der angefochtene Verwaltungsakt für rechtswidrig zu erklären ist<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/23; *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 269.

<sup>124</sup> *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/24; *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 269.

<sup>125</sup> *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, *Die Maßnahmenbeschwerde* (2006) 76f; *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 273; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/9.

Ferner kann der UVS gemäß § 67d Abs 2 Z 4 AVG aus verfahrensökonomischen Gründen<sup>126</sup> und wenn Art 6 Abs 1 EMRK nicht entgegensteht von einer öffentlichen mündlichen Verhandlung absehen.

Der Konnex zur europäischen Menschenrechtskonvention wird sichtbar, zumal durch die Bestimmungen betreffend die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK<sup>127</sup> erfüllt werden sollen. Nach dieser zentralen Norm hat jedermann Anspruch darauf, dass in seinen zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen sowie in strafrechtlichen Verfahren ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nach einer öffentlichen Verhandlung zu entscheiden hat. Diese Vorgaben gelten insbesondere auch für die Maßnahmenbeschwerdeverfahren vor dem UVS. Die Entscheidung darüber, ob die Verhandlung iSd § 67d Abs 2 und 4 AVG entfällt, trifft der UVS, wobei durch den Gesetzestext – arg „kann“ – klar zum Ausdruck kommt, dass die Entscheidung im Ermessen des UVS liegt<sup>128</sup>.

Ein Ausschluss der Öffentlichkeit ist gemäß § 67e Abs 1 AVG insbesondere dann vorgesehen, wenn dies aus Gründen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit geboten erscheint<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Der UVS kann von der Verhandlung absehen, wenn er einen verfahrensrechtlichen Bescheid zu erlassen hat, die Aktenlage erkennen lässt, dass die mündliche Verhandlung eine weitere Klärung nicht erwarten lässt und dem nicht Art 6 Abs 1 EMRK entgegensteht. Alle Punkte müssen kumulativ vorliegen, dass trotz Parteiantrag eine Verhandlung unterbleiben kann.

<sup>127</sup> Hingewiesen wird auf den Vorbehalt Österreichs: Diese Konvention wird unter dem Vorbehalt ratifiziert, dass die Bestimmungen des Artikels 6 der Konvention mit der Maßgabe angewendet werden, dass die in Art 90 B-VG idFv 1929 festgelegten Grundsätze über die Öffentlichkeit im gerichtlichen Verfahren in keiner Weise beeinträchtigt werden. Dieser Vorbehalt wurde aber wegen seiner Vagheit als ungültig erklärt. Vgl EGMR 3.10.2000 Eisenstecken, Appl 29477/95; ÖJZ 2001, 194.

<sup>128</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 76ff; Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>3</sup> (2004) 271ff; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>8</sup> (2003) Rz 548/23, Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1549f.

<sup>129</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 78f; Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>3</sup> (2004) 275; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>8</sup> (2003) Rz 548/11.

Die UVS entscheiden mittels Bescheid, wobei für dessen Erlassung die Bestimmung des § 67g AVG zusätzlich zu den Erfordernissen der §§ 56 ff AVG anzuwenden sind<sup>130</sup>.

Im Verfahren über Maßnahmenbeschwerden können auch außerordentliche Rechtsmittel (Wiederaufnahme des Verfahrens<sup>131</sup> - §§ 69 f AVG) oder Rechtsbehelfe (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand<sup>132</sup> - §§ 71 f AVG) verwendet werden.

### 1.3. Besonderer Rechtsschutz des SPG

Die UVS erkennen gemäß § 88 Abs 1 SPG über Beschwerden von Menschen, die behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt<sup>133</sup> in ihren Rechten verletzt worden zu sein. Die Zulässigkeit einer solchen Maßnahmenbeschwerde ergibt sich unmittelbar aus Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG<sup>134</sup>. Aus den EB<sup>135</sup> zum SPG ergibt sich, dass § 88 Abs 1 SPG keine eigenständige normative Kraft zukommt, sondern die Bestimmungen nur die durch das B-VG getroffene Regelung sicherheitspolizeilich spezifisch formuliert wiedergibt<sup>136</sup>.

Darüber hinaus erkennen die UVS gemäß § 88 Abs 2 SPG über Beschwerden von Menschen, die behaupten, auf andere Weise durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung in ihren Rechten verletzt worden zu sein, sofern dies nicht in Form eines Bescheides erfolgt ist<sup>137</sup>. Demnach kann mit dieser Beschwerde auch schlicht-hoheitliches

---

<sup>130</sup> *Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 548/24.

<sup>131</sup> *Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 294ff; *Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>3</sup> (1996) 805ff.

<sup>132</sup> *Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 306ff; *Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>3</sup> (1996) 816ff.

<sup>133</sup> Das SPG verwendet hier die Bezeichnung „Ausübung unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“, wobei darunter AuvBZ iSd Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG zu verstehen sind. Abzuleiten ist diese Auffassung aus dem § 88 Abs 1 SPG selbst, zumal der Klammerausdruck auf das B-VG verweist.

<sup>134</sup> *Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht* (1998) Rz 731.

<sup>135</sup> EBRV 148 BlgNR 18. GP; *Thanner/Vogl, SPG-Sicherheitspolizeigesetz*<sup>3</sup> (2008) 226.

<sup>136</sup> *Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht* (1998) Rz 731.

<sup>137</sup> Vgl *Thanner/Vogl, SPG-Sicherheitspolizeigesetz*<sup>3</sup> (2008) 226. Damit wird auch das „schlichte Polizeihandeln“, sofern es in Rechte eingreift, beim UVS einklagbar.

Polizeihandeln einer nachprüfenden Kontrolle durch den UVS unterzogen werden<sup>138</sup>. Diese Beschwerdelegitimation erfasst das hoheitliche Handeln, welches weder den Kategorien Bescheid und AuvBZ zuzuordnen ist und soll eine Rechtslücke schließen<sup>139</sup>.

Für behauptete Verletzungen von „Berufspflichten“ wurde gemäß § 89 SPG mit der Richtlinienbeschwerde eine eigene Beschwerdekontrolle eingeführt<sup>140</sup>. Behauptet jemand die Verletzung einer gemäß § 31 SPG festgelegten Richtlinie, kann er die Beschwerde beim UVS oder der Dienstaufsichtsbehörde einbringen. Die Zuständigkeit ergibt sich aus Art 129 Abs 1 Z 3 B-VG<sup>141</sup>. Um das mitunter langwierige Verfahren abzukürzen hat der Gesetzgeber mit der SPG-Novelle 1999<sup>142</sup> die Möglichkeit eines „Mediationsgespräches“<sup>143</sup> eingeführt.

## 2. Exkurs: Verwaltungsgerichte der Länder

Das Regierungsprogramm der Bundesregierung für XXIV. Gesetzgebungsperiode beinhaltet unter dem Titel „Leistungsfähiger Staat“ die Weiterentwicklung von umsetzbaren Verfassungsreformen<sup>144</sup>. Dabei ist angedacht, das gut ausgebaute österreichische Rechtsschutzsystem durch die Einführung einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung verbessert werden soll. Vor diesem Hintergrund ist die Einrichtung von Landesverwaltungsgerichten entsprechend den bisherigen Beratungsergebnissen geplant<sup>145</sup>.

---

<sup>138</sup> *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 412.

<sup>139</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 734 und 740.

<sup>140</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 745ff.

<sup>141</sup> Die UVS erkennen nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, sofern ein solcher in Betracht kommt, in sonstigen Angelegenheiten, die ihnen durch die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- und Landesgesetze zugewiesen werden.

<sup>142</sup> BGBl I Nr 146/1999.

<sup>143</sup> Vgl § 89 Abs 3 SPG.

<sup>144</sup> Regierungsprogramm 2008 – 2013, Leistungsfähiger Staat 253ff.

<sup>145</sup> Regierungsprogramm 2008 – 2013, Leistungsfähiger Staat A.1.2. 253f.

Der ausgearbeitete Entwurf der Expertengruppe<sup>146</sup> sieht maßgebliche verfassungsrechtliche Änderungen im Hinblick auf den Rechtsschutz im Zuge einer Maßnahmenbeschwerde vor. Teile dieses Entwurfes – nicht die Errichtung der Verwaltungsgerichte – wurden mit dem 1. BVRBG<sup>147</sup> bereits umgesetzt. Ob dabei durch die vorweggenommene Schaffung des Asylgerichtshofes (AsylGHG)<sup>148</sup> die Errichtung der Verwaltungsgerichte der Länder obsolet geworden ist, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht gesagt werden. Im Entwurf des 2. BVRBG<sup>149</sup> ist jedenfalls die Landesgerichtsbarkeit wieder ausgenommen.

## **2.1. Überblick über die geplanten Regelungen**

Gemäß Art 129 Abs 1 B-VG nF<sup>150</sup> wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichte der Länder, das Verwaltungsgericht des Bundes und den VwGH ausgeübt. Jedes Bundesland erhält ein Verwaltungsgericht des Landes und für den Bund besteht ein Verwaltungsgericht des Bundes<sup>151</sup>.

Nach Art 130 Abs 1 Z 2 iVm Art 131 Abs 1 B-VG nF erkennen die Verwaltungsgerichte der Länder über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit<sup>152</sup>.

---

<sup>146</sup> Entwurf der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform im Bundeskanzleramt, Stand 23. Juli 2007. Vgl <http://www.bka.gv.at/site/5732/default.aspx> (23.02.2009)

<sup>147</sup> Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz, BGBl I Nr 2/2008.

<sup>148</sup> Vgl Asylgerichtshofgesetz, BGBl I Nr 4/2008.

<sup>149</sup> Entwurf der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform im Bundeskanzleramt, Stand 11. März 2008.

<sup>150</sup> Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird im siebenten Hauptstück (Art 129 bis 136 B-VG nF) geregelt.

<sup>151</sup> Vgl Art 129 Abs 2 B-VG nF.

<sup>152</sup> Rechtswidrigkeit liegt nach Art 130 Abs 2 B-VG nF nicht vor, soweit die Gesetzgebung von einer bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde absieht und die Bestimmung dieses Verhaltens der Behörde selbst überlässt, die Behörde aber von diesem freien Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat.

Gemäß Art 132 Abs 2 B-VG nF kann eine Person gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt Beschwerde erheben, wenn sie eine Rechtsverletzung behauptet<sup>153</sup>.

Art 133 B-VG normiert die Zuständigkeiten des VwGH, der im Rahmen einer nachprüfenden Kontrolle befasst werden kann.

### **3. Die nachprüfende Kontrolle des VwGH und/oder VfGH**

#### **3.1. Bescheidbeschwerde an den VwGH (Parteibeschwerde)**

Gemäß Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG kann jeder gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde erheben, wer durch den Bescheid in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, und zwar nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges<sup>154</sup>. Nach Abs 3 leg cit kann der VwGH die Behandlung gegen einen UVS-Bescheid ablehnen, wenn die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der UVS von der Rechtsprechung des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird<sup>155</sup>.

Für die Beschwerdeerhebung an den VwGH genügt es, wenn der Beschwerdeführer die Verletzung eines subjektiven Rechtes behauptet und diese Behauptung wenigstens möglich sein kann<sup>156</sup>. Diese Möglichkeit wird immer dann zu verneinen sein, wenn es aus der Sicht

---

<sup>153</sup> Die vorgeschlagenen Normierungen unterscheiden sich zur geltenden Regelung (Art 129a B-VG) insofern, dass Art 130 den Prüfungsmaßstab und Art 132 die Beschwerdelegitimation nun mehr in getrennter Weise anführen. Aus den EB (Z 28 und Z 36) ist zu entnehmen, dass Art 130 Abs 1 B-VG nF deshalb keine Prozessvoraussetzung des Instanzenzuges mehr normiert, da grundsätzlich nur noch eine einzige Adminstrativinstanz vorgesehen ist.

<sup>154</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 953; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 847.

<sup>155</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1003/1; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 858.

<sup>156</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 254, vgl VwSlg 13.558A/1991.

der Rechtsstellung des Beschwerdeführers keinen Unterschied macht, ob der angefochtene Bescheid aufgehoben wird oder dem Rechtsbestand weiter angehört<sup>157</sup>.

Der Beschwerdeführer hat zur Einbringung seiner Beschwerde eine gesetzlich festgelegte unerstreckbare<sup>158</sup> Frist von sechs Wochen (exkl Tage des Postenlaufes)<sup>159</sup>. Der Beginn der Beschwerdefrist ist im § 26 VwGG determiniert, wobei im Zweifel eine Beschwerde als rechtzeitig eingebracht gilt. Weitere essentielle Voraussetzungen sind der absolute Anwaltszwang<sup>160</sup> und die Entrichtung der Eingabegebühr von € 180,--<sup>161</sup>.

Gemäß § 61 VwGG iVm §§ 63 ff ZPO ist einer Partei Verfahrenshilfe zu gewähren, soweit sie außerstande ist, die Kosten der Führung eines Beschwerdeverfahrens zu bestreiten und die in Aussicht genommene Rechtsverfolgung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint<sup>162</sup>. Als Richtwert für eine Bewilligung der Verfahrenshilfe wird derzeit ein monatliches Nettogehalt kleiner als € 1.000,-- angenommen.

Den Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens stellen die behaupteten Rechtsverletzungen des Beschwerdeführers (Beschwerdepunkte)<sup>163</sup> dar.

Bei den typischen polizeilichen Zwangsmaßnahmen sind dies insbesondere das Recht auf Leben<sup>164</sup>, das Folterverbot und das Verbot erniedrigender und unmenschlicher Behandlung<sup>165</sup>, das Recht auf persönliche Freiheit<sup>166</sup>, das Recht auf Achtung des Privat- und

---

<sup>157</sup> ZB VwSlg 9.304 A/1977, 10.903 A/1982, 11.568 A/1984, 13.373 A/1991.

<sup>158</sup> Vgl VwSlg 7.359 A/1968.

<sup>159</sup> Vgl § 26 Abs 1 VwGG; gemäß § 62 Abs 1 VwGG iVm § 33 Abs 3 AVG sind die Tage des Postenlaufes in die Frist zur Erhebung der Beschwerde nicht einzurechnen.

<sup>160</sup> Vgl § 24 Abs 2 VwGG.

<sup>161</sup> Vgl § 24 Abs 3 Z 2 VwGG.

<sup>162</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 974; vgl § 26 Abs 3 VwGG wonach, wenn eine Partei innerhalb der Frist zur Beschwerdeerhebung die Bewilligung der Verfahrenshilfe beantragt hat, die Frist zur Erhebung der Beschwerde für sie mit der Zustellung des Bescheides über die Bestellung des Rechtsanwaltes an diesen beginnt.

<sup>163</sup> Vgl § 28 Abs 1 Z 4 VwGG.

<sup>164</sup> Siehe Art 2 EMRK.

<sup>165</sup> Siehe Art 3 EMRK.

<sup>166</sup> Siehe Art 5 EMRK und Art 1 PersFrG.

Familienlebens<sup>167</sup> sowie der Schutz des Hausrechtes<sup>168</sup>. Die bezeichneten Beschwerdepunkte müssen aber auch einen einfachgesetzlichen Hintergrund<sup>169</sup> haben. In Bezug auf die Legitimation sind die obigen Ausführungen beim UVS anzuwenden.

Bei Bescheidbeschwerden ist der angefochtene Bescheid auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides bestehenden Sach- und Rechtslage zu überprüfen<sup>170</sup>. Für die Entscheidung des VfGH ist die „historisch echte“ Sach- und Rechtslage maßgeblich. Eine Änderung der Rechtslage, die auf einen Zeitpunkt vor Erlassung des Bescheides rückwirkt, ist unbeachtlich<sup>171</sup>.

### **3.2. Bescheidbeschwerde an den VfGH (Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit)**

Nach Art 144 Abs 1 B-VG erkennt der VfGH über Beschwerden gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden einschließlich der UVS, soweit der Beschwerdeführer behauptet, durch den Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen der Anwendung einer generellen rechtswidrigen Norm in seinen sonstigen Rechten verletzt worden zu sein<sup>172</sup>, wobei die Möglichkeit einer Ablehnung besteht<sup>173</sup>.

---

<sup>167</sup> Siehe Art 8 EMRK.

<sup>168</sup> Siehe Art 9 StGG und Gesetz zum Schutze des Hausrechtes, RGBI Nr 88/1862.

<sup>169</sup> Einige einfachgesetzliche Bestimmungen wären: SPG (§ 36 - Platzverbot, § 38 - Wegweisung, § 38a - Wegweisung und Betretungsverbot, § 40 - Personendurchsuchung, § 45 - Eingriff in die persönliche Freiheit, § 65 - Erkennungsdienstliche Behandlung), VStG (§ 35 - Festnahme, § 39 - Beschlagnahme) oder WaffGG.

<sup>170</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1020; vgl VwSlg 6.693 A/1965, 7.227 A/1967, VwGH 26.4.1993, 91/10/0252.

<sup>171</sup> Vgl VwGH 19.3.1997, 94/12/0077; VwGH 24.2.2006, Zl. 2005/12/0186. Ausnahme: Die Behörde hat eine andere (ältere) Rechtslage anzuwenden, wenn sich das aus Übergangsbestimmungen ergibt oder wenn zeitbezogene Vorschriften anzuwenden sind; vgl VwSlg 9.315 A/1977, 13.384 A/1991.

<sup>172</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1202; *Potacs/Hattenberger in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 144 B-VG Rz 24.

<sup>173</sup> Die B-VG-Nov 1981 und die Nov BGBl Nr 296/1984 haben die Möglichkeit der Ablehnung einer Beschwerde durch den VfGH im Art 144 Abs 2 B-VG normiert. Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1205.

Anfechtungsberechtigt ist, wer behauptet, durch den Bescheid in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten<sup>174</sup> verletzt worden zu sein<sup>175</sup>.

Der Beschwerdeführer hat die Möglichkeit nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges<sup>176</sup> die Beschwerde innerhalb einer unerstreckbaren Frist von sechs Wochen (exkl der Tage des Postenlaufes)<sup>177</sup> beim VfGH einzubringen. Der Beginn der Beschwerdefrist ist im § 82 VfGG determiniert. Weitere essentielle Voraussetzungen sind der absoluter Anwaltszwang<sup>178</sup> und die Entrichtung der Eingabegebühr von € 180,--<sup>179</sup>.

Auch im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof besteht die Möglichkeit Verfahrenshilfe gemäß § 35 VfGG iVm §§ 63 ff ZPO zu beantragen (siehe Ausführungen oben zur Bescheidbeschwerde vor dem VwGH).

Die Beschwerde selbst hat Bezug zu nehmen auf den Sachverhalt und auf die Angabe, ob der Beschwerde durch den angefochtenen Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt zu sein behauptet<sup>180</sup>. Es genügt die Behauptung, durch den angefochtenen Bescheid in einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht verletzt zu sein<sup>181</sup>. Das Recht selbst braucht nicht näher bezeichnet zu werden. Wird ein bestimmtes verfassungsgesetzlich gewährlestetes Recht als

---

<sup>174</sup> Näheres in *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1317ff.

<sup>175</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1211; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 417; *Potacs/Hattenberger in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 144 B-VG Rz 24.

<sup>176</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1210; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 417; *Potacs/Hattenberger in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 144 B-VG Rz 28.

<sup>177</sup> Vgl § 35 Abs 2 VfGG.

<sup>178</sup> Vgl § 17 Abs 2 VfGG.

<sup>179</sup> Vgl § 17a Z 2 VfGG.

<sup>180</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1212; vgl auch § 82 Abs 2 VfGG.

<sup>181</sup> Vgl zB VfSlg 6.024, 7.370.

verletzt bezeichnet, so kann der VfGH dennoch die Verletzung jedes in Betracht kommenden Rechts wahrnehmen<sup>182</sup>.

Bei Bescheidbeschwerden ist auch beim Verfahren vor dem VfGH der angefochtene Bescheid auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides bestehenden Sach- und Rechtslage zu überprüfen<sup>183</sup>.

### 3.2.1. Ausnahme hinsichtlich der Rechtslage

Wird nun im Verfahren vor dem VfGH die Rechtslage rückwirkend auf einen vor Erlassung des Bescheides liegenden Zeitpunkt geändert, so wird der angefochtene Bescheid nicht an der historisch echten Rechtslage, sondern an der rückwirkend hergestellten Rechtslage geprüft<sup>184</sup>, dh jede rückwirkende Änderung der Rechtslage ist beachtlich.

### 3.3. Parallelbeschwerde und Sukzessivbeschwerde

Der Beschwerdeführer hat die Möglichkeit eine Beschwerde gegen denselben Bescheid gleichzeitig beim VfGH und beim VwGH einzubringen (Parallelbeschwerde)<sup>185</sup>.

Bei der Sukzessivbeschwerde bringt der Beschwerdeführer seine Beschwerde zunächst beim VfGH ein. Falls dieser die Beschwerde ablehnt oder abweist, kann der Beschwerdeführer gemäß Art 144 Abs 3 B-VG iVm § 87 Abs 3 VfGG einen Antrag auf Abtretung der Beschwerde an den VwGH stellen<sup>186</sup>. Die Sukzessivbeschwerde ist als einzige

---

<sup>182</sup> Vgl zB VfSlg 3.280.

<sup>183</sup> VfSlg 2.009, 3.148, 4.418, 7.161, 7.705, 8.780.

<sup>184</sup> VfSlg 2.009, 3.853, 10.091, 10.402, 11.155, 11.401, zuletzt VfGH 29.11.2003, B 1538/02.

<sup>185</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 255; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1216; *Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Vorbem Sechstes Hauptstück B-VG Rz 14b; *Potacs/Hattenberger in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 144 B-VG Rz 44.

<sup>186</sup> Dieser Abtretungsantrag muss spätestens zwei Wochen nach Zustellung des VfGH-Erkenntnisses gestellt werden (Art 144 Abs 3 B-VG iVm § 87 Abs 3 VfGG). Die Sukzessivbeschwerde ist als eine einzige Beschwerde anzusehen; *Potacs/Hattenberger in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 144 B-VG Rz 43.

Beschwerde anzusehen, die lediglich sukzessive zuerst vom VfGH und dann vom VwGH zu behandeln ist<sup>187</sup>.

Sowohl bei der Parallelbeschwerde als auch bei der Sukzessivbeschwerde muss der Beschwerdeführer die Eingabegebühr in der Höhe von € 180,-- zweimal entrichten.

#### **4. Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)**

##### **4.1. Grundsätzliches zu den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten**

Der Begriff „verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht“ wird im Art 144 B-VG im Zusammenhang mit der Bescheidbeschwerde an den VfGH verwendet<sup>188</sup>. Es wird damit zum Ausdruck gebracht, dass es sich um subjektive Rechte des Rechtsunterworfenen handelt<sup>189</sup>. In der juristischen und politischen sowie der allgemeinen Diskussionen werden diese Rechte vielfach als Grundrechte, Freiheitsrechte oder auch als Menschenrechte bzw Grundfreiheiten<sup>190</sup> bezeichnet<sup>191</sup>.

Der unmittelbare und besondere Zusammenhang zwischen den polizeilichen Zwangsmaßnahmen und der Beachtung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte wird nicht zuletzt dadurch erkennbar, dass diese Maßnahmen gegenüber von Menschen immer in die höchsten Rechtsgüter, wie Leben, körperliche Unversehrtheit,

---

<sup>187</sup> Vgl zB VwSlg 9.970 A, 11.815 A; VfSlg 10.367.

<sup>188</sup> *Berka in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Vorbem StGG Rz 19.

<sup>189</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1317; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 267.

<sup>190</sup> Vgl Art 6 Z 1 Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich, BGBl Nr 152/1955 idgF: Österreich wird alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um allen unter österreichischer Staatshoheit lebenden Personen ohne Unterschied von Rasse, Geschlecht, Sprache oder Religion den Genuss der Menschenrechte und der Grundfreiheiten einschließlich der Freiheit der Meinungsäußerung, der Presse und Veröffentlichung, der Religionsausübung, der politischen Meinung und der öffentlichen Versammlung zu sichern.

<sup>191</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1319.

Gesundheit oder Freiheit, eingreifen. Die evidente Gefährlichkeit birgt ein hohes Schadensrisiko, sodass die Schutzbereiche – speziell jene der EMRK – betrachtenswert sind.

#### 4.2. Die EMRK und der EGMR

Eine wichtige und umfassende Rechtsquelle im Bereich der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte stellt die EMRK mit ihren Zusatzprotokollen dar. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, welche beim Rat von Nizza im Dezember 2000 proklamiert wurde, ist noch nicht verbindlich<sup>192</sup>.

Um die Einhaltung der Bestimmung der EMRK durch die Vertragsstaaten sicherzustellen, wurde gemäß Art 19ff EMRK der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit Sitz in Straßburg errichtet.

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>193</sup> und ihre derzeit 13 Zusatzprotokolle (ZP) haben innerstaatlich den Rang eines Bundesverfassungsgesetzes<sup>194</sup>.

Das 14. ZP<sup>195</sup> soll Änderungen im Rechtsschutzmechanismus und bei den verfahrensrechtlichen Bestimmungen herbeiführen und wurde von Österreich am 10. November 2004 unterzeichnet und am 23. Jänner 2006 ratifiziert. Wegen der fehlenden Zustimmung von Russland ist das 14. ZP noch nicht in Kraft getreten<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI EG 2000 C 364,1; Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 4 Rz 11; *Hummer*, Eine „Grundrechtscharta“ für die Europäische Union, Juridikum Nr 3/2000, 163ff.

<sup>193</sup> Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl Nr 210/1958 idgF.

<sup>194</sup> Vgl Art II Z 7 Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1964, BGBl Nr 59/1964; 13. ZP, BGBl III Nr 22/2005.

<sup>195</sup> Vgl deutsche Fassung: <http://www.humanrights.ch/home/de/Instrumente/Euoparats-Abkommen/Zusatzprotokolle/ZP14/content.html> (23.02.2009).

<sup>196</sup> Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 1 Rz 4; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1568.

Die in der EMRK angeführten Menschenrechte und Grundfreiheiten stehen gleichrangig neben den im Art 144 B-VG begrifflich definierten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten<sup>197</sup>.

Wird bei einem Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ein von der EMRK garantiertes Recht verletzt, so ist zuerst die Maßnahmenbeschwerde an den zuständigen UVS zu erheben und anschließend kann der VfGH und/oder VfGH mit der höchstgerichtlichen Prüfung betraut werden.

Erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe<sup>198</sup> kann jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe innerhalb von sechs Monaten<sup>199</sup> eine Individualbeschwerde gemäß Art 34 EMRK an EGMR richten, wenn eine Verletzung von Rechten behauptet wird, welche in der EMRK oder deren Zusatzprotokollen allgemein anerkannt sind<sup>200</sup>. Grundsätzlich ist das Verfahren der Individualbeschwerde formfrei gestaltet. Für die Einbringung ist ein eigenes Beschwerdeformular samt Erläuterungen vorgesehen<sup>201</sup>.

Die Beschwerdeerhebung setzt voraus:

- Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe in Übereinstimmung mit den allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts<sup>202</sup>,

---

<sup>197</sup> Siehe Rechtsquellen in *Öhlinger, Verfassungsrecht*<sup>6</sup> (2005) 268ff.

<sup>198</sup> Vgl Art 35 Abs 1 EMRK.

<sup>199</sup> *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 327; Die Einbringungsfrist wird gerechnet ab dem Ergehen der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung; vgl dazu auch Art 35 Abs 1 EMRK.

<sup>200</sup> Vgl Art 34 EMRK.

<sup>201</sup> Gemäß Art 45 Abs 1 VfO EGMR sind Individualbeschwerden schriftlich und unterzeichnet einzureichen. Gemäß Art 47 VfO EGMR ist für die Einbringung der Individualbeschwerde das Beschwerdeformular der Kanzlei des EGMR zu verwenden. Dieses Formular kann samt Ausfüllhilfe von der Website des EGMR abgerufen werden <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/510DBAD2-4B84-4347-ADD8-CD454C17C999/0/GermanPOPack.pdf> (23.02.2009); *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 9 Rz 4.

<sup>202</sup> Vgl Art 35 Abs 1 EMRK; siehe dazu auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1569; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 13 Rz 19ff.

- Wahrung der Frist von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Erlassung der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung<sup>203</sup>,
- Verletzung eines durch die EMRK oder deren ZP gewährleisteten Rechts durch einen Hoheitsakt, wobei sich die behauptete Verletzung im Hoheitsbereich des belangten Vertragsstaates ereignet haben muss<sup>204</sup>,
- aktive Beschwerdelegitimation (der Betroffene selbst bzw im Falle seiner Tötung Erben oder ein naher Angehöriger)<sup>205</sup>,
- und passive Beschwerdelegitimation (der belangte Vertragsstaat).

Dem Beschwerdeführer kann auf seinen Antrag oder von Amts wegen Verfahrenshilfe bewilligt werden<sup>206</sup>. Für die Einbringung von Individualbeschwerden ist im Gegensatz zu den innerstaatlichen Höchstgerichten kein Anwaltszwang vorgesehen<sup>207</sup>. Wird die Beschwerde nicht ohne nähere Prüfung zurückgewiesen oder zugelassen, kann der Kammerpräsident die Vertretung des Beschwerdeführers anordnen<sup>208</sup>.

Der Gerichtshof entscheidet meritorisch, sofern keine Formalerledigung (Zurückweisung oder Streichung aus dem Register) ergeht, durch eine

---

<sup>203</sup> Vgl Art 35 Abs 1 EMRK; siehe dazu auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1569; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 13 Rz 34ff.

<sup>204</sup> Vgl Art 34 EMRK; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 13 Rz 13.

<sup>205</sup> Natürliche Personen sind grundsätzlich ungeachtet ihres Alters, ihrer Geschäftsfähigkeit und ihrer Staatsangehörigkeit parteifähig, wobei minderjährige oder geschäftsunfähige Beschwerdeführer von der sorge- oder vertretungsberechtigten Person repräsentiert werden. Neben natürlichen Personen sind nichtstaatliche Organisationen oder Personengruppen parteifähig. Siehe dazu auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 13 Rz 3ff.

<sup>206</sup> Vgl Art 91ff VfO EGMR; siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 24 Rz 111.

<sup>207</sup> Vgl Art 36 Abs 1 VfO EGMR; siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 11 Rz 2.

<sup>208</sup> Vgl Art 36 Abs 2 VfO EGMR; siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 11 Rz 2.

Kammer mit 7 Mitgliedern<sup>209</sup> oder durch die Große Kammer mit 17 Mitgliedern<sup>210</sup>.

#### 4.2.1 Rechtswirkung der Entscheidung des EGMR

Eine interessante Frage stellt sich insofern, wenn es um die Wirkung der Urteile des EGMR geht, zumal diese Entscheidungen keiner weiteren Prüfungsinstanz unterliegen und endgültig sind.

Gemäß Art 43 EMRK kann jede Partei innerhalb von drei Monaten nach dem Datum des Urteils der Kammer schriftlich beantragen, dass die Rechtssache an die Große Kammer verwiesen wird<sup>211</sup>. Ein diesbezüglicher Antrag wird vom gebildeten Ausschuss (5 Richter der Großen Kammer) jedoch nur dann angenommen, wenn die Rechtssache eine schwerwiegende Frage<sup>212</sup> der Auslegung oder Anwendung der EMRK oder deren ZP oder eine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung aufwirft. Das bedeutet, dass auch im Verfahren vor dem EGMR eine „interne Qualitätsprüfung“ ähnlich wie bei den Entscheidungen eines verstärkten Senats der Höchstgerichte durchgeführt wird<sup>213</sup>.

Die Urteile der Großen Kammer des EGMR sind endgültig und können somit nicht mehr bekämpft werden. Sie erwachsen in formeller und materieller Rechtskraft<sup>214</sup>.

Die Urteile einer Kammer werden dann endgültig,

- wenn die Parteien erklären, dass sie die Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer nicht beantragen werden,

---

<sup>209</sup> Vgl Art 27 Abs 1 EMRK, Art 26 VfO EGMR; siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 8 Rz 3.

<sup>210</sup> Vgl Art 27 Abs 1 EMRK, Art 24 VfO EGMR; siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 8 Rz 4f.

<sup>211</sup> Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 13 Rz 62.

<sup>212</sup> ZB EGMR 12.5.2005 *Öcalan* Appl 46.221/99, EuGRZ 2005, 463; EGMR 30.6.2005, Jahn, Appl 46.720/99.

<sup>213</sup> Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 13 Rz 62.

<sup>214</sup> Vgl Art 44 Abs 1 EMRK. Siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 14 Rz 2 und § 16 Rz 2.

- drei Monate nach dem Datum des Urteils, wenn nicht die Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer beantragt worden ist, oder
- wenn der Ausschuss der Großen Kammer den Antrag auf Verweisung nach Art 43 EMRK abgelehnt hat<sup>215</sup>.

Die Urteile des EGMR haben feststellenden Charakter<sup>216</sup>, dh Verstöße gegen die EMRK und deren ZP können zwar aufgezeigt werden, aber die innerstaatlichen (konventionswidrigen) Rechtsakte werden dadurch nicht aufgehoben. Dies bedeutet, dass nur der betroffene Vertragsstaat den gesetzten rechtswidrigen Akt aufheben kann.

Der betroffene Vertragsstaat ist verpflichtet, das rechtskräftige Urteil des Gerichtshofes zu befolgen<sup>217</sup>.

Die Überwachung der Einhaltung und Durchführung der Entscheidung obliegt dem Ministerkomitee des Europarates<sup>218</sup>, dem das endgültige Urteil gemäß Art 46 Abs 2 EMRK (iVm Art 43 Abs 3 2. Satz VfO) zuzuleiten ist. Das Ministerkomitee ist das Entscheidungsorgan des Europarates, welches sich aus den Außenministern der einzelnen Mitgliedsstaaten oder deren ständigen diplomatischen Vertretern in Straßburg zusammensetzt.

Die in Art 46 EMRK normierte Verbindlichkeit der Urteile des EGMR bezieht sich auf den betroffenen Mitgliedstaat<sup>219</sup> als Völkerrechtssubjekt

---

<sup>215</sup> Vgl Art 44 Abs 2 EMRK.

<sup>216</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1571.

<sup>217</sup> Gemäß Art 46 Abs 1 EMRK verpflichten sich die Hohen Vertragsschließenden Teile, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofes zu befolgen. Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 16 Rz 2; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1571.

<sup>218</sup> Es ist sowohl ein Regierungsorgan, in dem nationale Lösungsansätze für die Probleme der europäischen Gesellschaft gleichberechtigt diskutiert werden, als auch ein gemeinschaftliches Forum, in dem europaweite Antworten auf anstehende Herausforderungen erarbeitet werden. Gemeinsam mit der Parlamentarischen Versammlung garantiert das Ministerkomitee den Schutz der grundlegenden Werte des Europarates und überwacht die Einhaltung der von den Mitgliedsstaaten eingegangenen Verpflichtungen; vgl <http://www.coe.int/t/d/Ministerkomitee/intro.asp#was> (23.02.2009).

<sup>219</sup> Für die übrigen Mitgliedsstaaten entfaltet das Urteil nur Orientierungswirkung; siehe dazu *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 16 Rz 9.

und Partei des Verfahrens und nicht auf bestimmte Organe desselben. Die staatlichen Behörden sind aber an die Urteile des EGMR insoweit gebunden, als es ihnen verwehrt ist, jenes Verhalten staatlicher Organe, in dem der EGMR einen Verstoß gegen die Konvention oder deren ZP erblickt hat, künftig als konventionsgemäß zu qualifizieren. Ebenso wenig kann der EGMR konkrete Wiedergutmachungsmaßnahmen verbindlich anordnen, sondern kann diese nur empfehlen<sup>220</sup>.

Der EGMR betont diesbezüglich in ständiger Rechtsprechung, dass es dem betroffenen Staat obliege, die Mittel zu wählen, die in seiner innerstaatlichen Rechtsordnung heranzuziehen sind, um seinen Verpflichtungen gemäß Art 46 EMRK nachzukommen<sup>221</sup>. Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes kann daher ein verfassungsrechtliches Gebot, wonach in jedem Fall einer vom EGMR festgestellten Konventionsverletzung das Verfahren innerstaatlich wieder aufzunehmen ist, aus der EMRK nicht abgeleitet werden<sup>222</sup>.

Stellt nun der EGMR in seinem Urteil fest, dass die EMRK oder deren ZP verletzt worden sind, und können die Folgen dieser Verletzung nach innerstaatlichem Recht nur unvollkommen wieder gutgemacht werden, so kann gemäß Art 41 EMRK der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zusprechen<sup>223</sup>.

Die Urteile des EGMR kommen nach innerstaatlichem Recht nicht als Exekutionstitel in Betracht<sup>224</sup>. Die Umsetzungsverpflichtung des

---

<sup>220</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1571; *Grabenwarter*, Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH, RZ 2007, 154; *Okresek in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 46 Rz 13; *Leeb*, Die innerstaatliche Umsetzung der Feststellungsurteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im entschiedenen Fall, 59ff; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 16 Rz 3;

<sup>221</sup> EGMR 13.06.1979, Marckx gg Belgien, Serie A 31; EuGRZ 1979, 454ff; EGMR 26.10.1988, Norris gg Irland, Serie A 141-B; ÖJZ 1989, 628ff; EGMR 31.10.1995, Papamichalopoulos, Serie A 330-B; EGMR 25.02.1997, Z gg Finnland, ÖJZ 1998, 152ff.

<sup>222</sup> VfSIG 16.747.

<sup>223</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1572; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 15 Rz 1ff.

<sup>224</sup> Vgl LG f ZRS Wien 2.4.2003, 47 R 25/03d.

betroffenen Mitgliedsstaates trifft die Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit gleichermaßen. Es geht lediglich darum die Konventionsverletzung zu beseitigen<sup>225</sup>. Zur zwangsweisen Einbringung eines zugesprochenen Entschädigungsbetrages muss daher eine Klage gemäß Art 137 B-VG erhoben werden. Dabei erkennt der VfGH über vermögensrechtliche Ansprüche an den Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden und Gemeindeverbände, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen, noch durch Bescheid zu erledigen sind.

## **C. Untersuchungsmethode bei der Betrachtung der einzelnen Zwangsmaßnahmen**

Ziel und Aufgabe dieser Dissertation soll es sein, einerseits einen guten Überblick über die beschriebenen polizeilichen Zwangsmaßnahmen zu geben und andererseits die relevanten Rechtsnormen systematisch und übersichtlich darzustellen.

### **1. Definition und allgemeine Bedeutung des jeweiligen Zwangsaktes**

Im ersten Schritt werden in den einzelnen Abschnitten zunächst die ausgewählten polizeilichen Zwangsmaßnahmen unter Einbeziehung der jeweiligen Anwendungspraxis genau definiert und beschrieben. In diesem Zusammenhang wird auf die Bedeutung und die Notwendigkeit der Maßnahmen im Polizeialltag, sowie auf die dabei auftretenden Problemfälle wie insbesondere Verletzungen oder Tötungen von Personen im Zuge von polizeilichen Amtshandlungen näher einzugehen sein. Erwähnenswerte Fälle aus der Praxis und Rechtsprechung fließen in die Betrachtungen ein und runden das Bild ab.

---

<sup>225</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 16 Rz 4.

## **2. Verfassungsmäßige Regelung**

Der zweite Schritt befasst sich mit den verfassungsrechtlichen Normen und Bestimmungen, welche für den Anwendungsbereich der jeweiligen Zwangsmaßnahme erforderlich sind, insbesondere jene die verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte enthalten<sup>226</sup>. Einbezogen wird weiters die Judikatur der innerstaatlichen Höchstgerichte, insbesondere des VwGH und VfGH sowie die Judikatur des EGMR.

## **3. Einfachgesetzliche Regelung**

Der dritte Schritt setzt sich mit den einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen auseinander, die den Anwendungsbereich der polizeilichen Maßnahme regeln und soll unter Beachtung der Rechtsprechung erörtert werden. Das Aufzeigen von Regelungslücken, Rechtsschutzdefiziten und allfälligen anderen Problemsituationen runden die kritische Betrachtung ab.

## **4. Eigene Betrachtung, Kritik und Lösungsvorschläge**

Schließlich beenden – angesichts der aufgezeigten Problemfälle – eigene Überlegungen sowie kritische Lösungsvarianten und –ansätze die einzelnen Abschnitte.

## **5. Haftungsrechtliche Aspekte**

Im Anschluss an die Behandlung der einzelnen Zwangsmaßnahmen bespricht ein gesondert gewidmetes Kapitel die haftungsrechtlichen Normen und Aspekte, welche durch das Setzen von Zwangsmaßnahmen berührt werden können. Dabei stehen insbesondere das Amtshaftungsgesetz und das Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz im Vordergrund.

---

<sup>226</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1345ff.

## D. Abgrenzungen

### 1. Untersuchung von polizeilichen Zwangsmaßnahmen

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich ausschließlich mit der Untersuchung von polizeilichen Zwangsmaßnahmen, dh mit AuvBZ, die Maßnahmen die im Rahmen der hoheitlichen Tätigkeit von Organen der öffentlichen Sicherheit gegenüber den Rechtsunterworfenen gesetzt werden. Von Hoheitsverwaltung spricht man, wenn der Staat durch seine Verwaltungsorgane mit „Imperium“, also unter Einsatz spezifischer staatlicher Befehls- und Zwangsgewalt, auftritt<sup>227</sup>. Gerade beim AuvBZ kommt der Charakter der hoheitlichen Zwangsausübung zum Ausdruck. Die Ausübung von Zwang (Gewalt) oder Befugnissen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung sind keine AuvBZ im Sinne der Bundesverfassung<sup>228</sup>.

Nicht behandelt werden insbesondere:

- Waffengebrauch der Justizwache im Strafvollzug<sup>229</sup>,
- Waffengebrauch militärischer Organe zur militärischen Landesverteidigung<sup>230</sup>, Waffengebrauch zum Schutz verfassungsmäßiger Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit<sup>231</sup>, und Waffengebrauch militärischer Wachen<sup>232</sup>, Waffengebrauch im Gefährdungsbereich militärischer Munitionslager<sup>233</sup>, Hilfeleistung bei Elementarereignissen<sup>234</sup> und Exekution von Erkenntnissen des VfGH<sup>235</sup>,
- Hilfeleistung für Exekutionsgerichte<sup>236</sup>,

---

<sup>227</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 23.

<sup>228</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 526.

<sup>229</sup> Vgl §§ 104 und 105 StVG, BGBl Nr 144/1961 idgF.

<sup>230</sup> Vgl Art 79 Abs 1 B-VG iVm § 2 Abs 1 lit a WG, BGBl I Nr 146/2001.

<sup>231</sup> Vgl Art 79 Abs 2 bis 5 B-VG.

<sup>232</sup> Vgl §§ 16ff MBG, BGBl I Nr 86/2000.

<sup>233</sup> Vgl § 9 Abs 4 und § 11 des BG über militärische Munitionslager, BGBl Nr 736/1995.

<sup>234</sup> Vgl Art 79 Abs 2 B-VG iVm § 2 Abs 1 lit c WG.

<sup>235</sup> Vgl Art 146 Abs 2 B-VG.

<sup>236</sup> Vgl § 26 Abs 2 EO.

- Zwangsbefugnisse durch Zollorgane gemäß § 14 Zollrechts-Durchführungsgesetz<sup>237</sup>,
- sämtliche gesetzten Handlungen im Bereich der staatlichen Privatwirtschaftsverwaltung, also dem nicht-hoheitlichen Staatshandeln, sowie
- Handlungen oder Maßnahmen von beliebigen Unternehmen<sup>238</sup>, also jene privatrechtlich organisierten Einrichtungen, die im Zuge von staatlichen Ausgliederungen die Wahrnehmung von hoheitlich zu besorgenden Verwaltungsaufgaben oder administrativen Hilfstätigkeiten einer Gebietskörperschaft übertragen bekommen (zB Abschleppung eines falsch geparkten Fahrzeuges durch ein beliebiges Privatunternehmen, Forst- und Feldschutzorgane<sup>239</sup>).

## 2. Datenschutzgesetz

Häufig gehen bei sicherheitsbehördlichen Interventionen polizeiliche Zwangsmaßnahmen mit datenschutzrechtlichen Eingriffen einher. Beispielsweise treten im Zuge von Haus- und Personendurchsuchungen, Beschlagnahmen, Überwachung einer Telekommunikation, optischen und akustischen Überwachungen von Personen unter Verwendung technischer Mittel oder ähnlichen Maßnahmen auch zumeist datenschutzrechtliche Fragen auf.

In dieser Arbeit wird auf Überlegungen, die in irgendeiner Art und Weise den Datenschutz im Sinne des Datenschutzgesetzes<sup>240</sup> tangieren, nicht eingegangen.

---

<sup>237</sup> Vgl. Zollrechts-Durchführungsgesetz, BGBl. Nr. 659/1994.

<sup>238</sup> Siehe dazu *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz. 550; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 401ff.

<sup>239</sup> Siehe etwa § 115 Salzburger Jagdgesetz, LGBl. Nr. 100/1993 oder § 35 Tiroler Jagdgesetz, LGBl. Nr. 41/2004.

<sup>240</sup> Datenschutzgesetz (DSG), BGBl. I Nr. 165/1999.

### **3. Einschränkung auf die ausgewählten Zwangsmaßnahmen**

Die Notwendigkeit einer Einschränkung ergibt sich aus dem Umstand, dass es eine Vielzahl an Zwangsmaßnahmen gibt, die die Organe der öffentlichen Sicherheit für die effiziente Umsetzung ihrer täglichen Dienstverrichtung vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellt bekommen haben.

Die wesentlichen Kriterien für die getroffene Auswahl waren einerseits die Intensität und Wichtigkeit der gewählten Zwangsmaßnahme und andererseits die Häufigkeit der Anwendung bei der Kriminalitätsbekämpfung und -aufklärung. Letzteres spiegelt sich in den jährlichen Kriminalstatistiken und –analysen des BMI<sup>241</sup> und in der medialen Präsenz wieder.

Die folgenden polizeilichen Zwangsmaßnahmen werden im Anschluss kapitelweise untersucht:

- der Schusswaffengebrauch,
- die Festnahme,
- die Haus- oder Personendurchsuchung und
- die Wegweisung.

---

<sup>241</sup> <http://www.bmi.gv.at/kriminalstatistik/> (23.02.2009).

## **II. HAUPTTEIL**

### **A. Der Schusswaffengebrauch**

#### **1. Allgemeines und Abgrenzung**

Dieser Abschnitt widmet sich ausschließlich dem Waffengebrauch durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes. Präziser ausgedrückt soll der Schusswaffengebrauch im Rahmen der polizeilichen Tätigkeit<sup>242</sup> von Bediensteten der Bundespolizei untersucht werden. Besonderes Augenmerk wird auf die Rechtsschutzmöglichkeiten und die Haftungsproblematik gelegt, und zwar einerseits auf innerstaatlicher und andererseits auf europarechtlicher Ebene.

Nicht behandelt werden in diesem Abschnitt der Waffengebrauch im privaten Bereich wie zB Jagd, Notwehr, Notstand, Sachwehr, Akte des Privatzwanges, der Waffengebrauch bei der Sportausübung und bei der Schießausbildung sowie der Waffengebrauch für kriminaltechnische Zwecke.

#### **2. Begriffsbestimmungen**

Der Waffenbegriff und dessen notwendige Unterteilungen sind zentrale Bestandteile bei der Betrachtung des Schusswaffengebrauches. Im Rahmen der weiteren Untersuchung sollen zu Beginn einige gesetzliche Definitionen in Bezug auf Waffen Klarheit darüber bringen, wann eigentlich im Sinne der Rechtsordnung von einer Waffe, einer Schusswaffe und in weiterer Folge von einer Dienstwaffe gesprochen wird.

---

<sup>242</sup> Siehe dazu Kapitel I.A.2. Gemeint ist hier das Tätigwerden der Polizei im materiellen Sinn.

## 2.1. Waffe – Schusswaffe

Als Waffen werden von der Rechtsordnung jene Gegenstände bezeichnet, die ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen durch unmittelbare Einwirkung zu beseitigen oder herabzusetzen, oder bei der Jagd oder beim Schießsport zur Abgabe von Schüssen verwendet zu werden<sup>243</sup>.

Als Waffen aufgrund dieser Norm kommen etwa Tränengaswaffen, Dolche, Schwerter, Säbel, Elektroschockgeräte, Wurfscheiben, Kampfstöcke uÄ in Betracht<sup>244</sup>. Nicht unter den Begriff Waffe im waffenrechtlichen Sinn wird aber eine Axt, ein Hammer, ein Baseballschläger, ein Feuerlöscher, eine Injektionsnadel, ein abgeschlagenes Trinkglas oder ein Küchenmesser subsumiert<sup>245</sup>.

Demgegenüber handelt es sich bei dem Begriff Schusswaffe um eine Waffe, mit der feste Körper (Geschosse, Projektile) durch einen Lauf in eine bestimmbare Richtung verschossen werden können<sup>246</sup>. Zur Gruppe der Schusswaffen werden sämtliche Faustfeuerwaffen<sup>247</sup>, Gewehre (auch Narkosegewehre und –pistolen) und andere Langwaffen gezählt.

---

<sup>243</sup> Vgl § 1 Waffengesetz, BGBl Nr 12/1997.

<sup>244</sup> Man bezeichnet diese Waffen auch als Waffen im waffenrechtlichen Sinn, da sie bestimmungsgemäß und nach ihrem Wesen nach sowie im Hinblick auf ihren Verwendungszweck typisch für Angriffs- und Abwehrtätigkeiten verwendet werden. Näheres dazu bei *Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007) 23ff.

<sup>245</sup> Diese Gegenstände haben von ihrer Art her einen bestimmten Verwendungszweck, wie zB Werkzeug, Haushaltsutensilien, medizinische Gegenstände etc. Da solche Mittel durchaus auch ad hoc als Waffen dienen können bezeichnet man sie als Waffen im strafrechtlichen Sinn; *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 16. Solche Gegenstände können als Waffe iSd StGB gelten. Zum Waffenbegriff des StGB siehe auch OGH 28.4.1982, 11 Os 40/82; OGH 19.4.2001, 15 Os 23, 24/00.

<sup>246</sup> Vgl § 2 WaffG; siehe auch *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 45; *Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007) 31.

<sup>247</sup> Vgl § 3 WaffG: Faustfeuerwaffen sind Schusswaffen, bei denen die Geschosse durch Verbrennung eines Treibmittels ihren Antrieb erhalten und die eine Gesamtlänge von höchstens 60 cm aufweisen. Siehe auch *Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007) 36.

Es handelt sich dabei um Waffen im technischen Sinne, weil sie unter Zuhilfenahme technischer Fertigkeiten geschaffen werden<sup>248</sup>.

## 2.2. Dienstwaffe

Mit dem Terminus „Dienstwaffe“ erfährt der sehr allgemein definierte Waffenbegriff eine weitere wichtige Einschränkung, wobei sich die gesetzliche Regelung – was unter dem Begriff Dienstwaffe zu verstehen ist – ausschließlich im Waffengebrauchsgesetz (WaffGG)<sup>249</sup> findet. Bei den Dienstwaffen handelt es sich um Waffen im Sinne von § 1 Z 1 WaffG.

Das WaffGG regelt den Waffengebrauch im Rahmen der polizeilichen Zwangsbefugnisse und definiert, wie und in welcher Form die Organe der Bundespolizei von ihren Dienstwaffen Gebrauch machen dürfen, wobei das WaffGG primär auf die Verwendung von Dienstwaffen zugeschnitten ist<sup>250</sup>.

Ebenfalls enthält das WaffGG eine Definition des Begriffes „Dienstwaffe“ und legt im § 3 WaffGG taxativ fest, welche Kategorien von Waffen als Dienstwaffen in Betracht kommen können<sup>251</sup>. Alle anderen Gegenstände, die einem Polizisten zur Verfügung stehen und die mit waffengleicher Wirkung eingesetzt werden können, sind keine Dienstwaffen iSd § 3 WaffGG.

Gemäß § 3 WaffGG zählen zu den Dienstwaffen

- der Gummiknüppel und andere Einsatzstöcke (Z 1)<sup>252</sup>,

---

<sup>248</sup> Gase oder Flüssigkeiten sind keine „festen Körper“, weshalb insbesondere Schreckschuss- und Gaswaffen nicht zu den Schusswaffen zählen. Vgl *Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007) 32; siehe auch OGH 16.10.1973, 10 Os 141/73; OGH 11.9.1978, 12 Os 59/78; OGH 18.9.1980, 13 Os 7/80; OGH 14.2.1991, 12 Os 12/91.

<sup>249</sup> Vgl Waffengebrauchsgesetz, BGBl Nr 149/1969 idgF.

<sup>250</sup> Vgl § 2 WaffGG.

<sup>251</sup> RV 497 BlgNR 11. GP, AB 1193 BlgNR 11. GP; siehe auch *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 33.

<sup>252</sup> Gummiknüppel sind runde, elastische Stäbe aus Gummi mit einer Leineneinlage zum Schlagen oder Stoßen. Der Begriff „andere Einsatzstöcke“ wurde durch die Sicherheitspolizeigesetz-Novelle, BGBl I Nr 146/1999 eingefügt und man versteht darunter ca 50 cm lange Einsatzstöcke aus Hartkunststoff mit einem 90° Griff sowie ca 75 cm lange Schlagstöcke aus Kunststoff in Verbindung mit einem Schutzschild.

- Tränengas und andere reizauslösende Mittel<sup>253</sup>, die lediglich eine kurzfristige Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes herbeiführen (Z 2)<sup>254</sup>,
- Wasserwerfer (Z 3)<sup>255</sup> und
- Schusswaffen der in Kategorie I Z 1 und 2 des Annexes zum StV v Wien, angeführten Art, die den Organen der Bundespolizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben von ihrer vorgesetzten Behörde oder Dienststelle zugeteilt sind (Z 4)<sup>256</sup>. Ausgenommen sind Waffen der Kategorie I Z 3 des Annexes I zum StV v Wien<sup>257</sup>.

Die Bestimmung des § 3 Z 4 WaffGG verweist auf eine im Annex I zum StV v Wien aufgenommene Liste von schwereren militärischen Waffen (Kategorie I Z 3) und wurde durch das Deregulierungsgesetz 2006, BGBl Nr I 113/2006 abgeändert, da die ursprüngliche Formulierung nur auf militärische Schusswaffen<sup>258</sup> abstellte und dies aus heutiger Sicht vor dem Hintergrund einer modernen Sicherheitsexekutive nicht mehr zeitgemäß war<sup>259</sup>. Durch die Ausnahmen von schweren Waffen soll eine übertriebene Bewaffnung der zivilen Gewalt hintan gehalten werden.

---

<sup>253</sup> Gemäß § 8 Abs 1 iVm § 22 Abs 2 Pyrotechnikgesetz, BGBl Nr 282/1974 sind Organe von Gebietskörperschaften unter anderem vom Verbot des Besitzes und der Verwendung von reizerzeugenden pyrotechnischen Gegenständen ausgenommen, soweit sie sich in Ausübung ihres Amtes mit solchen Gegenständen zu befassen haben.

<sup>254</sup> Vgl die Dienstanweisung des BMI vom 21.7.1967, ZI R 1567-13/67, über die Handhabung der Tränengaseinsatzmittel; siehe auch *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 43ff.

<sup>255</sup> Wasserwerfer sind Aggregate, die das Verspritzen gebündelter Wasserstrahlen, mit oder ohne chemische Zusätze, im Stehen oder im Fahren, aus einem mitgeführten Wasserbehälter oder mittels Hydrantenanschluss, ermöglichen. Löschgeräte der Feuerwehr, die zum selben Zweck eingesetzt werden, sind hingegen bloß dienstwaffengleiche Mittel iSd § 9 WaffGG.

<sup>256</sup> Die maßgeblichen Bestimmungen stehen nicht im Verfassungsrang. Vgl auch Art II Z 3 B-VGNov 1964, BGBl Nr 59/1964.

<sup>257</sup> Der Annex I zum Staatsvertrag führt unter der Kategorie I Z 3 Kanonen, Haubitzen, Mörser, Minenwerfer, Spezialkanonen für Flugzeuge, verschlusslose oder rückstoßfreie Geschütze und Flammenwerfer auf.

<sup>258</sup> Vgl Kategorie I Z 1 und Z 2 des Annexes I zum Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich, BGBl Nr 152/1955.

<sup>259</sup> Siehe dazu RV 1410 BlgNR 22. GP, AB 1569 BlgNR 22. GP.

Obwohl die Systematik des Waffengebrauchsgesetzes grundsätzlich nur den Gebrauch von Dienstwaffen vorsieht, sind aber dennoch praxisbezogene Fälle und mögliche Situationen vorstellbar, in denen der Einsatz von anderen Waffen notwendig werden kann, weil etwa im Augenblick keine geeignete Dienstwaffe zur Verfügung steht<sup>260</sup>.

Gemäß § 9 WaffGG dürfen auch andere Waffen gebraucht werden oder andere Mittel mit waffengleicher Wirkung angewendet werden, wenn eine geeignet scheinende Dienstwaffe nicht zur Verfügung steht<sup>261</sup>.

Beispielsweise zählen private Waffen des Polizeibeamten, oder die Waffe des Täters zu den anderen Waffen. § 9 WaffGG bildet auch die Grundlage für den Einsatz militärischer Waffen, welche nicht ohnehin nach § 3 WaffGG zulässig sind. Zu denken wäre dabei an Granatwerfer, Handgranaten, Sprengstoff oder in besonderen Fällen (zB Terroranschlag) panzerbrechende Waffen. Zu den anderen Mitteln mit waffengleicher Wirkung können vergleichsweise Werkzeuge, eine Holzlatte, eine Stabtaschenlampe, ein Baseballschläger und sogar ein Sonnenschirmständer<sup>262</sup> verwendet werden<sup>263</sup>.

Der Diensthundeeinsatz ist keine Dienstwaffe iSd § 3 WaffGG, aber er wird im Falle eines „scharfen Einsatzes“<sup>264</sup> dem Dienstwaffengebrauch gemäß § 10 WaffGG gleichgestellt.

---

<sup>260</sup> Siehe dazu RV 497 BlgNR 11. GP, AB 1193 BlgNR 11. GP: So könnte etwa ein Sicherheitsorgan im Kampf mit einem Verbrecher die Dienstwaffe verlieren, dafür aber gleichzeitig eine Waffe des Verbrechers erlangt haben. Es wäre widersinnig, wenn man in einem solchen Falle einen an und für sich zulässigen Waffengebrauch lediglich deshalb untersagen wollte, weil die Waffe, über die das Sicherheitsorgan nunmehr verfügt, keine Dienstwaffe ist.

<sup>261</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 88.

<sup>262</sup> Vgl VfSlg 12.423; Ein Gendarmeriebeamter schlug mit einem Sonnenschirmständer die Seitenscheibe eines PKW ein, um eine Festnahme gemäß § 35 VStG durchzuführen. Diese Maßnahme kann denkmöglich noch als maßhaltend bezeichnet werden.

<sup>263</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 88ff; *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 43ff.

<sup>264</sup> Ein scharfer Diensthundeeinsatz liegt dann vor, wenn der Diensthund ohne Maulkorb und auf ein besonderes optisches oder akustisches Signal (zB „Fass“) gegen Menschen eingesetzt wird.

### 3. Grundrechtliche Grundlagen

#### 3.1. Schutzbereich des Art 2 EMRK

Das Recht auf Leben<sup>265</sup> iSd Art 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) schützt jeden Menschen vor Eingriffen in das menschliche Leben und bildet schon aufgrund der enormen Tragweite einen gewissen Zentralpunkt in der Gemeinschaft der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte. Bereits die Stellung an der Spitze des Grundrechtskataloges der EMRK hebt die Wichtigkeit dieser Bestimmung hervor. Der Staat wird durch Art 2 EMRK verpflichtet, das Recht auf Leben und das Verbot der Tötung durch gesetzlichen Schutz zu gewährleisten, und vor allem die im Staatsgebiet lebenden Menschen vor willkürlichen – das menschliche Leben betreffenden – Maßnahmen zu schützen. Da aufgrund des Art 1 des 13. ZP die Todesstrafe<sup>266</sup> abgeschafft wurde, treten grundrechtliche Probleme vor dem Hintergrund des Schusswaffengebrauches im Schutzbereich des Art 2 EMRK zumeist im Rahmen von polizeilichen Amtshandlungen auf.

Dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht wirkt aber nicht absolut, sondern es wurde vom Gesetzgeber Grundrechtsschranken vorgesehen. Im Hinblick auf diese Schranken ist eine Tötung gemäß Art 2 Abs 2 EMRK dann nicht als Verletzung des Rechts auf Leben zu betrachten, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt, um

---

<sup>265</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1389; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 1; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 297f; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 364f; *Kneihs*, Darf der Staat wirklich Schuldlose töten? Rechtspanorama – 6.3.2006; *Kneihs*, Das Recht auf Leben in Österreich, JBI 1999, 76; *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 2 EMRK Rz 6; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 13.

<sup>266</sup> Vgl BGBl III Nr 22/2005 idgF, siehe auch Art 85 B-VG; Die Todesstrafe wurde in Österreich im Jahr 1968 ausnahmslos verboten, BGBl Nr 73/1968; vgl auch die Klarstellung durch VfSlg 13.981.

- die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung sicherzustellen (Notwehr oder Nothilfe),
- eine ordnungsgemäße Festnahme durchzuführen oder das Entkommen einer ordnungsgemäß festgehaltenen Person zu verhindern oder
- im Rahmen der Gesetze einen Aufruhr oder einen Aufstand zu unterdrücken<sup>267</sup>.

Diese Eingriffsermächtigungen umfassen sowohl Fälle der unabsichtlichen als auch der absichtlichen Tötung<sup>268</sup>. Gemäß Art 18 B-VG bedarf die staatliche Gewaltausübung jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage. Die wichtigste innerstaatliche gesetzliche Rechtsquelle dieser Eingriffsmöglichkeiten wurde durch das WaffGG geschaffen<sup>269</sup>.

Die gesetzliche Normierung „unbedingt erforderlicher Gewaltanwendung“<sup>270</sup> ist vor diesem Hintergrund im Sinne einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verstehen, die unter Berücksichtigung der im Einzelfall relevanten Umstände durchzuführen ist. Bei der Prüfung eines Sachverhaltes haben die zuständigen Behörden festzustellen, ob ein Schusswaffengebrauch unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände nun unbedingt erforderlich war, oder ob nicht etwa gelindere Mittel zur Abwehr der Bedrohung durchwegs ausgereicht hätten und der Tod des Betroffenen hätte vermieden werden können. Werden die strengen Vorgaben des WaffGG und der darin enthaltene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten,

---

<sup>267</sup> *Kneihls in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 2 EMRK Rz 24ff; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 40.

<sup>268</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1389; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 5; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 41. EGMR 27.9.1995, *McCann and Others vs the United Kingdom*, Serie A 324; *Human Rights Journal* 1995, 760ff; EGMR 9.10.1997, *Andronicou und Constantinou*, ÖJZ 1998, 674.

<sup>269</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1392.

<sup>270</sup> VfSlg 17.257.

so verstößt ein Eingriff in das Recht auf Leben nicht gegen Art 2 EMRK<sup>271</sup>.

Ein Eingriff in das gewährleistete Recht auf Leben liegt bereits dann vor, wenn eine potentielle Gewaltanwendung – wie etwa der polizeiliche Schusswaffengebrauch – zwar nicht unmittelbar zum Tod der betroffenen Person führt, aber von solcher Gravität und Intensität ist, dass sie das Leben des Betroffenen ernsthaft zu gefährden geeignet ist<sup>272</sup>.

Wird im Rahmen einer polizeilichen Amtshandlung eine Person getötet, oder führt eine Maßnahme an einer unter polizeilicher Aufsicht stehenden Person zum Tode, so muss zunächst geprüft werden, ob hier ein Eingriff in das Recht auf Leben vorliegt. Für diese aus Art 2 Abs 2 S 1 EMRK abgeleitete Untersuchung hat die Judikatur des EGMR zahlreiche konkrete Standards formuliert.

Alle tötungsverdächtigen Todesfälle sind einer ordnungsmäßigen, von Amts wegen in Gang gesetzten<sup>273</sup>, zügigen<sup>274</sup>, unvoreingenommenen und hinreichend unabhängigen<sup>275</sup> staatlichen Untersuchung zu unterziehen<sup>276</sup>. Schließlich soll das Ziel der Untersuchung Ergebnisse darüber liefern, ob der Tod des Betroffenen gerechtfertigt war, bzw ob das gesetzte Verhalten der Verantwortlichen zu ahnden ist<sup>277</sup>. Geboten ist in diesem Zusammenhang, dass die Behörde alle zur Wahrheitsfindung dienlichen Schritte zu setzen hat, wie insbesondere Zeugen einzuvernehmen oder eine fachgerechte Obduktion durchführen zu lassen<sup>278</sup>.

---

<sup>271</sup> VfSlg 8.082.

<sup>272</sup> VfSlg 15.046; vgl auch *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 121; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 26.

<sup>273</sup> EGMR 4.5.2001, Jordan, Appl 24.746/94, Z 105.

<sup>274</sup> EGMR 2.9.1998, Yaşa, RJD 1998-IV, Z 107.

<sup>275</sup> EGMR 27.7.1998, Güleç, RJD IV, Z 81.

<sup>276</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 81.

<sup>277</sup> EGMR 4.5.2001, Kelly ua, Appl 30.054/96, Z 96; siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 18.

<sup>278</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 81 Fn 365.

Im Hinblick auf die Folgen eines Schusswaffengebrauches von Polizeibeamten kann der Schluss gezogen werden, dass gegenüber der betroffenen Person eine potentielle Lebensgefährdung vorliegen wird. Aus diesem Grund kommt als Eingriffsermächtigung in das Recht auf Leben iSd Art 2 Abs 2 EMRK wohl letztlich nur der lebensgefährdende Waffengebrauch in Frage. Wurde beispielsweise bei der Verfolgung einer Person bereits ein Warnschuss abgegeben, so kann der nachfolgende Schuss grundsätzlich nur mehr dazu dienen, um das Entkommen des Flüchtenden zu verhindern<sup>279</sup>, sofern der Warnschuss nicht als gelinderes Mittel eingesetzt wurde<sup>280</sup>.

Die Tötung oder Verletzung eines Menschen<sup>281</sup> im Rahmen von Polizeieinsätzen ist ausnahmslos entsprechend der Grundrechtseingriffe nach Art 2 Abs 2 EMRK zulässig. Die Tötung des Betroffenen muss sich hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ex ante betrachten<sup>282</sup>, als unbedingt erforderlich erweisen, zumal solche Eingriffe in die Persönlichkeit konsequenterweise auf ein Minimum zu reduzieren sind<sup>283</sup>. Auch wenn die Voraussetzungen des lebensgefährdenden

---

<sup>279</sup> Vgl § 7 Z 3 WaffGG.

<sup>280</sup> Vgl § 4 WaffGG.

<sup>281</sup> VfSlg 17.046, Imre Bartos wurde am 19. Mai 2000, gegen 21:30 Uhr durch den Schusswaffengebrauch während einer „Polizeirazzia“ in 1140 Wien, Heinrich-Collin-Straße 30 erschossen. Der tödliche Kopfschuss löste sich aus der Dienstpistole „Clock 17“ des Polizisten ohne dessen Willen. Im Verfahren gab der Beamte an, dass die Schussabgabe ein unwillkürlicher Reflex gewesen sei. VfSlg 17.275, Binali Ilter wurde am 31. August 2002, gegen 15:55 Uhr in 1010 Wien, Kreuzung Stubenbastel/Zedlitzgasse durch zwei Schüsse in den Oberkörper infolge Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt getötet. Weitere Tötungsfälle: Ein unbeteiligter Motorradfahrer wurde im Jahr 2003 im Gemeindegebiet von Gars am Kamp während einer Verfolgungsfahrt durch den Schusswaffengebrauch eines Gendarmeriebeamten tödlich getroffen. Der rumänische LKW-Lenker Nicolae J. wurde am 11. Jänner 2004 in der Wiener Innenstadt durch einen polizeilichen Schusswaffengebrauch getötet. Der 24-jährige Autolenker Felix T. wurde im Zuge einer Verfolgungsfahrt durch mehrere Schüsse gestoppt und dabei lebensgefährlich verletzt (vgl Zeitungsartikel „Die Presse“ – „Ziel: Reifen – Treffer: Lenker“ vom 19. Jänner 2005).

<sup>282</sup> Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 11; *Kneibls in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 2 EMRK Rz 27; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 44.

<sup>283</sup> EGMR 27.9.1995, Mc Cann, Serie A 324; EGMR 9.10.1997, Andronicou u Constantinou, RJD 1997-VI; siehe dazu auch Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 11; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1392.

Waffengebrauches gemäß Art 2 Abs 2 EMRK iZm § 7 WaffGG vorliegen, so geht der Gesetzgeber, außer im Fall einer Notwehrsituation, von einem wohlüberlegten und kontrollierten Einsatz der Dienstwaffe aus<sup>284</sup>. Die weitreichenden Folgen rechtfertigen keinen sorglosen oder ungeplanten Umgang bei der Schussabgabe.

Erweist sich ein Waffengebrauch aus der Sicht der Sicherheitsorgane als unbedingt notwendig, um eine unmittelbare Bedrohung abzuwehren, so bleibt die Rechtfertigung durch Art 2 Abs 2 EMRK auch dann gegeben, wenn sich diese Einschätzung als nachträglich unrichtig herausstellt<sup>285</sup>.

Ebenso wie die gezielte Tötung eines Menschen fällt auch die unabsichtliche oder nicht vom Willen des Polizisten getragene Tötung durch einen polizeilichen Schusswaffengebrauch unter den Schutzbereich des Art 2 EMRK. Andernfalls würde dadurch mE unzulässigerweise die Möglichkeit eröffnet, maßgebliche Amtshandlungen in „Teilamtshandlungen“ zu zerlegen und dadurch eine Vereitelung der Prüfung von Grundrechtsverletzungen eintreten<sup>286</sup>.

Der Staat hat die Verpflichtung das Recht auf Leben per Gesetz vor Eingriffen durch staatliche Organe (hier: Polizeibeamte) zu schützen<sup>287</sup>. Diese Schutzpflicht einerseits und die Notwendigkeit im Zuge von Polizeieinsätzen einen Schusswaffengebrauch zuzulassen andererseits spiegeln sich in der Ausgestaltung des WaffGG wider.

Die Rechtsdurchsetzung im Falle der Tötung des Betroffenen wurde bereits sowohl vom VfGH als auch vom EGMR eine Hinterbliebenenbeschwerde zugelassen<sup>288</sup>.

---

<sup>284</sup> Vgl die Ausführungen im Kapitel II.A.6. zu §§ 7 und 8 WaffGG.

<sup>285</sup> *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 2 EMRK Rz 27; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 44.

<sup>286</sup> VfSlg 17.046; VwGH 13.12.2005, 2004/01/0547.

<sup>287</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 16; *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 2 EMRK Rz 16; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 62.

<sup>288</sup> *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 2 EMRK Rz 29; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 83; siehe auch Kapitel I.B.1.1.

### 3.2. Schutzbereich des Art 3 EMRK

Das Verbot der Folter und das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung gemäß Art 3 EMRK schützen den Menschen unter anderem vor Misshandlungen oder übermäßiger polizeilicher Gewaltanwendung<sup>289</sup>, wozu auch der polizeiliche Schusswaffengebrauch zählt. Art 3 EMRK wirkt allerdings absolut<sup>290</sup>, dh dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht hat keinen Gesetzesvorbehalt. Andererseits stellt nicht jeder Eingriff in Form von Zwangsmaßnahmen gleichzeitig eine Verletzung des Art 3 EMRK<sup>291</sup> dar.

Nach der Judikatur des EGMR und des VfGH<sup>292</sup> verletzen physische Zwangsakte nur dann Art 3 EMRK, wenn qualifizierend hinzutritt, dass ihnen eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung des Betroffenen als Person zu Eigen ist<sup>293</sup>.

Ob ein Schusswaffengebrauch von Polizisten als unmenschlich oder erniedrigend anzusehen ist, muss immer einzelfallbezogen geprüft werden. Da es sich dabei um einen AuvBZ handelt, orientiert sich der VfGH am WaffGG. Liegen die Voraussetzungen des WaffGG vor, so verstößt sowohl ein Waffengebrauch, als auch die Anwendung von Körperkraft im Rahmen exekutiver Zwangsbefugnisse keinesfalls gegen Art 3 EMRK<sup>294</sup>. Somit wirken auch hier die unter Art 2 EMRK besprochenen Grundrechtsschranken, dh unter der Voraussetzung der

---

<sup>289</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1393; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 298ff; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 376ff; *Kneihs*, Maßnahmenbeschwerde und Art 2 EMRK, ZfV 2002/736; siehe auch *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 3.

<sup>290</sup> *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 27.

<sup>291</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 21; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1395; *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 28.

<sup>292</sup> EGMR 18.1.1978, *Irlande c Royaume-Uni/Ireland vs the United Kingdom*, Serie A 25; EGMR 22.9.1993, *Klaas*, Serie A 269, EGMR 27.8.1992, *Tomasi*, Serie A 241-A; siehe auch VfSlg 8.654, 10.546, 11.087; 12.596, 13.837, 15.046.

<sup>293</sup> *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 29.

<sup>294</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 299; vgl auch VfSlg. 11.809, 12.271.

rechtmäßigen Anwendung des WaffGG erfolgt keine Verletzung des Art 3 EMRK<sup>295</sup>.

Der polizeiliche Schusswaffengebrauch wird etwa dann gegen Art 3 EMRK verstoßen, wenn er nicht Maß haltend oder aufgrund der Sachlage nicht verhältnismäßig war. Bei behaupteten Rechtsverstößen anlässlich der Anwendung von polizeilichen Zwangsmaßnahmen neigt der VfGH dazu zu Lasten des Beschwerdeführers zu entscheiden, wenn die Behauptung nicht zweifelsfrei erwiesen ist<sup>296</sup>. Hier ist mE richtigerweise der Auffassung des EGMR zu folgen, indem die Beweislast beim jeweiligen Staat liegt<sup>297</sup>. Auch im Zuge der Rechtssicherheit ist die Übertragung der Beweislast an den Staat zu begrüßen, zumal ohne staatsseitige Ermittlungsmaßnahmen in solchen Fällen der Beschwerdeführer stark benachteiligt wäre.

Nachfolgend sollen einige polizeiliche Maßnahmen mit Waffen kurz betrachtet werden:

- Der **Warn- oder Schreckschuss** – idR liegt bei einem den Vorschriften entsprechenden abgegebenen Warn- oder Schreckschuss keine ernstliche Lebensbedrohung vor. Wurden bei der Schussabgabe nicht auf den Betroffenen gezielt, oder ist der Polizist zur Schussabgabe berechtigt, liegt keine Verletzung des Art 3 EMRK vor<sup>298</sup>. Weisen besondere Umstände auf eine echte und ernsthafte Bedrohung des Betroffenen hin oder wohnen dieser Amtshandlung Aspekte<sup>299</sup> einer unmenschlichen Behandlung inne, so kann mE die Schutzbestimmung des Art 3 EMRK zum Tragen<sup>300</sup> kommen

---

<sup>295</sup> VfSlg 10.427.

<sup>296</sup> VfSlg 13.255, 15.372.

<sup>297</sup> EGMR 4.12.1995, Ribitsch, Serie A 336; EuGRZ 1996, 504. *Kneihls in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 21.

<sup>298</sup> VfSlg 10.427, 10.838.

<sup>299</sup> ZB wenn die Maßnahme unverhältnismäßig oder rechtlich nicht gedeckt war.

<sup>300</sup> Vgl VfSlg 15.046; Verletzung von Art 3 EMRK, wenn ein Exekutivbeamter seine Dienstwaffe entgegen den Verwendungsbestimmungen unsachgemäß handhabt.

- Die **Aufforderung zum Aussteigen** mit vorgehaltener Dienstwaffe<sup>301</sup> stellt unter Einhaltung der Bestimmungen des WaffGG keine Verletzung des Art 3 EMRK dar. Befindet sich – entgegen der Bedienungsanleitung – der Abzugsfinger der Schusshand direkt am Abzug, so wäre zunächst wegen der nicht sachgerechten Handhabung eine Maßnahmenbeschwerde an den UVS und nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe eine Beschwerde an den EGMR denkbar<sup>302</sup>. Vorstellbar ist eine Verletzung des Art 3 EMRK auch dann, wenn der Polizist den Betroffenen dadurch zum Aussteigen bewegen will, indem er dem Betroffenen androht, Qualen oder Schmerzen durch den Schusswaffengebrauch zu bereiten. Diese Vorgangsweise indiziert sowohl die Androhung von Folter als auch eine unmenschliche Behandlung, sodass Art 3 EMRK verletzt wird.
- **Signalschuss** – ein Signalschuss wird grundsätzlich keine Verletzung des Art 3 EMRK herbeiführen, weil die Zulässigkeit sehr eingeschränkt ist. Hat dieser Schuss den Körper des Betroffenen getroffen, kann es sich definitionsgemäß um keinen Signalschuss<sup>303</sup> handeln, sondern um einen lebensgefährdenden Waffengebrauch. Ein Verstoß gegen Art 3 EMRK wäre dann bei Hinzutreten einer gröblichen Missachtung des Betroffenen als Person möglich<sup>304</sup>.
- Der **unbeabsichtigte Schuss** – Ein Waffengebrauch liegt auch dann vor, wenn sich aus einer vom Sicherheitsorgan gezogenen – möglicherweise nur unbewusst – entsicherten Schusswaffe, mit der der Beamte in Stellung ging, ein Schuss löste<sup>305</sup>. Dass auch in solchen Fällen ein Eingriff in Art 3 EMRK vorliegt, muss danach beurteilt werden, ob dieser Zwangsakt die Schwelle der gröblichen Missachtung des Betroffenen erreicht hat. Zur weiteren Klärung

---

<sup>301</sup> VwGH 14. 1. 2003, 99/01/0013; UVS OÖ, 1.5.2000, VwSen-420271/14/Gf/Km; siehe auch NL 2000, 122.

<sup>302</sup> UVS OÖ, 1.5.2000, VwSen-420271/14/Gf/Km.

<sup>303</sup> Vgl § 72 GDI.

<sup>304</sup> Vgl VfSlg 10.546, 12.596.

<sup>305</sup> OGH 6.9.1995, 1 Ob 9/95, SZ 68/155.

bedarf es der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Liegt eine Ermächtigung zum Waffengebrauch vor, so wird mE keine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung vorliegen, sodass Art 3 EMRK dadurch nicht verletzt wird.

### 3.3. Schutzbereich des Art 8 EMRK

Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK schützt die Privatsphäre eines Menschen und auch dessen Familienleben, dh die Persönlichkeit des Menschen selbst, aber auch alle typischen Bereiche des zwischenmenschlichen Lebens und familienrechtliche Beziehungen, wie insbesondere das Privatleben, die körperliche und psychische Integrität, das menschliche Sexualverhalten, das Zusammenleben in der Familie und natürlich auch die Gestaltung von familienrechtlichen Beziehungen<sup>306</sup>.

Auch dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht erfährt eine Einschränkung dahingehend, dass ein Eingriff möglich ist, wenn dieser erstens gesetzlich vorgesehen und zweitens zum Schutze der nationalen Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist<sup>307</sup>. Bereits aus der Formulierung ist ersichtlich, dass diese Grundrechtsschranke schon sehr weit gefasst ist und daher einen großen Interpretationsspielraum lässt.

Wird im Zuge eines polizeilichen Schusswaffengebrauchs ein Mensch verletzt oder im Extremfall getötet stellt sich in diesem Zusammenhang

---

<sup>306</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1420; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 324ff; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 454ff; *Kneihs*, Maßnahmenbeschwerde und Art 2 EMRK, ZfV 2002/736; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 170; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 1ff; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 11.

<sup>307</sup> Art 8 Abs 2 EMRK. *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 23.

die Frage, ob und inwieweit eine Verletzung des Art 8 EMRK gegeben ist. Voraussetzend ist auch hier zu prüfen, ob der Schusswaffengebrauch von der Eingriffsermächtigung gemäß Art 8 Abs 2 EMRK gedeckt ist. Wurde daher die Schussabgabe rechtmäßig nach den Bestimmungen des WaffGG, weil der Eingriff ist gesetzlich vorgesehen ist, abgegeben, dann liegt in diesem Fall keine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens vor. Ein Eingriff in den Schutzbereich ist nur zulässig, wenn dieser durch ein Gesetz erlaubt ist und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist (materieller Gesetzesvorbehalt)<sup>308</sup>.

Dagegen wird Art 8 EMRK verletzt, wenn der Schusswaffengebrauch ohne jede Rechtsgrundlage gesetzt wurde, wenn er auf einer dem Art 8 EMRK widersprechenden Rechtsvorschrift beruht oder wenn die Behörde eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglicher Weise anwendet<sup>309</sup>.

Der Schwerpunkt des Schutzbereiches nach Art 8 EMRK liegt in der Privatsphäre und in der Gestaltung der familienrechtlichen Beziehung. Hier spielt das Selbstbestimmungsrecht über den Körper, die körperliche Unversehrtheit oder Recht auf Familienleben eine bedeutende Rolle. Der Staat darf nur in den gesetzlich geregelten Fällen in diese Freiheitsrechte eingreifen<sup>310</sup>. Durch eine unrechtmäßige Tötung aufgrund eines Einsatzes von Schusswaffen können folgende Schutzgüter iSd Art 8 EMRK verletzt werden:

---

<sup>308</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1339; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 326; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 11.

<sup>309</sup> Beispielsweise wenn die Bestimmungen des WaffGG nicht eingehalten werden oder die Dienstwaffe wider der Bedienungsanleitung verwendet wird.

<sup>310</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1422; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 326ff; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 462ff; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 16.

- Zunächst wird in das Selbstbestimmungsrecht<sup>311</sup> über den eigenen Körper betroffen sein. Durch die Maßnahme werden die physische und psychische Integrität und auch die körperlichen Unversehrtheit berührt. Im Falle einer Tötung wird dieses Selbstbestimmungsrecht unwiderruflich ausgelöscht, zumal eine weitere Bestimmung über den eigenen Körper nicht mehr möglich ist. Durch die erfolgte Tötung ist de facto auch die körperliche Unversehrtheit des Grundrechtsträgers dauerhaft zerstört worden. Gleichzeitig verhindert der Eingriff die Ausübung des Rechts, sein Leben nach eigenen Vorstellungen und Wünschen zu führen. Selbst wenn der Betroffene nicht getötet, sondern nur (erheblich) verletzt wird, muss mE ein Eingriff in diesen Schutzbereich bejaht werden, weil die staatliche Gewährleistung der körperlichen Unversehrtheit durch die unerlaubte invasive Maßnahme verletzt wurde.
- Ebenso erfolgt ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens<sup>312</sup>. Der Familienbegriff wird dabei vom EGMR sehr weit verstanden, sodass nicht nur die eheliche und nichteheliche Familie darunter verstanden wird, sondern der Gerichtshof stellt auf ein tatsächlich bestehendes Familienleben ab<sup>313</sup>. Durch den Tod des Betroffenen wird ein weiteres familiäres Zusammenleben mit den Eltern, der Ehefrau, dem Lebenspartner oder den Kindern unmöglich gemacht. Nach der Judikatur des EGMR ist etwa das Zusammensein von Eltern und Kindern nicht nur ein grundlegender Bestandteil des

---

<sup>311</sup> Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 7; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1421; Wiederin in Korinek/Holoubek, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 33f.

<sup>312</sup> Wiederin in Korinek/Holoubek, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 72.

<sup>313</sup> EGMR 13.7.2000, Elsholz, RJD 2000-VIII, Z 43; EGMR 12.7.2001, K. u. T., RJD 2001-VII, Z 150; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 16.

Familienlebens, sondern auch vom Schutzbereich des Art 8 EMRK umfasst<sup>314</sup>.

Das Privat- und Familienleben gerade in Form von familiären Beziehungen oder des gemeinsamen Zusammenlebens werden irreparabel gestört<sup>315</sup>. Der Begriff des Familienlebens ist in diesem Zusammenhang sehr weit zu betrachten und umfasst neben den engen familienrechtlichen Beziehungen auch andere verwandtschaftliche Beziehungen, wobei es nicht darauf ankommt, ob die genannten Personen tatsächlich zusammenleben<sup>316</sup>. Welche Verwandtschaftsgrade durch Art 8 EMRK noch in den Schutzbereich fallen lässt sich aus der Judikatur nur teilweise entnehmen<sup>317</sup>.

Führt ein ungesetzlicher Waffengebrauch zwar letztlich nicht zum Tode des Betroffenen, ist jedoch die erlittene Verletzung der körperlichen Integrität derart groß<sup>318</sup>, dass etwa keine Familie mehr gegründet werden kann oder die Berufsausübung nicht mehr in Frage kommt, wird sicherlich eine Beschwerde nach Art 8 EMRK möglich sein müssen.

Grundrechtsträger sind diesbezüglich vor allem die Eltern, Ehegatten, Lebenspartner (auch Gleichgeschlechtliche), Kinder (eheliche,

---

<sup>314</sup> EGMR 7.8.1996, Johansen, RJD 1996-III, Z 52; EGMR 9.6.1998, Bronda, RJD 1998-IV, Z 51; siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 19; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1423f; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 80.

<sup>315</sup> *Baumgartner*, Welche Formen des Zusammenlebens schützt die Verfassung? Der Schutz des Familienlebens (Art 8 EMRK) im Lichte der Rechtsprechung – Vorgaben für das österreichische Familienrecht, ÖJZ 1998, 761.

<sup>316</sup> EGMR 28.5.1985, Abdulaziz, Serie A 94; EuGRZ 1985, 567, EGMR 21.6.1988, Berrehab, Serie 138; EuGRZ 1993, 547.

<sup>317</sup> In der bisherigen Spruchpraxis wurden jedenfalls akzeptiert das Verhältnis zwischen Enkel und Großeltern (EGMR 13.6.1979, Marckx, EuGRZ 1979, 458), Beziehungen unter Geschwistern (EKMR 14.3.1980, B 8986/80, EuGRZ 1982, 311), Beziehungen zwischen Onkel/Tante zu Nefte/Nichte (EKMR 5.7.1979, B 8353/78, EuGRZ 1981, 120), sowie zwischen Eltern und Kindern (EKMR 6.10.1981, B 9202/80, EuGRZ 1983, 215).

<sup>318</sup> Solche gravierende Verletzungen können beispielsweise durch Schussverletzungen im Kopf- und Halsbereich (nachhaltige Schädigung des Gehirns oder der Halswirbelsäule) oder im Bereich der gesamten Wirbelsäule (Bewegungsstörungen oder Lähmungen) entstehen. Aber auch bei nur leichteren Verletzungen ist eine Beschwerdemöglichkeit in Betracht zu ziehen.

uneheliche, adoptierte) und eventuell sonstige nahe Verwandte des Betroffenen<sup>319</sup>.

## **4. Kompetenzrechtliche Grundlagen**

### **4.1. WaffG und SPG**

Das Waffengesetz und das Sicherheitspolizeigesetz haben ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG, da der Bund aufgrund der zitierten Norm in Gesetzgebung und Vollziehung unter anderem sowohl für die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit ...“ als auch für das „Waffen-, Munitions- und Sprengmittelwesen“ zuständig ist.

### **4.2. WaffGG**

Die verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für das Waffengebrauchsgesetz legt Art 10 Abs 1 Z 14 B-VG fest, wonach der Bund in Gesetzgebung und Vollziehung zur Regelung der Bewaffnung der Wachkörper<sup>320</sup> und des Rechtes zum Waffengebrauch zuständig ist.

## **5. Einfachgesetzliche Grundlagen**

### **5.1. Waffenrechtliche Grundlagen**

#### **5.1.1. Waffengesetz 1996**

Das Bundesgesetz vom 10. Jänner 1997 über die Waffenpolizei (Waffengesetz 1996 – WaffG), BGBl I Nr 12/1997 idgF regelt im 1. Abschnitt Legaldefinitionen zum Waffenbegriff<sup>321</sup> und dient im Zusammenhang mit dem Schusswaffengebrauch zur Interpretation der Begriffe „Waffe“ oder „Schusswaffe“<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> Vgl VfSlg 12.103.

<sup>320</sup> ISd Art 78d Abs 1 B-VG.

<sup>321</sup> Vgl §§ 1ff WaffG.

<sup>322</sup> Siehe dazu *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 45.

Ansonsten finden die Vorschriften des Waffengesetzes gemäß § 47 Abs 1 Z 2 lit a WaffG<sup>323</sup> ua auf die Organe der Bundespolizei keine Anwendung<sup>324</sup>. Diese Personen brauchen daher zum Führen der Dienstwaffe auch keine waffenrechtlichen Urkunden<sup>325</sup>.

#### 5.1.2. Waffengebrauchsgesetz 1969

Die wichtigste einfachgesetzliche Rechtsquelle für den Waffengebrauch im Rahmen der polizeilichen Zwangsbefugnisse ist das Bundesgesetz vom 27. März 1969 über den Waffengebrauch von Organen der Bundespolizei und der Gemeindewachkörper (Waffengebrauchsgesetz 1969 - WaffGG), BGBl Nr 149/1969 idgF. Dieses Bundesgesetz regelt bundeseinheitlich das Waffengebrauchsrecht der gesamten Sicherheitsexekutive. Auf die einzelnen relevanten Bestimmungen wird noch näher eingegangen.

### 5.2. Polizeirechtliche Grundlagen

#### 5.2.1. Sicherheitspolizeigesetz 1991

Als weitere essentielle Rechtsquelle wird das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1991 über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG), BGBl Nr 566/1991 idgF angeführt. Obwohl das WaffGG als spezifische Rechtsgrundlage den Waffengebrauch im Rahmen der polizeilichen Zwangsbefugnisse regelt<sup>326</sup>, enthält auch das SPG relevante Rechtsnormen, welche die Anwendung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt und somit auch den Waffengebrauch nötigenfalls

---

<sup>323</sup> § 47 Abs 1 Z 2 lit a WaffGG: Dieses Bundesgesetz ist nicht anzuwenden auf Menschen hinsichtlich jener Waffen und Munition, die ihnen aufgrund ihres öffentlichen Amtes oder Dienstes von ihrer vorgesetzten österreichischen Behörde oder Dienststelle als Dienstwaffe zugeteilt worden sind.

<sup>324</sup> § 47 Abs 1 Z 2 lit a WaffGG betrifft die Dienstwaffen der Angehörigen der Bundespolizei, der Gemeindewachen und der Angehörigen des rechtskundigen Dienstes bei den Sicherheitsbehörden iSd § 5 Abs 2 SPG. Diese Personen unterliegen mit ihren Privatwaffen aber dem WaffG. Siehe dazu *Hauer/Keplinger, Waffengesetz* 1996 (2007) 252f.

<sup>325</sup> *Erben/Szirba, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich*<sup>5</sup> (1998) 38.

<sup>326</sup> Vgl § 1 WaffGG.

zulassen. Das Verhältnis der beiden Rechtsgrundlagen zueinander wird in weiterer Folge kurz dargestellt. Gemäß § 21 SPG obliegt den Sicherheitsbehörden die Abwehr allgemeiner Gefahren und haben gefährlichen Angriffen<sup>327</sup> unverzüglich ein Ende zu setzen.

In diesem Zusammenhang steht die Befugnis der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 33 SPG einem gefährlichen Angriff durch die Ausübung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ein Ende zu setzen, wobei die Beendigung von solchen Angriffen eine Ermächtigungsnorm ist.

§ 50 SPG normiert die unmittelbare Zwangsgewalt als Ermächtigungsbestimmung, wobei Abs 3 leg cit für die Anwendung von unmittelbarer Zwangsgewalt gegen Menschen auf die Bestimmungen des WaffGG verweist<sup>328</sup>.

Als zentrale Rechtsschutzbestimmung bei Verletzung subjektiver Rechte durch die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt sieht § 88 Abs 1 SPG die Beschwerde an den UVS vor.

Zum Verhältnis zwischen SPG und WaffGG sei gesagt, dass das WaffGG in seinem Aufbau größtenteils so genannte „Kann-Bestimmungen“ enthält. § 2 WaffGG normiert in seinem ersten Satz, dass die Organe der Bundespolizei und der Gemeindewachkörper in Ausübung des Dienstes von Dienstwaffen Gebrauch machen „dürfen“. Das WaffGG regelt also stets Ermächtigungen zum Gebrauch von Dienstwaffen und keinesfalls schreibt es einen zwingenden Waffengebrauch vor. Insofern folgt das SPG nicht dieser Intention. Zwar enthalten die §§ 33 und 50 SPG richtigerweise auch Ermächtigungsbestimmungen, die Normierung in § 21 Abs 2 SPG geht aber weiter. Hier haben die Sicherheitsbehörden einem gefährlichen Angriff ein Ende zu setzen. Expressis verbis ist in dieser Bestimmung keine Ermächtigung normiert, sondern ein „Muss“ vorgeschrieben. Wenn diesem Umstand folgend die Definition des

---

<sup>327</sup> Vgl § 16 Abs 2 SPG.

<sup>328</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 572.

gefährlichen Angriffes<sup>329</sup> näher betrachtet wird, ist mitunter festzustellen, dass bei einem konkreten gefährlichen Angriff auf einen Menschen ein Dienstwaffengebrauch zwingend zu erfolgen hat<sup>330</sup>. Meines Erachtens würde jedoch eine Verpflichtung zum Dienstwaffengebrauch de lege lata zu weit gehen, sodass hier zwar die Sicherheitsbehörden den erwähnten gefährlichen Angriffen unverzüglich ein Ende zu setzen haben, aber im Hinblick auf die Bestimmung des § 33 SPG die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes lediglich ermächtigt sind diesen gefährlichen Angriffen durch einen AuvBZ zu begegnen.

#### 5.2.2. Strafprozessordnung 1975

Abschließend wird als Rechtsquelle auch die StPO genannt. Hinsichtlich der gemeinsamen Bestimmung und allgemeinen Regeln werden im § 93 StPO die Anwendung von Zwangsgewalt und der Einsatz von Beugemittel definiert.

Demnach kann die Kriminalpolizei (§ 18 StPO) zur Durchsetzung ihrer Befugnisse oder von Anordnungen des Staatsanwaltes oder des Gerichts physische Gewalt gegen Personen anwenden.

Der Zwang muss zunächst angedroht werden und verhältnismäßig sein. Für den Waffengebrauch verweist § 93 Abs 5 StPO auf die Bestimmungen des WaffGG.

---

<sup>329</sup> Ein gefährlicher Angriff iSd § 16 Abs 2 SPG ist die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloß auf Begehren eines Beteiligten verfolgt wird, sofern es sich um einen Straftatbestand nach dem StGB, Verbotsgesetz, FPG oder SMG handelt, es sei denn um den Erwerb oder Besitz eines Suchtmittels zum eigenen Gebrauch.

<sup>330</sup> Siehe dazu auch *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 24f.

## 6. Arten des Waffengebrauches

### 6.1. Der Waffengebrauch gemäß § 2 WaffGG

Die Organe der Bundespolizei<sup>331</sup> und der Gemeindewachkörper<sup>332</sup> dürfen in Ausübung des Dienstes<sup>333</sup> nach Maßgabe der Bestimmungen des WaffGG 1969 von deren Dienstwaffen Gebrauch machen:

- im Falle **gerechter Notwehr** – Notwehr iSd § 3 StGB liegt dann vor, wenn sich jemand nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwehren. Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, dass dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist<sup>334</sup>.

Unter „notwendiger“ Verteidigung<sup>335</sup> iSd § 3 Abs 1 StGB ist nur jene Abwehr zu verstehen, die unter den verfügbaren Mitteln das schonendste darstellt, um einen gegenwärtigen Angriff sofort und endgültig<sup>336</sup> abzuwenden. Hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit kann grundsätzlich vom klaren Gesetzeswortlaut ausgegangen werden. Die Abwehr im Rahmen der Notwehr darf immerhin notwendig sein, sie darf aber den Rahmen des Notwendigen nicht

---

<sup>331</sup> Vgl § 5 Abs 2 Z 1 SPG.

<sup>332</sup> Vgl § 5 Abs 2 Z 2 SPG.

<sup>333</sup> Damit wird im WaffGG explizit angeordnet, dass die Ermächtigung zum Waffengebrauch den genannten Organen nicht auch als Privatpersonen zustehen. Der Polizist darf außerhalb seines Dienstes – ausgenommen nach den Regeln des § 3 StGB – somit keine Zwangsbefugnisse ausüben.

<sup>334</sup> Vgl § 3 Abs 1 2. Satz StGB.

<sup>335</sup> OGH 2.2.1977, 12 Os 195/77, 30.9.1986, 10 Os 124/86, 26.3.1987, 12 Os 14/87 ua.

<sup>336</sup> OGH 24.10.1990, 11 Os 91/90.

übersteigen. Ob die Notwendigkeit schließlich gegeben ist wird nach einem objektiven ex-ante Urteil bestimmt<sup>337</sup>.

Nach der älteren Rsp des OGH ist ein Waffengebrauch im Rahmen polizeilicher Zwangsbefugnisse ausschließlich nach den Bestimmungen des WaffGG zu beurteilen<sup>338</sup>. Seit der Schaffung des SPG könnte dieser Leitsatz dahingehend abgeschwächt worden sein, dass in Notwehrfällen ein Waffengebrauch nur noch unter den Voraussetzungen des SPG<sup>339</sup> zulässig erscheint. § 50 Abs 3 SPG ordnet explizit die Anwendbarkeit des WaffGG bei der Anwendung von unmittelbaren Zwangsmaßnahmen gegen Menschen an. Da die Notwehr definitionsgemäß<sup>340</sup> immer gegen Menschen gerichtet ausgeübt wird, muss mE konsequenterweise der Waffengebrauch in Notwehrsituationen nur gemäß § 2 Z 1 WaffGG iVm § 3 StGB erfolgen und nicht nach den Voraussetzungen des SPG<sup>341</sup>.

- **zur Überwindung eines auf die Vereitelung einer rechtmäßigen Amtshandlung gerichteten Widerstandes** – Eine rechtmäßige Amtshandlung liegt bereits dann vor, wenn das tätigwerdende Sicherheitsorgan zur Amtshandlung formell berechtigt ist<sup>342</sup>. Bei einer ex-post-Betrachtung muss die maßgebliche Amtshandlung

---

<sup>337</sup> Lewisch, Altes und Neues zur Notwehr, JBl 1990, 772; Steininger, Der Putativnotwehrexzess, ÖJZ 1986, 747; ÖIM-Newsletter 2003, 287. So wird etwa beispielsweise die körperliche Überlegenheit von zumindest fünf vor Ort anwesenden Polizeibeamten ausreichend sein, um einen mit einer 0,33l Mineralwasserflasche „bewaffneten verwirrten Angreifer“ festnehmen zu können. Dass im genannten Beispiel der Gebrauch der Schusswaffe offensichtlich unangemessen bzw nicht notwendig war, ergibt sich schon aus den zitierten Entscheidungen des OGH, denn es wäre schonender gewesen den „aggressiven“ Tatverdächtigen durch Einsatz von Körperkraft oder sonstigen gelinderen Mitteln (Gummiknüppel, Wasserwerfer etc) außer Gefecht zu setzen.

<sup>338</sup> OGH 16.10.1986, 13 Os 117/86.

<sup>339</sup> Gemäß § 50 Abs 2 SPG haben die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes anwesenden Betroffenen die Ausübung von unmittelbaren Zwangsmaßnahmen anzudrohen und anzukündigen, wobei aber in Fällen der Notwehr soweit abgesehen werden kann, als dies für die Verteidigung des angegriffenen Rechtsgutes unerlässlich erscheint.

<sup>340</sup> Steininger, Die Notwehr in der neueren Rechtssprechung des OGH, ÖJZ 1980, 225.

<sup>341</sup> Eine andere Meinung dazu vgl in Hauer/Keplinger, Waffengebrauchsgesetz (2004) 24f. Danach sind die Organe der Bundespolizei in solchen Notwehrvoraussetzungen nur unter den Bestimmungen des SPG zum Waffengebrauch ermächtigt.

<sup>342</sup> Erben/Szirba, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 39.

Rechtskonformität aufweisen<sup>343</sup>. Die subjektive Meinung des Betroffenen hat demzufolge keine Bedeutung. Treten etwa beim Betroffenen (zB ein passiver Opernballdemonstrant<sup>344</sup>) Zweifel an der Rechtmäßigkeit der gesetzten Amtshandlung auf, so ist er nicht berechtigt die Amtshandlung zu verhindern. Vielmehr hat er die Möglichkeit den Zwangsakt der Polizei mit einer Maßnahmenbeschwerde zu bekämpfen.

Die Anwendung von Körperkraft<sup>345</sup> im Rahmen der Ausübung von Zwangsmaßnahmen zwecks Überwindung eines Widerstandes<sup>346</sup> iSd § 2 Z 2 WaffGG ist unter der Voraussetzung zulässig, dass sie notwendig und Maß haltend geübt wird<sup>347</sup>.

Die Auflösung von Versammlungen<sup>348</sup>, die zwangsweise Durchsetzung von Wegweisungen<sup>349</sup> oder das Auflösen und Räumen von Demonstrationen kann unter die Z 2 leg cit subsumiert werden, wobei hier im Gegensatz zu Z 3 leg cit nicht primär die Festnahme von Personen steht, sondern die Zwangsmaßnahme zum Zwecke der Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes verwendet wird<sup>350</sup>.

- zur **Erzwingung einer rechtmäßigen Festnahme** – die Rechtmäßigkeit ist auch hier schon dann gegeben, wenn das Organ zur Ausführung der Festnahme formell berechtigt ist. Der Titel der rechtlich zulässigen Freiheitsbeschränkung, wie die Festnahme nach § 35 VStG oder § 39 FPG, die Verhaftung aufgrund eines

---

<sup>343</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 25.

<sup>344</sup> Aktiver Widerstand kann zusätzlich den Tatbestand des Widerstandes gegen die Staatsgewalt gemäß § 269 StGB erfüllen.

<sup>345</sup> Die Anwendung von Körperkraft im Rahmen exekutiver Zwangsbefugnisse unterliegt denselben grundsätzlichen Einschränkungen wie der im WaffGG geregelte Waffengebrauch. Siehe dazu auch ZfVB 2004/1672.

<sup>346</sup> Vgl VwGH 30.9.1987, 85/01/0132 – Weigerung einer Aufforderung durch Sicherheitswacheorgane zum Verlassen eines Lokales nach beendetem Räumungsvollzug.

<sup>347</sup> VwGH 14.1.2003, 99/01/0013.

<sup>348</sup> § 14 Abs 2 Versammlungsg, BGBl Nr 98/1953 idgF regelt, dass im Falle des Ungehorsams die Auflösung durch Anwendung von Zwangsmittel in Vollzug gesetzt werden kann.

<sup>349</sup> Vgl §§ 37, 38 und 38a SPG.

<sup>350</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 40.

richterlichen Haftbefehls, die vorläufige Verwahrung gemäß § 177 StPO oder zwangsweise Vorführung nach § 46 SPG sowie etwa die Schubhaft nach den Bestimmungen des FPG<sup>351</sup> oder eine Anhaltung nach dem UbG<sup>352</sup> ist dabei irrelevant<sup>353</sup>.

Sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes befugt das kurzfristige Verweilen einer Person an einem bestimmten Ort zu verlangen<sup>354</sup>, so liegt dadurch noch kein Fall einer Festnahme iSd § 2 Z 3 WaffGG vor<sup>355</sup>.

Sollte es im Zuge von solchen Amtshandlungen notwendig werden Zwangsbefugnisse einzusetzen, ist § 2 Z 2 leg cit (Durchsetzung einer rechtmäßigen Amtshandlung) als maßgebliche Norm anzuwenden.

- zur **Verhinderung des Entkommens einer rechtmäßig festgehaltenen Person** – Rechtmäßig festgehalten bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Akt der Festnahme auf einer gesetzlichen Norm basiert, ungeachtet dessen, ob das festnehmende Organ aus eigenem Antrieb die Maßnahme vollzieht oder aufgrund einer gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Entscheidung (gerichtlicher Haftbefehl oder ein Vorführungsbefehl) zur Tat schreitet<sup>356</sup>.
- zur **Abwehr einer von einer Sache** drohenden Gefahr – Die Sicherheitsorgane sind ermächtigt im Rahmen der so genannten „Sachwehr“<sup>357</sup> von Dienstwaffen Gebrauch zu machen, wenn das Gefahrenpotential von Sachen aus gehen.

---

<sup>351</sup> Vgl § 76 Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl I Nr 100/2005 idgF.

<sup>352</sup> Vgl § 9 Unterbringungsgesetz, BGBl Nr 155/1990 idgF.

<sup>353</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 40f.

<sup>354</sup> Zu denken wäre in diesem Zusammenhang das Auskunftsverlangen nach § 34 SPG, die Identitätsfeststellung nach § 35 SPG oder die Durchführung einer Lenker- und Fahrzeugkontrolle nach § 97 Abs 5 StVO.

<sup>355</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 26.

<sup>356</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 40f.

<sup>357</sup> Sachwehr liegt dann vor, wenn von einer Sache iSd §§ 285f ABGB eine Gefahr ausgeht und diese Gefahr durch Beeinträchtigung dieser Sache gebannt wird.

Tiere sind zwar gemäß § 285a ABGB expressis verbis keine Sachen, dennoch sind auf Tiere – sofern keine abweichenden Regelungen bestehen – die sachen- und nicht die personenrechtlichen Vorschriften anzuwenden<sup>358</sup>.

Ein bewusster und gewollter Angriff kann nur von einem Menschen kommen, sodass bei allfälligen Tierangriffen, sofern nicht ein Mensch das Tier als Waffe<sup>359</sup> benützt, Notwehr ausscheidet<sup>360</sup>. Aufgrund der Bestimmung im § 2 Z 5 WaffGG können die Sicherheitsorgane auch einen wild gewordenen Stier oder tollwütigen Hund mit Waffengewalt stoppen, wenn dadurch Gefahren für Leben, Gesundheit oder Vermögen abgewendet werden.

Auch bei der Sachwehr sind die Grundsätze der §§ 4,5 und 6 WaffGG, insbesondere der im § 6 Abs 1 2. Satz WaffGG enthaltene Grundsatz der Güter- und Interessensabwägung, zu beachten<sup>361</sup>.

## 6.2. Der lebensgefährdende Waffengebrauch gemäß § 7 WaffGG

Der mit Lebensgefährdung verbundene Gebrauch einer Waffe gegen Menschen ist **nur zulässig**:

- im Falle **gerechter Notwehr zur Verteidigung eines Menschen** –

Im Gegensatz zum mindergefährlichen Waffengebrauch wird hier eine Einschränkung der Notwehr vorgenommen, und zwar dahingehend, dass der lebensgefährdende Waffengebrauch nur zur Verteidigung eines Menschen angewendet werden darf. Als verteidigungsfähige Rechtsgüter sind etwa das Leben, die Gesundheit, die körperliche Unversehrtheit oder die Freiheit zu nennen. Deshalb ist der lebensgefährdende Waffengebrauch zur

---

<sup>358</sup> Vgl OGH 29.9.1998, 1 Ob 160/98f.

<sup>359</sup> Vorstellbar ist in diesem Zusammenhang das bewusste Einsetzen eines abgerichteten Kampfhundes, wobei hier etwa jemand das Tier akustisch oder mit Zeichen dazu bewegt einer anderen Person etwa durch beißen einen Schaden zuzufügen.

<sup>360</sup> *Steininger*, Die Notwehr in der neueren Rechtsprechung des OGH, ÖJZ 1980, 225.

<sup>361</sup> Erlass des BMI 9.7.1969, 19.146-GD/69.

Verteidigung anderer Rechtsgüter wie zB Vermögen, Sachwerten, Ehre ausgeschlossen. In den zuletzt genannten Fällen kommt der mindergefährliche Waffengebrauch zur Anwendung.

Unter Notwehr iSd § 7 Z 1 WaffGG ist Abwehr eines gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden Angriffes auf einen Dritten zu verstehen<sup>362</sup>.

Trotz der Bestimmung des § 21 Abs 2 SPG, woraus möglicherweise eine Verpflichtung zum lebensgefährlichen Waffengebrauch geschlossen werden kann<sup>363</sup>, liegt diese Verpflichtung mE nicht vor. Dass die Sicherheitsbehörden einen gefährlichen Angriff zu beenden haben impliziert nicht automatisch einen verpflichteten lebensgefährlichen Waffengebrauch nach § 7 WaffGG, sondern bedeutet zunächst ein verpflichtendes Einschreiten oder Tätigwerden der Polizeiorgane, sobald einer der Tatbestände gemäß § 16 Abs 2 SPG eintritt.

Im Hinblick auf § 50 Abs 3 SPG<sup>364</sup> richtet sich ein notwendig werdender Waffengebrauch ausschließlich nach dem WaffGG. Reichen auch andere „harmlosere“ Mittel<sup>365</sup> zur Beendigung eines gefährlichen Angriffes aus, so kommen die Vorschriften des WaffGG gar nicht zum Tragen.

Art 2 Abs 2 lit a EMRK lässt die Tötung eines Menschen im Falle der Notwehr zu.

Besteht etwa für einen einschreitenden Polizisten die Möglichkeit – wegen einem auf ihn zufahrenden Fahrzeuglenker – sich durch einen Sprung zur Seite aus einer Gefahrenzone zu bringen, so ist der

---

<sup>362</sup> VwGH 14.11.2006, 2004/01/0472.

<sup>363</sup> Vgl etwa *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 65.

<sup>364</sup> EVRV 148 BlgNR 18. GP: Zu der in § 50 Abs 3 SPG vorgenommenen Rezeption des WaffGG ist darauf hinzuweisen, dass mit einer Einfügung der Befugnis zur Beendigung gefährlicher Angriffe (§ 33 SPG) auch eine Befugnis zum Waffengebrauch gemäß § 2 Z 2 WaffGG eröffnet worden ist. Vgl *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 123.

<sup>365</sup> Zu denken wäre in diesem Zusammenhang an verbale Kommunikation oder die freiwillige Aufgabe des Täters aufgrund der Präsenz von Polizeibeamten.

Polizist nicht zum lebensgefährlichen Schusswaffengebrauch berechtigt. Es liegt unter den gegebenen Umständen keine Notwehrsituation vor<sup>366</sup>.

- zur **Unterdrückung eines Aufstandes oder Aufruhrs** –

Unter einem Aufstand versteht man den offenen und gewaltsamen Widerstand mehrerer Personen (mindestens drei)<sup>367</sup> gegen die Staatsgewalt.

Dem gegenüber spricht man von Aufruhr, wenn es durch eine widerrechtliche Zusammenrottung einer Menschenmenge zur tumultartigen Störung der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit kommt. Eine Menschenmenge soll in Anlehnung an § 246 StGB<sup>368</sup> aus mindestens zehn Personen bestehen.

Aus beiden Begriffen kann anhand der zuvor verwendeten Definitionen entnommen werden, dass es bei einem Aufstand oder Aufruhr immer einer Personenmehrheit bedarf, um den jeweiligen Tatbestand zu erfüllen. Erwähnenswert ist, dass Art 2 Abs 2 lit c EMRK einen Eingriff in das Recht auf Leben bei der Unterdrückung eines Aufruhrs oder eines Aufstandes zulässt.

Den Begriff der Zusammenrottung einer Menschenmenge findet sich seit Erlassung des StGB<sup>369</sup> nunmehr auch in diesem, sodass allein durch die Bestimmung des § 16 Abs 2 Z 1 SPG iVm §§ 30 und 50 SPG eine Ermächtigung zum Waffengebrauch legitim ist.

- zur **Erzwingung der Festnahme oder Verhinderung des Entkommens einer Person** –

die einer gerichtlich strafbaren Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einer einjährigen

---

<sup>366</sup> VwGH 28.1.1998, 96/01/0640.

<sup>367</sup> *Kienapfel*, Bildung einer kriminellen Organisation (§ 278a Abs 1 StGB), JBI 1995, 613; vgl auch den ehem § 68 StG.

<sup>368</sup> *Kienapfel*, Bildung einer kriminellen Organisation (§ 278a Abs 1 StGB), JBI 1995, 613; vgl auch den ehem § 73 StG.

<sup>369</sup> Vgl § 274 StGB; siehe auch VfGH 30.9.1987, B 858/86.

Freiheitsstrafe bedroht ist, überwiesen oder dringend verdächtig ist, die für sich allein oder in Verbindung mit ihrem Verhalten bei der Festnahme oder Entweichung sie als einen für die Sicherheit des Staates, der Person oder des Eigentums<sup>370</sup> allgemein gefährlichen Menschen kennzeichnet<sup>371</sup>.

Diese definierte Eingriffsermächtigung leitet sich auch von der EMRK ab<sup>372</sup>.

Jemand gilt einer gerichtlich strafbaren Handlung<sup>373</sup> überwiesen, wenn diese Person rechtskräftig verurteilt wurde. Der geforderte dringende Tatverdacht setzt in diesem Zusammenhang einen höheren Grad der Wahrscheinlichkeit voraus, dass eine Person die ihr angelastete Straftat begangen hat. Eine bloße Vermutung reicht hier zur Annahme eines dringenden Tatverdachtes nicht aus<sup>374</sup>. Eine Überführung des Täters muss aus dem evidenten Belastungsmaterial aber nicht erwartet werden<sup>375</sup>.

Bei einer allgemein gefährlichen Person<sup>376</sup> handelt es sich um einen Menschen, dessen Gefährlichkeit entweder allein aus den ihm zur Last gelegten Straftaten oder aus seinem Verhalten bei der Festnahme oder Flucht abgeleitet wird<sup>377</sup>.

---

<sup>370</sup> Unter Eigentum wird jedes vermögenswerte Privatrecht verstanden; siehe dazu *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1478.

<sup>371</sup> Diese eher „altertümlich“ anmutende Formulierung ist der Bestimmung des ehem § 12 Z 3 Gendarmeriegesetz 1894, RGBI 1/1895, nachgebildet worden.

<sup>372</sup> Vgl Art 2 Abs 2 lit b EMRK; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 53.

<sup>373</sup> Der Tatbestand kann sowohl aus dem StGB oder aus dem gerichtlichen Nebenstrafrecht (zB SMG oder WaffG) entstammen.

<sup>374</sup> VwGH 14.11.2006, 2005/01/0577.

<sup>375</sup> *Prammer*, Die Grundrechtsbeschwerde an den OGH – Eine Bilanz des Jahres 2003, JSt 2005, 41; siehe auch *Reiter*, Grundrechtsschutz durch den OGH - Neuere Entwicklungen in der Judikatur zur Grundrechtsbeschwerde, ÖJZ 2007, 37.

<sup>376</sup> Vgl VwGH 28.1.1998, 96/01/0640; OGH 11. 1. 1984, 1 Ob 44/83; siehe auch *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 58f; Erlass des BMI 9.7.1969, 19.146-GD/69 (idF des Erlasses 11. September 1975, 9.158/6-II/4/a/75).

<sup>377</sup> Vgl OGH 29.6.1999, 1 Ob 168/99; siehe auch *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 67. Die Formulierung des § 7 Z 3 WaffGG stellt den Versuch dar, den Begriff des „gefährlichen Verbrechers“ iSd ehem § 12 Z 3 GendG 1894 zu definieren.

In diesem Zusammenhang ist die Schussabgabe auf ein verfolgtes Fahrzeug, um dieses zum Anhalten zu zwingen, als lebensgefährlicher Waffengebrauch anzusehen, zumal die Schüsse nicht gezielt abgefeuert werden können<sup>378</sup>.

- **zur Erzwingung der Festnahme oder Verhinderung des Entkommens eines Geisteskranken –**

der für die Sicherheit der Person oder des Eigentums<sup>379</sup> allgemein gefährlich ist<sup>380</sup>. Ob jemand geisteskrank ist, kann in dieser Situation nur vom einschreitenden Organ selbst beurteilt werden<sup>381</sup>.

Aufgrund dieser Bestimmung ist der lebensgefährliche Waffengebrauch gegen einen Geisteskranken wegen bloßer Selbstgefährdung untersagt<sup>382</sup>. Diese Conclusio muss auch in dem Licht gesehen werden, dass das österreichische Strafrecht keinen Tatbestand für den Versuch der bewussten und gewollten Herbeiführung des eigenen Todes kennt, denn Selbstmord ist in Österreich straffrei.

### **6.3. Die Androhung des lebensgefährdenden Waffengebrauches**

Der lebensgefährdende Waffengebrauch ist gemäß § 8 Abs 1 WaffGG ausdrücklich, zeitlich unmittelbar vorangehend und deutlich anzudrohen, wobei als Androhung des Schusswaffengebrauches auch die Abgabe eines Warnschusses<sup>383</sup> dient.

---

<sup>378</sup> Vgl OGH 9.11.1977, 1 Ob 22/77.

<sup>379</sup> Unter Eigentum im objektiven Sinn versteht das Zivilrecht alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, die jemanden gehören. Das Eigentum im subjektiven Sinn ist die Befugnis mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und andere davon auszuschließen; vgl dazu § 353f ABGB. Unter Eigentum iSd Art 5 StGG wird jedes vermögenswerte Privatrecht verstanden; siehe dazu *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1478.

<sup>380</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 53ff; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 67.

<sup>381</sup> Eine ähnliche Prüfung durch einen durchschnittlich verständigen medizinischen Laien erfolgt etwa auch im Unterbringungsrecht (vgl § 3 iVm § 9 Abs 3 UbG).

<sup>382</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 60.

<sup>383</sup> siehe Kapitel II.A.6.5.

Ein lebensgefährdender Waffengebrauch nach § 7 WaffGG liegt dann vor, wenn damit eine Lebensgefährdung verbunden ist, wie etwa das Schießen mit Projektilen auf Menschen<sup>384</sup> oder auch die Verwendung von Tränengas in sehr hoher Konzentration in geschlossenen Räumen.

Qualitativ ist für eine gesetzmäßige Androhung jede konkludente oder stillschweigende Handlung<sup>385</sup> somit unzureichend, dh der Waffengebrauch muss klar und deutlich erkennbar sein.

Quantitativ wird regelmäßig die einmalige Abgabe eines Warnschusses im Sinne des § 8 WaffGG ausreichend sein. Zu einer Wiederholung könnte das einschreitende Organ aber dann aufgefordert und verpflichtet sein, wenn aufgrund des vorherrschenden Lärmpegels einer Menschenmenge<sup>386</sup> anzunehmen ist, dass die Androhung überhört wurde oder überhört werden könnte<sup>387</sup>.

Beim Waffengebrauchs iSd § 2 WaffGG (nicht-lebensgefährlicher Waffengebrauch) ist eine Androhung gesetzlich nicht vorgesehen. Dennoch könnte im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips die Androhung von der Waffe Gebrauch zu machen als gelindere Maßnahme nach § 4 WaffGG gesehen werden, um einen Waffengebrauch zu verhindern<sup>388</sup>.

Außer im Falle gerechter Notwehr<sup>389</sup> - wonach die Verpflichtung zur Androhung entfällt – ist der lebensgefährdende Waffengebrauch nur dann zulässig, wenn dadurch Unbeteiligte voraussichtlich nicht gefährdet

---

<sup>384</sup> AB 1193 BlgNR 11. GP; *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 69.

<sup>385</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 82; Dazu kann zählen: das Ziehen oder In-Anschlag-Bringen der Dienstpistole, das Spannen des Hahns bei Dienstrevolver oÄ.

<sup>386</sup> Unter einer Menschenmenge wird die Zusammenrottung einer unbestimmten Anzahl von Menschen verstanden, die sich in irgendeiner Art und Weise hoheitlichen Anordnungen widersetzen. Siehe auch *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 62; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 82.

<sup>387</sup> Siehe RV 497 BlgNR 11. GP. Einer Menschenmenge gegenüber ist wegen der bei Tumulten vorkommenden Lärmerregung die Androhung zu wiederholen: Als Androhung gilt auch die Abgabe eines Warnschusses, einer wiederholten Androhung würden demgemäß mehrere Warnschüsse entsprechen.

<sup>388</sup> Erlass des BMI 9.7.1969, 19.146-GD/69; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 84f.

<sup>389</sup> Vgl § 8 Abs 3 WaffGG.

werden<sup>390</sup>. Auch hier ist das Sicherheitsorgan angehalten eine subjektive Bewertung der Lage vorzunehmen, wobei die gesetzliche Bestimmung von einer Prognose des einschreitenden Organs ausgeht. Dieses wird in die schwierige Lage versetzt ex ante prüfen zu müssen, ob andere Personen als der oder die Täter durch einen darauf folgenden Waffengebrauch gefährdet werden könnten.

Aus den Normen § 7 Z 1 iVm § 8 Abs 3 WaffGG kann im Ergebnis abgeleitet werden, dass § 8 Abs 3 WaffGG nur solche Fälle erfasst, in denen für Rechtsgüter Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit oder Freiheit Gefahr im Verzug vorliegt<sup>391</sup>. Die Berechtigung dieser Interpretation liegt vor allem in dem Umstand, dass es zeitlich praktisch unmöglich ist, noch unmittelbar vor dem Wirkungsschuss eine Handlung zu setzen, um den Angreifer von seiner bevorstehenden Tat abzuhalten.

## **6.4. Weitere gesetzliche Vorgaben beim Waffengebrauch**

### **6.4.1. Eigensicherung**

Ein weiteres zentrales Thema stellt im Zuge von Polizeieinsätzen das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Beamten dar. Vor diesem Hintergrund hat das einschreitende Organ entsprechend auf seine Eigensicherung achten<sup>392</sup>, wobei mit § 3 RLV<sup>393</sup> eine Definition geschaffen wurde. Dabei handelt es sich um eine Durchführungsverordnung<sup>394</sup>, die ihre gesetzliche Ermächtigung im SPG

---

<sup>390</sup> Erben/Szirba, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 60; Hauer/Keplinger, Waffengebrauchsgesetz (2004) 83.

<sup>391</sup> Hauer/Keplinger, Waffengebrauchsgesetz (2004) 83.

<sup>392</sup> § 3 RLV: Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben auf die Vermeidung von Gefahren für sich selbst zu achten, die zur Aufgabenerfüllung nicht erforderlich oder unverhältnismäßig sind. Sie sind nicht verpflichtet, zum Schutze von Rechtsgütern anderer einzuschreiten, wenn die drohende Gefahr offenkundig und erheblich weniger schwer wiegt als die Gefährdung der eigenen körperlichen Sicherheit, die in Kauf zu nehmen wäre.

<sup>393</sup> Aufgrund des § 31 SPG wurde vom BMI im Einvernehmen mit dem BMJ und BMWV einer Verordnung mit den Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (Richtlinien-Verordnung, RLV) erlassen und im BGBl Nr 266/1993 kundgemacht.

<sup>394</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 598.

hat und die RLV soll eine Art „Berufskodex“<sup>395</sup> für die Sicherheitsexekutive darstellen.

Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der Zweckmäßigkeit eines Waffengebrauches kommt der Eigensicherung<sup>396</sup> iSd § 3 RLV große Bedeutung<sup>397</sup> zu, denn diese ist aus der Sicht des einschreitenden Organs zu beurteilen und unterliegt einem gewissen Spannungsfeld. Der Polizeibeamte muss nun anhand aller gegebenen Fakten entscheiden, ob er mit Waffengewalt einschreitet, oder aus Gründen der Eigensicherung auf Verstärkung wartet und nicht einschreitet.

#### 6.4.2. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Art 2 Abs 2 EMRK ermöglicht Eingriffe in das Recht auf Leben, wobei diese unbedingt erforderliche Gewaltanwendung einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt. Dabei ist zu prüfen, ob nicht auch gelindere Mittel für die Zielerreichung ausreichen<sup>398</sup>.

Die §§ 4, 5 und 6 WaffGG bringen das dem Waffengebrauch zugrunde liegende Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>399</sup> zum Ausdruck und sollen kurz beleuchtet werden.

Jeder Waffengebrauch ist stets nur dann zulässig, wenn ungefährliche oder weniger gefährliche Maßnahmen ungeeignet scheinen oder sich als wirkungslos erwiesen haben. § 4 WaffGG zählt demonstrativ zu diesen Maßnahmen etwa die bloße Aufforderung zur Herstellung des

---

<sup>395</sup> RV 148 BlgNR 18. GP.

<sup>396</sup> Siehe oben II.A.6.3.

<sup>397</sup> Vgl VwGH 13.12.2005, 2004/01/0547.

<sup>398</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1392. Rechtsprechung und hL sprechen von Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Siehe dazu *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1340; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 18 Rz 14; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 EMRK Rz 43f; vgl EGMR 25.11.1996, Wingrove, RJD 1996-V; VfGH 5.12.2007, B 835/07; VfSlg 15.046.

<sup>399</sup> *Pöschl/Kahl*, Die Intentionalität – ihre Bedeutung und Berechtigung in der Grundrechtsjudikation, ÖJZ 2001, 41; *Handstanger/Okresek*, Sicherheitsverwaltung und MRK – Rechtsprechung der Organe der MRK zum Handeln der Sicherheitspolizei, ÖJZ 1995, 251; ZfVB 2003/1542 (VwGH 21.12.2000, 96/01/0351); UVS VIbg 25.1.2006, 2-005/05.

gesetzmäßigen Zustandes, die Androhung des Waffengebrauches, die Verfolgung des Flüchtenden, die Anwendung von Körperkraft<sup>400</sup>, die Verwendung von Handfesseln<sup>401</sup> oder anderen technischen Sperren<sup>402</sup>. Eine Rangordnung zwischen den beschriebenen Maßnahmen und Mitteln ist nicht vorgesehen<sup>403</sup>. Somit ist der Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine permanente Prüfung während der gesamten Dauer des Einsatzes.

Für die Prüfung, inwiefern ein angewandter Waffengebrauch auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht, muss geprüft werden, ob der Beamte von mehreren ihm zur Verfügung stehenden zielführenden Befugnissen jene ausgewählt hatte, welche die betroffene Person am Wenigsten beeinträchtigen würde<sup>404</sup>.

Die Verpflichtung zur Prüfung, ob nicht auch die Verwendung geeigneter gelinderer Instrumente ausreichend sind, gilt vor dem Hintergrund des § 4 WaffGG auch für den lebensgefährlichen Waffengebrauch<sup>405</sup>.

Wenn verschiedene Waffen zur Verfügung stehen, darf nur von der am wenigsten gefährlichen, nach der jeweiligen Lage noch geeignet erscheinenden Waffe, Gebrauch gemacht werden<sup>406</sup>. Dieser weitere Aspekt bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit bringt zum Ausdruck, dass das einschreitende Organ bei der Wahl der Dienstwaffe immer eine Abwägung bezüglich der Gefährlichkeit der zu verwendenden Waffe vornehmen muss. Diese Eignungsprüfung sowohl nach ihrer Wirkung, als auch nach ihrer rechtlichen Zulässigkeit zu beurteilen<sup>407</sup>. Selbst wenn alle rechtlichen Voraussetzungen iSd WaffGG erfüllt sind, liegt es immer

---

<sup>400</sup> ZB das Ergreifen, Festhalten oder Wegführen einer Person, Aufstoßen, Eindringen oder Versperren, Anwendung von Kampftechniken (Judo, Karate etc).

<sup>401</sup> Handschellen, Schließketten und Schnellverschlussbänder.

<sup>402</sup> Fußfesseln, Seile, Draht, Nagelbänder etc.

<sup>403</sup> Vgl auch Erlass des BMI 9.7.1969, 19.146-GD/69. Im Zuge einer Amtshandlung kann es vorkommen, dass ein zunächst legitimer Waffengebrauch unzulässig werden kann, wenn etwa eine mindergefährliche Maßnahme ausreichend erscheint, um den rechtmäßigen Zustand wieder herzustellen.

<sup>404</sup> ZUV 2001 H 2, 25.

<sup>405</sup> OGH 25.6.1986, 1 Ob 15/86; vgl auch *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 34.

<sup>406</sup> Vgl § 5 WaffGG.

<sup>407</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 50.

noch im Ermessen des tätigwerdenden Sicherheitsorgans, ob bei der Amtshandlung eine Dienstwaffe eingesetzt werden soll oder darauf verzichtet werden kann. Der Versuch einer Reihung nach dem Grad der Gefährlichkeit wurde durch einen Erlass des BMI vollzogen. Wenn ein Waffengebrauch dem Grunde nach gemäß § 2 WaffGG zulässig und auch den Umständen nach gemäß § 4 WaffGG nicht vermieden werden kann, ist gemäß des Erlasses des BMI vom 9.7.1969, 19.146-GD/69<sup>408</sup> unter verschiedenen verfügbaren Dienstwaffen jene anzuwenden, die nach der jeweiligen Lage geeignet ist den Erfolg der Amtshandlung herzuführen, aber am wenigsten gefährlich ist. Der zitierte Erlass sieht eine Reihenfolge der verfügbaren Dienstwaffen nach dem Grad ihrer Gefährlichkeit vor: Gummiknüppel – Tränengas bzw Wasserwerfer – Schusswaffe.

Ein Stoß oder Schlag mit der Schusswaffe wird im Verhältnis zur Schussabgabe als ungefährlicher einzustufen sein. Diese Reihung ist aufgrund des Fortschritts bei der Bewaffnung der Polizei nicht mehr aktuell, denn mittlerweile finden auch der so genannte Pfefferspray<sup>409</sup>, spezielle Einsatzstöcke oder die Elektroimpulswaffe<sup>410</sup> Verwendung. Hinsichtlich dieser Modernisierungen bei der Exekutive müsste der Erlass aktualisiert oder neu gefasst werden. Ob dadurch Auswirkungen nach außen eintreten würden, kann nicht generell gesagt werden, zumal Erlässe rechtlich grundsätzlich nur Innenwirkung zeigen<sup>411</sup>. Richten sich Inhalte von Erlässen an den Rechtsunterworfenen stellen diese

---

<sup>408</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 58.

<sup>409</sup> Gemäß der Einsatzanweisung zum Erlass des BMI ZI 48.106/68-II/3/97 für die Verwendung von Abwehrsprays (Pfeffersprays) ist dieser Spray als Dienstwaffe heranzuziehen und somit im Sinne der Eigensicherung vor einem Gebrauch des Gummiknüppels zur Angriffsabwehr einzusetzen.

<sup>410</sup> Der bei der Österreichischen Bundespolizei ab seit 2006 im Probetrieb befindliche „TASER X26“ ist eine Elektroimpulswaffe in Form einer Pistole. Durch das Verschießen von verkabelten Pfeilelektroden wird die Energie der Waffe auf den Angreifer übertragen und beeinflusst dadurch seine sensorischen und motorischen Funktionen zum zentralen Nervensystem (EMD – Elektro-Muscular-Disruption).

<sup>411</sup> Erlässe sind verwaltungsinterne Normen mit generellem Adressatenkreis ohne Rechtswirkungen nach außen. Sie sind Weisungen (Art 20 Abs 1 B-VG) an die betroffenen Bediensteten. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 594; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 159f.

Rechtsverordnungen dar, welche im Bundesgesetzblatt kundzumachen sind<sup>412</sup>. Der Erlass des BMI bindet jedoch nur die Polizeibehörden und deren Organwalter, sodass mE wegen der fehlenden Anordnungen an die Rechtsunterworfenen keine VO vorliegt.

Bis dato lassen sich nur der Pfefferspray und die Einsatzstöcke als Dienstwaffen iSd § 3 WaffGG ins WaffGG einordnen. Die Elektroimpulswaffe oder ähnliche Waffen dieser Art werden im WaffGG nicht explizit abgeführt und können daher nur unter § 9 WaffGG subsumiert werden. Sollten diese Geräte standardisiert bei der Polizei als Dienstwaffe verwendet werden, wäre de lege ferenda eine Aufnahme in den § 3 WaffGG auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit zweckmäßig.

Verändert sich während einer Amtshandlung die Situation der Lage, so lässt sich aus § 5 WaffGG ableiten, dass einerseits der Übergang von einer mindergefährlichen Waffe (zB Pfefferspray oder Gummiknüppel) auf eine gefährlichere Waffe (zB Schusswaffe) in Erwägung zu ziehen ist, und andererseits dieser Wechsel natürlich auch in umgekehrter Reihenfolge zu erfolgen hat, wenn es die Amtshandlung erfordert.

Der Zweck des Waffengebrauches und die notwendige Interessens- und Güterabwägung wird gemäß § 6 WaffGG dergestalt geregelt, dass der Einsatz von Dienstwaffen gegen Menschen nur dazu verwendet werden dürfen, um diese bloß angriffs-, widerstand- oder fluchtunfähig zu machen. Weiters darf – außer im Falle gerechter Notwehr – der durch den Waffengebrauch zu erwartende Schaden nicht offensichtlich außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg stehen<sup>413</sup>. Das einschreitende Sicherheitsorgan muss eine Lagebewertung unter Einbeziehung aller maßgeblichen Faktoren durchführen, und danach aufgrund der Erkenntnisse aus der Bewertung die Entscheidung treffen ob mittels Waffengebrauch vorgegangen wird oder nicht. Dieses zum Teil äußerst schwierige Unterfangen führt sehr oft zu Fehlentscheidung und

---

<sup>412</sup> Vgl etwa die Aufhebung von wesentlichen Teilen des „Transsexuellen-Erlasses“; VfSlg 17.849.

<sup>413</sup> Vgl dazu ZfVB 2003/1543 (VwGH 21.12.2000, 96/01/1032); ZUV 2004/223 (UVS Stmk 11.2.2004, UVS-20.3-52, 53, 54/00); VfSlg 11.096, 11.170.

Verletzungen oder Tötungen Unbeteiligter. Aufgrund dieser Bestimmung kann iZm § 7 WaffGG der Waffengebrauch in Extremsituationen auch die gezielte Tötung des Betroffenen möglich sein<sup>414</sup>.

Das Gesetz geht im § 6 Abs 2 WaffGG von der Prämisse aus, dass jeder Waffengebrauch mit möglichster Schonung von Menschen und Sachen zu erfolgen hat. Erst wenn mit einer Waffenwirkung gegen Sachen keine Zielerreichung erwirkt wird, dürfen Waffen gegen Menschen eingesetzt werden. Schläge mit dem Gummiknüppel sollen dem entsprechend nicht primär im Bereich des Kopfes, sondern möglichst nur gegen Arme und Beine erfolgen. Ebenso ist beim Schusswaffengebrauch nach Möglichkeit der Wirkungsschuss auf die Beine zu richten, sofern eine Waffenwirkung gegen Sachen des Betroffenen nicht den erwarteten Erfolg mit sich bringt<sup>415</sup>.

#### 6.4.3. Gebrauch anderer Waffen und Mittel

Grundsätzlich sieht das WaffGG die Verwendung der im § 3 WaffGG taxativ aufgezählten Dienstwaffen vor. Darüber hinaus sind Situationen denkbar, wo die Verwendung anderer Waffen oder anderer Mittel notwendig erscheint<sup>416</sup>. Steht im Einzelfall keine geeignete Dienstwaffe zur Verfügung, dann darf gemäß § 9 WaffGG unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen des WaffGG auch eine andere Waffe<sup>417</sup> oder irgendein anderer Gegenstand<sup>418</sup> verwendet werden.

---

<sup>414</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 51f; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 59.

<sup>415</sup> Wenn möglich könnte der Erfolg einer Amtshandlung auch dadurch hergeführt werden, dass der einschreitende Polizist Schüsse auf die Autoreifen oder gegen den Motor abgibt, um den Betroffenen zu stoppen. Vgl auch *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 50f; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 59ff.

<sup>416</sup> Vgl § 9 WaffGG; vgl *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 64; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 88ff.

<sup>417</sup> ZB Privatwaffe, Elektroimpulswaffe, Jagdgewehr, Schusswaffe des Angreifers, panzerbrechende Waffe, Handgranate.

<sup>418</sup> ZB Funkgerät, Stabtaschenlampe, Holzlatte, Eisenrohr etc; vgl etwa VfSlg 12.423.

## 6.5. Der Warn- oder Schreckschuss

Gemäß § 8 Abs 1 WaffGG ist nur der lebensgefährdende Waffengebrauch gegen Menschen anzudrohen. Demnach müsste ein Waffengebrauch, der sich gegen Sachen richtet bzw nicht lebensgefährdend ist, nicht unbedingt als Formerfordernis angedroht werden, es sei denn es geschieht aus Zweckmäßigkeitsgründen gemäß § 4 WaffGG<sup>419</sup>. Die Bestimmung über die Androhung des Waffengebrauches iSd § 8 WaffGG wurden bereits oben detailliert beschrieben<sup>420</sup>.

Wenn nun eine vorangehende Androhung iSd § 8 Abs 1 WaffGG geboten ist, gibt es verschiedene Möglichkeiten dies zu tun. Etwa kann die Androhung eines Waffengebrauchs durch den klaren und deutlichen Zuruf „Halt oder ich schieße!“ erfolgen. Ebenso kann eine Lautsprecherdurchsage gemacht werden. Das bloße Ziehen der Dienstpistole, ein drohendes In-Anschlag-Bringen der Dienstpistole oder das drohende Schwingen stellt für sich keine ausdrückliche Androhung dar<sup>421</sup>. Gerade im Hinblick auf die folgeschweren Konsequenzen hat der Warnschuss immense Bedeutung, und muss für den Betroffenen deutlich wahrnehmbar sein. Dass der Warnschuss nicht das einzige zweckmäßige Mittel ist, ergibt sich schon aus § 8 Abs 1 letzter Satz WaffGG<sup>422</sup>, da zur Androhung auch andere Möglichkeiten offenstehen. Es obliegt schließlich dem Sicherheitsorgan in welcher Art und Weise er den bevorstehenden Waffengebrauch ankündigt.

---

<sup>419</sup> Erben/Szirba, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 61; Hauer/Keplinger, Waffengebrauchsgesetz (2004) 82.

<sup>420</sup> Siehe Kapitel II.A.6.3.

<sup>421</sup> Erben/Szirba, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 61; Hauer/Keplinger, Waffengebrauchsgesetz (2004) 82.

<sup>422</sup> Hauer/Keplinger, Waffengebrauchsgesetz (2004) 83.

ME hat auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Form gelten, dass stets das mindergefährlichere Ankündigungsmittel verwendet wird<sup>423</sup>.

Trotzdem wird wohl die Abgabe eines Warn- oder Schreckschusses das am häufigsten verwendete Androhungsmittel vor einem unmittelbar bevorstehenden Schusswaffengebrauch sein. Dies schon aus dem Umstand, dass die Wirkung einer Schussabgabe aus der Sicht des Betroffenen betrachtet für potentiell bedrohlicher aufgefasst wird, als ein Zuruf.

Die Abgabe eines Warnschusses<sup>424</sup> zur Androhung eines lebensgefährdenden Schusswaffengebrauchs ist nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen für den unmittelbaren nachfolgenden lebensgefährdenden Wirkungsschuss gemäß § 7 WaffGG gegeben sind<sup>425</sup>. Für eine Androhung des mindergefährlichen Waffengebrauches nach § 2 WaffGG ist ein Warnschuss nicht explizit vorgeschrieben. Diese Schussabgabe kann dabei aber als mindergefährliche Maßnahme iSd § 4 WaffGG betrachtet werden. Je nach Einschätzung der Situation durch den einschreitenden Polizisten ist es durchaus denkbar, dass ein lebensgefährdender Schusswaffengebrauch keine gesetzliche Deckung findet, es aber situationsbezogen sinnvoll erscheint durch die Abgabe eines Schusses lediglich psychischen Druck auf den Betroffenen auszuüben<sup>426</sup>.

In diesem Fall spricht man von einem Schreckschuss, der nur zulässig ist, wenn im Vorfeld überhaupt die Voraussetzungen für einen Waffengebrauch iSd § 2 WaffGG gegeben sind. Somit kann gesagt werden, dass ein Warnschuss schon begrifflich auch stets ein

---

<sup>423</sup> ZB einfache und laute Zurufe, Durchsage mittels Lautsprecher oder Megafon. Die verbalen Androhungen haben idR in deutscher Sprache zu erfolgen (vgl Art 8 B-VG). Wenn bekannt ist, dass der Betroffene die deutsche Sprache nicht versteht und das einschreitende Organ eine andere – für den Betroffenen verständliche – Sprache spricht, so darf er mE auch diese Sprachkenntnisse als Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit anwenden.

<sup>424</sup> Vgl VwGH 14.11.2006, 2005/01/0577; 14.11.2006, 2004/01/0472.

<sup>425</sup> Erben/Szirba, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 62.

<sup>426</sup> Hauer/Keplinger, Waffengebrauchsgesetz (2004) 36.

Schreckschuss ist, obwohl der Ausdruck Schreckschuss selbst im WaffGG unerwähnt bleibt. Bleibt aber ein Schreckschuss wirkungslos, darf ein lebensgefährdender Schusswaffengebrauch nur dann folgen, wenn alle Voraussetzungen des § 7 WaffGG erfüllt sind und dieser Waffengebrauch gemäß § 8 WaffGG angekündigt wurde<sup>427</sup>.

Fälschlicherweise werden aber in der Rechtsprechung des VwGH die beiden Begriffe synonym verwendet<sup>428</sup>.

Nach der Rechtsprechung des OGH<sup>429</sup> darf durch den abgegeben Warnschuss aber noch nicht in die absolut geschützten Rechte der Gesundheit und des Lebens eingegriffen werden. Der Warnschuss muss dem entsprechend so abgegeben werden, dass beim Abfeuern eines Warnschusses die körperliche Integrität des Betroffenen nicht beeinträchtigt wird, dh der Betroffene darf keinesfalls getroffen werden. Das einschreitende Organ wird deshalb idR angehalten sein den Schuss entweder senkrecht in die Luft oder direkt in den Boden abzufeuern.

## **6.6. Wann liegt im Falle einer Schussabgabe kein Waffengebrauch iSd des WaffGG vor?**

Im Zusammenhang mit dem Schusswaffengebrauch erscheint es von Bedeutung auch all jene Fälle zu beschreiben, in denen trotz Abgabe eines Schusses kein polizeilicher Schusswaffengebrauch vorliegt. Dies ist schon deshalb von großem Interesse, da sich durch die Schussabgabe ein Schaden oder die Verletzung eines Rechtsgutes ergeben kann und es daran anknüpfend für die Übernahme der Haftung relevant ist, wem dieser Akt zuzurechnen ist<sup>430</sup>.

---

<sup>427</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 36.

<sup>428</sup> VwGH 14.11.2006, 2004/01/0472.

<sup>429</sup> OGH 25.6.1986, 1 Ob 15/86.

<sup>430</sup> Vgl auch Erlass des BMI vom 9.7.1969, 19.146-GD/69.

### 6.6.1. Alarmschuss

Der Alarmschuss aus der ADV und der Signalschuss aus der GDI unterliegen nicht den Bestimmungen des WaffGG<sup>431</sup>, da damit keine Ausübung von Zwangsbefugnissen iSd § 1 WaffGG verbunden ist. Der Begriff Alarmschuss wird lediglich im § 24 Abs 5 Allgemeine Dienstvorschrift für das Bundesheer, erwähnt und dient als militärisches Verständigungsmittel<sup>432</sup>. Der Begriff Signalschuss findet keine ausdrückliche gesetzliche Erwähnung. Hinweise darauf bietet § 72 der ehemaligen Gendarmeriedienstinstruktion, wonach die Abgabe von Signalschüssen auf den unumgänglich notwendigen Bedarf zu beschränken ist, und jedenfalls eine Gefährdung von Personen nicht erwartet werden darf<sup>433</sup>. In diesem Sinne sollte der Signalschuss auch als Unterstützungs- oder Verständigungszeichen dienen<sup>434</sup>.

### 6.6.2. Gnaden- oder Fangschuss

Der Gnadenschuss oder Fangschuss<sup>435</sup> für ein verendendes Tier unterliegt ebenfalls nicht den Bestimmungen des WaffGG. Dieser Schuss

---

<sup>431</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 63; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 20.

<sup>432</sup> § 24 Abs 5 ADV: Hat ein Posten eine dringende Meldung zu erstatten, insbesondere wenn ein unverzügliches Eingreifen der Wachbereitschaft erforderlich ist, wenn er erkrankt oder wenn er nicht zur gehörigen Zeit abgelöst wird, dann hat er mangels anderer Verständigungsmittel den nächsten Posten anzurufen, der die Nachricht in gleicher Weise zur Wachbereitschaft weiterzuleiten hat. Ist dies nicht möglich und erscheint ihm die Erfüllung des Wachauftrages gefährdet, so hat der Posten unter Beobachtung der nötigen Vorsicht mit hochangeschlagener Schußwaffe einen oder mehrere Alarmschüsse abzugeben.

<sup>433</sup> Vgl VfSlg 15.046.

<sup>434</sup> Gendarmeriedienstinstruktion vom 21. März 1895 idFd Erlasses vom 10. Jänner 1994 Zl. 2101/11-II/4/94. § 72 GDI definiert, dass Gendarmeriesignale dazu dienen, um einzelnen Gendarmeriebediensteten oder Streifen die gegenseitige Unterstützung zu ermöglichen oder das Zusammenwirken zu erleichtern. Sie sind nach Möglichkeit generell oder im Einzelfall festzulegen.

<sup>435</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 36; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 20.

wird nach jagd- und tierschutzrechtlichen<sup>436</sup> oder zivilrechtlichen Bestimmungen<sup>437</sup> zu beurteilen sein.

#### 6.6.3. Sonstige Schussabgaben

Nicht unter das WaffGG fällt weiters der Waffengebrauch bei der Schießausbildung, die Waffenerprobung oder die kriminaltechnische Untersuchung<sup>438</sup>.

#### 6.6.4. Unwillkürliche Schussabgabe

Die unwillkürliche Abgabe eines Schusses ist nach der Rechtssprechung des VwGH<sup>439</sup> nicht vom Willen des betreffenden Sicherheitsorgans umfasst und stellt daher kein der Behörde zurechenbares Handeln dar. Eine Maßnahmenbeschwerde an den zuständigen UVS ist daher in solchen Fällen nicht möglich.

Dagegen hält der VfGH in seiner Judikatur<sup>440</sup> fest, dass es für die Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde nicht darauf ankommt, ob die Abgabe des Schusses vom Beamten gewollt war oder nicht. Die Amtshandlung in der der Schuss fiel ist als Einheit zu werten und unterliegt der nachprüfenden Kontrolle des UVS.

Bei dieser Judikaturdivergenz ist mE grundsätzlich der Rechtssatz des VfGH mit der Maßgabe zu vertreten, dass der unwillkürlich gelöste

---

<sup>436</sup> Landesrechtliche Vorschrift: Burgenländische Jagdgesetz, LGBl Nr 11/2005 idGF, Kärntner Jagdgesetz, LGBl Nr 21/2000 idGF, Niederösterreichische Jagdgesetz, LGBl Nr 6500/00 idGF, Oberösterreichische Jagdgesetz, LGBl Nr 32/1964 idGF, Salzburger Jagdgesetz, LGBl Nr 100/1993 idGF, Steiermärkische Jagdgesetz, LGBl Nr 23/1986 idGF, Tiroler Jagdgesetz, LGBl Nr 41/2004 idGF, Vorarlberger Gesetz über das Jagdwesen, LGBl Nr 32/1988 idGF, Wiener Jagdgesetz, LGBl Nr 6/1948 idGF; Burgenländische Tierschutzgesetz, LGBl Nr 86/1990 idGF, Kärntner Tierschutz- und Tierhaltegesetz, LGBl Nr 77/1996 idGF, Niederösterreichische Tierschutzgesetz, LGBl Nr 4610/00 idGF, Oberösterreichische Tierschutzgesetz, LGBl Nr 118/1995 idGF, Salzburger Tierschutzgesetz, LGBl Nr 86/1999 idGF, Steiermärkische Tierschutz- und Tierhaltegesetz, LGBl Nr 74/1984 idGF, Tiroler Tierschutzgesetz, LGBl Nr 57/1997 idGF, Vorarlberger Tierschutzgesetz, LGBl Nr 46/1996 idGF, Wiener Tierschutz- und Tierhaltegesetz, LGBl Nr 39/1987 idGF.

<sup>437</sup> Schadenersatz nach den Bestimmungen der §§ 1295 ff ABGB.

<sup>438</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 36; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 19f.

<sup>439</sup> VwGH 28.6.1995, 94/01/0741.

<sup>440</sup> VfSlg 17.046.

Schuss tatsächlich im Rahmen einer als Einheit zu betrachtenden Amtshandlung gefallen ist. Ob der Beamte die Dienstwaffe korrekt oder nicht korrekt betätigt hat, spielt bei der Zurechnung der Maßnahme keine Rolle<sup>441</sup>. Dem entsprechend sollte es auch auf die Art und Weise der Handhabung nicht mehr ankommen. Der polizeiliche Schusswaffengebrauch ist als Einheit gesehen stets mit einer Amtshandlung verbunden. Ob hier nun die Schussabgabe aufgrund eines Unglückfalles – zB Sturz des Beamten mit gezogener Waffe – oder einer nicht sachgemäßen Handhabung resultiert, muss im Hinblick auf seine Zurechenbarkeit unbeachtlich bleiben. Eine andere Sichtweise würde eine Überprüfung der unwillkürlichen Schussabgabe im Rahmen eines dem Maßnahmenbeschwerdeverfahren verhindern und dadurch den Betroffenen Rechtsschutzmöglichkeiten einschränken.

#### 6.6.5. Schussabgabe infolge unsachgemäßer Handhabung der Schusswaffe

Ein Problem der Zurechnung könnte dann entstehen, wenn der ausführende (einschreitende) Beamte seine Waffe unsachgemäß verwendet und sich dadurch ein Schuss löst. Die korrekte Handhabung und Verwendung der jeweiligen Dienstwaffe des Sicherheitsorgans ergibt sich aus der einschlägigen Bedienungsanleitung. Zusätzlich zu den Bestimmungen des WaffGG besteht für den Beamten die Verpflichtung zum sachgemäßen, der Bedienungsanleitung entsprechenden, Waffengebrauch. Dies muss vor dem Hintergrund abgeleitet werden, dass im WaffGG nur die Voraussetzungen für den Einsatz von Waffen, nicht aber die Art und Weise des Gebrauches derselben geregelt sind. Die infolge einer unsachgemäßen Handhabung der Dienstwaffe bewirkte Abgabe eines Schusses bildet einen tauglichen Beschwerdegrund, um eine Maßnahmenbeschwerde iSd Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG beim UVS einzubringen<sup>442</sup>. Es liegt zwar möglicherweise auch in diesem Fall kein

---

<sup>441</sup> Erfolgt die Schussabgabe beispielsweise während eines Inspektionsganges des Polizeibeamten, liegt ein Handeln im Bereich der Hoheitsverwaltung vor und rechtfertigt eine Maßnahmenbeschwerde; vgl dazu etwa OGH 11.01.1984, 1 Ob 44/83.

<sup>442</sup> UVS Oberösterreich 1.5.2000, VwSen-420271/14/Gf/Km.

Willensakt des Beamten vor, er begeht aber durch die unsachgemäße Bedienung der Waffe einen Dienstverstoß<sup>443</sup>, welcher eindeutig der Sphäre des Beamten und damit der Behörde zuzurechnen ist.

Damit ein der Behörde zurechenbarer Zwangsakt und somit ein AuvBZ vorliegt, muss ein Akt eines Verwaltungsorgans vorliegen. Dies bedeutet, dass das einschreitende Organ mit dem Willen handelt einen gewissen Erfolg herbeizuführen, unabhängig davon, ob die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte. Im Zusammenhang mit dem polizeilichen Schusswaffengebrauch muss die Überprüfbarkeit durch den UVS sowohl bei einer gewollten Schussabgabe als auch bei einer unwillkürlichen Schussabgabe durch unsachgemäße Handhabung gewährleistet sein.

## **7. Einige Beispiele aus der Judikatur des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes**

### **7.1. VwGH 28.6.1995, 94/01/0741**

Im Zuge einer Verfolgung des Beschwerdeführers wegen des Verdachtes des versuchten Einbruchdiebstahles und Sachbeschädigung an mehreren Kfz wurden zwei Warnschüsse abgegeben. Ein dritter Schuss löste sich ungezielt, nachdem der verfolgende Polizeibeamte zu Sturz kam und verletzte dadurch den Beschwerdeführer.

Der Rechtssatz dieses VwGH-Erkenntnisses führt aus, dass die unwillkürliche Abgabe eines Schusses nicht vom Willen des betreffenden Polizeibeamten umfasst ist, und daher nicht ein der im Verfahren vor dem UVS belangten Behörde zurechenbares Handeln darstellt, dem normativen Charakter zukäme. Ein AuvBZ liegt nur dann vor, wenn es keines dazwischen geschalteten weiteren Handels mehr bedarf, um den behördlich gewollten Zustand herzustellen.

Folgt man nun der Rechtsansicht des VwGH liegt kein AuvBZ vor, welcher Bestandteil einer Maßnahmenbeschwerde vor dem UVS sein

---

<sup>443</sup> Vgl auch § 1 RLV.

könnte. Die Anwendbarkeit des AHG wäre dem entsprechend auch nicht möglich.

Der VfGH dagegen hält in seiner Judikatur fest, dass die Amtshandlung, in deren Zuge der Schuss fällt, als Einheit zu werten ist, sodass es für die Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde nicht darauf ankommt, ob die Schussabgabe vom Beamten gewollt war oder nicht<sup>444</sup>.

Die Differenzierung, ob noch ein einheitlicher Polizeiakt vorliegt oder nicht, ist mitunter schwierig, weil in Stresssituationen – wie etwa beim Sturz des Beamten – Unglückfälle eintreten können und dabei die Trennlinien nicht leicht abgrenzbar sind.

Gleichzeit muss betont werden, dass Schusswaffengebräuche ein enormes Sicherheitsrisiko bedeuten und die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht geschmälert werden dürfen. Aus der Sicht des Rechtsunterworfenen muss daher jede Schussabgabe eines Polizisten überprüfbar sein.

## **7.2. VfGH 10.12.1997, B 4127/96 (VfSlg 15.046) – „Treibjagdfall“**

Im sogenannten Treibjagdfall flüchtete der rumänische Beschwerdeführer, um einer fremdenpolizeilichen und passrechtlichen Kontrolle durch näher kommende Gendarmeriebeamte zu entkommen. Zehn Beamte folgten ihm, und gaben ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 WaffGG mehrere Schüsse ab, wobei dadurch der Beschwerdeführer einen Bauchdurchschuss<sup>445</sup> erlitt. Der zuständige UVS NÖ argumentiert die Rechtmäßigkeit des Schusswaffengebrauches dergestalt, dass das Vorgehen der Exekutivbeamten spontan und planlos verlaufen sei. Die bei der Verfolgung des Betroffenen abgegebenen Schüsse seien lediglich als Signalschuss zu werten, um die

---

<sup>444</sup> VfSlg 17.046; siehe auch *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 109f.

<sup>445</sup> Er erlitt einen Einschuss in die rechten Hüfte und einen Ausschuss am rechten Oberbauch.

Unterstützung der in der Nähe befindlichen Beamten zu sichern<sup>446</sup>. Der Beschwerdeführer sei lediglich von einem Geller getroffen worden.

Der VfGH hat dazu erwogen, dass unter Berücksichtigung aller Umstände der Schusswaffengebrauch durch das WaffGG nicht gedeckt war. Dieser offensichtlich nicht Maß haltende und unverhältnismäßige Einsatz stellt eine Verletzung des Beschwerdeführers in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten dar.

Die Abgabe von Signalschüssen ist auf den unumgänglich notwendigen Bedarf zu beschränken, wobei jedenfalls eine Gefährdung von Personen nicht zu erwarten sein darf. Aufgrund der Tatsache, dass ein Mensch direkt getroffen wurde kann schon begrifflich gar kein Signalschuss vorliegen, sondern ein rechtlich durch das WaffGG nicht gedeckter Wirkungsschuss.

Gerade im Hinblick auf die Abgabe eines Signalschusses muss der Polizeibeamte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Gefährdung von Personen ausschließen können. Anderenfalls darf er von seiner Dienstwaffe keinen Signalschuss abgeben.

Im vorliegenden Fall wurden die Schüsse in Richtung der betroffenen Person abgegeben, obwohl die Voraussetzungen eines lebensgefährdenden Waffengebrauches iSd § 7 WaffGG gar nicht vorlagen. Daraus resultierend ist festzustellen, dass dieser Waffengebrauch ein der Behörde zurechenbarer rechtswidriger Akt war und der Betroffene das Recht hat den erlittenen Schaden nach den Bestimmungen des AHG einzuklagen.

### **7.3. VwGH 28.1.1998, 96/01/0640**

Der VwGH hatte im gegenständlichen Fall die Frage zu klären, ob und wann ein lebensgefährdender Schusswaffengebrauch gerechtfertigt ist.

Als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines lebensgefährdenden Waffengebrauches gilt es - außer im Notwehrfall – den bevorstehenden

---

<sup>446</sup> UVS NÖ, 1.3.1994, Senat-B-92/009.

Waffengebrauch ausdrücklich, zeitlich unmittelbar vorangehend und deutlich wahrnehmbar anzudrohen (Warnschuss)<sup>447</sup>. Eine Notwehrsituation bestand im hier vorliegenden Fall für den Gendarmeriebeamten schon deshalb nicht, weil er sich durch einen Sprung zur Seite davor retten konnte, vom Beschwerdeführer überfahren zu werden, und das Abgeben von Schüssen daher nicht zu seiner Verteidigung notwendig war.

Die Ankündigung des Beamten von der Waffe Gebrauch zu machen stellt in diesem Zusammenhang mangels Vorliegens der Voraussetzungen gemäß § 7 WaffGG zu dieser Zeit keine gesetzmäßige Androhung eines lebensgefährlichen Waffengebrauches dar. Allenfalls wäre ein Waffengebrauch nach § 7 Z 3 WaffGG im Hinblick auf den Widerstand gegen die Staatsgewalt iSd § 269 StGB<sup>448</sup> möglich gewesen. Der VwGH führte diesbezüglich aus, dass ein solcher Schusswaffengebrauch nur dann gerechtfertigt wäre, wenn es nicht möglich und zielführend gewesen wäre den flüchtenden Beschwerdeführer etwa mit einem Kraftfahrzeug zu verfolgen. Diese Ausfassung ist mE deshalb verfehlt, weil es unabhängig davon, ob ein sofort einsatzbereites Dienstfahrzeug bereit gestanden wäre oder nicht, es dem Beamten durchaus möglich gewesen wäre, gelindere Mittel iSd § 4 WaffGG in Erwägung ziehen. Zu denken sei dabei an die Errichtung von Straßensperren oder Nagelbändern, welche via Funk kommuniziert hätte werden können.

Auch in diesem Fall kommt das AHG zur Anwendung.

---

<sup>447</sup> Im Zuge einer Verkehrskontrolle wurde der Beschwerdeführer von zwei Gendarmeriebeamten angehalten, wobei er ersuchte seinen PKW am vis a vis gelegenen Parkplatz abstellen zu dürfen. Die Beamten stimmten dem nicht zu und wiesen ihn darauf an, sein Fahrzeug rechts abzustellen. Für den Fall eines Davonfahrens kündigten sie ihm an, dass sie von der Waffe Gebrauch machen würden. Dies aufgrund eines einige Tage zuvor sich ereignenden Vorfalles. Der Beschwerdeführer stieg daraufhin in seinen PKW und fuhr - energisch Gas gebend - auf einen Beamten zu, welcher drei Schüsse auf das Fahrzeug des Beschwerdeführers abgab, um den Lenker zum Anhalten zu veranlassen und zur Seite sprang, um nicht niedergefahren zu werden. Dabei wurde die Radnabe (rechts vorne), die rechte Türkante und die Stoßstange (rechts hinten) des PKW des Beschwerdeführers getroffen und beschädigt. Er flüchtete in weiterer Folge in rasender Fahrt Richtung Muhr.

<sup>448</sup> § 269 StGB ist mit einer mehr als einjährigen Strafe bedroht, die nur vorsätzlich begangen werden kann.

## 8. Kritik und Lösungsvorschläge

### 8.1. WaffGG

Die gesetzlichen Bestimmungen über den Schusswaffengebrauch wirken auf den ersten Blick klar, eindeutig und systematisch. Sowohl beim mindergefährlichen Waffengebrauch nach § 2 WaffGG als auch beim lebensgefährlichen Waffengebrauch nach § 7 WaffGG sind die rechtlichen Bedingungen, die zur Anwendung dieser Maßnahmen ermächtigen, im Gesetz taxativ aufgezählt. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit lässt aber das WaffGG eine entsprechende Regelung, wie sie etwa im SPG<sup>449</sup> verankert ist, vermissen. Der Gesetzgeber hat zwar relativ verständlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im WaffGG entsprochen und einen Waffengebrauch erst dann als zulässig erachtet, wenn alternative und weniger gefährliche Methoden oder Maßnahmen nicht fruchten oder sonst ungeeignet erscheinen<sup>450</sup>. Ein eigener Paragraph wurde dafür jedoch im WaffGG nicht geschaffen. Die §§ 4, 5 und 6 WaffGG tragen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immerhin Rechnung, obwohl dieser dann aber nicht explizit erwähnt wird. Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang, ob eine ausdrückliche Verankerung im WaffGG überhaupt notwendig ist, oder ob die §§ 4, 5, und 6 WaffGG als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips ausreichend sind.

ME wäre es durchaus sinnvoll auch im WaffGG eine analoge Bestimmung, wie sie § 29 SPG vorsieht, aufzunehmen. Immerhin ist das WaffGG die einzige rechtliche Grundlage für den Einsatz von Waffen im Rahmen der polizeilichen Zwangsbefugnisse und die Wichtigkeit der Beachtung der Verhältnismäßigkeit einer bestimmten Maßnahme iSd WaffGG könnte dadurch wesentlich mehr Beachtung finden.

Ein weiterer kritischer Blick auf die verschiedenen Regelungen im Waffengebrauchsgesetz zeigt, dass aus den Normierungen im WaffGG

---

<sup>449</sup> Vgl § 29 SPG.

<sup>450</sup> Vgl §§ 4ff WaffGG.

sowohl Ermächtigungen als auch Verpflichtungen abzuleiten sind und diese auch noch untereinander unterschiedlich verknüpft sind. Die taxative Aufzählung der Anwendungsmöglichkeiten eines mindergefährlichen Waffengebrauchs iSd § 2 WaffGG schließt eine Erweiterung des Kataloges zunächst aus. Trotzdem enthält dieser Paragraf einen klaren Ermessensspielraum, denn die Polizisten „dürfen“ expressis verbis von den Dienstwaffen Gebrauch machen. Dieses „Dürfen“ kann klarerweise in letzter Konsequenz immer nur vom Beamten selbst entschieden werden.

Diese „Kann-Bestimmung“ spiegelt auch den erwähnten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wieder, da der einschreitende Polizist schließlich immer selbst entscheidet, ob eine Situation gemäß den im § 2 WaffGG angeführten Ziffern 1 bis 5 vorliegt oder nicht. Diese vielfach in Sekunden zu treffende Entscheidung, ob etwa Notwehr vorliegt oder nicht, bzw. ob der Beamte nicht bereits eine rechtswidrigen Notwehrüberschreitung setzt, liegt bei zeitlich akuten und raschen Polizeiaktionen sehr dicht zusammen. Der Entscheidungsdruck wird unmittelbar beim handelnden Organ selbst aufgebaut. Der Beamte muss dann unter Abwägung aller vorhandenen Pro- und Contra-Argumente seinen Entschluss fassen, inwieweit er zur Dienstwaffe greift und diese gegebenenfalls verwendet. In solchen Augenblicken werden vom besonders geschulten Exekutivorgan in sehr kurzen Zeiteinheiten „ad hoc“-Entscheidungen abverlangt, worüber dann Behörden und Gerichte im Nachfeld deren Rechtmäßigkeit prüfen und feststellen, wobei diese dafür ausreichend Zeit haben. Eben solche „Kann-Bestimmungen“ beschreiben auch die §§ 5, 6 und 9 WaffGG.

Demgegenüber handelt es sich beim lebensgefährdenden Waffengebrauch nach §§ 7 und 8 WaffGG um so genannte „Muss-Bestimmungen“. Ein Waffengebrauch ist nur dann zulässig, wenn ungefährliche oder weniger gefährliche Maßnahmen ungeeignet scheinen oder sich als wirkungslos erwiesen haben. Die beiden zuletzt angeführten Eigenschaften setzen einen Prüfungsvorgang voraus, der im Vorfeld eines möglichen Waffengebrauches durchzuführen ist. Der

lebensgefährdende Schusswaffengebrauch ist nur entsprechend den aufgezählten Fällen zulässig und muss darüber hinaus grundsätzlich angedroht werden.

ME sollte auch der lebensgefährdende Waffengebrauch so formuliert werden, dass die bezeichneten Exekutivorgane einen lebensgefährlichen Waffengebrauch gegen Menschen machen dürfen, wenn eine der beschriebenen Situationen des § 7 Z 1 bis 4 WaffGG vorliegt.

Im WaffGG selbst wäre legislatisch die Verknüpfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit den einzelnen Gebrauchsmöglichkeiten denkbar und zwar in der Form, dass zuerst die Möglichkeit einer ungefährlichen Maßnahme geprüft werden muss, danach alternative weniger gefährliche Handlungen in Erwägung gezogen werden müssen und erst als „ultima ratio“ überhaupt ein Waffengebrauch stattfinden darf. Eine Abänderung des Aufbaues im WaffGG sollte deshalb angedacht werden. Zunächst könnte eine Auflistung der Dienstwaffen aus heutiger Sicht normiert werden, dann die Normierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und darauf folgend die Aufzählung der Möglichkeiten je nach Intensität des Eingriffes und zwar stets als „Kann-Bestimmungen“. Ein verpflichteter Waffengebrauch ist aus meiner Sicht abzulehnen.

## **8.2. SPG**

Seit der Einführung des Sicherheitspolizeigesetzes kamen noch weitere Bestimmungen dazu, die für die Zulässigkeitsprüfung eines Schusswaffengebrauches relevant sind. Trotz der pauschal verweisenden Norm des § 50 Abs 3 SPG regelt das SPG einerseits Verpflichtungen und andererseits Ermächtigungen, die im Zusammenhang mit dem WaffGG mE nicht ausreichend klar normiert sind und zu rechtlichen Unsicherheiten führen können.

Die gesetzliche Verpflichtung iSd § 21 Abs 2 SPG „.....haben gefährlichen Angriffen unverzüglich ein Ende zu setzen...“ iVm § 50 Abs 3 SPG relativiert möglicherweise die Bestimmungen des WaffGG insoweit, als

die Position vertreten werden kann, dass in manchen Fällen ein Schusswaffengebrauch zur Abwehr gefährlicher Angriffe verpflichtend sein könnte<sup>451</sup>. Verfolgt man diesen Gedanken weiter, bedeutet dies aber, dass der Entscheidungsspielraum des Beamten rechtlich nicht mehr vorhanden ist, weil er einen Waffengebrauch unmittelbar durchführen muss. Diese Interpretation ist mE verfehlt, da ein verpflichteter Schusswaffengebrauch jedenfalls im Widerspruch mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht, und dieser Grundsatz ist im § 29 SPG explizit angeführt. Oberste Prämisse muss sein, dass bei allen Einschreitungsermächtigung des SPG und allenfalls damit verbundene Maßnahmen nach dem WaffGG für den handelnden Beamten immer die Möglichkeit offen gelassen wird, gelindere oder weniger gefährliche Mittel anzuwenden.

Wenn es um die Beendigung von gefährlichen Angriffen geht, sind die Inhalte der §§ 21 Abs 2 und 33 SPG nicht im erforderlichen Maße abgestimmt. Während § 21 Abs 2 SPG von einer Verpflichtung ausgeht, wonach die Sicherheitsbehörden einen gefährlichen Angriff unverzüglich ein Ende zu setzen haben, spricht § 33 SPG<sup>452</sup> von einer Ermächtigung. Wie soll der einschreitende Polizist nun vorgehen? Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang nun, wie kann ein gefährlicher Angriff verpflichtend beenden werden, wenn der betetroffene Polizist zeitgleich bloß eine Ermächtigung für die Anwendung von Zwangsbefugnissen hat. Die Verpflichtung zur Beendigung von gefährlichen Angriffen gemäß § 21 Abs 2 SPG kann mE nur soweit gesehen werden, als diese mit möglichen Zwangsmaßnahmen erreicht werden kann. Der einschreitende Beamte hat die Möglichkeit Zwangsmaßnahmen anzuwenden. Ein Anwendungszwang darf daraus aber nicht abgeleitet werden.

---

<sup>451</sup> Vgl §§ 16 Abs 2, 21 Abs 2, 50 Abs 3 iVm § 7 Z 1 WaffGG im Falle der Notwehr.

<sup>452</sup> § 33 SPG lautet: Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, einem Angriff durch Ausübung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ein Ende zu setzen.

Um hier eine Verbesserung in der Einheitlichkeit und Rechtssicherheit zu finden, wäre es *mE de lege ferenda* sinnvoll, dass manche Normen im WaffGG und im SPG sowie der RLV<sup>453</sup> zu überdenken sind.

§ 33 SPG könnte ersatzlos gestrichen und § 21 Abs 2 SPG entsprechend ergänzt werden, dass einerseits die Beendigung von gefährlichen Angriffen Aufgabe der Sicherheitsbehörden ist und andererseits die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes bei der Gefahrenabwehr eine Ermächtigung zur Anwendung von Zwangsbefugnissen haben. Damit ist die Abwehr von gefährlichen Angriffen in einer Bestimmung geregelt und für die Exekutivbeamten eindeutig ersichtlich, dass es sich dabei um eine Ermächtigungsnorm handelt und die Letztentscheidung über die Anwendung eines Zwangsmittels und auch die Verantwortung darüber stets beim Exekutivbeamten selbst liegt.

Nicht eindeutig ist eine Bestimmung im § 50 SPG, dessen Abs 2 eine Verpflichtung zur Ankündigung einer Zwangsmaßnahme vorsieht, wobei bei Notwehrfällen und bei der Beendigung von gefährlichen Angriffen von der Ankündigung abgesehen werden kann. Vergleicht man § 50 Abs 2 SPG in Bezug auf eine parallele Regelung im WaffGG, so fällt dabei auf, dass nach § 8 Abs 3 WaffGG eine Ankündigung nur im Falle gerechter Notwehr gerechtfertigt ist. Die Regelung des § 50 Abs 2 SPG ist hier viel weiter gefasst als § 8 Abs 3 WaffGG, zumal die Androhung und Ankündigung von Zwangsmaßnahmen nicht nur im Falle der Notwehr unterbleiben darf, sondern auch bei der Beendigung gefährlicher Angriffe sofern es unerlässlich erscheint. Eine Angleichung der extensiven Regelung im SPG an jene des WaffGG steht jedenfalls im Raum, da andernfalls ein erhöhtes Risiko besteht, dass nur mehr in Ausnahmefällen die Anwendung von unmittelbarer Zwangsgewalt durch die einschreitenden Organe angedroht wird. Eine solche Entwicklung

---

<sup>453</sup> Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erlassen werden (Richtlinien-Verordnung, BGBl Nr 266/1993). Diese DurchführungsVO gründet sich auf § 31 SPG.

würde aber den Rechtsschutz, welchen der Gesetzgeber hier vorgesehen hat, schmälern.

Der Verweis auf die Bestimmungen des WaffGG im § 50 Abs 3 SPG<sup>454</sup> kann mE ebenfalls ersatzlos gestrichen werden, da § 1 WaffGG<sup>455</sup> seinen Anwendungsbereich klar definiert und ein zusätzlicher Verweis eigentlich unnötig ist. In den Gesetzesmaterialien<sup>456</sup> wird als Grund für die vorgenommene Rezeption des WaffGG angeführt, dass mit der Einführung der Befugnis zur Beendigung gefährlicher Angriffe gleichzeitig auch eine Befugnis zum Waffengebrauch eröffnet wurde. Diese Argumentation führt aber mE ins Leere, weil das WaffGG auch ohne den Verweis im § 50 Abs 3 SPG für jeden Waffengebrauch Anwendung findet.

### 8.3. RLV

Novelliert werden sollte auch § 7 Abs 1 RLV<sup>457</sup>, da auch hier im Vergleich mit § 8 Abs 2 WaffGG eine gewisse Unschärfe vorhanden ist. Zweifellos ist ein lebensgefährdender Waffengebrauch unter die Ausübung von Zwangsgewalt iSd § 7 Abs 1 RLV zu subsumieren. Ein lebensgefährdender Waffengebrauch darf Unbeteiligte gemäß § 8 Abs 2 WaffGG ex-ante betrachtet grundsätzlich aber nicht gefährden. Andererseits müssen nach § 7 Abs 1 RLV, wenn im Zuge eines Einsatzes von Zwangsmaßnahmen zu befürchten ist, dass Unbeteiligte gefährdet werden, diese davon in Kenntnis gesetzt werden. Die RLV geht offensichtlich von einer absehbaren Gefährdung von unbeteiligten Personen aus. Ein Segment des Schusswaffengebrauches, nämlich beim lebensgefährdenden Waffengebrauch, dürfen Unbeteiligte nicht gefährdet werden. Die

---

<sup>454</sup> § 50 Abs 3 SPG lautet: Für die Anwendung von unmittelbarer Zwangsgewalt gegen Menschen gelten die Bestimmungen des Waffengebrauchsgesetzes 1969.

<sup>455</sup> § 1 WaffGG lautet: Dieses Bundesgesetz regelt den Waffengebrauch im Rahmen der polizeilichen Zwangsbefugnisse.

<sup>456</sup> Vgl EBRV 148 BlgNR 18. GP.

<sup>457</sup> § 7 Abs 1 RLV lautet: Wenn absehbar ist, dass es im Zuge einer Amtshandlung zur Ausübung verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt kommen wird, und zu befürchten ist, dass dadurch Unbeteiligte gefährdet werden, haben die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes diese davon in Kenntnis zu setzen, es sei denn, die Mitteilung würde die Erfüllung der Aufgabe gefährden.

Vorgaben der RLV für das Einschreiten der Sicherheitsorgane sind dementsprechend auch für die Zwangsmaßnahmen des WaffGG anzuwenden, sodass die unterschiedlichen Formulierungen im WaffGG und der RLV nicht korrelieren.

Abschließend sei noch erwähnt, dass der Erlass des BMI über den polizeilichen Waffengebrauch wie schon oben erwähnt hinsichtlich neuer im Einsatz befindlicher Waffen neu gefasst werden sollte. Da polizeiliche Zwangsmaßnahmen idR WaffGG stets auch gravierende Eingriffe in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte darstellen, ist die Schaffung eines Maßnahmenkataloges überlegenswert.

## **B. Die Festnahme**

### **1. Allgemeines und Abgrenzung**

Jede Festnahme stellt einen Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit dar. Der Betroffene kann sein Selbstbestimmungsrecht in diesem Bereich nicht mehr voll ausüben, daher bedarf es gesetzlicher Normen, um diese Zwangsmaßnahme zu ermöglichen.

Der folgende Abschnitt widmet sich ausschließlich der Festnahme von Personen durch die Kriminalpolizei<sup>458</sup> aus eigener Macht aufgrund der Bestimmungen der StPO<sup>459</sup> sowie der Festnahme durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Zuge polizeilicher Amtshandlungen nach dem VStG<sup>460</sup>.

Festnahmen durch das selbständige Einschreiten der Polizeibeamten nach der StPO und dem VStG stellen ebenfalls AuvBZ dar. Vor dem Hintergrund der herrschenden Rechtslage wird die Ermächtigung zum Freiheitsentzug durch Beamte der Bundespolizei sowie der Rechtsschutzmöglichkeiten auf innerstaatlicher und europäischer Ebene untersucht.

Nicht behandelt werden in diesem Abschnitt die Festnahmeermächtigungen der Eisenbahnaufsichtsorgane, der Forstschutzorgane und der militärischen Organe im Wachdienst sowie Festnahmen nach dem Asylgesetz, Heeresdisziplingesetz, dem Fremdenpolizeigesetz, dem Unterbringungsrecht oder dem Finanzstrafgesetz<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> Definition siehe Kapitel II.B.5.3.1.

<sup>459</sup> Vgl § 171 Abs 2 StPO.

<sup>460</sup> Vgl § 35 VStG.

<sup>461</sup> Vgl dazu § 30 Abs 3 Eisenbahngesetz 1957, § 112 Forstgesetz 1975, § 47 Asylgesetz 2005, § 11 Militärbefugnisgesetz 2000, § 43 Heeresdisziplingesetz 2002, § 39 Fremdenpolizeigesetz 2005, § 9 Unterbringungsgesetz 1990 und §§ 85 Finanzstrafgesetz 1958.

Das „Anhalterecht“ Privater, die Festnahme aufgrund gerichtlicher Bewilligung<sup>462</sup>, das Festnahmerecht in speziellen Sonderfällen<sup>463</sup> und die Festnahme aufgrund eines europäischen Haftbefehles<sup>464</sup> sollen im Zuge dieser Arbeit ebenfalls nicht besprochen werden<sup>465</sup>.

## **2. Begriffsbestimmungen**

### **2.1. Legaldefinition**

Eine Festnahme ist eine aufgrund rechtlicher Grundlage erlaubte Maßnahme gegen eine Person, die eine Freiheitsbeschränkung für einen gewissen Zeitraum<sup>466</sup> zur Folge hat.

### **2.2. Allgemeiner Sprachgebrauch**

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter einer Festnahme die zeitlich beschränkte Freiheitseinziehung verstanden, die Ortsveränderungen entweder überhaupt nicht zulassen oder auf bestimmte Örtlichkeiten einschränken<sup>467</sup>. Die gesetzte Maßnahme kann mit oder ohne Anwendung von Zwangsbefugnissen erfolgen und darf nur unter bestimmten Voraussetzungen von einem bestimmten Personenkreis vorgenommen werden.

Jedoch werden nicht alle gesetzten Freiheitsbeschränkungen vom Begriff „Festnahme“ umfasst. Etwa erfahren Fahrzeuglenker bei Verkehrskontrollen genauso eine Beschränkung ihrer Mobilität und sind für einen gewissen – meist nur wenige Minuten dauernden – Zeitraum „festgehalten“. Ebenso gibt es weitere besondere polizeiliche Befugnisse<sup>468</sup> die eine momentane Duldung einer unfreiwilligen

---

<sup>462</sup> Vgl § 171 Abs 1 StPO.

<sup>463</sup> Vgl § 23 SeeschiffahrtsG 1981, § 125 LuftfahrtG 1957.

<sup>464</sup> Vgl § 2 EU-JZG, BGBl I 36/2004.

<sup>465</sup> Vgl § 80 Abs 2 StPO und § 171 Abs 2 StPO.

<sup>466</sup> 48 Stunden nach § 172 Abs 1 und 3 StPO bzw 24 Stunden nach § 36 Abs 1 VStG.

<sup>467</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Maßnahmenbeschwerde (2006) 126f.

<sup>468</sup> ZB Auskunftsverlangen nach § 34 SPG, Identitätsfeststellung nach § 35 SPG, niederschriftliche Einvernahmen, Überprüfung der Fahrzeugdokumente, Vornahme einer Atemalkoholuntersuchung oder eines Drogentests etc.

Anhaltung bzw ein freiwilliges Verharren während einer Amtshandlung des Betroffenen erforderlich machen<sup>469</sup>. In solchen Fällen spricht man nicht von Festnahme, sondern von so genannten „sekundären“ Freiheitsentziehungen<sup>470</sup>. Obwohl bei einigen Amtshandlungen die Anwesenheit des Betroffenen mehr oder weniger notwendig ist, sollte der Terminus „Freiheitsentziehung“ in diesem Zusammenhang eher vermieden werden<sup>471</sup>. Es könnte nämlich der Eindruck entstehen, dass diese faktische Begleiterscheinung zum Beschwerdegrund gemacht werden kann. ME sollte deshalb bloß von einer Anhaltung im Rahmen einer polizeilichen Amtshandlung gesprochen werden. Fühlt sich der Betroffene zu Unrecht angehalten wird im Zuge einer Maßnahmenbeschwerde ohnehin die gesamte Amtshandlung und deren Rechtmäßigkeit zu prüfen sein.

### 2.3. Exkurs: Präventivhaft

Wenn über polizeiliche Zwangsmaßnahmen diskutiert wird, stellt sich auch immer wieder die politisch zuletzt oft diskutierte Frage, ob auch eine Präventivhaft<sup>472</sup> in gewissen Fällen möglich sein soll oder nicht. Soll etwa das vorsorgliche Einsperren von Fußballhooligans oder anderer potentiell als gefährlich eingestufte Gruppierungen möglich werden, obwohl diese noch gar keinen strafrechtlichen oder verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestand gesetzt haben? Unbestritten ist, dass eine Präventivhaft mit dem österreichischen Verfassungsrecht in der jetzigen Form nicht vereinbar ist. Art 2 PersFrG zählt taxativ alle Fälle auf, in denen ein Freiheitsentzug möglich ist. Im Hinblick darauf muss

---

<sup>469</sup> VfSlg 10.317.

<sup>470</sup> Vgl etwa *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 152f.

<sup>471</sup> Etwa haben die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 12 Grenzkontrollgesetz (GrekoG), BGBl Nr 435/1996, umfangreiche Rechte, die ebenfalls direkt in die Bewegungsfreiheit von Personen eingreifen und trotzdem nicht als Festnahme zu werten sind (zB Identitätskontrollen, Fahrzeug- und Gepäckkontrollen). Die Anwendung kann mittels unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt iSd § 50 Abs 2 und 3 SPG durchgesetzt werden.

<sup>472</sup> Vgl „Die Presse“, Präventivhaft ist mit der Verfassung nicht vereinbar, Rechtspanorama vom 22.5.2007; siehe auch *Besenböck/Hester*, Die RichterInnenwoche 2007, RZ 2007, 223.

zumindest der Verdacht der Begehung einer strafbaren Handlung vorliegen, sodass die bloße Gefahr eine solche begehen zu können nicht ausreicht, um Personen festzunehmen. Ebenso muss nach Art 5 EMRK ein hinreichender Tatverdacht vorliegen. Angemerkt wird an dieser Stelle, dass im SPG<sup>473</sup> präventive Maßnahmen im Rahmen von Sportgroßveranstaltungen ohnehin eingefügt wurden. § 49c SPG schafft die Möglichkeit für die Sicherheitsbehörden gewisse gewaltbereite Personen im Vorfeld bescheidmäßig aufzufordern sich einer persönlichen Belehrung über rechtskonformes Verhalten zu unterziehen. Sollte der Bescheidadressat diese Auflage unbegründet nicht erfüllen, kann er zwangsweise vorgeführt werden<sup>474</sup>.

Ob diese einfachgesetzliche Regelung einer verfassungsmäßigen Prüfung standhält ist fraglich. ME ist diese präventive Maßnahme, die auch einen Freiheitsentzug nach sich zieht, nicht verfassungskonform. Schließlich kann eine Vorführung und damit ein Eingriff in das persönliche Recht auf Freiheit angeordnet werden, obwohl der Betroffene – auch wenn dieser als gewalttätig amtsbekannt ist – noch keine strafbare Handlung gesetzt hat. Diesbezüglich wäre ein Ausnahmetatbestand im PersFrG notwendig gewesen, um Verfassungskonformität zu erreichen.

### **3. Grundrechtliche Grundlagen**

#### **3.1. Allgemeines**

Der Schutz der persönlichen Freiheit wurde bereits im Gesetz vom 27. Oktober 1862 zum Schutze der persönlichen Freiheit<sup>475</sup> verankert<sup>476</sup>, sodann als Bestandteil in das Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember

---

<sup>473</sup> IdFd BGBl I Nr 113/2007.

<sup>474</sup> Vgl § 49c Abs 3 SPG.

<sup>475</sup> RGBl Nr 87/1862.

<sup>476</sup> Bereits damals ermächtigte dessen § 4 die Festnahme (Anhaltung) durch Organe der öffentlichen Gewalt aus eigener Macht.

1867<sup>477</sup> aufgenommen<sup>478</sup> und schließlich gemäß Art 149 Abs 1 B-VG als Verfassungsgesetz in Geltung gesetzt. Auch Art 63 Abs 1 StV von Saint-Germain-en-Laye<sup>479</sup> vom 10. September 1919 normiert, dass Österreich sich verpflichtet, allen Einwohnern vollen und ganzen Schutz von Leben und Freiheit zu gewähren<sup>480</sup>.

Durch das In-Kraft-Treten des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG)<sup>481</sup> am 1. Jänner 1991 wurde Art 8 StGG, das Gesetz vom 27. Oktober 1862 und deren Erwähnung in Art 149 Abs 1 B-VG aufgehoben<sup>482</sup>.

Art 5 EMRK erhält ebenfalls entsprechende Regelungen zum Schutz der Freiheit. Diese Bestimmung gilt parallel weiter zum PersFrG<sup>483</sup>.

Der Schutz der persönlichen Freiheit wird im Bereich der strafgerichtlichen Verfolgung durch das Grundrechtsbeschwerdegesetz (GRBG)<sup>484</sup> gewährleistet.

### **3.2. Schutzbereich des BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit**

Gemäß Art 1 Abs 1 PersFrG hat jedermann das Recht auf Freiheit und Sicherheit (persönliche Freiheit). Der Schutzbereich dieser Bestimmung erstreckt sich auf willkürliche und gesetzwidrige Entziehungen der

---

<sup>477</sup> RGBI Nr 142/1867.

<sup>478</sup> Die Freiheit der Person ist gewährleistet (Art 8 StGG); *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Vorbem PersFrG Rz 2.

<sup>479</sup> StGBI Nr 303/1920.

<sup>480</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Vorbem PersFrG Rz 3.

<sup>481</sup> BGBl Nr 684/1988.

<sup>482</sup> Vgl Art 8 Abs 2 PersFrG.

<sup>483</sup> Vgl Art 8 Abs 3 PerBVG; siehe auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1403; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 332ff; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 390ff; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Vorbem PersFrG Rz 4.

<sup>484</sup> BGBl Nr 864/1992.

körperlichen Bewegungsfreiheit. Darunter versteht man die Anhaltung, Festnahme oder Strafhaft von physischen Personen<sup>485</sup>.

Aus Art 1 Abs 2 PersFrG folgt, dass jede Freiheitsentziehung sowohl materiell als auch formell gesetzmäßig sein muss. Daraus ist weiter abzuleiten, dass die Eingriffe in die persönliche Freiheit verfassungsrechtlich determiniert sein müssen<sup>486</sup>.

Dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht gilt aber nicht absolut, sondern es wurden vom Gesetzgeber Eingriffsmöglichkeiten vorgesehen, damit ua die Sicherheitsorgane im Rahmen ihrer polizeilichen Tätigkeiten freiheitsentziehende Zwangsmaßnahmen anwenden dürfen.

Gemäß Art 1 Abs 3 PersFrG gilt bei allen Eingriffen zusätzlich zur Bindung an den Eingriffskatalog<sup>487</sup> des Art 2 PersFrG das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dh jeder polizeiliche Freiheitsentzug muss im Einzelfall dahingehend geprüft werden, ob unter Berücksichtigung der konkreten Umstände der Eingriff in die persönliche Freiheit zweckmäßig war, oder ob nicht etwa gelindere Mittel ausgereicht hätten<sup>488</sup>.

Die persönliche Freiheit darf einem Menschen nur in den gemäß Art 2 Abs 1 PersFrG taxativ<sup>489</sup> festgelegten Gründen entzogen werden. Im Zusammenhang mit der polizeilichen Tätigkeit im Rahmen der

---

<sup>485</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1404; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 125f; siehe auch *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 274; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 1 PersFrG Rz 20.

<sup>486</sup> Vgl OGH 28.4.2000, 1 Ob 97/00x; siehe auch *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 403; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 1 PersFrG Rz 55f.

<sup>487</sup> *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 344.

<sup>488</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 1 PersFrG Rz 65.

<sup>489</sup> Vgl dazu *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1407; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 125; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 PersFrG Rz 5.

strafgerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfolgung soll die Eingriffsmöglichkeit wegen Tatverdachts näher betrachtet werden.

Nach Art 2 Abs 1 Z 2 lit a bis c und Z 3 PersFrG ist ein Freiheitsentzug wegen des Verdachts der Begehung einer strafbaren Handlung zulässig, wobei sich die Eingriffsvarianten wie folgt darstellen lassen<sup>490</sup>:

- Freiheitsentzug bei Verdacht einer gerichtlich oder finanzbehördlich strafbaren Handlung (Art 2 Abs 1 Z 2 PersFrG)
  - zur Beendigung des Angriffes oder zur sofortigen Feststellung des Sachverhaltes (lit a)<sup>491</sup>,
  - zum Zwecke der Fluchtverhinderung oder Verhinderung der Beweismittelbeeinträchtigung (lit b)<sup>492</sup> und
  - zum Zwecke der Verhinderung der Tatwiederholung oder Tatfortsetzung (lit c)<sup>493</sup>
- Freiheitsentzug bei Verdacht einer Verwaltungsübertretung, wenn der Betroffene auf frischer Tat betreten wird und die Festnahme zur Sicherung der Strafverfolgung oder zur Verhinderung weiterer gleichartiger strafbarer Handlungen erforderlich ist (Art 2 Abs 1 Z 3 PersFrG)<sup>494</sup>.

Festzuhalten ist, dass der Katalog mit den Fällen, in denen ein Freiheitsentzug nach Art 2 Abs 1 Z 1 bis 7 PersFrG, taxativ ist<sup>495</sup>.

---

<sup>490</sup> Näheres siehe *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 325ff; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 PersFrG Rz 15.

<sup>491</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 PersFrG Rz 25ff.

<sup>492</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 PersFrG Rz 29ff.

<sup>493</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 PersFrG Rz 34ff.

<sup>494</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 PersFrG Rz 39ff.

<sup>495</sup> *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 321.

Das PersFrG normiert, dass eine Festnahme grundsätzlich nur mit begründetem richterlichem Befehl zulässig ist<sup>496</sup>. Der richterliche Haftbefehl nach der StPO alt<sup>497</sup> wurde ersetzt durch eine Festnahmeanordnung der StA aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung<sup>498</sup>. Dabei muss die StA beim Einzelrichter des Landesgerichtes einen begründeten Antrag auf Bewilligung der Festnahmeanordnung stellen und der Einzelrichter entscheidet darüber mit Beschluss. Trotz der geänderten Terminologie im neuen Haftrecht steht dieses nicht im Widerspruch zum PersFrG, denn die gerichtliche Bewilligung nach § 171 Abs 1 StPO steht jedenfalls im Einklang mit der Forderung eines richterlichen Befehls im Art 4 Abs 1 PersFrG<sup>499</sup>.

Erfolgt nun die Festnahme durch ein Organ der öffentlichen Sicherheit aus eigener Macht, so bedarf es auch einer verfassungsrechtlichen Grundlage. Dem entsprechend regelt Art 4 Abs 2 PersFrG, dass bei Gefahr im Verzug sowie in den Fällen der Angriffsbeendigung oder der sofortigen Sachverhaltsklärung, eine Person auch ohne richterlichen Befehl, dh somit aus eigener Macht, festgenommen werden darf. Auch die daran anknüpfende maximale Festnahmedauer in der Höhe von 48 Stunden<sup>500</sup> hat ihr Fundament in dieser Norm.

Art 4 Abs 5 PersFrG bestimmt, dass bei der Festnahme anlässlich des Verdachts einer Verwaltungsübertretung<sup>501</sup> die maximale Festnahmedauer 24 Stunden<sup>502</sup> nicht überschreiten darf.

---

<sup>496</sup> Art 4 Abs 1 PersFrG; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 PersFrG Rz 7f.

<sup>497</sup> Vgl § 176 Abs 1 StPO aF.

<sup>498</sup> Vgl § 171 Abs 1 StPO.

<sup>499</sup> *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 355; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 PersFrG Rz 7f.

<sup>500</sup> Im Gegensatz zu Art 5 Abs 3 EMRK (arg „unverzüglich“) ist im PersFrG die Frist präzise geregelt; vgl *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 356, Fn 511; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 PersFrG Rz 14.

<sup>501</sup> Die entsprechenden einfachgesetzlichen Regelungen finden sich in den §§ 35 f VStG.

<sup>502</sup> Zu einer verfassungswidrigen 48 Stunden Frist vgl VfSlg 12.845; siehe auch *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 358; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 PersFrG Rz 22.

Die eigenmächtige Festnahme eines Menschen im Rahmen einer polizeilichen Amtshandlung setzt daher voraus, dass einerseits eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen hat und andererseits die strengen Vorgaben des PersFrG einzuhalten sind.

Das PersFrG regelt auch den Anspruch auf Entschädigung für den Fall einer rechtswidrigen Festnahme<sup>503</sup>, wonach jedermann, der rechtswidrig festgenommen oder angehalten wurde, einen Anspruch auf volle Genugtuung einschließlich des Ersatzes nicht vermögensrechtlichen Schadens hat. Dieser Anspruch verschuldensunabhängig – genau so wie Art 5 Abs 5 EMRK – und umfasst im Sinne der übernommenen schadenersatzrechtlichen Terminologie des § 1329 ABGB einerseits den positiven Schaden einschließlich Verdienstentgang<sup>504</sup> und andererseits den entgangenen Gewinn<sup>505</sup>. Ersetzt werden aber auch die immateriellen Schäden<sup>506</sup>. Nähere Bestimmungen über die Haftentschädigung enthält das Strafrechtliche Entschädigungsgesetz<sup>507</sup>.

Keine Festnahme liegt vor, wenn eine Person freiwillig<sup>508</sup> dem Polizeibeamten folgt, wobei jede Androhung von Zwang oder Zwangsmaßnahmen die Freiwilligkeit ausschließt. Ebenso stellen kurzzeitige Anhaltungen (zB Personenkontrollen, Fahrzeugkontrollen) sowie Maßnahmen, die nicht primär auf den Freiheitsentzug gerichtet sind<sup>509</sup>, keine freiheitsentziehenden Maßnahmen dar.

---

<sup>503</sup> Art 7 PersFrG; siehe auch *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 438f; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 7 PersFrG Rz 4.

<sup>504</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 7 PersFrG Rz 14.

<sup>505</sup> *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997) 438; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 37.

<sup>506</sup> OGH 30.6.1998, 1 Ob 153/98; *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), zu Art 7 PersFrG.

<sup>507</sup> BGBl Nr 270/1969.

<sup>508</sup> Vgl VfSlg 11.816. Das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit erfasst alle unmittelbaren Freiheitsbeschränkungen, auch wenn diese nicht formell als Verhaftung verfügt worden sind. Mitkommen des Beschwerdeführers mit den Kriminalbeamten sind keine Verhaftung.

<sup>509</sup> ZB Vernehmung als Zeuge oder Beteiligter, Durchsuchung des Zollgepäckes, Blutabnahme, Identitätskontrolle; vgl auch VfSlg 10.378, 12.071; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 1 PersFrG Rz 35ff.

### 3.3. Schutzbereich des Art 3 EMRK

Art 3 EMRK schützt physische Personen vor Folter bzw erniedrigender und unmenschlicher Behandlung und Strafe. Im Zusammenhang mit der Festnahme von Personen werden regelmäßig weitere Zwangsmaßnahmen<sup>510</sup> angewendet. Hier erscheint es prüfenswert, ob und wann eine solche Maßnahme gegen Art 3 EMRK verstößt.

Die polizeiliche Zwangsmaßnahme verstößt dann gegen das Verbot einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, wenn im Zwangsakt eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung des Betroffenen zum Ausdruck kommt<sup>511</sup>. Nach der Judikatur des VfGH<sup>512</sup> kann die Fesselung im Zuge einer Festnahme gegen Art 3 EMRK verstoßen, insbesondere wenn die Maßnahme nicht notwendig oder unverhältnismäßig war. Ebenso verstößt eine Fixierung, die den Betroffenen in einen Zustand der Hilflosigkeit und Todesangst bringt, gegen Art 3 EMRK<sup>513</sup>. Da eine Fesselung mit den Händen am Rücken mit einem deutlich höheren Eingriff in die persönliche Handlungs- und Bewegungsfreiheit verbunden ist, sind die Voraussetzungen noch strenger zu beurteilen als bei der Handfesselung nach vorne zeigend<sup>514</sup>.

Fragwürdig dagegen ist, dass nach der Judikatur des VfGH<sup>515</sup> aber nicht jedes unzulässige Anlegen von Handfesseln zwingend gegen Art 3 EMRK verstößt. ME muss eine Differenzierung noch dahingehend angestellt werden, dass jedenfalls ein grundloses oder

---

<sup>510</sup> ZB die Fesselung mit Handschellen, Schließketten oder Klebebändern; Anwendung von Körperkraft (Festhalten, Niederdrücken, Zerren an den Haaren etc).

<sup>511</sup> *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 382; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 21; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1394; *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 12; siehe auch EGMR 22.9.1993, Klaas, Serie A 269, Z 23ff, EGMR 22.2.2007, Wieser, Nr 2293/03, Z 40f.

<sup>512</sup> Vgl VfSlg 10.546, 12.596, 16.384; siehe auch *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 24.

<sup>513</sup> *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 24.

<sup>514</sup> VfGH 27.9.2007, 2004/11/0152; RdM 2008/138.

<sup>515</sup> Vgl VfSlg 11.809, 13.154.

unverhältnismäßiges Anlegen von Fesselungen jeglicher Art einen Verstoß gegen Art 3 EMRK darstellen, zumal hier besonders die Missachtung der Person<sup>516</sup> zum Ausdruck kommt. Umgekehrt liegt aber mE dann kein Verstoß vor, wenn das festnehmende Polizeiorgan einen Festnahmegrund bloß fälschlicher Weise angenommen hat und die Maßnahme im Verhältnis steht. Diese irrtümliche Annahme muss jedenfalls einer objektiven ex-ante-Beurteilung standhalten.

Bei der Festnahme aus eigener Macht lässt sich eine gebotene Fesselung nicht nur vor dem Hintergrund einer leichteren Flucht argumentieren, sondern auch die Eigensicherung des Festnehmenden oder die Gefahr der Selbstgefährdung des Festgenommenen spielen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine essentielle Rolle. Daraus folgend hat das einschreitende Sicherheitsorgan prüfen, ob die Verwendung von gelindern Mitteln nicht zweckmäßiger erscheint<sup>517</sup>.

### 3.4. Schutzbereich des Art 5 EMRK

Das Recht auf Freiheit und Sicherheit gemäß Art 5 EMRK schützt den Menschen<sup>518</sup> vor willkürlichen Festnahmen und Freiheitsentziehungen durch Organe des Staates. Das Schutzgut „Freiheit“ bedeutet in diesem Zusammenhang, sich frei von einem Ort weg zu einem anderen bewegen zu können. Mit anderen Worten ausgedrückt hat ein Mensch das Recht, seinen Aufenthaltsort in räumlicher und zeitlicher Hinsicht selbst bestimmen zu können<sup>519</sup>.

---

<sup>516</sup> *Kneihls in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 12.

<sup>517</sup> Vgl etwa UVS Stmk 5.12.2005, UVS-20.3-46/05, UVS-20.3-47/05, UVS-20.3-48/05.

<sup>518</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 1 PersFrG Rz 2. Der Schutzbereich erstreckt sich ausnahmslos auf alle natürlichen Personen. Vgl EGMR 2.3.1987, Weeks, Serie A 114, Z 40; EGMR 28.11.1988, Nielsen, Serie A 144, Z 58.

<sup>519</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1403f; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 1ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 332f; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 390ff.

Analog zum PersFrG regelt auch Art 5 EMRK verschiedene Möglichkeiten der Beschränkung der persönlichen Freiheit<sup>520</sup>. Zunächst dürfen Eingriffe in die persönliche Freiheit nur aufgrund einer hinreichend präzisen gesetzlichen Ermächtigung erfolgen.

Sowohl die Festnahmebestimmungen in der StPO als auch im VStG entsprechen zweifellos dieser Voraussetzung.

Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK normieren taxativ die zulässigen Eingriffe in das Recht auf persönliche Freiheit.

Gemäß Art 5 Abs 2 EMRK hat jeder Festgenommene das Recht in verständlicher Art und Weise in möglichst kurzer Frist über die Festnahmegründe informiert zu werden<sup>521</sup>. Der Gesetzeswortlaut „möglichst kurz“ wurde jedoch durch die Rechtsprechung des EGMR<sup>522</sup> bereits auf etliche Stunden nach erfolgter Festnahme ausgedehnt. Sinnvollerweise sollte aber die Information unmittelbar während der Festnahme erfolgen, sofern nicht berücksichtigungswürdige Umstände<sup>523</sup> dagegen sprechen.

Die Vorführung iSd Art 5 Abs 3 EMRK muss unverzüglich erfolgen<sup>524</sup>. Dieses Gebot der Unverzüglichkeit verlangt jedoch keine sofortige Vorführung<sup>525</sup>. Wird eine Frist von 24 bis 48 Stunden nicht überschritten, liegt „Unverzüglichkeit“ gemäß Art 5 Abs 3 EMRK regelmäßig vor<sup>526</sup>. Verletzungen dieser Norm wurden vom EGMR in mehreren

---

<sup>520</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 PersFrG Rz 2.

<sup>521</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4,5 PersFrG Rz 34ff.

<sup>522</sup> EGMR 30.8.1990, Fox, Campbell und Hartley, Serie A 182, Z 42 (keine Verletzung nach 7 Stunden); EGMR 28.10.1994, Murray, Serie A 300-A, Z 78 (keine Verletzung nach 3 Stunden); vgl. dazu auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 27.

<sup>523</sup> ZB Anforderung eines Dolmetschers, Verletzung des Festgenommenen.

<sup>524</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4,5 PersFrG Rz 17f.

<sup>525</sup> EGMR 18.1.1978, Irland/Großbritannien, Serie A 25, Z 199.

<sup>526</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 29; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4,5 PersFrG Rz 17.

Entscheidungen festgestellt, wobei es dabei um Fristen von 7, 8, 12 oder sogar 23 Tagen gehandelt hat<sup>527</sup>.

In Art 5 Abs 5 EMRK wird analog zum Art 7 PersFrG auch ein Anspruch auf Entschädigung für konventionswidrige Festnahmen geregelt<sup>528</sup>.

### **3.5. Exkurs: Die Grundrechtsbeschwerde an den OGH**

Zur Abgrenzung soll punktuell noch die Grundrechtsbeschwerde erwähnt werden, zumal auch dieser Rechtsbehelf das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf persönliche Freiheit schützt.

Wird eine Person durch eine strafgerichtliche Entscheidung im Grundrecht auf persönliche Freiheit verletzt, kann sie sich nach Erschöpfung des Instanzenzuges mittels einer Grundrechtsbeschwerde<sup>529</sup> gemäß § 1 Abs 1 GRBG beim OGH beschweren. § 2 GRBG zählt die möglichen Grundrechtsverletzungen auf. ME ist das GRBG im Zuge von Festnahmen durch die Polizei aus eigener Macht jedoch nicht anwendbar, da die Norm eine gerichtliche Entscheidung verlangt. Gerade diese Entscheidung fehlt aber bei Festnahmen ohne Anordnung der StA. Für sämtliche Verletzungen des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Freiheit kommen in solchen Fällen die maßgeblichen Bestimmungen des PersFrG und der EMRK zum Tragen.

---

<sup>527</sup> Vgl *Messner*, Zur Dauer der Verwahrungshaft - Die österreichische Rechtslage im Lichte der EMRK, JSt 2004, 51, Fn 10.

<sup>528</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 7 PersFrG Rz 22.

<sup>529</sup> Siehe dazu *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 384.

#### 4. Kompetenzrechtliche Grundlagen

Die verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für das Verwaltungsstrafgesetz bildet Art 11 Abs 2 B-VG<sup>530</sup>. Der Bund hat hier im Rahmen der so genannten Bedarfskompetenz<sup>531</sup> eine einheitliche Regelung geschaffen.

Die StPO hat ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG, da der Bund aufgrund der zitierten Norm in Gesetzgebung und Vollziehung für das „Strafrechtswesen mit Ausschluss des Verwaltungsstrafrechtes und des Verwaltungsstrafverfahrens in Angelegenheiten, die in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fallen...“ zuständig ist.

Mit dem Begriff „Strafrechtswesen“ ist sowohl das materielle Strafrecht als auch das Strafverfahren gemeint<sup>532</sup>.

Das Sicherheitspolizeigesetz hat ihr verfassungsrechtliches Fundament im Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG, da der Bund aufgrund der zitierten Norm in Gesetzgebung und Vollziehung unter anderem für die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit einschließlich der ersten allgemeinen Hilfeleistung...“ zuständig ist<sup>533</sup>.

---

<sup>530</sup> Art 11 Abs 2 B-VG: Soweit ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird, werden das Verwaltungsverfahren, die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtes, das Verwaltungsstrafverfahren und die Verwaltungsvollstreckung auch in den Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht, insbesondere auch in den Angelegenheiten des Abgabenwesens, durch Bundesgesetz geregelt; abweichende Regelungen können in den die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen nur dann getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind.

<sup>531</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 262; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 114.

<sup>532</sup> Vgl *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), I.6. zu Art 10 B-VG.

<sup>533</sup> Vgl *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), I.7. zu Art 10 B-VG.

## 5. Einfachgesetzliche Grundlagen

### 5.1. Verwaltungsstrafgesetz 1991

Die erste einfachgesetzliche Rechtsquelle für die Festnahme von Personen im Rahmen der polizeilichen Zwangsbefugnisse ist das Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), wv BGBl Nr 52/1991 idgF. Dieses Bundesgesetz regelt im 2. Abschnitt mit dem Titel „Sicherung des Strafverfahrens und des Strafvollzuges“ bundeseinheitlich das verwaltungsstrafrechtliche Festnahmerecht der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes.

Diese Rechtsgrundlage ermöglicht den Polizeibeamten eine Festnahme aus eigener Macht, wenn eine als Verwaltungsübertretung<sup>534</sup> strafbare Handlung begangen wurde und der Betroffene bei der Verübung der Tat angetroffen wurde.

Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes<sup>535</sup> dürfen nach § 35 VStG Personen, die auf frischer Tat betreten<sup>536</sup> werden, zum Zweck ihrer Vorführung vor die Behörde festnehmen. Die taxativ aufgelisteten Festnahmegründe sind mangelnde Identifizierbarkeit, Fluchtgefahr sowie Verharrung oder Wiederholungsgefahr<sup>537</sup>.

---

<sup>534</sup> Unter dem Begriff „Verwaltungsübertretung“ wird gemäß Art VI Abs 3 EGVG und der §§ 1 ff VStG eine von Menschen gesetzte, grundsätzlich verbotene Handlung oder Unterlassung verstanden, die im Zustand der Zurechnungsfähigkeit mit Verschulden begangen wurde, die mit Strafe bedroht ist und die von Verwaltungsbehörden zu ahnden ist, sofern nicht Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe vorliegen. Vgl auch *Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 723; *Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>3</sup> (1996) 679; siehe auch VwGH 8.7.1993, 93/18/0273; 25.2.1993, 92/18/0429.

<sup>535</sup> Gemäß § 5 Abs 2 SPG sind dies: Angehörige des Wachkörpers Bundespolizei, Angehörige der Gemeindewachkörper und Angehörige des rechtskundigen Dienstes, wenn diese zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt sind.

<sup>536</sup> Auf frischer Tat wird eine Person dann betreten, wenn das Sicherheitsorgan die Begehung der Tat unmittelbar wahrnimmt, ohne dass zur Feststellung der Tat Erhebungen notwendig sind und aus den erhobenen Tatsachen Schlüsse gezogen werden müssen; vgl *Funk, Bemerkungen zu einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung über eine straßenpolizeiliche Festnahme*, ÖJZ 1979, 432; vgl auch VfSlg 7309; VwGH 29.5.1998, 95/02/0438.

<sup>537</sup> Vgl *Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 837; *Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht* Rz 1045; *Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 455ff.

### 5.1.1. Mangelnde Identifizierbarkeit - § 35 Z 1 VStG

Dieser Haftgrund setzt nach dem Gesetzeswortlaut eine verweigerte Ausweiseleistung des unbekannten Betretenen voraus oder dass seine Identität auch sonst nicht sofort feststellbar ist. Das Gesetz lässt also alternative Methoden zur Identitätsfeststellung zu beschreibt diese jedoch nicht näher. Die Rechtsprechung führt dazu aus, dass die Maßnahmen zur „sonstigen Identitätsfeststellung“ ausreichende Verlässlichkeit bieten müssen, und zwar in einem solchen Maß, wie es üblicherweise durch Vorzeigen eines Ausweises erreicht wird. Umgekehrt dürfen aber nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden, da sonst die gesetzlich definierte Möglichkeit einer Identitätsfeststellung ohne Ausweis weitgehend ins Leere liefe<sup>538</sup>.

Als Möglichkeit zur Identitätsbezeugung könnte die Beziehung einer unbedenklichen dritten Person in Betracht gezogen werden<sup>539</sup>. Sinnvoll erscheint in diesem Zusammenhang etwa die unmittelbare Befragung von Personen, welche bei der Amtshandlung anwesend sind. Ehepartner, Lebensgefährte, verwandte bzw verschwägte Personen, Freunde oder Bekannte sowie Kinder des Betretenen sind mE als Auskunftspersonen für einen Identitätsnachweis heranziehbar. Kritisch muss die Bezeugung der Identität im Hinblick auf Kinder erwähnt werden. Unmündig Minderjährige werden in Anbetracht der jeweiligen Situation als Auskunftsperson nicht ausreichen<sup>540</sup>, dagegen sollte man bei mündig Minderjährigen die Qualität als „Identifizierer“ weitgehend bejaht werden<sup>541</sup>. Die nicht einfache Feststellung der Unbedenklichkeit erfolgt letztlich durch den einschreitenden Beamten, wobei dieser situationsbezogen die Qualität der substituierten Ausweiseleistung zu

---

<sup>538</sup> VwGH 22.10.2002, 2000/01/0527; vgl auch *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 141f.

<sup>539</sup> UVS Stmk 27.1.2003, UVS-20.14-13, 14, 15/02; UVS VlbG 25.1.2007, 2-004/05.

<sup>540</sup> Vgl VfGH 5.12.2001, B 1216/00; Hier hat der VfGH die mögliche Befragung zweier Kinder (5 bzw 10 Jahre alt) in einer sehr belasteten Situation verneint.

<sup>541</sup> So sind etwa idR mündig Minderjährige gemäß § 146c ABGB „reversfähig“ bzw können gemäß § 569 ABGB vor Gericht oder einem Notar testieren; vgl auch *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, ÖJZ 2004/4 und ÖJZ 2004/7.

prüfen hat. Vor dem Hintergrund, dass mögliche zur Verfügung stehende Identitätszeugen auch lügen können, sollte auch der Umstand Berücksichtigung finden, dass man Ausweise verfälschen oder fälschen kann. Letztendlich entscheidet der handelnde Beamte über die Glaubwürdigkeit und Richtigkeit der Identitätsfeststellung.

#### 5.1.2. Fluchtgefahr - § 35 Z 2 VStG

Ein weiterer Festnahmegrund liegt dann vor, wenn der begründete Verdacht<sup>542</sup> besteht, dass sich der Betretene der Verfolgung wegen eines Verwaltungsdelikts zu entziehen suchen werde. Das Vorliegen der Fluchtgefahr des Betretenen kann aber nach der Rechtssprechung des VfGH nicht allein durch die Tatsache gerechtfertigt werden, dass dieser keinen inländischen Wohnsitz hat. Sogar wenn der Betretene – allenfalls auch in provozierender Weise – zu erkennen gibt, dass er sich zu einem ausländischen Aufenthaltsort begeben wird, liegt Fluchtgefahr noch nicht vor. Ebenso wenig können die Voraussetzungen des § 35 Z 2 VStG mit dem Hinweis darauf bejaht werden, weil der Betroffene keine Wohnadresse nannte, denn der VfGH vertritt in ständiger Rechtssprechung die Auffassung, dass nicht einmal das Fehlen eines inländischen Wohnsitzes einen (Flucht-) Verdacht rechtfertigt<sup>543</sup>.

Als Conclusio lässt sich in diesem Zusammenhang – ebenso wie bei im Ausland wohnhaften Tätern – festhalten, dass lediglich zu erwartende Schwierigkeiten bei der verwaltungsbehördlichen Strafverfolgung allein noch nicht ausreichen, um eine Person iSd VStG festzunehmen<sup>544</sup>.

#### 5.1.3. Verharrung oder Wiederholungsgefahr - § 35 Z 3 VStG

Als dritten Tatbestand führt das VStG an, dass eine Person auch dann festgenommen werden kann, wenn der Betretene trotz Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung verharrt oder sie zu

---

<sup>542</sup> Vgl VfSlg 12.725.

<sup>543</sup> Vgl VfSlg 13.108.

<sup>544</sup> VfSlg 13.108; vgl auch *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 142; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>3</sup> (2004) 455; vgl ebenso VwGH 19.5.1994, 93/18/0624.

wiederholen sucht. Diese Norm beinhaltet eigentlich zwei voneinander getrennt zu betrachtende Festnahmegründe, nämlich einerseits die Festnahme wegen Verharren und andererseits jene wegen Wiederholungsgefahr.

Der erste Halbsatz des § 35 Z 3 VStG setzt bei der Festnahme wegen Verharrens jedenfalls voraus, dass der Betretene vor Ausspruch der Festnahme abgemahnt werden muss.

Der zweite Halbsatz des § 35 Z 3 VStG normiert den Festnahmegrund infolge einer Wiederholungsgefahr.

Wird das Verharren in der Fortsetzung der strafbaren Handlung oder die Wiederholungsgefahr vom einschreitenden Sicherheitsorgan in unvertretbarer Weise angenommen, liegt eine Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit vor<sup>545</sup>.

Für die obligatorische (formfreie) Abmahnung gilt<sup>546</sup>, dass

- sie dem Betretenen zu Bewusstsein kommt, dh trotz Fehlens besonderer Formvorschriften für die Abmahnung muss dem Betretenen klar und bewusst werden, dass die Festnahme durch das Organ unmittelbar bevorsteht<sup>547</sup>;
- sie prinzipiell nur individuell<sup>548</sup> zu erfolgen hat; nur ausnahmsweise hält die Rechtssprechung eine generelle Abmahnung (zB mittels Megafon an eine größere Menschenmenge gerichtete Abmahnungen oÄ) für ausreichend<sup>549</sup>;

---

<sup>545</sup> VfSlg 12.727, 12.745.

<sup>546</sup> *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 143; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>3</sup> (2004) 455; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>8</sup> (2003) Rz 840.

<sup>547</sup> VfSlg 11.810; Mit Rücksicht auf die mindestens zweimalige Abmahnung des Bf (wobei es unerheblich ist, ob die der Festnahme vorausgehende Abmahnung die Androhung der Festnahme enthielt) entsprach die mit der vorliegenden Beschwerde bekämpfte Festnahme der Gesetzesvorschrift des §35 litc VStG 1950. Vgl VwGH 14.12.1993, 93/05/0191; Die bloße Anwesenheit eines Kamerteams bei einer Amtshandlung ohne entsprechende Ankündigung seitens des behördlichen Organswalters ist noch keine Ausübung der behördlichen „Imperiums“.

<sup>548</sup> VfSlg 10.376.

<sup>549</sup> VfSlg 10.661.

- sie darauf abzielt ein von einem Sicherheitsorgan wahrgenommenes strafbares Verhalten des Betretenen zu beenden, dh der Wortlaut des einschreitenden Sicherheitsorgans muss eindeutig und gezielt auf die Beendigung des pönalisierten Verhaltens gerichtet sein<sup>550</sup>;
- es einen engen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang zwischen der Abmahnung, der weiteren Tathandlung und der daraufhin gesetzten Festnahme geben muss<sup>551</sup>.

Wenn ein Tatbestand bereits eine Abmahnung<sup>552</sup> als Merkmal enthält, so muss noch ein weiteres Mal abgemahnt werden, bevor eine rechtmäßige Festnahme erfolgen kann.

Wichtig erscheint im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung, dass ein möglicher Festnahmegrund überhaupt vorliegt<sup>553</sup> oder nicht nachträglich geändert wird. Zu Recht hat der VfGH festgestellt, dass es nicht zulässig ist, dann, wenn sich der tatsächlich für die Festnahme maßgebend gewesene Grund als unzureichend erwiesen hat, nachträglich den Festnahmegrund auszuwechseln<sup>554</sup>. Dies hätte sonst zur Folge, dass dem einschreitenden Sicherheitsorgan der Festnahmegrund subjektiv nicht bewusst war. Somit wird vom Polizisten während einer Festnahme erwartet, dass auch sein Wille auf genau

---

<sup>550</sup> VfSlg 11.426; Es mangelte an der für die Rechtmäßigkeit einer Festnahme nach § 35 lit c VStG erforderlichen Abmahnung. Vgl VfSlg 10.376/1985; Die jeweils einige Tage vorher wegen eines ähnlichen Verhaltens vorgenommene Abmahnung kann nicht als solche iS der zitierten Gesetzesbestimmung angesehen werden; die Abmahnung muss sich nämlich unmittelbar auf das von den einschreitenden Beamten wahrgenommene strafbare Verhalten beziehen und darauf abzielen, eben dieses zu beenden. Erst dann, wenn die Beschwerdeführerin dieser Abmahnung nicht Folge geleistet hätte, wäre ihre Festnahme nach § 35 lit c VStG gerechtfertigt gewesen (siehe auch VfGH 27.2.1986 B45/85).

<sup>551</sup> VfSlg 10.955; Unter den spezifischen Gegebenheiten können die früheren, mindestens 10 bis 15 Minuten zurückliegenden und zudem auf ein anders gelagertes Verhalten der Bf ("Sitzblockade") bezogenen Abmahnungen des Gendarmeriebeamten nicht als die später vorgenommene Festnahme der Bf rechtfertigende Abmahnungen angesehen werden.

<sup>552</sup> ZB § 82 Abs 1 SPG – Wer sich trotz vorausgegangener Abmahnung gegenüber einem Organ der öffentlichen Aufsicht oder gegenüber einer Militärwache, während diese ihre gesetzlichen Aufgaben wahrnehmen, aggressiv verhält und dadurch eine Amtshandlung behindert, begeht eine Verwaltungsübertretung.

<sup>553</sup> Siehe dazu *Triffterer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung von polizeilichen Verhalten gegenüber „Fans“ einer „gegnerischen“ Fußballmannschaft, JBl 1996, 431.

<sup>554</sup> VfGH 22.20.2002, 2000/01/0527.

diesen Festnahmegrund abzielt<sup>555</sup>. Obwohl diese Ansicht des VwGH an sich zu befürworten ist, kann dieser subjektive Wille aus dem Gesetz nicht abgeleitet werden. Die Bestimmung des § 35 VStG schafft hier eine materiell-rechtliche Ermächtigungsnorm, um den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes eine Festnahme zu ermöglichen und legt dabei in Hinblick auf die Rechtssicherheit taxative Festnahmegründe zu Grunde. Für eine rechtmäßige Festnahme reicht nach dem Wortlaut des § 35 VStG das objektive Vorliegen eines Festnahmegrundes aus. Inwieweit dem einschreitenden Beamten aus seiner Sicht der Festnahmegrund bewusst war wird im Gesetz vernachlässigt. ME reicht das Vorliegen des Festnahmegrundes zum Zeitpunkt der Amtshandlung aus, zumal davon ausgegangen werden kann, dass der handelnde Beamte die Festnahme bewusst und gewollt durchgeführt hat<sup>556</sup>.

Liegt nun ein Festnahmegrund nach § 35 VStG zum Zeitpunkt der Amtshandlung vor und wurde eine Festnahme durchgeführt, regelt § 36 VStG die unmittelbaren Rechte des Festgenommenen.

Gemäß § 36 Abs 1 VStG ist der Festgenommene bei Wegfall des Festnahmegrundes unverzüglich freizulassen<sup>557</sup>. Jede weitere Einschränkung würde sonst einen unzulässigen Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit darstellen. Ebenso ist zu gewährleisten, dass der Betroffene unverzüglich der nächsten sachlich zuständigen Behörde zu übergeben ist und dem Betroffenen die Gründe seiner Festnahme in einer ihm verständlichen Sprache mitgeteilt werden. Schließlich darf die Anhaltung des Betroffenen maximal 24 Stunden dauern<sup>558</sup>.

---

<sup>555</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Maßnahmenbeschwerde (2006) 145.

<sup>556</sup> Anders dazu Eisenberger/Ennöckl/Helm, Maßnahmenbeschwerde (2006) 144f; Der Festnahme setzt voraus, dass alle Festnahmegründe bereits zum Zeitpunkt der Amtshandlung nicht nur objektiv vorgelegen sind, sondern dem einschreitenden Beamten auch subjektiv bewusst waren.

<sup>557</sup> Vgl § 36 Abs 1 VStG; Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>3</sup> (2004) 455; Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 841; vgl VwGH 27.10.1997, 93/10/0107.

<sup>558</sup> Die 24-Stunden-Frist wird gerechnet ab dem Zeitpunkt der Festnahme. Fällt der Festnahmegrund innerhalb dieser Frist weg, ist der Festgenommene unverzüglich freizulassen. Ansonsten muss die Freilassung nach Ablauf der 24 Stunden erfolgen. Vgl Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>3</sup> (2004) 457; Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 842.

Die Festnahme hat unter möglicher Achtung der Menschenwürde und mit möglicher Schonung der Person zu erfolgen<sup>559</sup>. Die Durchführung der Festnahme unterliegt daher auch einem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>560</sup>, denn es muss bei jeder dieser Amtshandlungen vom einschreitenden Beamten geprüft werden, ob und inwieweit die Notwendigkeit von Gewaltanwendungen<sup>561</sup> zulässig und notwendig ist.

Jedem Festgenommen ist ohne unnötigen Aufschub der Kontakt zu einer Vertrauensperson oder seinem Rechtsbeistand zu ermöglichen<sup>562</sup>.

## 5.2. Sonderbestimmungen für Jugendliche<sup>563</sup>

Jugendliche iSd VStG sind Personen zwischen dem 14. und dem 18. Lebensjahr<sup>564</sup>. Liegt einer der erwähnten Festgründe vor, können auch Jugendliche festgenommen werden.

Gemäß § 59 Abs 2 VStG ist der Vernehmung auf Verlangen des betroffenen Jugendlichen sein gesetzlicher Vertreter beizuziehen, sofern dadurch keine unangemessene Verlängerung der Anhaltung eintritt. Wichtig ist, dass jeder festgenommene Jugendliche über seine Rechte belehrt werden muss.

Unmündig Minderjährige sind iSd § 4 Abs 1 VStG nicht strafbar. Dementsprechend dürfen diese Personen trotz Erfüllung eines verwaltungsstrafrechtlichen Tatbildes nicht festgenommen werden. Dabei muss die Festnahme dem Unmündigen gegenüber nicht formal

---

<sup>559</sup> Vgl § 36 Abs 2 VStG.

<sup>560</sup> § 29 SPG normiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich des Polizeirechts. Abs 2 leg cit erläutert diesen Grundsatz näher. Ob ein bestimmtes Mittel im Hinblick auf das mit ihm verfolgte Ziel verhältnismäßig ist, hängt von drei Voraussetzungen ab: von der Tauglichkeit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Vgl *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 366.

<sup>561</sup> ZB Anlegen von Hand- oder Fußfesseln oder die Verwendung von Schließketten.

<sup>562</sup> Vgl § 36 Abs 3 VStG; Dem Festgenommen muss unverzüglich gestattet werden, einen Angehörigen, eine Vertrauensperson oder einen Rechtsbeistand zu kontaktieren. Das Gesetz sieht darin eine Mussbestimmung, dh wenn das einschreitende Sicherheitsorgan die Belehrung über dieses Recht unterlässt oder die Kontaktaufnahme faktisch verhindert stellt dies einen Grund für eine Maßnahmenbeschwerde dar.

<sup>563</sup> *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>3</sup> (2004) 523f; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 951ff.

<sup>564</sup> Vgl § 4 Abs 2 VStG.

ausgesprochen werden, sondern der VfGH wertet auch ein durch Aufforderung psychisch erzwungenes anstandsloses Mitkommen zum Polizeiposten als unrechtmäßige Festnahme<sup>565</sup>.

### 5.3. Strafprozessordnung 1975

Eine zweite festnahmespezifische Rechtsquelle stellt die Strafprozessordnung 1975 dar, welche durch das Strafprozessreformgesetz, BGBl I Nr 19/2004 grundlegend geändert wurde.

In dessen 2. Teil und 9. Hauptstück wird unter dem Titel „Fahndung, Festnahme, Untersuchungshaft“ das Festnahmerecht der Kriminalpolizei im strafgerichtlichen Verfahren geregelt. Der 2. Abschnitt<sup>566</sup> befasst sich konkret mit der Zulässigkeit, der Anordnung und der Durchführung einer Festnahme.

Im Zuge dieser Arbeit soll hinsichtlich der StPO nur die eigenmächtige Festnahme wegen gerichtlich strafbarer Handlungen durch die Kriminalpolizei erörtert werden.

#### 5.3.1. Die Kriminalpolizei

Der Begriff „Kriminalpolizei“ wird im § 18 StPO definiert. Die Kriminalpolizei sind Sicherheitsbehörden und Sicherheitsorgane, soweit sie mit der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten befasst sind<sup>567</sup>. Die Kriminalpolizei wird dabei amtswegig oder auf Grund einer Anzeige tätig. Die §§ 4 und 5 SPG legen im Rahmen der Organisation der Sicherheitsverwaltung fest, wer die Sicherheitsbehörden und die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind. Gemäß § 93 StPO ist die

---

<sup>565</sup> VfSlg 10.627.

<sup>566</sup> Vgl §§ 170 ff StPO.

<sup>567</sup> § 18 Abs 1 und 2 StPO. Siehe dazu auch *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 79; vgl auch *Schober*, Sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 441.

Kriminalpolizei im Rahmen ihrer Ermittlungsmaßnahmen<sup>568</sup> ermächtigt angemessenen Zwang anzuwenden.

### 5.3.2. Die Festnahmegründe

Die Festnahme einer Person, die verdächtigt wird eine gerichtlich strafbare Handlung begangen zu haben, ist unter den Voraussetzungen des § 170 Abs 1 Z 1 – 4 StPO<sup>569</sup> zulässig.

Die im Gesetz dazu taxativ aufgezählten Haftgründe sind die Betretung auf frischer Tat (Z 1), die Fluchtgefahr (Z 2), die Verdunkelungsgefahr (Z 3) und die Wiederholungs- bzw Ausführungsgefahr (Z 4).

Beachtenswert ist die Tatsache, dass die Festnahme nach der StPO nur soweit zulässig ist, als diese nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Es gilt auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher vom Gesetzgeber im § 5 Abs 2 StPO normiert wurde<sup>570</sup>. Danach hat die Kriminalpolizei bei der Anwendung von Zwangmaßnahmen nur jene zu ergreifen, welche den Betroffenen in seinen Rechten am Geringsten beeinträchtigen<sup>571</sup>. Die gesetzlichen Befugnisse sind stets in einer Art und Weise auszuüben, dass dadurch unnötiges Aufsehen vermieden, auf die Würde des Betroffenen geachtet und deren Rechte und schutzwürdige Interessen gewahrt werden. Ebenso wie bei der

---

<sup>568</sup> Vgl dazu *Oshidari*, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 138ff.

<sup>569</sup> § 170 Abs 1 StPO: Die Festnahme einer Person, die der Begehung einer strafbaren Handlung verdächtig ist, ist zulässig,

1. wenn sie auf frischer Tat betreten oder unmittelbar danach entweder glaubwürdig der Tatbegehung beschuldigt oder mit Gegenständen betreten wird, die auf ihre Beteiligung an der Tat hinweisen,

2. wenn sie flüchtig ist oder sich verborgen hält oder, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Gefahr besteht, sie werde flüchten oder sich verborgen halten,

3. wenn sie Zeugen, Sachverständige oder Mitbeschuldigte zu beeinflussen, Spuren der Tat zu beseitigen oder sonst die Ermittlung der Wahrheit zu erschweren versucht hat oder auf Grund bestimmter Tatsachen die Gefahr besteht, sie werde dies versuchen,

4. wenn die Person einer mit mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe bedrohten Tat verdächtig und auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, sie werde eine eben solche, gegen dasselbe Rechtsgut gerichtete Tat begehen, oder die ihr angelastete versuchte oder angedrohte Tat (§ 74 Abs 1 Z 5 StGB) ausführen.

<sup>570</sup> Vgl § 170 Abs 3 StPO: Festnahme und Anhaltung sind nicht zulässig, soweit sie zur Bedeutung der Sache außer Verhältnis stehen (§ 5).

<sup>571</sup> Vgl dazu OGH 19.6.2007, 11 Os 69/07t, OGH 28.3.2007, 14 Os 32/07y, OGH 25.8.2006, 15 Os 86/06w, OGH 0.9.2003, 14 Os 122/03.

Verhältnismäßigkeit beim Schusswaffengebrauch liegt es im Bereich des einschreitenden Sicherheitsorgans auf diese rechtlichen Vorgaben zu achten.

### 5.3.3. Die Festnahme aus eigener Macht<sup>572</sup>

Gemäß § 171 Abs 2 StPO ist die Kriminalpolizei ausnahmsweise auch berechtigt eine Festnahme von sich aus durchzuführen, wenn die betroffene Person auf frischer Tat betreten wird oder in allen übrigen Fällen, wenn wegen Gefahr im Verzug eine Anordnung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden kann<sup>573</sup>. Vorstellbar sind beispielsweise Situationen, in denen der Journalstaatsanwalt nicht erreicht werden kann (zB keine Funkverbindung, kein Empfang am Mobiltelefon, Journalstaatsanwalt geht nicht ans Telefon etc). Ebenso sind Fälle denkbar, in denen eine Verzögerung zu einer Bedrohung von Leib, Leben und Gesundheit des einschreitenden Polizisten führen kann. In solchen Gefahrensituationen muss die Festnahme vorerst aus eigener Macht legitim sein und danach ist unverzüglich der Staatsanwalt zu verständigen.

#### 5.3.3.1. Betretung auf frischer Tat (§ 170 Abs 1 Z 1 StPO)

Die Festnahme nachdem der Verdächtige auf frischer Tat betreten worden ist oder unmittelbar danach entweder glaubwürdig der Täterschaft beschuldigt oder mit Gegenständen betreten wird, die auf eine Tatbeteiligung hinwiesen, ist nach § 171 Abs 2 Z 1 StPO immer möglich und bildet kein weiteres Problem<sup>574</sup>.

---

<sup>572</sup> Vgl § 171 Abs 2 Z 1 StPO; nähere Ausführungen zu den Haftgründen siehe *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 344ff; *Platzgummer*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens<sup>7</sup> (1996) 113f; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 133ff; Anmerkung: Die Rechtslage mit In-Kraft-Treten des Strafprozessreformgesetzes hat sich in Bezug auf die eigenmächtige Festnahme nur insofern geändert, dass sich die Paragrafennummer geändert hat (vorher: § 177 StPO 1975 aF).

<sup>573</sup> Vgl § 171 Abs 2 Z 2 StPO.

<sup>574</sup> Zum dringenden Tatverdacht siehe auch *Kirchbacher*, Das neue Haftrecht – Untersuchungshaft, ÖJZ 2008, 268ff.

#### 5.3.3.2. Die anderen Festnahmegründe (§ 170 Abs 1 Z 2 – 4 StPO)<sup>575</sup>

Bei den anderen Festnahmegründen muss zusätzlich „Gefahr im Verzug“ vorliegen. Wenn die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes telefonisch<sup>576</sup> oder über Funk<sup>577</sup> die Staatsanwaltschaft erreichen können, dann liegen die Voraussetzungen für eine eigenmächtige Festnahme idR nicht vor. Die Tatsache, dass bei den Landesgerichten immer ein Journalstaatsanwalt, welcher ständig erreichbar sein muss, anwesend ist und weiters die Flexibilität der Polizeibeamten durch die Verwendung von Mobiltelefonen massiv zugenommen hat, schränkt die Möglichkeit einer eigenmächtigen Festnahme gemäß § 171 Abs 2 Z 2 StPO auf Ausnahmesituationen ein.

Die Kriminalpolizei muss die festgenommene Person unmittelbar nach seiner Festnahme gemäß § 171 Abs 3 StPO belehren, vor allem, dass er einen Angehörigen oder eine andere Vertrauensperson und einen Verteidiger<sup>578</sup> verständigen kann. Im Anschluss daran hat die Rechtsbelehrung nach § 50 StPO zu erfolgen. Die wesentlichen Rechte des Beschuldigten sind in den §§ 49, 51, 164 StPO<sup>579</sup> aufgezählt. Die Belehrung darf nur solange aufgeschoben werden, als der Zweck der Ermittlungen gefährdet wäre.

Sogleich oder innerhalb von 24 Stunden muss die Kriminalpolizei dem Festgenommenen eine schriftliche Begründung über den Tatverdacht und den Haftgrund zustellen<sup>580</sup>. Entsprechend dieser Bestimmung sind

---

<sup>575</sup> *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 351ff.

<sup>576</sup> VfSlg 9.934.

<sup>577</sup> VfSlg 11.491.

<sup>578</sup> Rechtsanwaltlicher Journdienst: Seit 1. Juli 2008 gibt es in ganz Österreich – zunächst auf Probe für die Dauer von vier Monaten – einen rechtsanwaltlichen Journdienst. Festgenommene Personen erhalten dadurch die Möglichkeit mit einem Verteidiger Kontakt aufzunehmen bzw diesen der Vernehmung beizuziehen. Näheres siehe den Bericht in ÖJZ 2008/57; vgl auch *Pilnacek/Pscheidl*, Das Strafverfahren und seine Grundsätze – Teil 2, ÖJZ 2008, 673.

<sup>579</sup> Die Rechte des Beschuldigten sind insbesondere folgende Rechte: Rechtsbelehrung, einen Verteidiger zu wählen, Akteneinsicht, sich zum Vorwurf zu äußern, einen Verteidiger bei der Vernehmung beizuziehen, Beweisaufnahmen beantragen, Einspruchsrecht wegen Verletzung von subjektiven Rechten oder das Beschwerderecht gegen gerichtliche Bewilligungen von Zwangsmittel ua.

<sup>580</sup> § 171 Abs 3 zweiter Halbsatz.

der Tatverdacht und der Haftgrund nur dann begründet, wenn durch die Kriminalpolizei Tatsachen angeführt werden, aus denen die Festnahmevoraussetzungen unzweifelhaft ableitbar sind. Wäre Vermutungen, Scheinbegründungen oder etwa nur die Wiedergabe des Gesetzeswortlautes werden für eine gesetzmäßige schriftliche Begründung wohl nicht ausreichend sein<sup>581</sup>.

Die Kriminalpolizei hat den Festgenommenen unverzüglich nach seiner Festnahme zur Sache, zum Tatverdacht und zum Haftgrund zu vernehmen<sup>582</sup>, wobei diese Vernehmung zur Klärung der Festnahmevoraussetzungen dient. Der Festgenommene ist wieder freizulassen, wenn kein weiterer Grund zur Anhaltung besteht.

Ebenso ist die Freilassung vorzunehmen, wenn der Zweck der Anhaltung durch gelindere Mittel<sup>583</sup> erreicht werden kann. Letzteres erfolgt auch auf Anordnung der Staatsanwaltschaft. Ob gelindere Mittel<sup>584</sup> aufrecht bleiben, entscheidet iSd § 172 Abs 2 StPO das Gericht.

Besteht keine Möglichkeit den Beschuldigten freizulassen, so hat ihn die Kriminalpolizei ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber binnen 48 Stunden nach der Festnahme, in die Justizanstalt des zuständigen Gerichts einzuliefern<sup>585</sup> und davon rechtzeitig die StA zu verständigen. Erklärt die StA keinen Antrag auf Verhängung der Untersuchungshaft zu stellen, muss der Festgenommene unverzüglich freigelassen werden<sup>586</sup>.

---

<sup>581</sup> Vgl dazu auch *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 354; siehe dazu auch *Kirchbacher*, Das neue Haftrecht – Fahndung und Festnahme, ÖJZ 2008, 224ff.

<sup>582</sup> Vgl § 172 Abs 2 StPO.

<sup>583</sup> Vgl § 173 Abs 5 Z 1 StPO. Als gelindere Mittel gelten insbesondere das Gelöbnis sich nicht vom Aufenthaltsort zu entfernen oder keinen Versuch zu unternehmen die Ermittlungen zu erschweren, die Abnahme von wichtigen Dokumenten (Reisepass, Kfz-Papiere etc), die Leistung einer Kaution (s §§ 180 f StPO) oder die Zustimmung zu einer Therapie (Entwöhnungskur, Psychotherapie, sonstige medizinische Behandlung etc).

<sup>584</sup> Als gelindere Mittel gelten insbesondere die Auflistung gemäß § 173 Abs 5 Z 1 bis 7 StPO.

<sup>585</sup> Vgl § 172 Abs 3 erster Satz StPO.

<sup>586</sup> § 172 Abs 3 letzter Satz StPO.

Die Festnahme von unmündigen Personen<sup>587</sup> nach den Bestimmungen der StPO ist nach der Judikatur des VfGH<sup>588</sup> nicht zulässig, zumal das Strafmündigkeitsalter<sup>589</sup> noch nicht erreicht ist und somit die strafprozessualen Festnahmebestimmungen erst ab Vollendung des 14. Lebensjahres zur Anwendung kommen können.

#### 5.3.4. Eigener Rechtsmittelweg<sup>590</sup>

Das mit dem am 1. Jänner 2008 in Kraft getretenen Strafprozessreformgesetz<sup>591</sup> ändert auch den Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen der Kriminalpolizei. Bis zum Ende des Jahres 2007 konnten sicherheitsbehördliche Zwangsmaßnahmen bei den ordentlichen Gerichten bekämpft werden, wenn ein richterlicher Befehl vorlag bzw bei den UVS wenn die Polizei aus eigener Macht vorgegangen ist. Die neue Rechtslage sieht nunmehr im § 106 StPO ein eigenes Rechtsschutzinstrumentarium vor.

Der Festgenommene kann Einspruch wegen Rechtsverletzung iSd § 106 Abs 1 Z 2 StPO erheben, um geltend zu machen, dass eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme unter Verletzung dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt wurde. Die durch die Kriminalpolizei eigenmächtig vorgenommene Festnahme oder Haus- bzw Personendurchsuchung unter Verletzung von Bestimmungen der StPO<sup>592</sup> ist mit diesem Rechtsbehelf überprüfbar. Eine Differenzierung zwischen normativen und schlicht-hoheitlichem Vorgehen - analog zu § 88 Abs 1 und 2 SPG – ist in der StPO nicht vorgesehen<sup>593</sup>.

---

<sup>587</sup> Gemäß § 21 Abs 2 ABGB sind Personen dann unmündig, wenn sie das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

<sup>588</sup> VfSlg 10.627; VfGH 7.3.2007, B 3517/05.

<sup>589</sup> Vgl § 4 Abs 1 JGG, § 74 Abs 1 Z 1 StGB.

<sup>590</sup> *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 209ff.

<sup>591</sup> BGBl I Nr 19/2004.

<sup>592</sup> § 106 Abs 1 Z 2 StPO: Die Rechtsverletzung muss jemanden in einem subjektiven Recht verletzt haben, weil eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme (zB die Festnahme) unter Verletzung von Bestimmungen der StPO angeordnet oder durchgeführt wurde.

<sup>593</sup> *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 414.

Der Betroffene muss die rechtsverletzende Maßnahme<sup>594</sup> bezeichnen, und anführen worin die Rechtsverletzung besteht und auf welche Weise dem Einspruch stattzugeben sei. Der Einspruch muss also erkennen lassen, was der handelnde Kriminalbeamte nach Auffassung des Betroffenen falsch gemacht hat. Die Kriminalpolizei erhält die Möglichkeit eine Stellungnahme zum Einspruch abzugeben<sup>595</sup>.

Der Einspruchswerber muss den Einspruch gemäß § 106 Abs 3 StPO bei der StA einbringen, und diese muss in weiterer Folge gemäß Abs 4 leg cit prüfen, ob eine Rechtsverletzung vorliegt. Hält der StA den Einspruch für berechtigt, hat er ihm auf die vom Einspruchswerber gewünschte Weise zu entsprechen und diesen davon in Kenntnis zu setzen. Wenn der StA dem Einspruch nicht entspricht oder der Einspruchswerber eine Entscheidung des Gerichts verlangt, hat die StA den Einspruch unverzüglich an das Gericht<sup>596</sup> weiter zu leiten<sup>597</sup>. Das Gericht hat die Stellungnahmen der StA und der Kriminalpolizei an den Einspruchswerber binnen einer siebentägigen Frist zuzustellen. Unzulässige Einsprüche werden vom Gericht zurückgewiesen, andernfalls entscheidet das Gericht in der Sache selbst und die StA und die Kriminalpolizei haben den entsprechenden Rechtszustand iSd § 107 Abs 4 StPO herzustellen.

Sowohl der Einspruchswerber als auch die StA können gegen die Entscheidung des Gerichtes gemäß § 107 Abs 3 StPO Beschwerde an das OLG<sup>598</sup> erheben. Letzteres kann die Behandlung der Beschwerde ablehnen, wenn es nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung geht.

---

<sup>594</sup> ZB eine Festnahme bei der Tatverdacht oder Festnahmegründe fehlen, Kriminalpolizei nimmt zu Unrecht Gefahr im Verzug an.

<sup>595</sup> § 106 Abs 3 2. Satz StPO.

<sup>596</sup> Gemäß § 31 Abs 1 Z 3 StPO obliegt dem Einzelrichter des Landesgerichts im Ermittlungsverfahren die Entscheidung über Einsprüche wegen Rechtsverletzungen.

<sup>597</sup> Vgl § 106 Abs 4 und 5 StPO.

<sup>598</sup> Gemäß § 33 Abs 1 Z 1 StPO obliegt dem OLG die Entscheidung über Rechtsmittel und Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen des LG als Einzelrichter.

Vor Inkrafttreten des StrafprozessreformG entschieden die UVS gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG auch über Rechtsverletzung durch Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durch Polizeibeamte im Dienste der Strafjustiz, wenn keine richterliche Ermächtigung vorlag und die Festnahmen aus eigener Macht erfolgten. Der Zweck der neuen Rechtslage ist die Schaffung eines separaten Rechtsmittelweges<sup>599</sup> und der Beseitigung des bisher bestehenden Rechtszuges an den UVS<sup>600</sup>.

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und der Abgrenzung zum UVS stellt sich zunächst die Frage, ob durch diesen neuen Rechtsmittelweg im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein Rechtszug an den UVS ausgeschlossen ist. Die maßgebliche Norm<sup>601</sup> im B-VG wurde allerdings nicht geändert und sieht nach wie vor die Überprüfung der AuvBZ als Kompetenz der UVS. Da nach Art 94 B-VG die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen formell-organisatorisch<sup>602</sup> zu trennen ist, muss die Entscheidung welche Beschwerdemöglichkeit dem Betroffenen offen steht anhand der „Funktionstheorie“<sup>603</sup> gelöst werden. Akte der Verwaltungsbehörden dürfen grundsätzlich nicht einer Überprüfung durch die Justiz unterliegen und die Kompetenzen von Verwaltung und Gerichtsbarkeit sind so festzulegen, dass in derselben Sache keine Zuständigkeitsüberschneidungen erfolgen<sup>604</sup>.

Wird der einschreitende Polizist (Organ der Verwaltung) im Auftrag oder im Dienste der Gerichtsbarkeit tätig (zB Anordnung einer Festnahme oder auch durch eine eigenmächtige Festnahme), so ist diese Amtshandlung funktional der Gerichtsbarkeit zuzuordnen. Fühlt sich der Betroffene dadurch in seinen subjektiven Rechten verletzt, kann er dies

---

<sup>599</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Maßnahmenbeschwerde (2006) 134.

<sup>600</sup> EBRV 25 BlgNR 22. GP 143.

<sup>601</sup> Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG.

<sup>602</sup> Eine Behörde darf nicht zugleich Gericht und Verwaltungsbehörde sein (Verbot organisatorischer Mischformen zwischen Justiz und Verwaltungsbehörde); vgl Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 241f.

<sup>603</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1285f.

<sup>604</sup> Ennöckl, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 419.

nur mittels Einspruch wegen Rechtsverletzung bei Gericht geltend machen. Eine Maßnahmenbeschwerde an den UVS ist hier nicht möglich<sup>605</sup>.

Wird der Polizist im Rahmen des Verwaltung von sich aus tätig (zB Festnahme gemäß § 35 VStG aus eigener Macht), ist dieser Akt als AuvBZ der Verwaltung zuzurechnen und mittels Maßnahmenbeschwerde beim UVS bekämpfbar.

Einen anderen Ansatz um die Verfassungsmäßigkeit zu begründen lässt sich möglicherweise aus der Zusammenschau von Art 94 B-VG mit dem Anklagegrundsatz nach Art 90 Abs 2 B-VG finden. Dieser Grundsatz besagt, dass die Funktion der Urteilsfällung von jener der Strafverfolgung organisatorisch getrennt sein muss. Vor diesem Hintergrund kann abgeleitet werden, dass ein zwangsläufiges Zusammenarbeiten zwischen Gerichten, Anklagebehörden und Sicherheitsbehörden notwendig ist und dementsprechend ein Abweichen von der vollständigen Trennung von verwaltungsbehördlicher und richterlicher Tätigkeit im Rahmen der Strafjustiz vertretbar ist<sup>606</sup>.

#### **5.4. Sicherheitspolizeigesetz 1991**

Als weitere nennenswerte Rechtsquelle wird das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1991 über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG), BGBl Nr 566/1991 idgF angeführt. Auch das SPG ermächtigt im 3. Teil, 2. Hauptstück, 2. Abschnitt unter dem Titel „Besondere Befugnisse“ zu Eingriffen in die persönliche Freiheit.

In diesem Zusammenhang steht die Ermächtigung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 45 SPG zur Festnahme von Menschen, die wegen Geisteskrankheit, Schwachsinn oder einer tief

---

<sup>605</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Maßnahmenbeschwerde (2006) 33; Lehner, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007, 413.

<sup>606</sup> Ennöckl, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBI 2008, 420; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 557.

greifenden Bewusstseinsstörung zurechnungsunfähig<sup>607</sup> sind oder noch unmündig sind.

Diese beiden Personengruppen – Zurechnungsunfähige<sup>608</sup> und Unmündige<sup>609</sup> – dürfen nur dann zum Zwecke der sofortigen Feststellung festgenommen werden, wenn sie einer mit beträchtlicher Strafe bedrohten Handlung verdächtig sind und auf frischer Tat betreten werden oder der Verdacht sonst in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Tat steht.

§ 45 Abs 1 SPG<sup>610</sup> ermächtigt daraus ableitend die Festnahme von Personen, die im Sinne des Strafrechts nicht strafbar sind.

Bei unmündigen Festgenommenen ordnet § 45 Abs 2 SPG in der Folge die unverzügliche Übergabe an einen Obsorgeberechtigten<sup>611</sup> an, sofern nicht das Vormundschafts- oder Pflegschaftsgericht eine andere Verfügung trifft<sup>612</sup>.

Gemäß § 45 Abs 3 sind festgenommene zurechnungsunfähige Personen sofort nach Feststellung des Sachverhaltes zu entlassen, wenn weder die Bestimmungen des UbG zur Anwendung kommen, noch ein richterlicher Beschluss iSd § 429 StPO<sup>613</sup> ergangen ist<sup>614</sup>.

Die Anwendung von Gewalt unterliegt der Bestimmung des § 50 SPG. § 50 Abs 1 SPG bietet den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes eine Ermächtigungsgrundlage für die Ausübung von Zwang. Das Telos

---

<sup>607</sup> Vgl § 11 StGB: Wer zur Zeit der Tat wegen einer Geisteskrankheit, wegen Schwachsinn, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, handelt nicht schuldhaft.

<sup>608</sup> Vgl § 45 Abs 1 Z 1 SPG; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 541f.

<sup>609</sup> Vgl § 45 Abs 1 Z 2 SPG; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 543f.

<sup>610</sup> Siehe dazu *Funk*, Das neue Sicherheitspolizeirecht – Kodifikation und Reform einer klassischen Verwaltungsmaterie, JBl 1994, 137; *Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 223ff.

<sup>611</sup> Vgl §§ 144, 145, 166, 186a, 187, 215 ABGB.

<sup>612</sup> Siehe dazu auch *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 544.

<sup>613</sup> Das XXI. Hauptstück (§§ 429 bis 434 StPO) regelt das Verfahren zur Unterbringung von geistig abnormen Rechtsbrechern in eine Anstalt nach § 21 Abs 1 StGB.

<sup>614</sup> Siehe dazu auch *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 542.

dieser Bestimmung liegt darin, dass auch bei der Durchsetzung einer Festnahme nach dem SPG stets das gelindeste Mittel zum Einsatz gelangen soll.

In dieselbe Richtung geht die Verpflichtung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 81 Abs 2 SPG von der Festnahme eines Menschen abzusehen, wenn gelindere Mittel<sup>615</sup> auch erfolgversprechend eingesetzt werden können. Diese Einschätzung und letztlich auch das Treffen dieser Entscheidung kommt dem einschreitenden Beamten zu.

Ein Vergleich der gesetzlichen Regelung zeigt, dass die Ausgestaltung und Anwendung der Festnahmebestimmungen in der StPO und im SPG einer Prüfung auf die jeweilige Verhältnismäßigkeit zu unterziehen ist.

## **6. Einige Beispiele aus der Judikatur des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes**

### **6.1. VfGH 12.6.1987, B 1143/86 (VfSlg 11.335)**

Eine Festnahme gemäß § 35 Z 1 und Z 2 VStG ist dann gesetzwidrig, wenn der Betroffene, obwohl er im Zuge einer Amtshandlung den amts handelnden Sicherheitsorganen ein gültiges inländisches Lichtbilddokument (Führerschein) ohne Nennung der Wohnadresse aushändigte, trotzdem festgenommen wird.

Korrekterweise erkannte der VfGH, dass im vorliegenden Fall keine mangelnde Identifizierbarkeit vorlag. Der VfGH kam zum Schluss, dass der Betroffene durch die Festnahme in seinem Recht auf persönliche Freiheit verletzt wurde.

Dieser Rechtsauffassung kann mit dem Hinweis auf die Textierung des § 35 Z 1 VStG schon deshalb gefolgt werden, zumal das Gesetz unmissverständlich nur den Nachweis der Identität erfordert. Um diesen Nachweis zu erbringen muss es ausreichend sein, wenn jemand ein

---

<sup>615</sup> Gemäß § 81 Abs 3 SPG kommen als gelindere Mittel die Wegweisung und die Sicherstellung von Sachen in Betracht; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 696f.

behördliches Lichtbilddokument (Führerschein, Personalausweis, Reisepass etc) vorlegt. Ob der Betroffene zusätzlich zur Vorweisung des Dokuments auch noch seine daraus nicht ersichtliche Wohnanschrift nannte, spielt nach Auffassung des VfGH keine entscheidende Rolle<sup>616</sup>.

Diese nachvollziehbare Ansicht ist mE noch dahingehend erweiterbar, dass auch allfällige andere Angaben zur Person, wie etwa Beruf, Familienstand, Name und Geburtsdaten von nahen Angehörigen oder andere persönliche Umstände für die Identitätsfeststellung – bei Vorliegen eines (verifizierbaren) behördlichen Lichtbilddokuments – entbehrlich sein müssen.

Im Hinblick auf eine laufende Modernisierung bei der Herstellung von neuen behördlichen Ausweisen zählen mE zu den bis dato üblichen Lichtbilddokumenten (Reisepass, Personalausweis, Führerschein) darüber hinaus auch sämtliche neuen behördlichen Dokumente im Scheckkartenformat (zB Dienstausweis, Personalausweis etc).

## **6.2. VfGH 25.9.1987, B 47/87 (VfSlg 11.426)**

Eine Festnahme gemäß § 35 Z 3 ist nur dann rechtmäßig, wenn der einschreitende (festnehmende) Beamte zuvor die betroffene Person abgemahnt hat. Eine Festnahme ohne die gesetzlich erforderliche Abmahnung verletzt den Festgenommenen im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf persönliche Freiheit.

Weiters wird in dieser Entscheidung festgehalten, dass eine wegen eines ähnlichen Verhaltens einige Tage vorher vorgenommene Abmahnung nicht als solche gemäß § 35 Z 3 VStG angesehen werden kann.

Korrekterweise erkannte der VfGH im vorliegenden Fall, dass das zeitliche Moment bei der Abmahnung eine essentielle Rolle spielt. Aus der gesetzlichen Bestimmung ist zunächst nur ableitbar, dass die Abmahnung der Festnahme voranzugehen hat. Der Gesetzgeber gibt

---

<sup>616</sup> Diese Auffassung wird von VfGH ungeachtet des Umstandes zu Recht vertreten, dass die Haltung des Betroffenen objektive Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung mit sich brachte (vgl VfSlg 3.154, 7.060, 8.041).

---

hier keinen Anhaltspunkt für die zeitliche Komponente. Aus der Judikatur des VfGH kann man aber doch einige wichtige Wesensmerkmale<sup>617</sup> einer rechtmäßigen Abmahnung erkennen, wie insbesondere,

- die Formlosigkeit,
- die Individualität,
- sie muss dem Betroffenen als solche bewusst werden,
- sie muss darauf abzielen ein strafbares Verhalten zu beenden, und
- es muss ein enger zeitlicher und örtlicher Konnex zwischen Abmahnung und Festnahme bestehen.

Im geschilderten Fall lag die erfolgte Abmahnung einige Tage zurück, sodass hier ohnehin kein zeitlicher Zusammenhang mehr erkennbar ist. Dieser Zusammenhang ist nur dann gegeben, wenn die erforderliche Abmahnung unmittelbar vor einer notwendigen Festnahme durchgeführt wurde, dh der Zeitrahmen kann dabei maximal einige Minuten in Anspruch nehmen. Frühere Abmahnungen verlieren jedenfalls ihre Wirkung und so muss – wenn eine Festnahme wegen Verharrung oder Wiederholungsgefahr vorgenommen werden soll – eine neuerliche Abmahnung erfolgen. Auch eine frühere generelle Abmahnung – etwa die Aufforderung mittels Megafon – reicht nicht für deren Rechtmäßigkeit.

### **6.3. VwGH 11.12.2001, 2000/01/0254**

Der VwGH erkannte im vorliegen Fall, dass der Tatbestand der Fluchtgefahr nicht schon dann ohne weiteres anzunehmen ist, wenn der Betreffende den „Ort des Geschehens“ verlassen möchte. Unter Fluchtgefahr ist vielmehr die Gefahr zu verstehen, der Verdächtige werde sich der Strafverfolgung als solcher entziehen. Dies setzt wiederum voraus, dass aus dem Verhalten des Verdächtigen abgeleitet wird, er werde sich dem Strafverfahren insgesamt bzw der ihm drohenden Strafe zu entziehen versuchen.

---

<sup>617</sup> Vgl etwa VfSlg 10.376, 10.521, 10.955, 11.426, 11.810, 13.240.

In dieser Entscheidung wurde festgestellt, dass eine Festnahme aus eigener Macht iSd § 171 Abs 2 StPO einen konkreten Tatverdacht gegen den Betroffenen, weiters das Bestehen eines Festnahmegrundes und schließlich eine besondere Dringlichkeit dieser Maßnahme voraussetzt<sup>618</sup>. Dabei stellt sich nunmehr die Frage, wann im rechtlichen Sinn Fluchtgefahr gemäß § 170 Abs 1 Z 2 StPO gegeben ist. Diese wird immer dann gegeben sein, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass sich der Betroffene der Strafverfolgung entziehen möchte. Da man die Gedanken der betroffenen Person jedoch nicht ohne weiteres „herausfinden“ kann, bedarf es objektivierbarer Tatsachen, woraus auf die Fluchtgefahr geschlossen werden kann. Etwa wäre die Festnahme wegen Fluchtgefahr gerechtfertigt, wenn auf Grund der Umstände mit einem „Absetzen“ ins Ausland oder einem sonstigen „Untertauchen“ zu rechnen wäre. Ein bloßes Verlassen der Polizeidienststelle wird allein noch nicht hinreichend sein. Ebenso kann Fluchtgefahr nicht schon allein deshalb bejaht werden, weil dem Betroffenen „Kalamitäten“ drohen und ihm ein unentdecktes Entkommen aus dem Bereich der Polizeidienststelle leicht möglich gewesen wäre.

Im vorliegenden Fall lag also mE definitiv keine Festnahmeermächtigung der Exekutive aus eigener Macht vor, sodass der einschreitende Beamte die Anordnung des StA – welche ohnehin leicht mittels Telefonat zu erreichen ist – einzuholen gehabt hätte.

#### **6.4. VwGH 6.12.2007, 2004/01/0409**

Dieses Erkenntnis behandelt die Festnahme durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 35 Z 1 VStG. Der VwGH vertritt hier – mE zu Recht und in nachvollziehbarer Weise – die Auffassung, dass es zur Identitätsfeststellung einer betroffenen Person zulässig ist, einen Ausweis aus der näheren Umgebung beizubringen. Im gegenständlichen Fall hatte nämlich der Betroffene keinen Ausweis bei

---

<sup>618</sup> In der Entscheidung des VwGH waren damals die §§ 175 Abs 1 und 177 Abs 1 StPO aF anwendbar. Mit 1.1.2008 wurde das Haftrecht auch im Hinblick auf die Terminologie geändert.

sich, sondern dieser lag in seinem ca 30 bis 50 m entfernt geparkten Auto. Gerade dieser Fall zeigt ausdrücklich wofür das Verhältnismäßigkeitsgebot<sup>619</sup> steht. Es wäre für das anhaltende Organ leicht und vor allem zumutbar gewesen vor dem Ausspruch der Festnahme die kurze Wegstrecke bis zum geparkten Fahrzeug zurückzulegen, und dort anhand des Ausweises die Identitätsfeststellung vorzunehmen. Damit die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots darüber hinaus in solchen Fällen greift, muss von einer Festnahme dann Abstand genommen werden, wenn die Identitätsfeststellung einer Person durch relativ einfache Maßnahmen und innerhalb eines zumutbaren Zeitraumes erfolgen kann. Da zumindest für österreichische Staatsbürger keine allgemeine Rechtspflicht<sup>620</sup> besteht einen Ausweis immer bei sich haben zu müssen, muss für den Nachweis der eigenen Identität auch ein gewisser Raum bleiben.

Anzumerken ist, dass auch die Anwendung von gelinderen Mitteln iSd § 37a Abs 1 und 2 VStG besondere Relevanz hat, denn hier kann eine mangelnde Identifizierbarkeit und die darauffolgende Festnahme durch die freiwillige Leistung eines festgesetzten Geldbetrages abgewendet werden<sup>621</sup>.

## **7. Kritik und Lösungsvorschläge**

### **7.1. VStG**

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Festnahme von Menschen durch Organe der öffentlichen Sicherheit aus eigener Macht im Bereich des VStG<sup>622</sup> sind im Grunde kurz und übersichtlich gestaltet. Dennoch bereiten einige Formulierungen Anlass zu Überlegungen. So stellt sich

---

<sup>619</sup> Vgl Art 1 Abs 3 PersFrG, siehe dazu *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 454; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, *Maßnahmenbeschwerde* (2006) 141.

<sup>620</sup> *Berka*, *Identitätsnachweis und Legalitätsprinzip*, *ÖJZ* 1984, 339.

<sup>621</sup> Vorläufige Sicherheitsleistung gemäß § 37a Abs 2 Z 1 VStG; vgl auch *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>3</sup> (2004) 459f; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 848ff.

<sup>622</sup> §§ 35 und 36 VStG.

etwa die Frage, wann die Identität einer Person festgestellt ist oder wo die zumutbare Grenze für Darlegung der eigenen Identität liegt?

Damit der Festnahmegrund „mangelnde Identifizierbarkeit“ iSd § 35 Z 1 VStG nicht erfüllt wird, muss dem einschreitenden Sicherheitsorgan gegenüber die eigene Identität eindeutig nachgewiesen werden. Dieser Nachweis kann dabei sowohl mit vorhandenen Dokumenten als auch durch Zeugen erbracht werden. Die Auswahl, mit welchen Mitteln der Betroffene seine Identität nachweist, sollte schließlich egal sein, denn faktisch muss für das handelnde Sicherheitsorgan mit ausreichender Sicherheit klar sein, wer der Betroffene ist. Dabei reicht es mE jedenfalls für die Ausweiseleistung aus, wenn die angehaltene Person einen amtlichen Lichtbildausweis vorzeigt. Das einschreitende Organ wird in der Regel eine Echtheitsprüfung des Ausweisdokuments vernehmen, soweit es notwendig erscheint. Da die persönliche Identität nichts mit einer Wohnadresse zwingend zu tun hat, wird dessen Angabe idR entbehrlich sein.

Beim Identitätsnachweis durch Zeugen könnte möglicherweise ein Problem dahingehend auftreten, dass vorhandene Auskunftspersonen bewusst falsche Angaben machen. Entscheidend ist auch hier der umfassende Eindruck des amtshandelnden Sicherheitsorgans, wie weit ein Zeuge glaubhafte Aussagen trifft. Diese Art der Identitätsbezeugung kann als Alternative ebenso ausreichend sein, wie das Vorzeigen eines Lichtbildausweises.

Auslegungsschwierigkeiten könnte eventuell die zeitliche Schiene mit sich bringen, nämlich wenn es darum geht, wie lange der Betroffene die Möglichkeit zum Nachweis seiner Identität hat. Das Wort „sofort“ im § 35 Z 1 VStG bildet in zeitlicher Hinsicht einen gewissen Interpretationsspielraum. Bei einer reinen Wortinterpretation bedeutet es, dass der Betroffene unverzüglich an Ort und Stelle ohne zeitliche Verzögerung seine Identität dem Polizeibeamten gegenüber nachweisen muss. Dies wird ihn nur dann erfolgreich gelingen, wenn der Betroffene selbst entweder einen amtlichen Lichtbildausweis bei sich trägt oder

anwesende Personen dem anhaltenden Sicherheitsorgan ausreichend Informationen zur Identitätsfeststellung mitteilen. Nach dem Zweck dieser Norm einerseits und dem Verhältnismäßigkeitsgebot andererseits muss die sofortige Identitätsfeststellung grundsätzlich auch Situationen oder Möglichkeiten zulassen, in denen etwa in zumutbarer Zeit Dokumente oder Zeugen zur Identitätsfeststellung beigebracht werden können<sup>623</sup>. Eine solche Möglichkeit bedingt zumindest eine gewisse Präzisierung der gesetzlichen Bestimmung. Ein möglicher legislatischer Vorschlag könnte wie folgt aussehen:

*§ 35 Z 1 VStG: der Betretene dem anhaltenden Organ unbekannt ist, sich nicht ausweist und seine Identität mit zumutbarer Zeitverzögerung zur Beibringung von Identitätsnachweisen auch sonst nicht festgestellt werden kann.*

Diese Formulierung brächte den Vorteil, dass zumutbare Zeitverzögerungen für die Identitätsfeststellung vorerst noch keine Festnahme bewirken. Es liegt zwar weiterhin im Ermessen des handelnden Organs wie viel Spielraum er dem Betroffenen einräumt, aber die Möglichkeit zur Beschaffung von Ausweisen oder Zeugen, die sich in der Nähe befinden, wird dadurch eröffnet.

Bei der Festnahme wegen Verharrung oder Wiederholungsgefahr iSd § 35 Z 3 VStG muss im Vorfeld die vom Gesetz geforderte Abmahnung erfolgt sein. Diese Aufforderung muss dem Betroffenen grundsätzlich als solche bewusst werden und auch in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang zur darauffolgenden Festnahme stehen.

Aus der Textierung des § 35 Z 3 VStG ist der enge zeitliche und örtliche Zusammenhang zwischen Abmahnung und der weiteren Tathandlung nicht ersichtlich. Diese Forderung wurde erst von der Judikatur des

---

<sup>623</sup> Anzudenken ist in diesem Zusammenhang, dass Ausweisdokumente etwa in einem in der Nähe geparkten oder abgestellten Fahrzeug liegen bzw von der nahe gelegenen Wohnung geholt werden könnten. Die telefonische Herbeiholung von Personen, die die Identität des Betroffenen bezeugen können oder Ausweisdokumente mitbringen, die eine Feststellung der Identität der angehaltenen Person ermöglicht.

VfGH<sup>624</sup> entwickelt. Damit diese Unmittelbarkeit der Abmahnung für den Rechtsunterworfenen besser erkennbar wird, könnte der Gesetzestext folgendermaßen geändert werden:

*§ 35 Z 3 VStG: der Betretene trotz unmittelbar vorangegangener Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung verharrt oder sie zu wiederholen sucht.*

Dadurch würde der zeitliche Konnex zwischen Abmahnung und Festnahme hervorgestrichen werden.

## 7.2. StPO

Die Neuregelungen innerhalb der Strafprozessordnung aufgrund des StrafprozessreformG<sup>625</sup> haben in vielen Bereichen das österreichische Strafprozessrecht grundlegend verändert. Dabei erfuhr auch der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen eine Änderung in jener Form, dass ein eigenständiges Rechtsmittel in die StPO aufgenommen wurde.

Die StPO sieht in den §§ 106f StPO im Zusammenhang mit gesetzten Zwangsmaßnahmen durch die StA oder Kriminalpolizei einen eigenen Rechtszug innerhalb der Gerichtsbarkeit vor. Demnach kann der in seinen Rechten Verletzte mögliche Rechtsverletzungen durch einen Einspruch gemäß § 106 StPO vor Gericht bekämpfen. Nach der bisherigen Rechtslage galt, dass betroffene Personen mittels einer Maßnahmenbeschwerde sich an den zuständigen UVS wenden konnten, sofern der Handlungsakt nicht der Gerichtsbarkeit zuzuordnen ist<sup>626</sup>.

Dieser „Sonderrechtsweg“ iSd § 106 StPO findet seine Berechtigung darin, dass die Organe der Verwaltung funktional im Auftrag der

---

<sup>624</sup> Vgl VfSlg 10.955; siehe auch *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>8</sup> (2003) Rz 840.

<sup>625</sup> BGBl I Nr 19/2004.

<sup>626</sup> Einen Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Zwangsmaßnahmen aufgrund eines richterlichen Befehls bot § 113 StPO aF. Gemäß § 113 Abs 1 StPO aF haben alle Personen, die sich durch eine Verfügung oder Verzögerung des Untersuchungsrichters beschwert erachten, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, das Recht, darüber eine Entscheidung der Ratskammer zu verlangen.

Gerichtsbarkeit tätig werden und somit diese Amtshandlung der Gerichtsbarkeit zugeordnet wird. Wie sieht die Rechtslage aber bei Amtshandlungen aus eigener Macht im Rahmen der Strafjustiz aus? Aus den Materialien zum StrafprozessreformG<sup>627</sup> ergibt sich, dass der Zweck des Einspruches wegen Rechtsverletzung ist, den bisher bestehenden Rechtszug zu den UVS gegen die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durch Exekutivbeamte im Dienste der Strafjustiz ohne richterliche Ermächtigung zu beseitigen<sup>628</sup>.

Aus der derzeitige Formulierung des § 106 Abs 1 StPO ergibt sich der Wegfall der Zuständigkeit der UVS allerdings nicht, weil der Gesetzestext weder auf die UVS noch auf deren durch Art 129a Abs 1 B-VG verfassungsgesetzlich und durch § 88 SPG einfachgesetzlich eingeräumten Kompetenzen Bezug nimmt<sup>629</sup>. Die aus der Judikatur des VfGH und VwGH abgeleitete Rechtsansicht<sup>630</sup>, dass die Maßnahmenbeschwerde nur ein subsidiärer Rechtsbehelf ist, der bei Vorliegen eines anderen Rechtsmittels in den Hintergrund tritt, bedingt, dass alle Zwangsmaßnahmen im Rahmen der Verfolgung von gerichtlich strafbaren Handlungen nicht mehr mittels einer Maßnahmenbeschwerde bekämpft werden können<sup>631</sup>.

Insofern sind mE Überlegungen anzustellen, ob nicht seitens der Gesetzgebung für Klarheit geschaffen werden sollte. Dabei könnte die Subsidiarität der Maßnahmenbeschwerde unmittelbar im Art 129a B-VG verankert werden, sodass bei Vorliegen eines anderen (einfachgesetzlichen) Rechtsmittels dieses vorrangig anzuwenden ist.

---

<sup>627</sup> EBRV 25 BlgNR 22. GP 143.

<sup>628</sup> *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBI 2008, 414.

<sup>629</sup> *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBI 2008, 414.

<sup>630</sup> VfSlg 16.815; VwGH 27.3.1998, 95/02/0506; weitere Judikatur siehe *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBI 2008 Fn 54.

<sup>631</sup> *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBI 2008, 415.

## C. Die Haus- oder Personendurchsuchung

### 1. Allgemeines und Abgrenzung

Der folgende Abschnitt widmet sich der selbständigen Durchsuchungsermächtigungen von Personen, Orten und Gegenständen durch die Kriminalpolizei nach den Bestimmungen der StPO sowie der Haus- oder Personendurchsuchung durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach dem SPG und dem WaffG.

Die eigenmächtige Haus- oder Personendurchsuchung durch Polizeibeamte stellt als Zwangsmaßnahme einen gravierenden Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen dar, zumal viele verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte berührt werden. Vielfach wird aber darüber hinaus auch in die Rechte Dritter eingegriffen. Trotz der Existenz von zahlreichen gesetzlichen Normen kommt es nicht selten bei solchen Polizeieinsätzen zu diversen (schweren) Rechtsverletzungen<sup>632</sup>.

Diese Berechtigungen zur eigenmächtigen Haus- oder Personendurchsuchung der Sicherheitsorgane sollen nach der geltenden Rechtslage unter Einbeziehung der herrschenden Judikatur auf ihre Zulässigkeit und deren Schranken untersucht werden.

Die (eigenmächtige) Durchsuchungsermächtigung der Organe der öffentlichen Sicherheit oder anderer berechtigter Organe nach dem Asylgesetz<sup>633</sup>, dem Fremdenpolizeigesetz<sup>634</sup>, dem Schieß- und Sprengmittelgesetz<sup>635</sup>, der Abgabenexekutionsordnung<sup>636</sup>, dem Finanzstrafgesetz<sup>637</sup>, dem Militärbefugnisgesetz<sup>638</sup>, dem

---

<sup>632</sup> Vgl etwa Zeitungsartikel „Kurier“ vom 20. Mai 2007, Seite 13 – Schädelbruch nach Amtshandlung; Falsche Wohnung bei Polizeirazzia gestürmt – siehe dazu: <http://oeo.orf.at/stories/190346> (04.05.2007); UVS OÖ, VwSen-420500/8/WIE/Ps, VwSen-420501/8/WIE/Ps.

<sup>633</sup> Vgl §§ 44 und 47 AsylG.

<sup>634</sup> Vgl § 37 FPG.

<sup>635</sup> Vgl § 42 Abs 4 SuSprmittelG.

<sup>636</sup> Vgl § 6 AbgEO.

<sup>637</sup> Vgl § 93 FinStG.

<sup>638</sup> Vgl § 12 MBG.

Telekommunikationsgesetz<sup>639</sup>, dem Wettbewerbsgesetz<sup>640</sup>, dem Zollrechts-Durchführungsgesetz<sup>641</sup>, dem Epidemiegesetz<sup>642</sup>, dem Lebensmittelgesetz<sup>643</sup> oder im Rahmen des Strafvollzuges<sup>644</sup> werden im Zuge dieser Arbeit nicht behandelt.

Ebenso wenig wird die molekulargenetische Untersuchung gemäß § 124 StPO diskutiert.

## 2. Begriffsbestimmungen

### 2.1. Hausdurchsuchung

Unter Hausdurchsuchung versteht § 1 HausrechtsG die Durchsuchung der Wohnung oder sonstiger zum Hauswesen gehöriger Räumlichkeiten<sup>645</sup>.

Dazu zählen insbesondere alle Zimmer, Kellerabteile, Dachböden, Ordinationen, betrieblich genutzte Räume, allgemein zugängliche Wirtshausräumlichkeiten, Kanzleiräume, Abstellräume, unterirdische Räume, Ställe, Scheunen, Schrebergartenhütten, Safes oder Fahrzeuge (wenn diese wie eine Räumlichkeit verwendet werden – zB Wohnmobile, Wohnwägen, Fernlastzüge mit Schlafkojen)<sup>646</sup>. Der Schutzzweck erstreckt sich auch auf touristisch genutzte Wohnanlagen, wie etwa Hotelzimmer, Ferienhäuser, Appartements, Badehütten, Schihütten oder Zelte<sup>647</sup>.

---

<sup>639</sup> Vgl § 87 TKG.

<sup>640</sup> Vgl § 12 WettbG.

<sup>641</sup> Vgl § 22 ZollR-DG.

<sup>642</sup> Vgl § 44 EpG.

<sup>643</sup> Vgl § 37 LMG.

<sup>644</sup> Vgl § 103 StVG.

<sup>645</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 23.

<sup>646</sup> VfSlg 1.747, 3.962, 5.182, 6.328, 9.525; siehe auch *Walter/Mayer/Kucske-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1430, *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 340f; *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 311.

<sup>647</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 312; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 24.

Die Suche dient dem Zweck Personen oder Gegenstände aufzufinden, deren Aufenthalt der Behörde oder deren Organen zwar nicht bekannt ist, jedoch vermutet wird, dass sie sich in die zu durchsuchenden Räumlichkeiten befinden könnten<sup>648</sup>.

Einen Raum zu durchsuchen heißt, dass man auch dessen Bestandteile und die darin befindlichen Objekte untersuchen kann<sup>649</sup>.

Der Begriff „Hausdurchsuchung“ wird im Hinblick auf technologische Weiterentwicklungen weit auszulegen sein, sodass auch moderne polizeiliche Ermittlungsmethoden mit speziell eingesetzten Geräten (zB Wärmebildkamera, Videokameras, Bodenradar etc) auch darunter fallen.

## **2.2. Personendurchsuchung**

Unter Personendurchsuchung wird die Durchsuchung der Bekleidung oder des Gepäcks (zB Taschen, Koffer etc) und Besichtigung des auch unbedeckten Körpers oder äußerlich zugänglichen Körperhöhlen (zB Mund, Ohrmuschel) zur Sicherstellung von Gegenständen (zB Beweisgegenstände, Drogen, verbotene Utensilien, Waffen etc) verstanden<sup>650</sup>. Sie dient aber auch im Falle einer Festnahme zur Fremd- und Eigensicherung.

## **2.3. Körperliche Untersuchung**

Unter körperlicher Untersuchung versteht man die Durchsuchung von Körperöffnungen (zB Mund, Ohren, Nase, After, Vagina), die Abnahme einer Blutprobe und alle anderen Eingriffe in die körperliche Integrität (zB Röntgen- oder Ultraschalluntersuchung, Verabreichung von Arzneimitteln)<sup>651</sup>.

---

<sup>648</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 33.

<sup>649</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 307.

<sup>650</sup> *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 311ff.

<sup>651</sup> *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 317ff.

### 3. Grundrechtliche Grundlagen

#### 3.1. Allgemeines

Der Schutz vor Hausdurchsuchungen wurde bereits im Gesetz vom 27. Oktober 1862 zum Schutze des Hausrechtes<sup>652</sup> detailliert geregelt, und in weiterer Folge durch Art 9 StGG zu einem Bestandteil des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867<sup>653</sup> erklärt. Gemäß Art 149 Abs 1 B-VG steht das Gesetz zum Schutze des Hausrechtes als integrierter Teil im Verfassungsrang.

Nach Art 8 Abs 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens und seiner Wohnung, sodass durch diese Bestimmung ein verfassungsrechtlicher Schutz im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen und auch Personendurchsuchungen gegeben ist.

Schon aus der Textierung des Art 8 EMRK ist erkennbar, dass dessen Wirkungsradius weiter<sup>654</sup> ist, als jener des HausrechtsG, zumal letzteres nur bei Hausdurchsuchungen Anwendung findet. Daher gilt das HausrechtsG als *lex specialis* zu Art 8 EMRK<sup>655</sup>.

Art 3 EMRK verbietet die Folter und die unmenschliche oder erniedrigende Behandlung bzw Strafe.

#### 3.2. Gesetz zum Schutze des Hausrechts

§ 1 HausrechtsG definiert zunächst den Terminus „Hausdurchsuchung“, wobei eine solche idR nur Kraft eines mit Gründen versehenen richterlichen Befehls unternommen werden darf und dieser den

---

<sup>652</sup> RGBI Nr 88/1862.

<sup>653</sup> RGBI Nr 142/1867.

<sup>654</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 95.

<sup>655</sup> Vgl dazu auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1427, *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 340; auch *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 486; *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 313f.

Beteiligten sogleich oder innerhalb von 24 Stunden zugestellt werden muss<sup>656</sup>.

Der richterliche Haftbefehl nach der StPO alt<sup>657</sup> wurde ersetzt durch eine Durchsuchungsbewilligung, welche von der StA aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung angeordnet wird<sup>658</sup>. Trotz der geänderten Terminologie im neuen Haftrecht steht dieses aber nicht im Widerspruch zum HausrechtsG, denn die gerichtliche Bewilligung nach § 120 Abs 1 StPO steht jedenfalls im Einklang mit der Forderung eines „richterlichen Befehls“ im § 1 HausrechtsG.

Die Formulierung im § 1 leg cit „Wohnung oder sonstige Räumlichkeiten wird wie bereits oben erläutert sehr weit ausgelegt und umfasst jedweden gegenüber der Öffentlichkeit abgeschlossenen oder zumindest abschließbaren Raum, der der häuslichen Gemeinschaft oder sonstigen persönlichen oder wirtschaftlichen Zwecken gewidmet ist“<sup>659</sup>.

Willigt der Betroffene in eine „freiwillige Nachschau“ ein, liegt keine Hausdurchsuchung vor<sup>660</sup>. Die Betonung muss hier in der Freiwilligkeit liegen, dh der Betroffenen entscheidet über die Nachschau selbst und unbeeinflusst. Für die Zustimmungserteilung sind keine bestimmten Formvorschriften vorgesehen, sie kann daher sowohl explizit als auch konkludent erfolgen. Die Freiwilligkeit wird an den objektiven Umständen des Einzelfalles zu messen sein, und im Falle eines „psychischen Druckes“ oder anderer durch die einschreitenden Organe in Aussicht gestellter Repressalien jedenfalls zu verneinen sein<sup>661</sup>.

---

<sup>656</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 55.

<sup>657</sup> Vgl § 140 Abs 3 StPO aF.

<sup>658</sup> Vgl § 120 Abs 1 StPO.

<sup>659</sup> Siehe Kapitel II.C.2.1.

<sup>660</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 46.

<sup>661</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 317f; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 46.

Als geschützter Personenkreis kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht<sup>662</sup>. Der VfGH sieht jedenfalls Eigentümer, Inhaber, Mieter und Untermieter als Träger des Hausrechts an<sup>663</sup>. Gäste, Handwerker oder etwa auch Hausbesetzer unterliegen nicht dem Schutz des Hausrechts<sup>664</sup>.

Bei juristischen Personen ist auch die Freiwilligkeit von Vertretern relevant, sofern die Einwilligung in deren Vertretungsbefugnis fällt<sup>665</sup>.

Auch das bloße Betreten von Räumen stellt nach der Judikatur des VfGH keine Hausdurchsuchung dar<sup>666</sup>.

Gemäß § 2 HausrechtsG können im zwei Fällen Hausdurchsuchungen zum Zwecke der Strafgerichtspflege ausnahmsweise auch ohne richterlichen Befehl durchgeführt werden.

### 3.2.1. Gefahr im Verzug (§ 2 Abs 1 HausrechtsG)

Bei Gefahr im Verzug kann von Gerichtsbeamten, Sicherheitsbehörden oder Gemeindevorstehern auch ohne richterlichen Befehl eine Hausdurchsuchung angeordnet werden. Dem Betroffenen ist eine schriftliche Ermächtigung vorzuweisen. Von der grundsätzlichen Regel, dass ein richterlicher Hausdurchsuchungsbefehl einzuholen ist, darf nur in besonderen Ausnahmefällen, dh wenn besondere Umstände eine Einholung nicht erlauben, abgegangen werden<sup>667</sup>.

---

<sup>662</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 27.

<sup>663</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 28. Siehe auch VfSlg 9.491. 10.328.

<sup>664</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 29.

<sup>665</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 46.

<sup>666</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1431; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 341; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 46; vgl auch VfSlg 1.906, 6.328, 8.928, 12.897.

<sup>667</sup> Solche Ausnahmefälle liegen etwa dann vor, wenn jemand durch die Zeitverzögerung Beweisstücke beseite schafft oder Spuren einer strafbaren Handlung verwischt. Vgl auch *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 325f; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 59.

Die Judikatur des VfGH<sup>668</sup> legt dabei einen besonders strengen Prüfungsmaßstab an. Es muss für den vorliegenden Fall unmöglich sein den richterlichen Befehl einzuholen. Gerade hinsichtlich moderner Telekommunikationsmittel (Mobiltelefon, Email) werden echte „Gefahr im Verzug – Fälle“ nur mehr äußerst selten anzunehmen sein<sup>669</sup>.

Keine Gefahr im Verzug ist gegeben, wenn noch ausreichend Zeit zur Einholung des richterlichen Befehls besteht, dh wenn die Amtshandlung trotz Zeitverzögerung durch die Einholung des richterlichen Befehls ohne Gefährdung des Erfolges durchgeführt werden kann<sup>670</sup>.

### 3.2.2. Aus eigener Macht (§ 2 Abs 2 HausrechtsG)

In besonders dringlichen Situationen benötigen die Sicherheitsorgane keinen richterlichen Befehl, sondern dürfen bei Verdacht einer bestimmten strafbaren Handlung in den nachstehenden Fällen eine Hausdurchsuchung auch aus eigener Macht vornehmen<sup>671</sup>:

- wenn gegen jemanden ein Vorführ- oder Haftbefehl<sup>672</sup> vorliegt,
- wenn jemand auf frischer Tat betreten<sup>673</sup> wird,

---

<sup>668</sup> Vgl VfSlg 12.213, 12.657, 13.045; siehe auch *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 493; *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 325f; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 59.

<sup>669</sup> Vgl etwa VfSlg 13.045.

<sup>670</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 325f.

<sup>671</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 61.

<sup>672</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 67; vgl VfSlg 9.491, 10.082, 11.231. Der Vorführungs- und Haftbefehl muss im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung bereits vorliegen und zugestellt sein. Die Sicherheitsorgane müssen in vertretbarer Weise annehmen können, dass sich die gesuchte Person in den zu durchsuchenden Räumen aufhält.

<sup>673</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 63. Der Polizist muss die Tatbegehung unmittelbar selbst wahrnehmen, sodass sich weitere Erhebungen und Befragungen erübrigen. Siehe zB VfSlg 10.327, 10.328.

- wenn jemand durch öffentliche Nacheile<sup>674</sup> oder öffentlichen Ruf<sup>675</sup> einer strafbaren Handlung verdächtig bezeichnet wird,
- wenn jemand im Besitz von Gegenständen betreten wird, die auf die Beteiligung an einer strafbaren Handlung hinweisen<sup>676</sup>.

Auch in den genannten Fällen muss nach Judikatur des VfGH<sup>677</sup> und hL<sup>678</sup> als Voraussetzung Gefahr im Verzug vorliegen. Ein weiteres Zulässigkeitsmerkmal muss ein vertretbarerweise gehegter, begründeter Verdacht gegen eine bestimmte Person vorliegen<sup>679</sup>.

### 3.2.3. Zusätzliche Bestimmungen

Nach § 2 Abs 3 HausrechtsG ist dem Beteiligten auf sein Verlangen sofort oder doch binnen 24 Stunden eine Bescheinigung über die Vornahme der Hausdurchsuchung und deren Gründe auszustellen. Die Bezeichnung als „Bescheinigung“ inkludiert die Schriftform, sodass bloße mündliche Informationen nicht ausreichen. Wesentlich erscheint in diesem Zusammenhang, dass der Beteiligte bei rechtzeitiger Antragstellung ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf die Ausstellung der Bescheinigung hat<sup>680</sup>.

---

<sup>674</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 64. Eine öffentliche Nacheile liegt vor, wenn der Verdächtige unmittelbar nach der Tat von der Menge im öffentlichen Raum verfolgt. Siehe auch VfSlg 3.108.

<sup>675</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 65. Eine Person wird durch öffentlichen Ruf einer strafbaren Handlung verdächtig bezeichnet, die unmittelbar nach der Tat durch Zurufe aus der Menge eben dieser Tat beschuldigt wird. Siehe auch VfSlg 3.108.

<sup>676</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 66. Betretung im Besitz von Gegenständen, die auf die Beteiligung an einer Straftat hinweisen, liegt dann vor, wenn die Sicherheitsorgane selbst den Sachbesitz unmittelbar wahrnehmen. Siehe auch VfSlg 10.851.

<sup>677</sup> VfSlg 10.850; 13.045.

<sup>678</sup> Vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1431, Fn 643; *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 327f.

<sup>679</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 327f.

<sup>680</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 329f; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 68.

Gemäß § 3 HausrechtsG ist der Gesetzgeber ermächtigt zum Zwecke der polizeilichen und finanziellen Aufsicht Hausdurchsuchungen gesetzlich vorzusehen<sup>681</sup>, wie dies etwa im SPG<sup>682</sup> oder WaffG<sup>683</sup> erfolgte. Der Materiengesetzgeber ist bei der Umschreibung von Fällen, in denen eine Hausdurchsuchung zulässig sein soll nicht frei. Die Grenze dieser Regelungsbefugnis bildet nämlich der Grundrechtsvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK<sup>684</sup>.

Ob für die Hausdurchsuchung zum Zwecke der polizeilichen Aufsicht auch die Einholung eines richterlichen Befehls notwendig wird, ist nicht ganz klar, zumal § 3 2. Satz HausrechtsG nur auf § 2 leg cit verweist, und in dieser Bestimmung kein richterlicher Befehl vorgesehen ist. Der VfGH vertritt die Auffassung, dass auch in diesem Fall nur bei Gefahr im Verzug auf einen richterlichen Befehl verzichtet werden darf<sup>685</sup>. Dennoch wird der hL zu folgen sein, zumal der Gesetzestext nicht schlechthin auf § 2 verweist, sondern lässt es bei der Anordnung der Maßgeblichkeit der Vorschriften bezüglich zweier Gegenstände (Ermächtigung und Bescheinigung) bewenden<sup>686</sup>.

§ 5 HausrechtsG normiert, dass die Hausdurchsuchung im Bereich der polizeilichen Aufsicht analog zu jenen der Strafgerichtspflege vorzunehmen ist und verweist weiters auf den Anwendungsbereich der StPO, sodass grundsätzlich ein richterlicher Befehl (eine gerichtliche Bewilligung) vorliegen muss<sup>687</sup>. Darüber hinaus kann aber mE auch die

---

<sup>681</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 72.

<sup>682</sup> Vgl § 39 SPG.

<sup>683</sup> Vgl § 53 WaffG.

<sup>684</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 331.

<sup>685</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 73. Siehe auch VfSlg 1.811, 6.553.

<sup>686</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 73.

<sup>687</sup> Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1436; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 496ff; siehe auch *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 331f; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 75.

Rechtsansicht vertreten werden, dass bereits aus § 1 HausrechtsG das Erfordernis eines richterlichen Befehls ableitbar ist, zumal diese Norm in seiner Definition alle Hausdurchsuchungen anspricht und diese regelmäßig nur mit einem richterlichen Befehl vorgenommen werden darf.

Führt ein Sicherheitsorgan eine Hausdurchsuchung gegen die Bestimmungen des HausrechtsG durch, ist er gemäß § 4 HausrechtsG strafbar<sup>688</sup>.

Wird im Zuge der Hausdurchsuchung nichts Verdächtiges ermittelt ist dem Betroffenen auf dessen Verlangen gemäß § 6 HausrechtsG eine Bestätigung auszustellen. Auch der Erhalt dieser Bestätigung stellt ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht dar. Die Ausstellung erfolgt schriftlich<sup>689</sup>.

### **3.3. Schutzbereich des Art 9 StGG**

Nach Art 9 Abs 1 StGG ist das Hausrecht unverletzlich und Abs 2 leg cit verweist auf die Anwendung des HausrechtsG, sodass der Schutzbereich ident ist<sup>690</sup>.

### **3.4. Schutzbereich des Art 3 EMRK**

Anlässlich von Personendurchsuchungen ist auch Art 3 EMRK zu prüfen, wonach niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf. Schutzgut ist hier die physische und psychische Integrität eines Menschen<sup>691</sup>.

---

<sup>688</sup> Siehe §§ 302, 303 StGB; vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1436; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 344; *Stolzechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 341f; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 91.

<sup>689</sup> *Stolzechner in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 330; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 9 StGG Rz 50.

<sup>690</sup> Nähere Ausführungen siehe Kapitel II.C.3.2.

<sup>691</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 21; *Kneihls in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 11.

Diese Bestimmung schützt im Zusammenhang mit der Durchsuchung von Personen vor jenen polizeilichen Amtshandlungen, die eine, die Menschenwürde beeinträchtigende, gröbliche Missachtung des Betroffenen als Person, darstellen<sup>692</sup>. Da jede Leibesvisitierung einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen darstellt, muss zur Feststellung, ob tatsächlich eine Verletzung des Art 3 EMRK stattgefunden hat oder nicht, die Amtshandlung vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemessen werden<sup>693</sup>.

Als erniedrigende Behandlung und damit als Verletzung des Art 3 EMRK ist jedenfalls eine ohne besonderen Anlass durchgeführte Leibesvisitierung<sup>694</sup>, die nicht notwendige Entkleidung des gefesselten Betroffenen zwecks Durchsuchung durch Polizeibeamte anlässlich seiner Festnahme<sup>695</sup>, oder aber auch die Entkleidung des Oberkörpers einer Frau im Rahmen einer Durchsuchung<sup>696</sup>, anzusehen. Ebenso ist eine Routinevisitierung, wobei der Betroffene aufgefordert wird, sich zur Gänze auszuziehen, auch die Unterhose hinunterzuziehen, sich zu bücken und die Gesäßbacken auseinander zu ziehen, um in dieser Lage besichtigt zu werden, als Verletzung von Art 3 EMRK durch exzessive Visitierung zu qualifizieren<sup>697</sup>. Im zu letzt genannten Fall wird besonders die Erniedrigung manifest<sup>698</sup>.

### 3.5. Schutzbereich des Art 8 EMRK

In Bezug auf Hausdurchsuchungen schützt Art 8 Abs 1 EMRK jeden Menschen vor staatlichen Eingriffen in dessen Wohnung und stellt somit einen Teil des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens dar.

---

<sup>692</sup> Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), I.1. zu Art 3 EMRK; *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 12.

<sup>693</sup> UVS Wien 17.10.2002, 02/13/9595/201/85, 02/13/9635/2001. Siehe auch *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 30.

<sup>694</sup> EGMR 4.2.2003, Lorse ua, Nr 52750/99, Z 72ff.

<sup>695</sup> EGMR 22.2.2007, Wieser, Nr 2293/03, Z 40f.

<sup>696</sup> *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 12. Siehe VfSlg 12.596.

<sup>697</sup> UVS Wien 17.10.2002, 02/13/9595/201/85, 02/13/9635/2001.

<sup>698</sup> *Kneihs in Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 3 EMRK Rz 12.

Die Personendurchsuchungen fallen in den Schutzbereich des Privatlebens und sind ebenfalls von Art 8 Abs 1 EMRK erfasst<sup>699</sup>.

Im Vergleich von Art 8 EMRK zu Art 9 StGG iVm dem HausrechtsG ist hinsichtlich des Schutzbereiches folgendes festzustellen:

Art 8 EMRK erfasst sowohl die Hausdurchsuchung als auch die Personen- (Gepäcks-)durchsuchung. Der Schutzbereich des Art 9 StGG ist hier enger und betrifft als *lex specialis* zum Art 8 EMRK nur die Hausdurchsuchungen<sup>700</sup>.

Das Recht auf Schutz der Wohnung beinhaltet aber nicht nur Wohnräume, sondern auch wohnungsnahe Gebäude und Flächen im Freien, wie insbesondere Garagen, Keller, Terrassen, Dachböden, Scheunen, Innenhöfe und Gärten<sup>701</sup>. Wohnwägen und Hausboote können ebenfalls vom Schutzbereich miterfasst sein, wenn sie als Lebensmittelpunkt des Betroffenen gelten<sup>702</sup>. Lebensmittelpunkt muss in diesem Zusammenhang bedeuten, dass der Betroffene sich überwiegend dort aufhält bzw dort tatsächlich wohnt. Da es mitunter hinsichtlich der Raumnutzung schwierig ist zwischen privater und beruflicher Sphäre<sup>703</sup> zu trennen, hat der EGMR auch Geschäftsräume unter den Wohnungsschutz gestellt<sup>704</sup>. Ein Eingriff in das Recht auf

---

<sup>699</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 43. Siehe auch VfSlg 13.708.

<sup>700</sup> Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1427f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 340f; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 134.

<sup>701</sup> Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1428; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 340f; Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 21; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 502; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 110.

<sup>702</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 110. EGMR 18.1.2001, Beard, Nr 24.882/94, Z 84; EKMR 2.9.1992, Andresz, Nr 19.212/91, Z 2.

<sup>703</sup> ZB Anwaltskanzlei, Notariat oder Arztpraxis im eigenem Haus.

<sup>704</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 21; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 111. EGMR 16.12.1992, Niemietz, Serie A 251-B, Z 30ff.

Wohnung liegt dann vor, wenn ein Sicherheitsorgan eine Wohnung ohne Zustimmung des Wohnungsinhabers betritt<sup>705</sup>.

Das Recht auf Privatleben schützt die gesamte Persönlichkeit eines Menschen sowie sein Recht auf Selbstbestimmung über seinen eigenen Körper. Die Durchsuchung von Personen, deren Kleidung oder von ihnen mitführende Gepäckstücke, die Besichtigung des nackten Körpers oder auch die körperliche Untersuchung von Körperhöhlen sind massive Eingriffe in diesen Schutzbereich des Art 8 EMRK und dürfen nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigungen vollzogen werden<sup>706</sup>.

Beschränkungen dieses verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts sind unter den Bedingungen des Art 8 Abs 2 EMRK möglich, und zwar wenn dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und zum Schutze der nationalen Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist<sup>707</sup>. Wie schon erwähnt sehen etwa die StPO, das SPG und WaffG als gesetzliche Grundlagen derartige rechtfertigende Eingriffsermächtigungen vor.

Jedem Eingriff muss eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorangehen, und zwar in der Weise, ob der Eingriff einerseits zur Zielerreichung geeignet ist und andererseits auch – hinsichtlich gelinderer Mittel – erforderlich war. Diese Abwägung der Rechtsgüter trifft im Falle einer eigenmächtigen Haus- oder Personendurchsuchung der amts handelnde Polizist.

Eine unrechtmäßige Haus- oder Personendurchsuchung durch Organe der öffentlichen Sicherheit verletzt gemäß Art 8 EMRK den Grundrechtsträger und begründet das Recht auf eine Beschwerde.

---

<sup>705</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 113. EGMR 23.9.1998, McLeod, RJD 1998-VII, Z 36.

<sup>706</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 43.

<sup>707</sup> Art 8 Abs 2 EMRK.

Fraglich erscheint, ob im Rahmen von Hausdurchsuchungen auch andere (mitbewohnende) anwesende Personen vom Schutzbereich erfasst sind. Dies ist mE zu bejahen, zumal bei einer Hausdurchsuchung alle anwesenden Bewohner<sup>708</sup> in ihrem geschützten Bereich gestört werden. Personen, denen über einen Raum ein Benützungs- oder Verfügungsrecht zukommt und die dieses Recht auch tatsächlich ausüben, stehen unter dem Schutz des Art 8 EMRK. Den Schutz genießen danach nicht nur Hauseigentümer, Eigentümer, Mieter oder Untermieter, sondern auch bloße Inhaber, wobei bei gemeinsamer Nutzung mehrerer Personen dieses Recht jeden Einzelnen zusteht<sup>709</sup>. Ausgeschlossen von Schutz sind sodann jedenfalls Besucher<sup>710</sup> und Personen, welche sich etwa gesetzwidrig in den Räumlichkeiten aufhalten<sup>711</sup>.

Auch nach der Judikatur des VfGH<sup>712</sup> kommt der Schutz jedem Inhaber eines Raumes zu, dh alle anwesenden Inhaber sind Grundrechtsträger und können allenfalls mit separaten Beschwerden gegen den Eingriff vorgehen. Dementsprechend kann der Rechtsauffassung des UFS Linz<sup>713</sup> gefolgt werden, dass ein bloßer Gast, welcher sich sporadisch ausnahmsweise in einer Wohnung zu nächtigen erlaubt, in diesem Sinne nicht als Inhaber anzusehen ist.

---

<sup>708</sup> ZB Ehegatte, Lebensgefährte, Kinder, Untermieter etc.

<sup>709</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler Grund- und Menschenrechte in Österreich* (1992) Band II 314f.

<sup>710</sup> Besucher oder andere bloß anwesende Personen genießen aber trotzdem den Schutz anderer verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte. Wenn sie im Zuge einer Hausdurchsuchung getötet, verletzt oder in sonstiger Weise berührt werden, sind die Art 2,3 oder 8 EMRK anzuwenden.

<sup>711</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler Grund- und Menschenrechte in Österreich* (1992) Band II 316; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 112.

<sup>712</sup> Vgl VfSlg 4.272, 6.968, 10.327, 10.850, 13.045; siehe *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1428.

<sup>713</sup> UFS Linz 6.7.2004, FSRV/0034-L/02.

#### **4. Kompetenzrechtlich Grundlagen**

Die StPO hat ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG, da der Bund aufgrund der zitierten Norm in Gesetzgebung und Vollziehung für das „Strafrechtswesen mit Ausschluss des Verwaltungsstrafrechtes und des Verwaltungsstrafverfahrens in Angelegenheiten, die in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fallen...“ zuständig ist.

Mit dem Begriff „Strafrechtswesen“ ist sowohl das materielle Strafrecht als auch das Strafverfahren gemeint<sup>714</sup>.

Das Waffengesetz und das Sicherheitspolizeigesetz haben ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG, da der Bund aufgrund der zitierten Norm in Gesetzgebung und Vollziehung unter anderem sowohl für die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit ...“ als auch für das „Waffen-, Munitions- und Sprengmittelwesen“ zuständig ist<sup>715</sup>.

#### **5. Einfachgesetzliche Grundlagen**

##### **5.1. Strafprozessordnung 1975**

Als wichtige Ermittlungsmaßnahme regelt die StPO in dessen 2. Teil, 8. Hauptstück und 2. Abschnitt<sup>716</sup> unter dem Titel „Identitätsfeststellung, Durchsuchung von Orten und Gegenständen, Durchsuchung von Personen, körperliche Untersuchung und molekulargenetische Untersuchung“ die Zulässigkeit der Haus- und Personendurchsuchung.

Im Zuge dieser Arbeit soll hinsichtlich der StPO in weiterer Folge nur die eigenmächtige Durchsuchung von Orten, Gegenständen und Personen

---

<sup>714</sup> Vgl. Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), I.6. zu Art 10 B-VG.

<sup>715</sup> Vgl. Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), I.7. zu Art 10 B-VG.

<sup>716</sup> Vgl. §§ 117 ff StPO.

durch die Kriminalpolizei im Zusammenhang mit dem Verdacht auf eine strafbare Handlung beleuchtet werden.

#### 5.1.1. Durchsuchung von Orten und Gegenständen

§ 117 Z 2 lit a und b StPO definiert die Durchsuchung von Orten und Gegenständen, als das Durchsuchen eines nicht allgemein zugänglichen Grundstückes, Raumes, Fahrzeuges oder Behältnisses, die nicht dem verfassungsrechtlichen Schutz des Hausrechts unterliegen (lit a), sowie als das Durchsuchen der Wohnung oder eines anderen Ortes, welcher durch das Hausrecht geschützt ist (lit b)<sup>717</sup>. Die Durchsuchung erstreckt sich natürlich auch auf die in Wohnungen etc befindlichen Gegenstände.

Diese Durchsuchung ist dann zulässig, wenn – Verhältnismäßigkeit<sup>718</sup> vorausgesetzt – aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sich der Beschuldigte selbst dort verborgen hält, bzw sich dort Gegenstände oder Spuren befinden könnten, die sichergestellt oder ausgewertet werden dürfen. Beachtenswert ist der Umstand, dass eine Hausdurchsuchung nur zulässig ist, wenn überhaupt feststeht nach wen oder was eigentlich gesucht werden soll. Mit anderen Worten ausgedrückt bedeutet das, dass die Suche nach unbestimmten Personen oder die Durchführung einer Hausdurchsuchung, um dadurch erst konkrete Verdachtsmomente zu erlangen iSd § 119 Abs 1 StPO ausgeschlossen ist<sup>719</sup>.

Willigt aber jemand freiwillig in eine Nachschau<sup>720</sup> ein, liegt keine Hausdurchsuchung vor. Die Freiwilligkeit muss aber vom Betroffenen selbst aus freien Stücken abgeleitet werden und darf nicht vom einschreitenden Polizisten durch Drohungen oder List herbeigeführt worden sein<sup>721</sup>. Jedwede Art der Bewusstseinsbeeinflussung der

---

<sup>717</sup> *Bauer*, Ausgewählte beweissichernde Zwangsmittel in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 758.

<sup>718</sup> Vgl § 5 Abs 1 und 2 StPO-

<sup>719</sup> *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 302; *Platzgummer*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens<sup>7</sup> (1996) 105.

<sup>720</sup> Vgl etwa OGH 15.2.2005, 14 Os 100/04; VwGH 28.1.2005, 2004/01/0250; UVS VIbg 14.4.2004, 2-06/03; UVS Stmk 13.6.2000, UVS-22.3-1/99; VfSlg 12.517.

<sup>721</sup> *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 303.

betroffenen Person durch die amts handelnden Organe führt dazu, dass nicht mehr von einer freiwilligen Nachschau gesprochen werden kann und deshalb die Voraussetzungen zur Durchführung einer Hausdurchsuchung vorliegen müssen. Wurde etwa die Zustimmung zur freiwilligen Nachschau formal eingeholt, aber dem Betroffenen im Vorfeld klar gemacht, dass ohnehin bereits eine gerichtliche Genehmigung für eine Hausdurchsuchung vorliege, kann nicht mehr von Freiwilligkeit gesprochen werden.

Wo besteht nun nach der StPO die Möglichkeit der Kriminalpolizei für das eigenmächtige Durchsuchen von Orten und Gegenständen und wie unterscheidet diese die StPO?

Bei der Hausdurchsuchung kann hinsichtlich der Regelung im § 117 Z 2 StPO abhängig von der Eingriffsintensität der Maßnahme zwischen der „einfachen“ und „qualifizierten“ Hausdurchsuchung differenziert werden. Die erstere Durchsuchung stellt keinen Eingriff in das Hausrecht gemäß § 1 HausrechtsG dar.

Die Kriminalpolizei darf zunächst gemäß § 120 Abs 2 StPO die sogenannte „einfache Hausdurchsuchung“<sup>722</sup> – darunter versteht man das Durchsuchen eines nicht allgemein zugänglichen Grundstückes, Raumes, Fahrzeuges oder Behältnisses gemäß § 117 Z 2 lit a StPO – von sich aus vornehmen. Natürlich müssen zunächst die allgemeinen Zulässigkeitskriterien des § 119 Abs 1 StPO vorliegen. Auch wenn diese Durchsuchungsermächtigung nicht in das Hausrecht eingreift, liegt mE dennoch zumindest eine Berührung des Art 8 EMRK auf der Hand, zumal eine solche Durchsuchung jedenfalls die Privatsphäre des Betroffenen tangiert. Daraus folgt, dass gesetzwidrige eigenmächtige Durchsuchungen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht des Art 8 EMRK<sup>723</sup> verletzen.

---

<sup>722</sup> Oshidari, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 140.

<sup>723</sup> Vgl. Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 231f; Wiederin in Korinek/Holoubek, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 113.

Nach der alten Rechtslage<sup>724</sup> waren etwa Fahrzeuge und Behältnisse gar nicht explizit angeführt, sodass die Neuformulierung in diesen Bereichen mehr Klarheit und erhöhte Rechtssicherheit für die einschreitenden Polizisten und die Rechtsunterworfenen bringt. Die Sicherheitsorgane können im Rahmen des § 120 Abs 2 StPO rasch und unbürokratisch Räume und Fahrzeuge durchsuchen<sup>725</sup>. Ob das Gesetz hier nicht über das Ziel hinausschießt bleibt abzuwarten, denn der Anwendungsbereich dieser Maßnahme ist mE viel zu weit und steht nicht im Verhältnis zum grundrechtlichen Schutz.

Die „qualifizierte Hausdurchsuchung“ – also jener Durchsuchung von Orten und Gegenständen nach § 117 Z 2 lit b StPO, die durch das Hausrecht geschützt sind – setzt gemäß § 120 Abs 1 StPO eine Anordnung der Staatsanwaltschaft aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung voraus. Hier sieht der Gesetzgeber offensichtlich einen höheren Rechtsschutzbereich und fordert die Mitwirkung der StA und des Gerichtes. Ausnahmsweise darf die Kriminalpolizei bei Gefahr im Verzug auch die „qualifizierte“ Hausdurchsuchung aus eigener Macht durchführen, und benötigt daher vorläufig keine Anordnung der StA<sup>726</sup>. Auch in diesem Zusammenhang muss wieder betont werden, dass Gefahr im Verzug nur dann vorliegen kann, wenn der Kriminalbeamte den StA nicht einmal telefonisch rechtzeitig erreichen kann<sup>727</sup> oder die Umstände des Falles ein unverzügliches Handeln erfordern, zumal es nach der Lage des Falles unmöglich ist, ohne Gefährdung der Amtshandlung die gerichtliche Bewilligung einzuholen<sup>728</sup>.

Gemäß § 122 Abs 1 StPO muss der Kriminalbeamte nach vollzogener Hausdurchsuchung sobald wie möglich dem StA einen Bericht

---

<sup>724</sup> Vgl §§ 139ff StPO aF.

<sup>725</sup> *Eigner*, Die neue Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei, ÖJZ 2008, 480.

<sup>726</sup> Vgl § 120 Abs 1 „erster Satz“ letzter Halbsatz StPO.

<sup>727</sup> *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 192; Im modernen Zeitalter der Mobiltelefonie wird diese Maßnahme wohl auf absolute Ausnahmesituationen zutreffen. Ein unverzügliches Handeln ohne Zwischenakt wäre denkbar, wenn ein in der Wohnung versteckter Tatverdächtiger gerade im Begriff ist mit der „Beute“ zu flüchten und der Kriminalbeamte sofort agieren muss.

<sup>728</sup> Vgl *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 493.

(Anlassbericht)<sup>729</sup> vorlegen. Der unbestimmte Gesetzeswortlaut „sobald“ wird dabei nur bedeuten können, dass der Bericht direkt im Anschluss an die Hausdurchsuchung abzufertigen ist und alle unnötigen Verzögerungen zu vermeiden sind. Als rechtliche Konsequenz einer Unterlassung des Berichts wird mE die gesamte Hausdurchsuchung rechtswidrig sein.

Der StA beantragt sodann im Fall des eigenmächtigen Einschreitens von Sicherheitsorganen im Nachhinein eine gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Hausdurchsuchung. Wird diese nachträgliche Bewilligung vom Gericht nicht erteilt, dann müssen die StA und die Kriminalpolizei mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln den ursprünglichen Rechtszustand wieder herstellen, dh die im Zuge der Durchsuchung vorgefundenen und sichergestellten Gegenstände oder Beweismittel sind wieder zurückzugeben oder Spuren sind zu vernichten<sup>730</sup>.

Diskussionswürdig ist der Umstand, dass gemäß § 2 Abs 1 letzter Satz HausrechtsG der eigenmächtig durchsuchende Polizist mit einer schriftlichen Ermächtigung zur Vornahme der Hausdurchsuchung zu versehen ist, welche er dem Betroffenen vorzuweisen hat<sup>731</sup>. Wo der Beamte die Ermächtigung erhält, lässt das Gesetz offen. Ebenso ist fraglich, ob der Beamte auch ohne ein dahin gerichtetes Verlangen des Betroffenen verpflichtet ist, diese Ermächtigung vorzuweisen. Die erste Frage kann man so beantworten, dass die funktionell zuständige Behörde gemeint sein wird<sup>732</sup>. Die zweite Frage hinsichtlich der Pflicht

---

<sup>729</sup> Gemäß § 100 Abs 2 Z 2 hat die Kriminalpolizei der Staatsanwaltschaft schriftlich oder im Wege automationsunterstützter Datenverarbeitung zu berichten, wenn und sobald eine Anordnung oder Genehmigung der Staatsanwaltschaft oder eine Entscheidung des Gerichts erforderlich oder zweckmäßig ist oder die Staatsanwaltschaft einen Bericht verlangt.

<sup>730</sup> Vgl § 122 Abs 1 letzter Satz StPO; *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 306; *Bauer*, Ausgewählte beweissichernde Zwangsmittel in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 760.

<sup>731</sup> § 2 Abs 1 HausrechtsG iVm Art 149 B-VG steht im Verfassungsrang. Vgl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1433; *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 306; siehe auch VfSlg 9.766.

<sup>732</sup> In Frage kommen die Sicherheitsbehörden oder die Bezirksverwaltungsbehörden.

zur Vorweisung der Ermächtigung bejaht der VfGH mit dem Argument, dass die gesetzlichen Erfordernisse im § 2 Abs 1 HausrechtsG nebeneinander aufgezählt sind. Es muss daher angenommen werden, dass die Vorweisung der schriftlichen Ermächtigung verfassungsrechtlich dasselbe Gewicht hat, wie das Bestehen einer solchen Ermächtigung überhaupt<sup>733</sup>.

Die maßgeblichen Normen der StPO sehen beim selbständigen Einschreiten wegen Gefahr im Verzug das Vorzeigen einer solchen schriftlichen Ermächtigung aber nicht vor, obwohl die StPO alt dies noch klar vorgeschrieben hatte<sup>734</sup>. ME ist hier dem Gesetzgeber ein wahrscheinlich ungewollter Fehler unterlaufen, sodass abzuwarten bleibt, ob hier eine Korrektur erfolgt.

#### 5.1.2. Durchsuchung von Personen

§ 117 Z 3 lit a und b StPO definiert die Durchsuchung von Personen, als die Durchsuchung der Bekleidung einer Person und die Gegenstände, die sie bei sich hat und die Besichtigung des unbekleideten Körpers einer Person.

Die Durchsuchung einer Person ist gemäß § 119 Abs 2 StPO dann zulässig, wenn diese

- festgenommen oder auf frischer Tat betreten wurde,
- einer Straftat verdächtig ist und auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die Person Gegenstände, die der Sicherstellung unterliegen, bei sich oder Spuren an sich habe<sup>735</sup>,

---

<sup>733</sup> Vgl VfSlg 2515.

<sup>734</sup> Vgl § 141 Abs 1 StPO aF: Zum Zwecke der Strafgerichtspflege kann bei Gefahr im Verzug auch ohne richterlichen Befehl eine Hausdurchsuchung von Gerichtsbeamten oder Beamten der Sicherheitsbehörden angeordnet werden. Der zur Vornahme Abgeordnete ist mit einer schriftlichen Ermächtigung zu versehen, die er dem Beteiligten vorzuweisen hat.

<sup>735</sup> ZB Drogen, gestohlene Gegenstände, Waffen, verbotene Gegenstände, Tatwerkzeuge etc.

- durch eine Straftat Verletzungen erlitten oder andere Veränderungen am Körper erfahren haben könnte, deren Feststellung für Zwecke eines Strafverfahrens erforderlich ist<sup>736</sup>.

Prinzipiell besteht auch hier wieder analog zur Hausdurchsuchung die Möglichkeit der freiwilligen Nachschau<sup>737</sup>. Liegt Freiwilligkeit des Betroffenen vor, handelt es sich rechtlich um keine Personendurchsuchung. Ansonsten wird auf die Ausführungen bei der Hausdurchsuchung verwiesen<sup>738</sup>.

Wo besteht nun nach der StPO die Möglichkeit der Kriminalpolizei für die eigenmächtige Personendurchsuchung und wie unterscheidet diese die StPO?

Auch bei der Personendurchsuchung kann man hinsichtlich der Regelung im § 117 Z 3 StPO und abhängig von der Eingriffsintensität der Maßnahme zwischen der „einfachen“ und „qualifizierten“ Personendurchsuchung unterscheiden. Die letztere Art der Durchsuchung greift erheblich mehr in die Intimsphäre des Betroffenen ein und stellt daher einen massiven Eingriff in das Recht auf Achtung der Privatsphäre gemäß Art 8 EMRK dar<sup>739</sup>.

Die Kriminalpolizei darf zunächst gemäß § 120 Abs 2 StPO die sogenannte „einfache Personendurchsuchung“ – darunter versteht man die weniger eingriffsintensive Durchsuchung<sup>740</sup> der Bekleidung einer Person, sowie der Sachen, die sie bei sich hat<sup>741</sup> – von sich aus vornehmen.

Unter Durchsuchen der Bekleidung versteht man das Abtasten der Kleidung, das Hineingreifen in Rock-, Mantel- oder Hosentaschen und

---

<sup>736</sup> *Bauer*, Ausgewählte beweissichernde Zwangsmittel in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 759.

<sup>737</sup> Vgl § 121 Abs 1 StPO.

<sup>738</sup> Siehe Kapitel II.C.5.1.1.

<sup>739</sup> Vgl dazu *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 7ff; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 43.

<sup>740</sup> *Oshidari*, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 140f.

<sup>741</sup> Vgl § 117 Z 3 lit a StPO.

sämtlichen Innentaschen<sup>742</sup>. Darüber hinaus darf die Durchsuchung auf alle Gegenstände ausgedehnt werden, die der Betroffene bei sich trägt, wie insbesondere alle Arten von Taschen, Koffern oder andere Behältnisse.

Zur Vornahme der eigenmächtigen Personendurchsuchung iSd § 117 Z 3 lit a StPO müssen zunächst die allgemeinen Zulässigkeitskriterien des § 119 Abs 2 StPO vorliegen<sup>743</sup>.

Die „qualifizierten Personendurchsuchung“ – also jener Durchsuchung, bei welcher auch gemäß § 117 Z 3 lit b StPO der unbedeckte Körper einer Person besichtigt wird, setzt gemäß § 120 Abs 1 StPO eine Anordnung der Staatsanwaltschaft aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung voraus. Auch hier sieht der Gesetzgeber aufgrund des massiven Eingriffs in die persönliche Intimsphäre einen evidenten höheren Rechtsschutzbereich und fordert idR die Mitwirkung der StA und der Gerichte. Nur ausnahmsweise darf die Kriminalpolizei bei Gefahr im Verzug auch die Besichtigung des nackten Körpers aus eigener Macht durchführen, und benötigt daher vorläufig keine Anordnung der StA<sup>744</sup>. Die eigenmächtige Durchsuchung von Personen kann in diesem Zusammenhang wie bei der zuvor beschriebenen Hausdurchsuchung nur dann vorgezogen werden, wenn der StA nicht einmal telefonisch rechtzeitig erreichen kann<sup>745</sup> oder die Umstände des vorliegenden Falles ein unverzügliches Handeln erfordern.

---

<sup>742</sup> Bertel/Venier, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 311.

<sup>743</sup> Eigner, Die neue Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei, ÖJZ 2008, 479.

<sup>744</sup> Vgl. § 120 Abs 1 „erster Satz“ letzter Halbsatz StPO; Oshidari, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 141.

<sup>745</sup> Bertel/Venier, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 192; Im Zeitalter der Mobiltelefonie wird diese Maßnahme wohl auf absolute Ausnahmesituationen zutreffen. Ein unverzügliches Handeln ohne Zwischenakt wäre denkbar, wenn ein in der Wohnung versteckter Tatverdächtiger gerade im Begriff ist mit der „Beute“ zu flüchten und der Kriminalbeamte sofort agieren muss.

Gemäß § 122 Abs 1 StPO muss der Kriminalbeamte nach vollzogener selbständiger Personendurchsuchung sobald wie möglich dem StA einen Bericht (Anlassbericht)<sup>746</sup> vorlegen.

Die Besichtigung des unbedeckten Körpers stellt einen erheblichen Eingriff in die Intim- und Privatsphäre eines Menschen ein. Die Kriminalpolizei darf das ganze oder teilweise Ausziehen der Kleidung verlangen und den gesamten Körper (ohne Körperöffnungen) nach Spuren oder versteckten Gegenständen absuchen. Berühren und Abtasten der Haut, sowie der Griff unter die Unterwäsche sind legitim.

Gemäß § 121 Abs 3 StPO<sup>747</sup> wurde vom Gesetzgeber eine geschlechterspezifische Durchsuchung normiert. Männer dürfen nur von männlichen Kriminalbeamten und Frauen nur von weiblichen Kriminalbeamtinnen durchsucht werden<sup>748</sup>. In beiden Fällen ist auch eine Durchsuchung von einem Arzt oder einer Ärztin geschlechterunabhängig zulässig. Besonders wichtig erscheint die gesetzliche Normierung, dass diese Art der Personendurchsuchung unter Achtung der Würde der zu untersuchenden Person zu geschehen hat. Somit ist auch klar gestellt, dass die Durchsuchung und Besichtigung eines unbedeckten Betroffenen durch das andere Geschlecht gesetzlich ausgeschlossen ist, dh, dass auch bei Gefahr im Verzug eine Durchsuchung aus eigener Macht vorerst nur nach § 117 Z 3 lit a StPO erfolgen darf. Für die qualifizierte Personendurchsuchung muss entweder ein Arzt oder ein Kriminalbeamter desselben Geschlechts angefordert werden.

---

<sup>746</sup> Gemäß § 100 Abs 2 Z 2 StPO hat die Kriminalpolizei der Staatsanwaltschaft schriftlich oder im Wege automationsunterstützter Datenverarbeitung zu berichten, wenn und sobald eine Anordnung oder Genehmigung der Staatsanwaltschaft oder eine Entscheidung des Gerichts erforderlich oder zweckmäßig ist oder die Staatsanwaltschaft einen Bericht verlangt.

<sup>747</sup> § 121 Abs 3 StPO lautet: Bei der Durchführung sind Aufsehen, Belästigungen und Störungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken. Die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte sämtlicher Betroffener sind soweit wie möglich zu wahren. Eine Durchsuchung von Personen nach § 117 Z 3 lit b StPO ist stets von einer Person desselben Geschlechts oder von einem Arzt unter Achtung der Würde der zu untersuchenden Person vorzunehmen.

<sup>748</sup> Bertel/Venier, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 315.

### 5.1.3. Körperliche Untersuchung

Unter körperlicher Untersuchung von Personen versteht man gemäß § 117 Z 4 StPO die Durchsuchung von Körperöffnungen, die Abnahme einer Blutprobe und jeder andere Eingriff in die körperliche Integrität. Körperöffnungen sind etwa Mund, Nasen- sowie Ohrenöffnungen, After und Vagina<sup>749</sup>. Unter die zuletzt genannte Untersuchung zählen etwa die Abnahme anderer Körperflüssigkeiten als Blut (Liquor, Samen, Harn etc) sowie die Zufuhr von Stoffen in den Körper (Abführmittel etc)<sup>750</sup>.

Die körperliche Untersuchung einer Person ist gemäß § 123 Abs 1 Z 1 – 3 StPO dann zulässig, wenn

- auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass eine Person Spuren hinterlassen hat, deren Sicherstellung und Untersuchung für die Aufklärung einer Straftat wesentlich sind,
- auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass eine Person Gegenstände im Körper verbirgt, die der Sicherstellung unterliegen, oder
- Tatsachen, die für die Aufklärung einer Straftat oder die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit von maßgebender Bedeutung sind, auf andere Weise nicht festgestellt werden können.

Jede körperliche Untersuchung muss dementsprechend obligatorisch von der Staatsanwaltschaft aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung angeordnet werden<sup>751</sup>. Bei Vorliegen von Gefahr im Verzug ist die Anordnung der StA ausreichend. Die gerichtliche Bewilligung muss jedoch auch in solchen Fällen durch die StA eingeholt werden.

---

<sup>749</sup> Bertel/Venier, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 317; Oshidari, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 141; Birklbauer, Körperliche Untersuchung und DNA-Analyse, ÖJZ 2008, 347.

<sup>750</sup> Birklbauer, Körperliche Untersuchung und DNA-Analyse, ÖJZ 2008, 347.

<sup>751</sup> Vgl § 123 Abs 3 StPO.

Die einzige Ausnahme von dieser Regel bildet der Mundhöhlenabstrich. Diesen kann die Kriminalpolizei auch von sich aus abnehmen<sup>752</sup>. Besondere Bedeutung gewinnt der Mundhöhlenabstrich für die DNA-Analyse<sup>753</sup> zum Zwecke der Tataufklärung und Beweisführung, sowie der Durchführung von Reihenuntersuchungen<sup>754</sup>. Die Reihenuntersuchung ist zulässig zur Aufklärung von strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung<sup>755</sup>, sowie von Delikten, die mit einer mehr als fünfjährigen Freiheitsstrafe bedroht sind. Wie weit der jeweilige Personenkreis zu ziehen ist, wird weder im Gesetz noch in den Materialien gesagt. Da idR überwiegend in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte von an der Tat unbeteiligten Personen eingegriffen wird, müssen an solche Untersuchungen strenge Maßstäbe angelegt werden<sup>756</sup>.

Gemäß § 123 Abs 5 StPO ist jede körperliche Untersuchung mit Ausnahme des Mundhöhlenabstriches von einem Arzt vorzunehmen.

Hinsichtlich der Verwertbarkeit normiert § 123 Abs 6 StPO ein Beweisverbot. Untersuchungsergebnisse dürfen nur dann in einem

---

<sup>752</sup> Vgl § 131 Abs 3 letzter Satz StPO.

<sup>753</sup> Als DNA-Analysen, auch DNA-Tests, Genanalyse oder Gentests, werden molekularbiologische Verfahren bezeichnet, welche die Desoxyribonucleicacid (DNA, deutsche Abkürzung DNS für Desoxyribonukleinsäure) verwenden, um Rückschlüsse auf verschiedene Aspekte des Individuums ziehen zu können. Dabei kann es sich, beispielsweise bei menschlicher DNA, um medizinisch-diagnostische Fragen handeln, also die genetischen Grundlagen einer bereits bestehenden Krankheit aufklären, oder um die Untersuchung von Prädispositionen für Krankheiten. DNA-Analysen werden auch durchgeführt, um mit dem Genetischen Fingerabdruck Identitäts- und Verwandtschaftsfragen zu klären, sowie zur Verbrechensaufklärung; <http://de.wikipedia.org/wiki/DNA-Analyse> (18.02.2009).

<sup>754</sup> Vgl § 123 Abs 2 StPO; *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 318. Die Reihenuntersuchung ist eine Untersuchung von Menschen, die einem durch bestimmte Merkmale individualisierbaren Personenkreis angehören.

<sup>755</sup> Vgl §§ 201 – 220a StGB (10. Abschnitt).

<sup>756</sup> *Birkbauer*, Körperliche Untersuchung und DNA-Analyse, ÖJZ 2008, 347.

Verfahren verwertet werden, wenn die Voraussetzungen der Z 1 – 3<sup>757</sup> leg cit vorhanden sind.

#### 5.1.4. Voraussetzungen und Vorgangsweise, Zwangsmittel

Vor der Durchführung einer Haus- oder Personendurchsuchung muss der Kriminalpolizist dem Betroffenen eine Rechtsbelehrung<sup>758</sup> erteilen lassen, dh ihn von seinen wesentlichen Rechten informieren. Die Kriminalpolizei hat der betroffenen Person die maßgebenden Gründe für die Durchsuchung zu nennen, damit klar wird warum etwas gesucht wird und nach was gesucht werden soll.

Ebenso muss vor einer solchen Durchsuchung die Aufforderung an den Betroffenen ergehen, das Gesuchte freiwillig herauszugeben. Diese Aufforderung darf – im Rahmen einer Ermessensentscheidung – nur bei Gefahr im Verzug sowie bei festgenommenen oder auf frischer Tat betretenen Personen entfallen<sup>759</sup>. Erst dann, wenn die betroffene Person nicht Willens ist dieser Aufforderung Folge zu leisten oder dieser Aufforderung nur ungenügend nachkommt, kann die Durchsuchung auch unter Anwendung von verhältnismäßiger und angemessener Zwangsgewalt<sup>760</sup> vollzogen werden<sup>761</sup>. Verweigert der Betroffene eine

---

<sup>757</sup> Als Beweismittel dürfen die Ergebnisse einer körperlichen Untersuchung nur verwendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine körperliche Untersuchung vorlagen (Z 1), die körperliche Untersuchung rechtmäßig angeordnet worden ist (Z 2) und die Verwendung zum Nachweis einer Straftat, deretwegen die körperliche Untersuchung angeordnet wurde oder hätte angeordnet werden können (Z 3), dient. Vgl auch *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 322; *Oshidari*, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 141.

<sup>758</sup> Vgl § 50 StPO.

<sup>759</sup> Vgl § 121 Abs 1 StPO.

<sup>760</sup> Vgl § 93 StPO lautet: Die Kriminalpolizei ist nach Maßgabe des § 5 StPO ermächtigt, verhältnismäßigen und angemessenen Zwang anzuwenden, um die ihr gesetzlich eingeräumten Befugnisse durchzusetzen; dies gilt auch für die Durchsetzung einer Anordnung der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts. Dabei ist die Kriminalpolizei unter den jeweils vorgesehenen Bedingungen und Förmlichkeiten ermächtigt, auch physische Gewalt gegen Personen und Sachen anzuwenden, soweit dies für die Durchführung von Ermittlungen oder die Aufnahme von Beweisen unerlässlich ist. Eine Anordnung zur Festnahme (§ 171 Abs 1) berechtigt auch dazu, die Wohnung oder andere durch das Hausrecht geschützte Orte nach der festzunehmenden Person zu durchsuchen, soweit die Festnahme nach dem Inhalt der Anordnung in diesen Räumen vollzogen werden soll.

<sup>761</sup> *Eigner*, Die neue Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei, ÖJZ 2008, 479; *Bauer*, Ausgewählte beweissichernde Zwangsmittel in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 760.

Handlung zu welcher er gesetzlich verpflichtet ist, so kann dies gemäß § 93 Abs 2 StPO durch Zwang ersetzt werden. Soweit es zur Erreichung des Ermittlungsverfahrens<sup>762</sup> unerlässlich ist, kommt dabei auch der Einsatz physischer Gewalt gegen Personen und Sachen in Betracht<sup>763</sup>. Das Gericht hat auf Antrag der StA Geld- und Freiheitsstrafen als Beugemittel einzusetzen<sup>764</sup>. Die Ausübung unmittelbaren Zwangs ist anzudrohen und anzukündigen, wobei sich der polizeiliche Waffengebrauch nach den maßgeblichen Bestimmungen des WaffGG richtet<sup>765</sup>.

Vor dem Hintergrund der Judikatur des VfGH<sup>766</sup> ist die gesetzliche Normierung, dass eine Blutabnahme oder vergleichbar geringfügige Eingriffe auch „ohne Einwilligung“ und demfolgend sogar zwangsweisen durchgeführt werden kann, jedenfalls fragwürdig<sup>767</sup>. So erkannte das Höchstgericht, dass durch eine zwangsweise Blutabnahme beim (bewusstlosen) Beschwerdeführer das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Achtung des Privatlebens iSd Art 8 EMRK verletzt wurde<sup>768</sup>. Die Möglichkeit einer zwangsweisen Blutabnahme oder einer anderen invasiven Maßnahme gegen den Willen des Betroffenen nach § 123 Abs 4 StPO iVm § 93 StPO ist daher unter dem Blickwinkel der Verfassung zu prüfen. Im Vordergrund der Prüfung steht der „nemo tenetur“-Grundsatz<sup>769</sup>, also das Recht sich nicht selbst zu beschuldigen.

---

<sup>762</sup> Vgl § 91 StPO.

<sup>763</sup> *Bauer*, Ausgewählte beweissichernde Zwangsmittel in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 760.

<sup>764</sup> Gemäß § 93 Abs 4 StPO können Geldstrafen bis zu € 10.000,-- und in wichtigen Fällen Freiheitsstrafen bis zu sechs Wochen verhängt werden.

<sup>765</sup> Vgl § 93 Abs 5 StPO. *Bauer*, Ausgewählte beweissichernde Zwangsmittel in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 760.

<sup>766</sup> VfSlg 11.923.

<sup>767</sup> *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 319.

<sup>768</sup> Vgl auch *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 41.

<sup>769</sup> *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 848; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1548; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 386; Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 24 Rz 119; *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 225ff.

Dieses nicht ausdrücklich bezeichnete Recht wird zum Kernbereich<sup>770</sup> des fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK gezählt. Dieses Recht erlaubt dem Betroffenen zu schweigen und berechtigt ihn die Beschaffung von Beweismitteln gegen ihn selbst zu verweigern. Nach der Judikatur des EGMR obliegt es der Strafverfolgungsbehörde, den Beschuldigten zu überführen, ohne hierfür auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwangs- oder Druckmittel ohne den Willen des Beschuldigten erlangt wurden<sup>771</sup>. Die zwangsweise Abnahme von Blut, Speichel, Harn oder anderen Körpersubstanzen widerspricht mE klar dem „nemo tenetur“-Grundsatz<sup>772</sup>. Verübt eine Person einen Verkehrsunfall unter Beeinträchtigung von Alkohol oder Suchtmittel und steht er im Verdacht einer fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 3 StGB, so darf sich der Verdächtige nicht einer Blutabnahme verweigern, zumal eine Blutabnahme nach § 123 Abs 4 Z 1 StPO auch ohne Einwilligung des Betroffenen abgenommen werden darf und darüber hinaus die Anwendung von Zwang iSd § 93 Abs 2 StPO legitim ist. Ebenso wäre eine Blutabnahme oder ein vergleichbar geringfügiger Eingriff nach § 123 Abs 4 Z 2 StPO auch ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen möglich, wenn dieser einen finanziellen Schaden iSd § 153 Abs 2 2. Fall StGB herbeigeführt hat. ME ist die StPO diesbezüglich verfassungswidrig, weil die Regelung der zwangsweisen Abnahme von Körpersubstanzen dem „nemo tenetur“-Grundsatz nach Art 6 EMRK<sup>773</sup>

---

<sup>770</sup> EGMR 8.2.1996, Murray, RJD 1996-I, Z 45; EGMR 17.12.1996, Saunders, RJD 1996-VI, Z 68.

<sup>771</sup> Vgl. *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 24 Rz 119 Fn 506.

<sup>772</sup> Nicht geschützt ist die Beweisverwertung von Körpersubstanzen, die unter Zwang erreicht wurden, deren Existenz jedoch nicht vom Willen des Beschuldigten abhängt. Siehe dazu auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 24 Rz 119 Fn 511; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1548; *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 226.

<sup>773</sup> Eine andere Meinung vertritt *Müller*, Neue Ermittlungsmethoden im Spannungsfeld zum Verbot der Selbstbelastung, in *Strafverfahren – Menschenrechte – Effektivität*, Schriftenreihe des BMJ, Bd 106, 385ff, 402, 414: Wenn etwas dem Verdächtigen durch Gerichtsbeschluss abgenommen werden kann (sie es durch Hausdurchsuchungen, Personendurchsuchungen, medizinische Maßnahmen), mit der Wirkung, dass es dann unabhängig von ihm existiert, liegt kein Verstoß gegen das „nemo tenetur“-Prinzip vor.

und auch dem Recht auf Achtung des Privatlabens nach Art 8 EMRK<sup>774</sup> entgegensteht. Es bleibt abzuwarten, ob und wie die österreichischen Höchstgerichte im Anlassfall judizieren.

Bei Hausdurchsuchungen hat der Betroffene ein Anwesenheitsrecht. Der Betroffene kann darüber hinaus bei einer qualifizierten Hausdurchsuchung und der Besichtigung des unbedeckten Körpers stets eine Vertrauensperson (Rechtsanwalt, Familienmitglied etc) hinzuziehen und ist auch dementsprechend zu belehren. Dieses Anwesenheitsrecht kann eingeschränkt werden, wenn etwa die Vertrauensperson selbst an der Mitwirkung an der Straftat verdächtig ist oder sonst am Verfahren beteiligt ist<sup>775</sup>. Lediglich bei Gefahr im Verzug darf vom Anwesenheitsrecht abgesehen werden.

Hinsichtlich der erheblichen Belastung der Privat- und Intimsphäre muss bei Haus- oder Personendurchsuchungen Aufsehen, Belästigungen und Störungen auf das unvermeidbare Maß beschränkt werden. Die Persönlichkeitsrechte aller Betroffenen sind soweit als möglich zu wahren<sup>776</sup>.

Im Falle einer Haus- oder Personendurchsuchung ist die Kriminalpolizei verpflichtet sofort oder längstens binnen 24 Stunden dem Betroffenen eine schriftliche Bestätigung über die Durchsuchung und deren Ergebnisse zu übergeben. Die Ergebnisse einer Durchsuchung sind etwa

---

<sup>774</sup> Vgl JAB 406 BlgNr 22. GP 18. Zwangsweise Blutabnahmen, Impfungen, medizinische Eingriffe oder Sterilisation greifen nach herrschender Auffassung in das Grundrecht auf Achtung des Privatlabens, im Besonderen in dessen Aspekt der körperlichen Integrität ein. Sie sind daher nicht schlechthin unzulässig, müssen aber den strengen Kriterien des Art 8 Abs 2 EMRK genügen. Das hat für solche Eingriffe die Konsequenz, dass sie – abgesehen vom Erfordernis einer gesetzlichen Regelung – der Voraussetzung des „urgent need“ im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen. In die danach vorzunehmende Abwägung ist die Natur der Straftat (danach bemisst sich in der Regel auch das Gewicht des öffentlichen Interesses, alle erdenklichen Erkenntnismethoden einzusetzen) einzustellen, sowie ferner, welche Beweismittel sonst zur Verfügung stehen. Es ist daher zu untersuchen, ob die zwangsweise Vorgangsweise gegenüber dem Verdächtigen verhältnismäßig ist. Durch die Beschränkung auf bestimmte schwere Straftaten und auf Eingriffe gegenüber Beschuldigten, meint der Justizausschuss diesen besonderen Anforderungen zu entsprechen.

<sup>775</sup> Vgl § 121 Abs 2 iVm § 160 Abs 2 StPO.

<sup>776</sup> Vgl § 121 Abs 3 StPO; *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 312.

sichergestellte Gegenstände. Gegebenenfalls sind auch die Anordnung der StA und die gerichtliche Entscheidung auszufolgen oder binnen 24 Stunden zuzustellen<sup>777</sup>.

## 5.2. Sicherheitspolizeigesetz 1991

Als nächste weitere wesentliche Rechtsquelle wird das SPG angeführt, in dessen 3. Teil, 2. Hauptstück und 2. Abschnitt unter dem Titel „Besondere Befugnisse“ die Möglichkeit zur Haus- oder Personendurchsuchung geregelt wird<sup>778</sup>.

Detaillierte Regelungen von Haus- und Personendurchsuchungen werden in den §§ 39f SPG normiert.

### 5.2.1. Durchsuchung von Grundstücken, Räumen und Fahrzeugen

Gemäß § 39 Abs 3 SPG sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, Grundstücke, Räume und Fahrzeuge zu durchsuchen, soweit dies der Suche

- nach einem Menschen dient, dessen Leben oder Gesundheit unmittelbar gefährdet erscheint;
- nach einem Menschen dient, von dem ein gefährlicher Angriff ausgeht;
- nach einer Sache dient, die für einen gefährlichen Angriff bestimmt ist<sup>779</sup>.

Unter denselben Voraussetzungen sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes berechtigt gemäß § 39 Abs 5 SPG Behältnisse zu durchsuchen.

---

<sup>777</sup> Vgl § 122 Abs 3 StPO; *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 308.

<sup>778</sup> Vgl §§ 39 und 40 SPG.

<sup>779</sup> *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 229. Als sicherheitspolizeiliche Maßnahme sieht zwar § 39 Abs 3 SPG die Möglichkeit einer Durchsuchung von Räumen unter ganz bestimmten Voraussetzungen vor, jedoch darf auf Grund des § 3 zweiter Satz HausrechtsG auch in diesen Fällen nur bei Gefahr im Verzug ohne richterlichen Befehl vorgegangen werden. Siehe dazu auch *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), VI.1. zu Art 9 StGG. *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 502ff.

Nach dieser Bestimmung ist die Suche nach einem Menschen immer dann legitim, wenn aufgrund bestimmter Fakten davon ausgegangen werden kann, dass dessen Leben oder Gesundheit unmittelbar gefährdet ist. Unmittelbar bedeutet in diesem Zusammenhang, dass bereits Gefahr im Verzug vorliegt und kein weiterer Zwischenschritt mehr gesetzt werden kann. Unerheblich ist auch, worauf die Gefährdung zurückzuführen ist<sup>780</sup>. Im Rahmen eines gefährlichen Angriffes kann einerseits nach dem Täter gesucht werden, von dem der Angriff ausgeht und andererseits nach Sachen und Gegenständen die für einen solchen Angriff bestimmt sind<sup>781</sup>.

In Bezug auf die Abgrenzung zwischen SPG und StPO trifft § 39 Abs 3 iVm Abs 8 SPG eine scharfe Trennlinie, denn es kommt klar zum Ausdruck, dass nach einem gefährlichen Angriff ausschließlich die Bestimmungen der StPO zur Anwendung kommen. Daraus folgt, dass solange der gefährliche Angriff noch im Gange ist die Gefahrenabwehr im Vordergrund steht und daher das SPG zur Anwendung gelangt<sup>782</sup>.

Erfolgt etwa das Durchsuchen der einschreitenden Organe nach einem gefährlichen Angriff bietet § 39 Abs 3 SPG keine taugliche Rechtsgrundlage, zumal hier bereits § 117 Z 2 StPO anzuwenden ist<sup>783</sup>. Dem folgend müsste auch der vorbeugende Rechtsgüterschutz gemäß § 22 Abs 3 SPG klarer zum Ausdruck bringen, dass nach der

---

<sup>780</sup> *Eigner*, Die neue Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei, ÖJZ 2008, 480.

<sup>781</sup> Vgl § 16 Abs 2 und 3 SPG - Ein gefährlicher Angriff ist die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloß auf Begehren eines Beteiligten verfolgt wird, sofern es sich um einen Straftatbestand nach dem StGB (ausgenommen die Tatbestände nach den §§ 278, 278a und 278b StGB), nach dem Verbotsgesetz, nach dem FPG, oder nach dem SMG, handelt, es sei denn um den Erwerb oder Besitz eines Suchtmittels zum eigenen Gebrauch. Ein gefährlicher Angriff ist auch ein Verhalten, das darauf abzielt und geeignet ist, eine solche Bedrohung (§ 16 Abs 2 SPG) vorzubereiten, sofern dieses Verhalten in engem zeitlichem Zusammenhang mit der angestrebten Tatbestandsverwirklichung gesetzt wird.

<sup>782</sup> *Eigner*, Die neue Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei, ÖJZ 2008, 480; *Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 216f; *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 98; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 504.

<sup>783</sup> VwGH 14.11.2006, 2003/01/0501.

Beendigung des gefährlichen Angriffes ausschließlich die StPO zur Geltung kommt.

Die verfassungsrechtliche Grundlage für die sicherheitspolizeiliche Hausdurchsuchung bildet § 3 HausrechtsG, wonach Hausdurchsuchungen auch zum Zweck der polizeilichen und finanziellen Aufsicht vorgenommen werden dürfen. Unter polizeilicher Aufsicht sind nur Tätigkeiten zu verstehen, die sicherheitspolizeilichen Zwecken dienen. Die Judikatur geht in diesen Fällen davon aus, dass eine eigenmächtige Durchsuchung iSd § 39 Abs 3 SPG nur bei Gefahr im Verzug ohne gerichtliche Bewilligung durchgeführt werden kann<sup>784</sup>. Dennoch ist die Durchsuchungsermächtigung nach dem SPG hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bestimmung des § 5 Abs 1 HausrechtsG nicht unzweifelhaft, zumal nach dieser Norm auch die sicherheitspolizeilichen Hausdurchsuchungen nur nach den Regelungen der StPO zu vollziehen sind.

#### 5.2.2. Durchsuchung von Menschen

Als Sicherheitsmaßnahme im Zuge von Festnahmen sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 40 Abs 1 SPG ermächtigt, festgenommene Personen (nach VStG oder StPO) zu durchsuchen. Diese Maßnahme dient einerseits zur Eigensicherung<sup>785</sup> der amtshandelnden Polizisten, und andererseits zur Fluchtverhinderung sowie zum Selbstschutz des Betroffenen.

Gemäß § 40 Abs 2 SPG sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes außerdem ermächtigt eine Person zu durchsuchen, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass diese Person im Zusammenhang mit einem gefährlichen Angriff steht und einen gefährlichen Gegenstand bei sich haben könnte<sup>786</sup>. Diese Norm

---

<sup>784</sup> Vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) z 1436; *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), VI.1. zu Art 9 StGG; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde (2006) 229f; siehe VfSlg 1.811, 6.553.

<sup>785</sup> Vgl. § 3 RLV.

<sup>786</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 507.

wird dadurch etwas enger, zumal der gefährliche Angriff gegen Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum gerichtet sein muss<sup>787</sup>. Die Personendurchsuchung ist darauf gerichtet, Sachen und Gegenstände aufzufinden, von denen eine Gefahr ausgehen kann<sup>788</sup>. Ergreifen etwa Personen nach Erscheinen von Polizisten auf einen als „Suchtgiftumschlagplatz“ bekannten Ort schlagartig die Flucht, so kann zu Recht in vertretbarer Weise davon ausgegangen werden, dass die Flüchtenden eine gewissen Menge an Suchtgift bei sich haben, dieses in Verkehr bringen wollten<sup>789</sup> oder bereits in Verkehr gebracht haben. Da gewisse Suchtgifte die Gesundheit massiv und dauerhaft schädigen können und deshalb deren Erzeugung, Verarbeitung, Erwerb, Besitz und in Verkehrbringung explizit den Bestimmungen des Suchmittelgesetzes unterliegen, ist der unerlaubte Umgang mit Suchtgiften unter Strafe gestellt<sup>790</sup>. Zumal beim vorhin erwähnten Flüchtigen der Verdacht der Begehung einer strafbaren Handlung nach dem SMG naheliegt, wird in diesem Fall die Bedingung des gefährlichen Angriffes gemäß § 40 Abs 2 SPG erfüllt sein<sup>791</sup>.

Bei beiden zuvor genannten Möglichkeiten zur Personendurchsuchung dürfen mitgeführte Behältnisse des Betroffenen (Taschen, Koffer, etc) sowohl geöffnet als auch durchsucht werden<sup>792</sup>.

Die Personendurchsuchung im Rahmen des SPG hat sich grundsätzlich auf eine Durchsuchung der Kleidung und mitgeführten Behältnisse, sowie auf die Besichtigung des Körpers zu beschränken<sup>793</sup>.

---

<sup>787</sup> *Eigner*, Die neue Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei, ÖJZ 2008, 479.

<sup>788</sup> ZB Waffen oder waffenähnliche gefährliche Utensilien (Rasierklingen), chemische Substanzen (Gift, ätzende Mittel, radioaktive Stoffe etc), Sprengstoff usw.

<sup>789</sup> UVS VlbG 30.11.2007, 429-008/07.

<sup>790</sup> Vgl §§ 27ff SMG.

<sup>791</sup> Vgl auch § 16 Abs 2 Z 4 SPG.

<sup>792</sup> Vgl § 40 Abs 3 SPG; siehe auch *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 509.

<sup>793</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 508.

Gemäß § 40 Abs 4 SPG iVm § 5 RLV<sup>794</sup> ergibt sich, dass bei der Durchsuchung von Festgenommenen auch ein völliges Entkleiden verlangt werden kann. Mit abnehmendem Gefährdungspotential wird aber eine derartige in die Privat- und Intimsphäre einer Person eingreifende Maßnahme vor dem Hintergrund des § 29 SPG unverhältnismäßig, sodass in jedem Einzelfall von einschreitenden Polizisten zu prüfen ist, ob eine Personendurchsuchung mit teilweiser oder völliger Entkleidung nach den Umständen des Falles geboten ist oder nicht<sup>795</sup>.

Im Gegensatz zur StPO sieht das SPG und die RLV keine durchgehende geschlechtsspezifische Durchsuchung von Personen vor, wenn es um die Besichtigung des nackten Körpers geht. Während § 121 Abs 3 StPO stets eine Durchsuchung von einer Person desselben Geschlechts oder von einem Arzt ausgeht, ermöglicht das SPG in Notfällen<sup>796</sup> ein Abweichen von diesem Grundsatz. Dem folgend regelt § 5 Abs 3 RLV, dass die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dafür zu sorgen haben, dass die Durchsuchung eines Menschen nur von jemandem desselben Geschlechtes oder von einem Arzt vorgenommen wird. Zugleich wird aber normiert, dass dies nicht gilt, soweit ein hiezu erforderlicher Aufschub der Durchsuchung deren Zweck gefährden würde, was soviel bedeutet, dass bei Gefahr im Verzug männliche Polizisten auch Frauen durchsuchen und entkleiden dürfen und

---

<sup>794</sup> § 5 RLV: (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben alles zu unterlassen, das geeignet ist, den Eindruck von Voreingenommenheit zu erwecken oder als Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes, der Rasse oder Hautfarbe, der nationalen oder ethnischen Herkunft, des religiösen Bekenntnisses, der politischen Auffassung oder der sexuellen Orientierung empfunden zu werden.

(2) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben alle Menschen, bei denen dies dem üblichen Umgang entspricht oder die es verlangen, mit „Sie“ anzusprechen.

(3) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben dafür zu sorgen, dass die Durchsuchung eines Menschen (Durchsuchung der Kleidung und Besichtigung des Körpers) nur von jemandem desselben Geschlechtes oder von einem Arzt vorgenommen wird; dies gilt nicht, soweit ein hiezu erforderlicher Aufschub der Durchsuchung deren Zweck gefährden würde. Hievon ist die Durchsuchung von Kleidungsstücken ausgenommen, die nach den Umständen ohne Verletzung des Anstandes und ohne Verletzung anderer schutzwürdiger Interessen des Betroffenen abgelegt werden können.

<sup>795</sup> Vgl VwGH 29.7.1998, 97/01/0102, 0103; ÖJZ 1999/94 A (VwGH A).

<sup>796</sup> § 31 Abs 2 Z 6 SPG – die Durchsuchung eines Menschen außer in Notfällen ist durch eine Person desselben Geschlechtes vorzunehmen.

umgekehrt weibliche Polizistinnen festgenommene Männer in der selben Weise durchsuchen und entkleiden dürfen. Die Kritik dieser Zulässigkeit trifft mE das völlige Entkleiden des anderen Geschlechts. Hier müsste das SPG den selben Weg beschreiten wie die StPO und ausnahmslos vor dem Hintergrund der besonders schutzwürdigen Interessen des Betroffenen ein Entkleiden in Gegenwart eines andersgeschlechtlichen Polizeiorgans auch bei Gefahr im Verzug nicht zulassen.

Gemäß § 40 Abs 4 SPG muss vom Grundsatz der Durchsuchung durch Polizeibeamte selbst abgegangen werden, wenn aufgrund von bestimmten Tatsachen anzunehmen ist, dass der Betroffene Gegenstände in seinem Körper versteckt hat<sup>797</sup>. In diesen speziellen Fällen ist mit der Durchsuchung ein Arzt zu betrauen<sup>798</sup>. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dürfen eine solche Durchsuchung auf keinen Fall vornehmen.

#### 5.2.3. Durchsuchungsanordnung bei Großveranstaltungen

Wenn bei Großveranstaltungen aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass es zu nicht bloß vereinzelt Gewalttätigkeiten oder zu einer größeren Zahl gefährlicher Angriffe gegen das Leben oder die Gesundheit von Menschen kommen kann, so hat die Sicherheitsbehörde den Zutritt zur Veranstaltung mit Verordnung zu regeln<sup>799</sup>. Diese weitreichende Anordnung iSd § 41 Abs 1 SPG legt nun die Parameter fest, unter welchen Bedingungen einer Person Zutritt zur Veranstaltung gewährt wird.

Ein wesentlicher Teil ist eben die Durchsuchung der Kleidung und mitgeführter Behältnisse. Völkerrechtlicher Hintergrund dieser Bestimmung ist das Europäische Überkommen über Gewalttätigkeiten

---

<sup>797</sup> Vgl § 40 Abs 4 SPG; gerade in der Suchtgiftszenen kommt es immer wieder vor, dass Tatverdächtige Päckchen mit Suchtgift in den diversen Körperöffnungen verstecken bzw auch manchmal verschlucken.

<sup>798</sup> *Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 218f; *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 100.

<sup>799</sup> Vgl § 41 SPG; *Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 219f; *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 101; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 510ff.

und Fehlverhalten von Zuschauern bei Sportveranstaltungen und insbesondere bei Fußballspielen<sup>800</sup>. Demnach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet innerstaatliche Normen zu schaffen, um Gewalttätigkeiten im Rahmen von Sportveranstaltungen zu vermeiden. Als Ziel dieser Durchsuchungsermächtigung steht das Recht gewaltbereite Hooligans oder Schlachtenbummler bereits im Vorfeld von der Veranstaltung fernzuhalten, zumal die Suche nach potentiell gefährlichen Gegenständen (Waffen, Feuerwerkskörper, Glasflaschen etc) im Vordergrund steht.

Wurde eine Verordnung nach § 41 Abs 1 SPG erlassen, dürfen die Organe der öffentlichen Sicherheit nach Abs 3 leg cit Personen, die einen Zutritt zur jeweiligen Veranstaltung haben wollen, vor dem Einlass durchsuchen<sup>801</sup>. § 41 SPG legitimiert jedoch nur die Durchsuchung der Kleidung und mitgeführter Behältnisse. Nicht zulässig ist die Besichtigung des unbedeckten Körpers<sup>802</sup> oder die Durchsuchungen von Körperöffnungen.

### 5.3. Waffengesetz 1996

Eine weitere Rechtsquelle im Zusammenhang mit einer Ermächtigung bzw der Möglichkeit zur Durchsuchung bietet das Bundesgesetz vom 10. Jänner 1997 über die Waffenpolizei (Waffengesetz 1996 – WaffG), BGBl I Nr 12/1997 idgF.

Gemäß § 53 WaffG sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, eine Durchsuchung der Kleidung von Menschen und der von

---

<sup>800</sup> BGBl Nr 133/1988; Art 1 lautet: Ziel des Übereinkommens ist - 1. Die Parteien verpflichten sich, zur Verhinderung und Kontrolle der Gewalttätigkeit und des Fehlverhaltens von Zuschauern bei Fußballspielen, innerhalb der Grenzen ihrer jeweiligen verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die notwendigen Schritte zu unternehmen, um den Bestimmungen dieses Übereinkommens Wirksamkeit zu verleihen. 2. Die Parteien wenden die Bestimmungen dieses Übereinkommens auf andere Sportarten und Sportveranstaltungen an, bei denen Gewalttätigkeit oder Fehlverhalten von Zuschauern zu befürchten sind, und zwar nach Maßgabe der spezifischen Erfordernisse dieser Sportarten und Sportveranstaltungen.

<sup>801</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 514.

<sup>802</sup> Eine Besichtigung des Körpers wäre nur nach den Bestimmungen des § 40 SPG möglich.

diesen mitgeführten Fahrzeuge und Behältnisse (zB Koffer, Taschen etc) an Orten vorzunehmen, an denen aufgrund eines konkreten Hinweises oder sonstiger bestimmter Tatsachen der dringende Verdacht besteht, dass einem Verbot der Einfuhr, der Ausfuhr, des Besitzes<sup>803</sup> oder des Führens<sup>804</sup> von Kriegsmaterial<sup>805</sup> oder Waffen<sup>806</sup> und Munition<sup>807</sup>, die nicht Kriegsmaterial sind, nach diesem oder anderen Bundesgesetzen zuwidergehandelt wird<sup>808</sup>.

Diese waffenpolizeiliche Durchsuchungsermächtigung lässt die anderen polizeilichen Durchsuchungsermächtigungen etwa nach der StPO oder dem SPG unberührt<sup>809</sup>.

Anhand der Textierung ist auch bei der waffengesetzlichen Durchsuchungsermächtigung nur die Visitierung der Kleidung oder der mitgeführten Behältnisse bzw des mitgeführten Fahrzeuges zulässig. Eine Besichtigung des unbedeckten Körpers (Leibesvisitation) oder die Durchsuchung von allfälligen Körperöffnungen lassen sich aus der Textierung des § 53 WaffG nicht ableiten und sind daher nicht legitim. Ebenso wenig besteht eine Ermächtigung zu Hausdurchsuchungen in Wohnungen und sonst zum Hauswesen gehörenden Räumlichkeiten<sup>810</sup>.

Die Ermächtigung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Durchsuchung ist an die Bedingungen gekoppelt, nämlich

- einerseits das Vorliegen konkreter Hinweise oder ein sonstiger dringender Tatverdacht, und

---

<sup>803</sup> Vgl § 6 WaffG.

<sup>804</sup> Vgl § 7 WaffG.

<sup>805</sup> Vgl § 5 WaffG.

<sup>806</sup> Vgl § 1 WaffG.

<sup>807</sup> Vgl § 4 WaffG.

<sup>808</sup> Vgl § 53 WaffG; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 180.

<sup>809</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007) 271.

<sup>810</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007) 272.

- andererseits, dass bestimmten erwähnten Verboten zuwidergehandelt wird<sup>811</sup>.

Dabei ist das örtliche und zeitliche Naheverhältnis zu bestimmten Ereignissen relevant. Gerade der konkrete Hinweis oder der dringende Tatverdacht muss zumindest ausreichend argumentiert werden, und sollte nicht von allgemeinen Formulierungen geprägt sein. Dabei muss der Verdacht nicht unbedingt personenbezogen sein, sondern kann sich auch auf Orte beziehen. Das bedeutet, dass auch Personen durchsucht werden dürfen, die nicht im Tatverdacht einer Zuwiderhandlung gegen ein Waffenverbot stehen, sofern sie sich an einem Ort aufhalten, wo ein derartiger Verdacht vorliegt<sup>812</sup>. Demgegenüber wird etwa das pauschale Durchsuchen von Personen, die ein terrorgefährdetes Objekt betreten, nicht iSd § 53 WaffG gedeckt sein. Hier müssten schon nähere personenspezifische Umstände, ein dringender Tatverdacht sowie konkrete örtliche und zeitliche Zusammenhänge vorhanden sein.

Zuzustimmen ist der Ansicht der Judikatur, dass § 53 WaffG nur zur Durchsuchung nach Waffen im Sinne von § 1 WaffG ermächtigt<sup>813</sup>.

Schließlich muss auch hier wieder das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Korrektiv erwähnt werden. Jede waffenrechtliche Durchsuchung darf nur vor dem Hintergrund einer Abwägung nach der jeweiligen Interessenslage durchgeführt werden, wobei eine solche nur dann in Betracht kommen wird, wenn die sicherheitspolizeilichen Interessen erheblich höher sind als die privaten<sup>814</sup>.

Hinsichtlich der Anwendung von Zwangsmaßnahmen verweist § 53 letzter Satz WaffG auf § 50 SPG, sodass die dortigen Regelungen zur

---

<sup>811</sup> Die Durchsuchungsermächtigung setzt den Verdacht voraus, dass einer Waffenverbotsvorschrift zuwidergehandelt wird, entweder aus dem WaffG selbst oder abgeleitet aus anderen Bundesgesetzen. Siehe auch *Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007) 272.

<sup>812</sup> *Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007) 272f. ZB besteht aufgrund bestimmter Hinweise der Verdacht, dass manche Schüler mit Spring- oder Fixiermessern bewaffnet in die Schule kommen.

<sup>813</sup> UVS Wien 29.12.1998, 02/P/13/48/98.

<sup>814</sup> *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 181.

Anwendung kommen. Eine zweite Verweisung im Hinblick auf die Modalitäten während der Durchführung einer Durchsuchung erfolgt zu § 142 Abs 1 StPO aF<sup>815</sup>. Durch das In-Kraft-Treten des Strafprozessreformgesetzes mit 1. Jänner 2008 kommt statt dessen § 121 Abs 3 1. Satz StPO zum Tragen<sup>816</sup>.

## **6. Einige Beispiele aus der Judikatur des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes**

### **6.1. VfGH 9.6.1992, B 1279/90 (VfSlg 13.045)**

Die Inhaberin einer Wohnung wurde durch eine Hausdurchsuchung ohne vorherige Einholung einer gerichtlichen Bewilligung (früher: richterlicher Hausdurchsuchungsbefehl) in ihrem Hausrecht verletzt.

Die eigenmächtige Durchsuchung der Räumlichkeiten durch die einschreitenden Sicherheitsorgane wurde aus dem Grund vorgenommen, um nach einer Person (hier Ehemann der Inhaberin) zu suchen gegen die ein Haftbefehl erlassen wurde.

In dieser Entscheidung wurde zunächst von VfGH zu Recht festgestellt, dass der Schutz des Hausrechtes nicht nur Eigentümern und Mietern von Räumlichkeiten zukommt, sondern darüber hinaus auch jedem Inhaber<sup>817</sup>. Abstrakt formuliert stehen alle in einem Raum anwesenden Personen unter dem Schutz des Hausrechtes. Diese Rechtsansicht deckt sich diesbezüglich auch mit der Textierung des HausrechtsG, weil auch das Gesetz keine Anknüpfung an gewisse Rechtsverhältnisse in Bezug auf die durchsuchten Räume voraussetzt oder gar fordert.

---

<sup>815</sup> § 142 Abs 1 StPO aF lautete: Haus- und Personendurchsuchungen sind stets mit Vermeidung alles unnötigen Aufsehens, jeder nicht unumgänglich nötigen Belästigung oder Störung der Beteiligten, mit möglichster Schonung ihres Rufes und ihrer mit dem Gegenstande der Untersuchung nicht zusammenhängenden Privatgeheimnisse sowie mit sorgfältigster Wahrung der Schicklichkeit und des Anstandes vorzunehmen.

<sup>816</sup> § 121 Abs 3 1. Satz StPO lautet: Bei der Durchführung sind Aufsehen, Belästigungen und Störungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken. Die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte sämtlicher Betroffener sind soweit wie möglich zu wahren.

<sup>817</sup> Vgl auch VfSlg 5.182.

Weiters war hinsichtlich der Beschwerde zu prüfen, ob als Rechtfertigung des eigenmächtigen Einschreitens Gefahr im Verzug vorlag oder nicht. Nach der Rechtsprechung des VfGH gilt für die Prüfung der Frage, ob Gefahr im Verzug besteht, nämlich ein strenger Maßstab, wobei insbesondere auch die zeitliche Komponente zu prüfen ist<sup>818</sup>.

Zunächst ist im vorliegenden Sachverhalt auch die verfassungsrechtliche Ebene zu prüfen gewesen. Gemäß § 2 Abs 2 HausrechtsG sowie im Einklang mit den einfachgesetzlichen Bestimmungen im § 119 StPO kann eine Hausdurchsuchung aus eigener Macht zum Zweck der Strafgerichtspflege vorgenommen werden, wenn Gefahr im Verzug vorliegt. Jedoch lag im gegenständlichen Fall keine Gefahr im Verzug vor, zumal die Sicherheitsorgane die Wohnung mindestens vier Stunden überwacht hatten. Allein dieser verhältnismäßig lange Zeitraum von mehreren Stunden, der zwischen dem Eintreffen der Sicherheitsorgane beim Haus und dem Beginn der Hausdurchsuchung lag, erweist deutlich, dass die telefonische Einholung der Anordnung der StA aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung möglich gewesen wäre. Erst dann, wenn ein solcher Versuch fehlgeschlagen wäre, wären die Sicherheitsorgane zur Hausdurchsuchung aus eigener Macht befugt gewesen.

Im Hinblick auf die ständigen (technischen) Modernisierungen im Bereich der mobilen Kommunikation werden jene Fälle, in denen eine Hausdurchsuchung durch Polizisten aus eigener Macht vollzogen werden können, absolute Ausnahmefälle darstellen.

## **6.2. VwGH 22.2.2007, 2006/11/0154**

Der VwGH erkannte in diesem Fall, dass das Befahren einer mit einem Schild „Privatweg – Begehen verboten“ versehenen Privatstraße zu einer Almhütte und die dort gemachten Erhebungen, nämlich das Betreten des Grundstückes und Gebäudes sowie das Anfertigen von Lichtbildern (ohne gerichtliche Bewilligung), nicht ohne Weiteres als solche

---

<sup>818</sup> VfSlg 9.861, 9.934, 10.018, 11.518, 12.213, 12.542, 12.657, 13.043.

Verhaltensweisen anzusehen sind, die im ländlichen Raum zur Feststellung, ob sich jemand dort aufhält, üblich sind.

In dieser Entscheidung wurde weiters festgehalten, dass die gesetzte Amtshandlung als AuvBZ zu werten ist, zumal eine Zustimmung des Beschwerdeführers nicht vorlag. Die Problematik, ob durch das eigenmächtige Handeln der Beamten auch das Gesetz zum Schutze des Hausrechtes verletzt wurde, konnte der VwGH mangels Zuständigkeit<sup>819</sup> in dieser Entscheidung nicht näher prüfen.

Zunächst wird dazu angeführt, dass § 1 HausrechtsG die Hausdurchsuchung als eine Durchsuchung der Wohnung oder sonstiger zum Hauswesen gehöriger Räumlichkeiten definiert. Nach der Rechtsprechung des VfGH<sup>820</sup> ist es für das Wesen einer Hausdurchsuchung charakteristisch, dass nach Personen oder Sachen gesucht wird, von denen nicht bekannt ist, wo sich diese befinden. Wird eine freiwillige Nachschau oder ein freiwilliges Betreten ermöglicht, so hat der VfGH dies nicht als Hausdurchsuchung beurteilt<sup>821</sup>. Dem ist soweit auch zu folgen, zumal in den einschlägigen gesetzlichen Normen vor jeder Durchsuchung der Betroffene die Möglichkeit eingeräumt bekommt, eine freiwillige Durchsuchung zuzulassen oder den gesuchten Gegenstand freiwillig herauszugeben. Obwohl das Grundstück und auch der darauf befindliche Stadel durch die Sicherheitsorgane ohne vorherige Zustimmung betreten wurden, wurde es in der vorliegenden Entscheidung vom VwGH nicht als Hausdurchsuchung qualifiziert. Als Rechtfertigung wurde ausgeführt, dass im Betreten einer Liegenschaft, bei dem sich die einschreitenden Organe auf Verhaltensweisen

---

<sup>819</sup> Gemäß Art 133 Z 1 B-VG sind von der Zuständigkeit des VwGH Angelegenheiten ausgeschlossen, die zur Zuständigkeit des VfGH gehören. Nach dieser Bestimmung erkennt ausschließlich der VfGH über Beschwerden, soweit der Beschwerdeführer in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Siehe dazu auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 946.

<sup>820</sup> Vgl VfSlg 9.766, 10.897, 10.547, 14.864.

<sup>821</sup> Vgl VfSlg 12.628.

beschränkt haben, die im ländlichen Raum zur Feststellung, ob jemand zu Hause sei, durchaus üblich sind, kein AuvBZ vorliegt<sup>822</sup>.

ME bleiben aber doch Bedenken bestehen, zumal in der Literatur der Schutzbereich des HausrechtsG sehr weit gesehen wird, sodass damit jeder Raum erfasst wird, der gegenüber der Öffentlichkeit abgeschlossen oder sonstigen persönlichen oder wirtschaftlichen Zwecken gewidmet ist<sup>823</sup>. Dazu zählt ua auch ein Stadel.

Positiv wird bemerkt, dass das Betreten des Stadels und das Fotografieren von Gegenständen darin vom VwGH als AuvBZ qualifiziert wurden. Den amtshandelnden Beamten musste klar gewesen sein, dass eine Zustimmung des Beschwerdeführers zum Betreten und Fotografieren nicht vorlag, zumal solche Vorgänge auch im ländlichen Raum keineswegs üblich sind.

Im Lichte dieser Ausführungen stellt sich die Amtshandlung insgesamt nicht nur als AuvBZ, sondern darüber hinaus als rechtswidrige Hausdurchsuchung aus eigener Macht dar.

### **6.3. VfGH 12.12.1998, B 1341/97 (VfSlg 15.372)**

Dieses Erkenntnis behandelt eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung des Betroffenen im Rahmen einer polizeilichen Amtshandlung (Leibesvisitation), insbesondere durch die Zufügung eines Rippenbruches, der Androhung des Waffengebrauches und der unverhältnismäßig langen Dauer der Anhaltung. Weiters war in diesem Zusammenhang auch zu klären, ob der Beschwerdeführer mit diesen AuvBZ auch in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit und Sicherheit verletzt wurde.

---

<sup>822</sup> Vgl VfSlg 8.931.

<sup>823</sup> *Stolzlechner in Machacek/Pahr/Stadler Grund- und Menschenrechte in Österreich* (1992) Band II 311; vgl auch *Öhlinger, Verfassungsrecht*<sup>6</sup> (2005) 340.

Im Zusammenhang mit dem Schutzbereich des Art 3 EMRK gibt es bereits eine umfangreiche Rechtsprechung des VfGH<sup>824</sup>, wobei einige misshandelnde Maßnahmen, wie insbesondere das Versetzen von Ohrfeigen oder Fußtritte, Schläge, das Zerren oder Reißen an den Haaren, als Verletzungen des Art 3 EMRK qualifiziert wurden.

Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer durch einen „unmotivierten“ Schlag eines Polizeiorgans während der Leibesvisitation ein Rippenbruch zugefügt, wobei in weiterer Folge auch die medizinische Hilfeleistung verweigert wurde. Dieser Fall zeigt einerseits das exzessive und unverhältnismäßige Vorgehen der Polizisten während einer Amtshandlung, denn ein Rippenbruch<sup>825</sup> kann durch Zerren am Kragen und Abklopfen der äußeren Kleidung unter normalen Umständen wohl nicht ohne weiteres Zutun so einfach eintreten. Andererseits zeigte der Beschwerdeführer ein renitentes passives Verhalten in dem er sich weigerte den Anordnungen der Polizeibeamten Folge zu leisten. Dennoch muss klar hervorgehoben werden, dass die Intensität der Amtshandlung zum Zwecke der Identitätsfeststellung und Fahrzeugkontrolle auch im Hinblick zur Eigensicherung nach § 3 RLV weit überzogen und unverhältnismäßig war. Darüber hinaus bestand nach der Festnahme kein ersichtlicher Grund, warum dem Beschwerdeführer gegenüber die medizinische Hilfeleistung versagt wurde und die Verletzung des Art 3 EMRK noch bekräftigt.

Trotz der nicht zweifelsfrei vorliegenden Sachlage, hob VfGH den angefochtenen Bescheid zur Gänze auf<sup>826</sup>. Der VfGH hebt in seinem

---

<sup>824</sup> Vgl. *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 387f; VfSlg 8.145, 8.296, 8.654, 10.052, 10.661, 11.095, 11.170, 11.230, 12.258, 12.603 uva; siehe dazu auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 23ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 300; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1394.

<sup>825</sup> Die Rippen brechen typischerweise beim Sturz auf eine Kante, zB beim Ausrutschen oder im Zuge von Stürzen. Zudem können Gewalteinwirkungen jeglicher Art zu Rippenbrüchen führen, wie etwa Schläge mit der Faust oder einem Schlagstock bzw durch Fußtritte.

<sup>826</sup> *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 383.

Erkenntnis die Notwendigkeit (amtswegig zu setzender) zielführender Ermittlungsmaßnahmen hervor, weil im gegenständlichen Fall die belangte Behörde zweckentsprechende Ermittlungsschritte, um mehr Klarheit in die Sache zu bringen, unterlassen hatte. Gerade hinsichtlich behaupteter Körperverletzungen im Zuge von Polizeieinsätzen kann ein Gutachten eines medizinischen Sachverständigen mehr und genauere Aufschlüsse über die Art der Verletzung und ihre möglichen Ursachen geben.

Hinsichtlich der verbalen Beschimpfungen des Beschwerdeführer während der Amtshandlung hat der VfGH zu Recht festgestellt, dass diese iSd § 88 Abs 2 SPG in die Zuständigkeit der UVS fällt.

Ob diese Beschimpfung auch eine erniedrigende Behandlung iSd Art 3 EMRK darstellt, ließ der Gerichtshof offen. In der Rechtsprechung des EGMR wird mitunter dargelegt, dass eine Behandlung dann als erniedrigend einzustufen ist, wenn sie den Betroffenen in seiner Würde verletzt<sup>827</sup>. ME fehlt hier ein näheres Eingehen auf diese Problematik, zumal es für die Achtung der Ehre keinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Schutz gibt.

Schließlich bewirkte die Amtshandlung auch einen ungerechtfertigten Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit und Sicherheit gemäß Art 1 ff PersFrG und Art 5 EMRK. Dabei ist bedeutsam, dass der förmliche Ausspruch der Festnahme nicht unbedingt erforderlich ist. Die überaus zeitintensive Anhaltung war im Umfang der Amtshandlung nicht mehr gedeckt, sodass eine Freiheitsbeschränkung im Sinne des PersFrG stattgefunden hat, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorlagen<sup>828</sup>.

---

<sup>827</sup> EGMR 24.7.2001, Valasinas, RJD 2001-VIII, Z 102, 117; EGMR 11.12.2003, Yankov, RJD 2003-XII, Z 104; siehe dazu *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 20 Rz 25.

<sup>828</sup> Vgl Art 2 PersFrG.

Die Conclusio der Entscheidung ist besonders wichtig und weitreichend, denn jede Freiheitsbeschränkung als sekundäre Folge einer Personen- oder Fahrzeugkontrolle darf nicht länger als nötig dauern.

#### **6.4. VwGH 30.1.2001, 2000/01/0018**

Der VwGH beschäftigt sich in diesem Erkenntnis ua mit der Durchsuchungsermächtigung von Personen iSd § 40 SPG. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zu Grunde, dass die Betroffene von einem Polizisten zum Mitkommen auf das Wachzimmer im Bereich der U-Bahnstation Karlsplatz aufgefordert wurde. Sie wurde daraufhin zum Wachzimmer verbracht und die von ihr mitgeführte Plastiktasche durchsucht, obwohl es dafür überhaupt keinen Grund gab.

Dass es sich beim Anhalteort der Betroffenen um einen solchen gehandelt hat, an dem die sogenannte „Karlsplatz-Szene“ verkehrt und die Betroffene von früheren Amtshandlungen her wegen ihrer Kontakte zu Personen des Suchtgiftmilieus einschlägig bekannt war, vermag das Vorliegen eines gefährlichen Angriffes iSd §§ 16, 21 und 40 SPG nicht darzustellen. Im Verfahren wurde die Durchsuchung der Plastiktasche von der belangten Behörde auf § 40 SPG gestützt.

Da im Zuge der Amtshandlung keine Festnahme ausgesprochen wurde, scheidet § 40 Abs 1 SPG als Durchsuchungsermächtigung definitiv aus. Ein weiterer Ermächtigungstatbestand liegt gemäß § 40 Abs 2 SPG dann vor, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die Betroffene mit einem gegen Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum gerichteten gefährlichen Angriff in Zusammenhang steht und einen Gegenstand bei sich hat, von dem Gefahr ausgeht. Auch dazu gab es keine Feststellung, sodass diese Durchsuchungsgrundlage ebenfalls entfällt. Bemerkenswert dazu sind die Ausführungen des VwGH, dass § 40 Abs 2 SPG nicht zur Anwendung gelangt, weil allein aus dem Umstand, dass die Mitbeteiligte Kontakte zur „Karlsplatz-Szene“ pflegte nicht konkret auf einen Zusammenhang mit einem gefährlichen Angriff –

worunter nach der Legaldefinition des § 16 Abs 2 Z 4 SPG<sup>829</sup> der Erwerb oder Besitz eines Suchtmittels zum eigenen Gebrauch ausdrücklich nicht zu verstehen ist – geschlossen werden konnte. Zusammenfassend stellte sich heraus, dass für die Durchsuchung der Plastiktasche keine rechtliche Grundlage bestand.

Der Entscheidung des VwGH kann mE vollinhaltlich gefolgt werden, da gerade jene Fälle mit sicherheitspolizeilichen Aspekten wegen mangelnder Ansatzpunkte hinter den Persönlichkeitsschutz treten müssen. Würde dem nicht so sein, könnte die Polizei in örtlichen Bereich, die eine gewisse Nähe zur Suchtgiftszene haben, jeden Unbeteiligten durchsuchen, was letztlich nicht einer Demokratie, sondern eher einem Polizeistaat gleich kommen würde.

## **7. Kritik und Lösungsvorschläge**

### **7.1. StPO**

Die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Haus- und Personendurchsuchung in den §§ 119 – 124 StPO sind nunmehr gegenüber der StPO aF<sup>830</sup> örtlich zusammengefasst und übersichtlich geregelt. Bei einigen Bereichen sind bei kritischer Betrachtung Abweichungen festzustellen, welche einer näheren Analyse zuzuführen sind.

Bei der Hausdurchsuchung muss erwähnt werden, dass gemäß § 141 Abs 1 zweiter Satz StPO aF der durchführende Beamte im „Gefahr im

---

<sup>829</sup> § 16 Abs 2 SPG lautet: Ein gefährlicher Angriff ist die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloß auf Begehren eines Beteiligten verfolgt wird, sofern es sich um einen Straftatbestand

1. nach dem Strafgesetzbuch (StGB), BGBl Nr 60/1974, ausgenommen die Tatbestände nach den §§ 278, 278a und 278b StGB, oder

2. nach dem Verbotsgesetz, StGBI Nr 13/1945, oder

3. nach dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl I Nr 100, oder

4. nach dem Suchtmittelgesetz (SMG), BGBl I Nr 112/1997,

handelt, es sei denn um den Erwerb oder Besitz eines Suchtmittels zum eigenen Gebrauch.

<sup>830</sup> Vgl §§ 139 – 142 StPO aF.

Verzug-Fall" mit einer schriftlichen Ermächtigung zu versehen war, welche er dem Betroffenen vorzuweisen hatte<sup>831</sup>. Diese Bestimmung hat ihre verfassungsrechtliche Grundlage im § 2 Abs 1 zweiter Satz HausrechtsG.

Die Durchsuchung von Orten und Gegenständen wurde durch das Strafprozessreformgesetz<sup>832</sup> völlig neu formuliert. Die Regelung über die Durchsuchungsermächtigung der Kriminalpolizei bei Gefahr im Verzug findet sich in § 120 Abs 1 2. Halbsatz StPO. Diese Bestimmung lautet: *bei Gefahr im Verzug ist die Kriminalpolizei allerdings berechtigt, diese Durchsuchung vorläufig ohne Anordnung und Bewilligung vorzunehmen.*

Offensichtlich ist dem Gesetzgeber bei Neugestaltung und Neuformulierung der StPO im Bereich der Hausdurchsuchungen ein Fehler unterlaufen, weil die Verpflichtung eine schriftliche Ermächtigung mitzuführen und diese dem Betroffenen vorzuweisen in der jetzigen Fassung der StPO weggelassen wurde. Die verfassungsrechtliche Vorgabe im § 2 HausrechtsG sieht aber diese schriftliche Ermächtigung unverändert vor, sodass mE die StPO hier im Hinblick auf die Verfassungskonformität korrigiert werden müsste<sup>833</sup>. Auch der VfGH sieht eine Verletzung des Hausrechts, wenn bei Gefahr im Verzug eine Hausdurchsuchung durchgeführt wurde, und dabei die Ermächtigung iSd § 2 HausrechtsG durch die Kriminalbeamten nicht vorgezeigt wird<sup>834</sup>. Aus der zitierten Entscheidung ergibt sich daher eine Pflicht zur Vorweisung der schriftlichen Ermächtigung.

Dementsprechend sollte § 120 StPO um einen dritten Absatz mit folgender Formulierung erweitert werden:

---

<sup>831</sup> § 141 Abs 1 StPO aF lautete: „Zum Zwecke der Strafgerichtspflege kann bei Gefahr im Verzug auch ohne richterlichen Befehl eine Hausdurchsuchung von Gerichtsbeamten oder Beamten der Sicherheitsbehörden angeordnet werden. Der zur Vornahme Abgeordnete ist mit einer schriftlichen Ermächtigung zu versehen, die er dem Beteiligten vorzuweisen hat. Siehe dazu *Platzgummer*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens<sup>7</sup> (1996) 105.

<sup>832</sup> BGBl I Nr 19/2004.

<sup>833</sup> Vgl auch *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 306.

<sup>834</sup> Vgl VfSlg 2.515.

*§ 120 Abs 3 StPO: Bei Durchsuchungen von Orten und Gegenständen durch die Kriminalpolizei ohne Anordnung und Bewilligung, ist der zur Vornahme Abgeordnete mit einer schriftlichen Ermächtigung zu versehen, die er dem Beteiligten vorzuweisen hat, auszustatten.*

Positiv ist festzuhalten, dass vor dem Hintergrund moderner Maßnahmen zur Kriminalitätsaufklärung nunmehr sowohl die körperliche Untersuchung (§ 123 StPO) als auch die molekulargenetische Untersuchung (§ 124 StPO) detailliert als mögliche Zwangsmaßnahme zur Erlangung und Sicherstellung von Beweismitteln normiert wurden. Die körperliche Untersuchung war zwar bereits in der StPO aF<sup>835</sup> in rudimentärer Weise verankert, jedoch bezog sich die Untersuchung auf die Person und ihre Kleidung. Explizite Regelungen für Untersuchungen von Körperöffnungen oder Eingriffe in die körperliche Integrität waren in der StPO aF nicht vorhanden. Körperliche Eingriffe außerhalb der StPO sieht im Rahmen der erkennungsdienstlichen Behandlung das Sicherheitspolizeirecht vor<sup>836</sup>.

Die durch das Strafprozessreformgesetz geschaffenen Definitionen und Textierungen ermöglichen der Kriminalpolizei weitreichende Eingriffe in die körperliche Integrität und sind deshalb grundsätzlich nach Anordnung der StA aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung möglich<sup>837</sup>. Das Gesetz unterscheidet jetzt, abhängig davon, ob die Ermittlungsmaßnahme in die körperliche Integrität eingreift, die Personendurchsuchung von der körperlichen Untersuchung<sup>838</sup>. Die alte Regelung sah dies nicht vor.

Unter dem Titel „Zwangsgewalt und Beugemittel“ wurde im § 93 StPO<sup>839</sup> eine eigene Bestimmung in die StPO aufgenommen, die es der

---

<sup>835</sup> §§ 139 ff StPO aF.

<sup>836</sup> Vgl §§ 64 ff SPG; ZB DNA-Untersuchungen, Abnahme von Fingerabdrücken, Vornahme von Mundhöhlenabstrichen, Herstellung von Abbildungen, Feststellung äußerlicher körperlicher Merkmale etc.

<sup>837</sup> Vgl §§ 117 bis 124 StPO.

<sup>838</sup> Oshidari, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 140.

<sup>839</sup> Mit dieser Bestimmung soll klargestellt werden, dass ausschließlich die Kriminalpolizei befugt ist, unmittelbaren Zwang auszuüben. Siehe JAB 406 BlgNR 22. GP 13.

Kriminalpolizei erlaubt, zur Durchsetzung ihrer Befugnisse, von Anordnungen des Staatsanwaltes oder des Gerichts physische Gewalt gegen Personen anzuwenden. Obwohl diese Normierung hinsichtlich der kriminalpolizeilichen Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich zu begrüßen ist, erscheint etwa die Bestimmung des § 123 Abs 4 dritter Satz, wonach Blutabnahmen und vergleichbar geringfügige Eingriff ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen durchgeführt werden dürfen, verfassungsrechtlich problematisch<sup>840</sup>.

Eine zwangsweise Blutabnahme ist bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 123 Abs 4 Z 1 und 2 StPO<sup>841</sup> zulässig. Gemäß § 93 StPO darf die Kriminalpolizei ihre gesetzlich eingeräumten Befugnisse unter Anwendung von Zwang durchsetzen. Weigert sich dementsprechend der Betroffene beharrlich sich Blut abnehmen zu lassen, dann kann aufgrund der Bestimmungen der §§ 93 iVm § 123 Abs 4 StPO eine Blutabnahme unter Anwendung von (physischen oder psychischen) Zwang auch gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen werden<sup>842</sup>.

---

<sup>840</sup> Bertel/Venier, Das neue Strafprozessrecht (2007) Rz 319. Siehe dazu auch Birklbauer, Körperliche Untersuchung und DNA-Analyse, ÖJZ 2008, 349. Im Verwaltungsrecht ist dies dagegen unzulässig. Wenn jemand im Verdacht steht, im alkoholisierten Zustand einen Verkehrsunfall mit tödlicher oder erheblicher Verletzung verursacht zu haben (§ 5 Abs 6 StVO), darf er über den Umweg der Androhung einer Strafe für den Fall der Weigerung zu einer Blutabnahme bewegt werden (vgl § 99 Abs 1 lit c StVO). Diese Bestimmung steht in formellem Verfassungsrang. Demgegenüber steht die entsprechende StPO-Regelung auf einfachgesetzlicher Stufe, weil der Gesetzgeber auch so von einer Vereinbarkeit mit Art 8 EMRK und der dazu ergangenen Rsp ausging. Eine dazu ergehende Rsp des VfGH steht noch aus.

<sup>841</sup> § 123 Abs 4 StPO lautet: Operative Eingriffe und alle Eingriffe, die eine Gesundheitsschädigung von mehr als dreitägiger Dauer bewirken könnten, sind unzulässig. Andere Eingriffe dürfen vorgenommen werden, wenn die zu untersuchende Person nach vorheriger Aufklärung über die möglichen Folgen ausdrücklich zustimmt. Ohne Einwilligung des Betroffenen darf eine Blutabnahme oder ein vergleichbar geringfügiger Eingriff, bei dem der Eintritt von anderen als bloß unbedeutenden Folgen ausgeschlossen ist, vorgenommen werden, wenn

1. die Person im Verdacht steht, durch Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit in alkoholisiertem oder sonst durch ein berauschendes Mittel beeinträchtigtem Zustand eine Straftat gegen Leib oder Leben begangen zu haben, oder
2. die körperliche Untersuchung des Beschuldigten zur Aufklärung einer mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Straftat oder eines Verbrechens nach dem 10. Abschnitt des Strafgesetzbuches erforderlich ist.

<sup>842</sup> Oshidari, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 141.

Im Lichte der Rechtsprechung des VfGH<sup>843</sup> und vor dem Hintergrund der EMRK ist diese Bestimmung mE verfassungswidrig, zumal mit dem erzwungenen invasiven Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht nach Art 8 Abs 1 EMRK des Betroffenen eingegriffen wird. Ob der materielle Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK auch diese invasiven Zwangsmaßnahmen zu rechtfertigen vermag, ist mangels Judikatur noch offen. Jedenfalls sind die Überlegungen des Justizausschusses mE nicht ausreichend. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit anhand der Natur der Straftat und welche anderen Beweismittel möglicherweise noch zur Verfügung stehen ist ein plausibler Versuch der Grundrechtsproblematik zu entgehen. Trotzdem darf nicht übersehen werden, dass unter die Bestimmung des § 123 Abs 4 StPO nicht nur schwerwiegende Vorsatzdelikte fallen, sondern auch Fahrlässigkeitsdelikte in Frage kommen können. Vor diesem Hintergrund sind mE die strengen Kriterien des Art 8 Abs 2 EMRK noch nicht erfüllt.

Ebenso verstößt diese Regelung gegen das aus Art 6 Abs 1 EMRK abgeleitete Selbstbelastungsverbot („nemo tenetur“-Grundsatz)<sup>844</sup>.

Die Normierung des § 123 Abs 4 StPO sollte ab dem dritten Satz deshalb ganz aus der StPO gestrichen werden, sodass sämtliche invasiven (medizinischen) Maßnahmen nur noch nach Einwilligung der betroffenen Person gesetzt werden dürfen. Es ist aber durchaus auch vorstellbar, dass die zwangsweise Durchsetzung nur mehr hinsichtlich sehr schwerwiegender Straftaten gemäß Z 2 leg cit zulässig sein soll. Somit müsste nur die Ziffer 1 leg cit gestrichen werden.

Anzumerken ist, dass eine allfällige Verweigerung einer geforderten Blutabnahme oder eines vergleichbaren geringfügigen Eingriffs ohnehin in der richterlichen Beweiswürdigung<sup>845</sup> ihren Niederschlag finden.

---

<sup>843</sup> VfSlg 11.923.

<sup>844</sup> Siehe Kapitel II.C.5.1.4.

<sup>845</sup> Vgl §§ 14, 258 Abs 2 StPO.

## 7.2. SPG

Mit Inkrafttreten des SPG am 1. Mai 1993 wurde die Durchsuchung von Menschen explizit und detailliert auch außerhalb der StPO geregelt und den Organen der öffentlichen Sicherheit damit eine weitreichend in die Privat- und Intimsphäre des Betroffenen eingreifende Zwangsmaßnahme zur Verfügung gestellt. Die Bestimmungen über die Durchsuchung von Grundstücken, Räumen, Fahrzeugen und Personen sind seit der Einführung des SPG unverändert in Geltung und werfen hinsichtlich der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte einen deutlichen Novellierungsbedarf auf.

Die Durchsuchung eines Menschen gemäß § 40 SPG ermächtigt die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ua auch zur Besichtigung des Körpers. Diese gesetzliche Ermächtigung in Abs 4 leg cit kann in begründeten Fälle ebenfalls zur Besichtigung des nacktes Körpers führen bzw bis hin zu einer Untersuchung von Körperöffnung bzw Körperhöhlen, wobei Letzteres ausschließlich durch einen Arzt vorgenommen werden kann.

Analog zu den ehemaligen Durchsuchungsbestimmungen nach der StPO aF<sup>846</sup> wurde aber auch im SPG keine geschlechterspezifische Durchsuchung aufgenommen. Lediglich § 5 Abs 3 RLV<sup>847</sup> bestimmt, dass die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dafür zu sorgen haben, dass die Durchsuchung einen Menschen nur von jemandem desselben Geschlechtes oder von einem Arzt vorgenommen wird. Diese Regelung gilt aber nicht, soweit ein hiezu erforderlicher Aufschub der Durchsuchung deren Zweck gefährden würde. Dies bedeutet, dass das Durchsuchen einer Person, deren Entkleidung und Besichtigung des

---

<sup>846</sup> Vgl §§ 139 – 142 StPO aF.

<sup>847</sup> § 5 Abs 3 RLV lautet: Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben dafür zu sorgen, daß die Durchsuchung eines Menschen (Durchsuchung der Kleidung und Besichtigung des Körpers) nur von jemandem desselben Geschlechtes oder von einem Arzt vorgenommen wird; dies gilt nicht, soweit ein hiezu erforderlicher Aufschub der Durchsuchung deren Zweck gefährden würde. Hievon ist die Durchsuchung von Kleidungsstücken ausgenommen, die nach den Umständen ohne Verletzung des Anstandes und ohne Verletzung anderer schutzwürdiger Interessen des Betroffenen abgelegt werden können.

nackten Körpers bei sogenannten „Gefahr im Verzug“ – Fällen auch vom jeweils anderen Geschlecht durchgeführt werden kann. Diese Fälle weisen ohne Zweifel einen ausgeprägten unwürdigen Charakter auf.

Während die Neuregelung des § 121 Abs 3 StPO durch das Strafprozessreformgesetz die Besichtigung des unbekleideten Körpers einer Person ausnahmslos geschlechterspezifisch vorsieht, hat der Gesetzgeber eine ähnliche Bestimmung im SPG aus nicht nachvollziehbaren Gründen bislang verabsäumt. Da die Personendurchsuchung inklusive aller Komponenten insbesondere die Besichtigung eines nackten Körpers in Österreich unter dem Schutz der Art 3 und 8 EMRK steht und dieser Eingriff einerseits massiv in die Intimsphäre des Betroffenen eingreift und andererseits mitunter auch eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung der Person<sup>848</sup> inkludiert, muss mE der § 40 SPG novelliert werden. Gerade hinsichtlich der genannten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte ist nicht ersichtlich, warum die StPO eine geschlechtertrennende Regelung vorsieht und das SPG nicht. Zur Behebung sollte § 40 Abs 4 SPG folgender Satz angefügt werden:

*Die Besichtigung des unbekleideten Körpers einer Person ist stets von einer Person desselben Geschlechts oder von einem Arzt unter Achtung der Würde der zu untersuchenden Person vorzunehmen.*

Als Begründung dieser gesetzlichen Anpassung steht im Vordergrund, dass eine Leibesvisitation oder Besichtigung des (nackten oder unbekleideten) Körpers entsprechend der gesetzlichen Normen keinen Unterschied machen darf, ob diese auf Grundlage der StPO oder nach dem SPG vorgenommen wird. Diese Schlussfolgerung zum Schutz der Privat- und Intimsphäre aus den Art 3 und 8 EMRK wurde bisweilen weder im SPG noch in der RLV umgesetzt<sup>849</sup>, zumal die Ausnahme im

---

<sup>848</sup> Vgl VfSlg 10.663.

<sup>849</sup> Anders dazu Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 162, wonach die Schlussfolgerung im SPG und der RLV ausdrücklich festgelegt sind. Dabei wird aber die Ausnahme, welche sich aus § 5 Abs 3 RLV ergibt, nicht in Betracht gezogen.

§ 5 Abs 3 zweiter Halbsatz RLV bei „Gefahr im Verzug“ ein Abgehen von der Geschlechtertrennung vorsieht.

Die Möglichkeit einer freiwilligen Herausgabe des Gesuchten sollte meiner Meinung nach auch in die Durchsuchungsermächtigung des SPG aufgenommen werden:

*§ 40 Abs 5 SPG: Vor jeder Durchsuchung ist der Betroffene unter Angabe der hierfür maßgebenden Gründe aufzufordern, die Durchsuchung zuzulassen oder das Gesuchte freiwillig herauszugeben. Von dieser Aufforderung darf nur bei Gefahr im Verzug abgesehen werden.*

### **7.3. WaffG**

Hinsichtlich der waffenpolizeilichen Durchsuchungsermächtigung gemäß § 53 WaffG ist zunächst ein redaktioneller Fehler festzustellen, zumal der Verweis auf die StPO aktualisiert werden muss<sup>850</sup>.

Die Bestimmung lässt des Weiteren einen wichtigen Inhalt vermissen, welcher mE vor dem Hintergrund einer abgestimmten Normierung von Durchsuchungsermächtigungen eingefügt werden sollten. Dabei erscheint es hinsichtlich der waffenrechtlichen Visitierung sinnvoll, den Betroffenen vor der Durchführung einer Durchsuchung zur freiwilligen Herausgabe des gesuchten Gegenstandes aufzufordern. Als Vorbild kann die Bestimmung des § 121 Abs 1 StPO Verwendung herangezogen werden.

§ 53 könnte folgendermaßen neu formuliert werden:

*(1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, eine Durchsuchung der Kleidung von Menschen und der von diesen mitgeführten Fahrzeuge und Behältnisse an Orten vorzunehmen, an denen auf Grund eines konkreten Hinweises oder sonstiger bestimmter Tatsachen der dringende Verdacht besteht, dass einem Verbot der Einfuhr, der Ausfuhr, des Besitzes oder des Führens von Kriegsmaterial*

---

<sup>850</sup> Statt § 142 Abs 1 StPO muss es lauten: § 121 Abs 3 StPO.

*oder von Waffen und Munition, die nicht Kriegsmaterial sind, nach diesem oder anderen Bundesgesetzen zuwidergehandelt wird. Die §§ 50 SPG und 121 Abs 3 der StPO gelten.*

*(2) Vor jeder Durchsuchung ist der Betroffene unter Angabe der hiefür maßgebenden Gründe aufzufordern, die Durchsuchung zuzulassen oder das Gesuchte freiwillig herauszugeben. Von dieser Aufforderung darf nur bei Gefahr im Verzug abgesehen werden.*

Durch den Verweis auf § 121 Abs 3 StPO wird die geschlechterspezifische Trennung bei der Durchsuchung am Körper – etwa beim Abtasten der Kleidung direkt am Körper durch ein Polizeiorgan – garantiert und steht im Einklang mit anderen Durchsuchungsermächtigungen gemäß StPO oder SPG.

## **D. Die Wegweisung**

### **1. Allgemeines und Abgrenzung**

Der letzte Abschnitt dieser Arbeit widmet sich der Ermächtigungen von Polizeibeamten, Personen von (öffentlichen) Orten und Plätzen, von Orten mit gemeingefährlichen Ereignissen oder von sensiblen Anlagen und Einrichtungen wegzuweisen. Als ein in der polizeilichen Praxis typischer Spezialfall der Wegweisung wird zudem die Entfernung eines gewalttätigen Ehegatten oder sonstigen Mitbewohners aus Wohnungen behandelt.

Gerade die Wegweisung und das Betretungsverbot der eigenen Wohnung oder des eigenen Hauses spielt im Rahmen von familienrechtlichen Trennungs- oder Scheidungsszenarien eine maßgebliche Rolle. Darüber hinaus stellt die Wegweisung durch Polizeibeamte einen massiven Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen dar, zumal einige verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, insbesondere das Recht auf Freizügigkeit und Freiheit des Aufenthaltes, das Verfügungsrecht über seine Liegenschaft und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, berührt werden.

Diese Berechtigung der Sicherheitsorgane zur Wegweisung und zur Verfügung des Betretungsverbots soll nach der geltenden Rechtslage unter Einbeziehung der herrschenden Judikatur auf ihre Zulässigkeit und deren Schranken untersucht werden.

Die Bedeutung dieser Zwangsmaßnahmen wird aus der jährlichen Statistik über erfolgte Wegweisungen und verhängte Betretungsverbote ersichtlich, wobei von steigenden Zahlen auszugehen ist. Im Jahr 2006 wurde bereits 7.235 Personen gemäß § 38a SPG behandelt<sup>851</sup>.

---

<sup>851</sup> Im Jahr 1997 waren es vergleichsweise noch 1.449 Personen und hat sich in zehn Jahren mehr als fünffach erhöht. Siehe dazu die Statistik der Wegweisungen in Österreich unter [http://www.interventionsstelle-wien.at/files/Wegweisungsstatistik\\_1997-2006.pdf](http://www.interventionsstelle-wien.at/files/Wegweisungsstatistik_1997-2006.pdf) (21.02.2009).

Nicht behandelt werden in diesem Abschnitt das Platzverbot<sup>852</sup> sowie die Auflösung von Besetzungen<sup>853</sup> iSd SPG.

## 2. Grundrechtliche Grundlagen

### 2.1. Schutzbereich des Art 4 StGG

Gemäß Art 4 Abs 1 StGG unterliegt die Freizügigkeit der Person innerhalb des Staatsgebietes keiner Beschränkung<sup>854</sup>. Weiters normiert Art 2 Abs 1 4. ZP, dass jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht hat, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei wählen kann<sup>855</sup>.

Der Schutzbereich ist hier zunächst die örtliche Bewegungsfreiheit<sup>856</sup> einer Person, dh seinen Aufenthaltsort nach freien Willen bestimmen zu können. Dies inkludiert natürlich einerseits das Recht sich von Ort zu Ort zu bewegen und andererseits sich zu einem bestimmten Ort begeben zu können. Grundsätzlich soll eine Person die Möglichkeit haben ihren Aufenthaltsort beliebig zu wählen<sup>857</sup>.

Dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht wirkt grundsätzlich absolut, dh es ist kein Grundrechtsschranken vorgesehen, sodass die Wegweisung in der Regel einen Eingriff in dieses Recht darstellt<sup>858</sup>. Trotz des Wortlautes des Art 4 Abs 1 StGG ist das Recht auf Freizügigkeit der

---

<sup>852</sup> Vgl § 36 SPG.

<sup>853</sup> Vgl § 37 SPG.

<sup>854</sup> *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 StGG Rz 13.

<sup>855</sup> *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 4. ZP Rz 12.

<sup>856</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1398; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 40ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) 322ff; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 438.

<sup>857</sup> *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 StGG Rz 20.

<sup>858</sup> *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 StGG Rz 30.

Person nach der Rechtsprechung des VfGH<sup>859</sup> nicht schrankenlos, sondern nur im Rahmen der Rechtsordnung gewährleistet, wobei Beschränkungen bereits durch einfache Gesetze zulässig sind, wenn dadurch der Gleichheitsgrundsatz nicht verletzt wird<sup>860</sup>.

Demgegenüber normiert Art 2 Abs 3 4. ZP einen materiellen Gesetzesvorbehalt, wonach dieses Recht dann eingeschränkt werden darf, wenn es gesetzlich vorgesehen ist und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung des „ordre public“, der Verhütung von Straftaten, des Schutzes der Gesundheit oder der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist<sup>861</sup>.

Durch die Wegweisung von Orten oder aus der ehelichen Wohnung sowie durch die Verfügung eines Betretungsverbotes wird in dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht eingegriffen, zumal dem Betroffenen verwehrt wird seine Wohnung zu Betreten oder ihm der Aufenthalt an bestimmten Orten gänzlich untersagt wird<sup>862</sup>.

Die Rechtfertigung für die Zulässigkeit in dieses Grundrecht einzugreifen liegt im oben erwähnten Gesetzesvorbehalt. Erfolgt demnach eine Wegweisung nach § 38 SPG sowie eine Wegweisung und das Betretungsverbot bei Gewalt in Wohnungen nach § 38a SPG und wird diese Amtshandlung rechtmäßig durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes durchgeführt, so ist der Eingriff entsprechend der

---

<sup>859</sup> Vgl VfSlg 3.447, 7.379, 7.686, 8.373, 13.097. Siehe auch *Seidl-Hohenveldern in Machacek/Pahr/Stadler Grund- und Menschenrechte in Österreich* (1992) Band II 541; *Pöschl in Korinek/Holoubek, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 StGG Rz 43*.

<sup>860</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*<sup>10</sup> (2007) Rz 1399; *Öhlinger, Verfassungsrecht*<sup>6</sup> (2005) 323, *Berka, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich* (1999) Rz 444.

<sup>861</sup> Diese Eingriffsvoraussetzungen entsprechen im Wesentlichen jenen des Art 8 EMRK. Siehe dazu *Pöschl in Korinek/Holoubek, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 2 4. ZP Rz 58*.

<sup>862</sup> *Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention*<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 44; *Berka, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich* (1999) Rz 445; *Pöschl in Korinek/Holoubek, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 4 StGG Rz 30*.

Eingriffsermächtigung zulässig. Die gesetzliche Grundlage bietet dazu das SPG.

Überschreiten die Polizisten ihre Befugnisse, ist die Amtshandlung nicht mehr durch den Gesetzesvorbehalt gedeckt und bewirkt dadurch eine Verletzung des Rechts der Freizügigkeit der Person gemäß Art 4 Abs 1 StGG iZm Art 2 Abs 1 4. ZP<sup>863</sup>.

## 2.2. Schutzbereich des Art 6 StGG

Gemäß Art 6 Abs 1 StGG kann jeder Staatsbürger an jedem Ort des Staatsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz nehmen<sup>864</sup>. Art 2 Abs 1 4. ZP dehnt dieses Recht auf jedermann aus, der sich rechtmäßig in Österreich aufhält. Zum Gesetzesvorbehalt<sup>865</sup> siehe die Ausführung zuvor im Kapitel II. D. 2.1.

Der Schutzbereich ist in diesem Zusammenhang das Recht seinen Wohnsitz<sup>866</sup> oder Aufenthalt<sup>867</sup> nach freien Willen zu wählen, worunter die Niederlassung von gewisser Dauer<sup>868</sup> und natürlich auch das Betreten der eigenen Wohnung zu verstehen ist. Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit liegt stets dann vor, wenn der Schutzbereich dieses verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts unmittelbar beeinträchtigt wird<sup>869</sup>.

---

<sup>863</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1398; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 47; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 445; siehe auch EGMR 5.10.2006, Bolat, Nr 14.139/03, Z 69.

<sup>864</sup> *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 6 StGG Rz 10.

<sup>865</sup> *Grabenwarter in Machacek/Pahr/Stadler* Grund- und Menschenrechte in Österreich (1992) Band II 556.

<sup>866</sup> *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 6 StGG Rz 14.

<sup>867</sup> *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 6 StGG Rz 15.

<sup>868</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 42; *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 6 StGG Rz 15.

<sup>869</sup> *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 6 StGG Rz 24.

Ob eine Wegweisung iSd §§ 38 oder 38a SPG einen Eingriff in dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht bilden kann ist fraglich. Es wird aber mE mit der hLit deshalb zu bejahen, weil grundsätzlich niemand durch die Staatsgewalt gehindert werden darf sich in ein bestimmtes Gebiet oder an einen bestimmten Ort zu begeben bzw gezwungen werden ein bestimmtes Gebiet oder eine Wohnung zu verlassen<sup>870</sup>. Eine Wegweisung hat aber gerade zum Ergebnis, dass der Betroffene einen bestimmten Ort oder eine bestimmte Wohnung nicht mehr betreten darf.

Die Rechtfertigung für die Zulässigkeit in dieses Grundrecht einzugreifen liegt im oben erwähnten Gesetzesvorbehalt und ist immer dann als zulässig anzusehen, wenn der Eingriff nach den einschlägigen Bestimmungen des SPG erfolgt. Gerade im Hinblick auf die Prävention vor Straftaten kann die Verpflichtung, einen gewissen Ort nicht zu betreten, gerechtfertigt sein<sup>871</sup>.

Überschreiten die Polizisten bei der Wegweisung ihre Befugnisse, ist die Amtshandlung nicht mehr durch den Gesetzesvorbehalt gedeckt und bewirkt dadurch eine Verletzung des Rechts der Freiheit des Aufenthaltes gemäß Art 6 Abs 1 StGG iZm Art 2 Abs 1 4. ZP<sup>872</sup>.

### **2.3. Schutzbereich des Art 5 EMRK und des BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit**

Der Schutzbereich dieser verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte ist das Recht seinen Aufenthaltsort frei bestimmen zu können und somit nicht in der körperlichen Bewegungsfreiheit aufgrund von staatlichem Zwang eingeschränkt zu werden. Da die Wegweisung in diese

---

<sup>870</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 47; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 445;

<sup>871</sup> EGMR 4.6.2002, Oliveira, RJD 2002-IV, Z 64f; EGME 4.5.2002, Landvreugd, Nr 37.331/97, Z 72ff.

<sup>872</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 21 Rz 48; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 445; *Pöschl in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 6 StGG Rz 24.

Bewegungsfreiheit eingreift, muss sich die Frage gestellt werden, ob nicht auch dadurch ein Eingriff in die persönliche Freiheit erfolgt. Faktum ist, dass jede Wegweisung eine staatliche Einschränkung bedeutet, zumal es dem Betroffenen untersagt wird, einen bestimmten Ort nach seinen Wünschen und seinen Willen zu betreten. Trotzdem kann diese Freiheitsbeschränkung nicht gleichzeitig als Freiheitsentziehung gewertet werden. Diese Ansicht wird in der Literatur dadurch untermauert, dass einerseits Art 5 EMRK seit jeher nicht auf derartige Fälle anwendbar war und andererseits angesichts der Aufzählung der Tatbestände des Freiheitsentzuges in Art 1 Abs 2 PersFrG auch das PersFrG nicht angewendet werden kann<sup>873</sup>.

Diese Rechtsansicht ist mE insofern schlüssig, zumal bei der Wegweisung der Betroffenen idR nicht festgenommen oder angehalten wird, sondern er aufgefordert wird einen Ort oder eine Wohnung zu verlassen bzw diese nicht wieder zu betreten. Diese Freiheitsbeschränkungen sind – wie oben unter Punkt 2.1. und 2.2. ausgeführt – ohnehin durch das Recht auf Freizügigkeit und das Recht auf Freiheit des Aufenthaltes bereits geschützt.

## **2.4. Schutzbereich des Art 8 EMRK**

Die Berührung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK liegt auf der Hand. Sowohl die Wegweisung als auch ein Betretungs- oder Rückkehrverbot in die (eigene) Wohnung stellt einen massiven Eingriff in die Privatsphäre, in die freie Gestaltung der Lebensführung und in das Recht auf Achtung der Wohnung des Betroffenen dar.

Dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht hat aber einen materiellen Grundrechtsschranken, sodass ein Eingriff in den Schutzbereich des Art 8 EMRK nur dann zulässig ist, wenn dieser

---

<sup>873</sup> *Kneihs/Preiß*, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“. Die neue Regelung im SPG und ihre Probleme, JRP 1997, 102. Siehe auch *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 1 PersFrG Rz 51ff.

gesetzlich vorgesehen ist und in einer demokratischen Gesellschaft zur Erreichung eines der im Art 8 Abs 2 EMRK taxativ angeführten Zwecke notwendig ist<sup>874</sup>.

Die gesetzliche Grundlage als erste Komponente für die Rechtfertigung bildet das SPG, worin sowohl die Wegweisung als auch das Betretungsverbot detailliert geregelt sind<sup>875</sup>. Zusätzlich benötigt man als zweite Komponente aus der taxativen Aufzählung im Art 8 Abs 2 EMRK noch ein legitimes Ziel für die Rechtmäßigkeit des Eingriffes. Bei der Wegweisung werden die Aufrechterhaltung der Ordnung, Ruhe und Sicherheit, die Verhütung von Straftaten und der Schutz der Gesundheit sowie mögliche andere wichtige Ziele, einen Eingriff in die Rechte des Betroffenen rechtfertigen können.

Darüber hinaus ist aber auch stets bei jedem Eingriff eine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit durchzuführen<sup>876</sup>.

Wird die Amtshandlung iSd SPG vollzogen und ist diese Maßnahme im Hinblick auf dessen Verhältnismäßigkeit notwendig, dann erfolgt kein Verstoß gegen Art 8 EMRK. Der Ermessensspielraum der einschreitenden Beamten ist aufgrund des sehr weit formulierten Gesetzesvorbehalts besonders umfassend und somit kann bereits bei „vagen“ Hinweisen auf eine mögliche Gewaltbereitschaft des Betroffenen eine Wegweisung als zulässig erachtet werden, wodurch es immer wieder zu Härtefällen kommen kann<sup>877</sup>.

---

<sup>874</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1425; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) § 22 Rz 32; *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 462; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 9ff.

<sup>875</sup> Vgl §§ 38, 38a SPG.

<sup>876</sup> *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 116.

<sup>877</sup> Im Zuge von Familienstreitigkeiten oder im Hinblick auf eine beabsichtigte Scheidung kommt es immer wieder vor, dass ein Ehegatte den anderen Ehegatten dadurch aus der gemeinsamen Wohnung „entfernen“ lässt, indem der Polizei gegenüber – ohne irgendwelche Beweise oder Indizien – eine gewisse Gewaltbereitschaft oder sogar eine gesetzte Gewalttat des Betroffenen „vorgespielt“ wird. Der Betroffene selbst hat meist keine Möglichkeit die drohende Wegweisung abzuwenden.

Überschreitet der amts handelnde Polizist bei der Wegweisung seine Kompetenzen, ist die Amtshandlung nicht mehr durch den Gesetzesvorbehalt iSd Art 8 Abs 2 EMRK gedeckt und bewirkt dadurch eine Verletzung des Rechts auf Privat- und Familienleben sowie das Recht auf Achtung der Wohnung gemäß Art 8 EMRK. Dasselbe gilt auch dann, wenn bei der Wegweisung und beim Betretungsverbot die erforderliche Gefährlichkeitsprognose über den Betroffenen fehlt<sup>878</sup>.

### **3. Kompetenzrechtliche Grundlagen**

Das Sicherheitspolizeigesetz hat ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG, da der Bund aufgrund der zitierten Norm in Gesetzgebung und Vollziehung unter anderem für die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit einschließlich der ersten allgemeinen Hilfeleistung...“ zuständig ist<sup>879</sup>.

### **4. Einfachgesetzliche Grundlagen**

#### **4.1. Sicherheitspolizeigesetz 1991 - Allgemeines**

Die Rechtsquelle für die Wegweisung und für das Betretungs- bzw Rückkehrverbot ist das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1991 über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG), BGBl Nr 566/1991 idGF. Im 3. Teil, 2. Hauptstück und 2. Abschnitt regelt das SPG unter dem Titel „Besondere Befugnisse“ zwei Arten von Wegweisungen, welche als polizeiliche Zwangsmaßnahmen in Erscheinung treten.

Die Wegweisung gemäß § 38 SPG war bereits in der Stammfassung des SPG normiert, und gibt den Sicherheitsorganen ein Instrument in die Hand, um vor allem unbeteiligte oder schaulustige Personen vom Ort des Geschehen entfernen zu können.

---

<sup>878</sup> UVS Tirol 21.11.2007, 2007/23/3173-5.

<sup>879</sup> Vgl Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), I.7. zu Art 10 B-VG, siehe auch Hauer, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000) 36.

Erst einige Jahre später wurde mit dem Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie (GeSchG) vom 30. Dezember 1996, BGBl Nr 759/1996 die Wegweisung und das Betretungsverbot bei Gewalt in Wohnungen (§ 38a SPG) als zusätzliche Zwangsmaßnahme mit Wirkung vom 1. Mai 1997 ins SPG eingefügt. Die Regelung soll den Versuch darstellen der Polizei effiziente Zwangsmaßnahmen zu geben, um verstärkt gegen „Gewalt innerhalb der Familie“ vorgehen zu können. Bis zu diesem Zeitpunkt war es schwierig bei Gewaltakten in der Abgeschlossenheit der häuslichen Sphäre einzuschreiten, weil derartige Geschehnisse kaum nach außen traten. Dunkelfelduntersuchungen zu Gewalt in Partnerschaften ergaben immerhin, dass es bei 16% aller Paare innerhalb des vergangenen Jahres zu körperlichen Gewalttätigkeiten<sup>880</sup> kam und bei 28% aller Paare kam es überhaupt schon einmal zu Gewalt<sup>881</sup>.

Mit der SPG-Novelle 1999<sup>882</sup> wurde das Betretungsverbot verselbständigt, sodass der Wertigkeit dieser Maßnahme noch mehr Rechnung getragen wird. Ebenso wurden die Betretungsmodalitäten und die Einhaltung und Überprüfung des Betretungsverbotes geregelt.

#### **4.2. § 38 SPG - Wegweisung**

Gemäß § 38 Abs 1 SPG sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt Unbeteiligte wegzuweisen, die durch ihre Anwesenheit am Vorfallsort oder in dessen unmittelbarer Umgebung die Erfüllung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht<sup>883</sup> oder die nach einem gefährlichen Angriff<sup>884</sup> gebotene Klärung der maßgeblichen Umstände behindern<sup>885</sup>. Weiters dürfen Unbeteiligte weggewiesen

---

<sup>880</sup> ZB Schläge androhen oder drohen mit etwas zu werfen, etwas gezielt nach dem Anderen werfen, stoßen, packen, schubsen, mit der flachen Hand schlagen, ohrfeigen, treten, beißen, kratzen, mit der Faust schlagen, mit einem Gegenstand schlagen, den Anderen verprügeln, Benützung einer Waffe (Messer, Pistole etc) uam.

<sup>881</sup> *Gemünden in Lamnek/Boatcă (Hrsg)*, Geschlecht – Gewalt – Gesellschaft 338.

<sup>882</sup> BGBl I Nr 146/1999.

<sup>883</sup> Vgl § 19 SPG.

<sup>884</sup> Vgl § 16 SPG.

<sup>885</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 474.

werden, wenn durch ihre Anwesenheit die Privatsphäre jener Menschen unzumutbar beeinträchtigt wird, die vom Vorfall betroffen sind.

In diesen Fällen geht es insbesondere darum, dass Schaulustige und andere unbeteiligte Personen die Polizeibeamten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben behindern. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Menschen, die an einem solchen Ort ihrem Beruf nachgehen, nicht in demselben Maße unbeteiligt sein können wie „Schaulustige“<sup>886</sup>. Dementsprechend sind Sanitäter, Feuerwehrleute oder auch als solche erkennbare Medienmitarbeiter<sup>887</sup> anders zu behandeln, als zufällig vorbeikommende Personen.

Nach der Judikatur des VwGH<sup>888</sup> sind die Tatbestandsmerkmale der Wegweisung nach § 38 Abs 1 SPG zunächst ein „Vorfall(sort) und die Stellung des Wegzuweisenden als „Unbeteiligter“. Die Wegweisung ist dann zulässig, wenn die Anwesenheit des Unbeteiligten etwa die erste allgemeine Hilfeleistung oder die Klärung eines gefährlichen Angriffes behindert oder bei Störung der Privatsphäre des vom Vorfall Betroffenen. Unter Vorfall bzw Vorfallsort ist das jeweilige Ereignis und dessen räumliches Umfeld zu sehen, welches ein Einschreiten der Polizei notwendig macht.

Besteht an einem bestimmten Ort eine allgemeine Gefahr für Leben oder Gesundheit mehrerer Menschen oder für Eigentum oder Umwelt im großem Ausmaß, so sind die Organe der öffentlichen Sicherheit gemäß § 38 Abs 2 SPG ermächtigt jede Person aus dem Gefahrenbereich wegzuweisen<sup>889</sup>. Bei diesem Tatbestand geht es um die Entfernung von Personen von Orten mit gemeingefährlichen Ereignissen.

---

<sup>886</sup> Thanner/Vogl, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 87.

<sup>887</sup> Die Pressefreiheit ist ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht und wird durch Art 10 EMRK geschützt. Die Pressefreiheit garantiert aber nicht nur das Recht, Nachrichten und Meinungen frei äußern und verbreiten zu dürfen, sondern schützt auch den gesamten Prozess der Sammlung von Informationen durch Pressemitarbeiter. Siehe dazu auch *Berka in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band II (1992) 426.

<sup>888</sup> VwGH 9.9.2003, 2002/01/0360; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 190; *Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 205.

<sup>889</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 476.

Mitunter ist die Feststellung, ob eine gemeingefährliche Situation vorliegt oder nicht, schwierig. Die Einschätzung, ob iSd § 38 Abs 2 SPG eine allgemeine Gefahr für Leben oder Gesundheit mehrerer Menschen vorliegt, ist zweifellos eine Frage des in der konkreten Situation auszuübenden Ermessens. Liegt eine solche Gefahr aber nicht vor, ist die Wegweisung nicht gedeckt und daher rechtswidrig<sup>890</sup>. Das einschreitende Sicherheitsorgan muss in der Lage sein die konkrete Situation ohne Irrtum einzuschätzen.

§ 38 Abs 3 SPG wirkt in seiner Formulierung sehr weit, zumal die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes berechtigt sind, jedermann aus einem Gefahrenbereich zu weisen, dessen Leben und Gesundheit dadurch gefährdet sind, dass einem gefährlichen Angriff ein Ende gesetzt wird. Auch bei dieser Norm kann jede Person, die sich in der Gefahrenzone aufhält, weggewiesen werden<sup>891</sup>.

Schließlich dürfen gemäß § 38 Abs 4 SPG Menschen auch präventiv von nicht allgemein zugänglichen Stellen einer sensiblen Einrichtung oder Anlage weggewiesen werden. Diese Bestimmung dient zur Erfüllung internationaler Sicherheitsstandards im Kontext der Zivilluftfahrt. Bislang fehlte es an einer exekutiven Befugnis, Menschen, die ihre Berechtigung sich in diesem Bereich aufzuhalten nicht glaubhaft zu machen vermögen, auch wirklich aus dem nichtöffentlichen Bereich des Flugplatzes zu verweisen<sup>892</sup>. Sensible Einrichtungen und Anlagen sind insbesondere Zivilflugplätze, atomare Anlagen<sup>893</sup> oder staatliche Einrichtungen, sowie Botschaften, Bahnhöfe oder U-Bahn-Stationen.

---

<sup>890</sup> Vgl OLG Wien 30.5.2006, 14 R 13/06v; siehe auch ÖAMTC-LSK 2006/138, 2006/126. Eine allgemeine Gefahr kann vernünftigerweise noch nicht angenommen werden, wenn im Motorraum eines Kraftfahrzeuges Filz noch ohne Flammenentwicklung zu glühen begonnen hat und in unmittelbarer Nähe zwei Feuerlöscher vorhanden sind, von denen zumindest einer geeignet ist, den Brand zu löschen. Die Reaktion des intervenierenden Polizeibeamten auf den beginnenden Brand war unverhältnismäßig und somit rechtswidrig, da er Schulungen zusammen mit der Berufsfeuerwehr absolviert hatte und somit in der Lage gewesen wäre, die Situation ohne Irrtum zu beherrschen.

<sup>891</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 477.

<sup>892</sup> EBRV 1479 BlgNr 20. GP 17; siehe auch *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 87.

<sup>893</sup> ZB Austrian Research Centers, Nuclear Engineering Seibersdorf GmbH.

Nach der Judikatur des VwGH<sup>894</sup> kann allein daraus, dass ein Sicherheitsorgan eine Aufforderung zum Verlassen einer Örtlichkeit ausspricht, noch nicht auf das Vorliegen eines AuvBZ geschlossen werden. Dieser liegt nur dann vor, wenn einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen und hierbei physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht.

ME schießt hier die Judikatur etwas übers Ziel hinaus, da allein der Umstand einer verbalen Äußerung des Befehles einen Ort zu verlassen, bereits als AuvBZ gewertet werden muss<sup>895</sup>. Anderenfalls müsste man bei jedem AuvBZ eine physische Zwangshandlung setzen, was aber nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein kann. Dieser Ansatz würde in weiterer Konsequenz bedeuten, dass etwa die ausgesprochene Festnahme oder die Durchsuchung von mitgeführten Behältnissen nur dann als AuvBZ zu werten ist, wenn dem Betroffenen zusätzlich auch noch Handschellen und/oder Fußfesseln angelegt werden bzw die Behältnisse mit Körperkraft dem Betroffenen zwecks Durchsuchung abgenommen werden. Vor diesem Hintergrund sollte die Aufforderung eine Örtlichkeit zu verlassen als AuvBZ gesehen werden und dementsprechend auch vor dem UVS überprüfbar sein.

#### **4.3. § 38a SPG – Wegweisung und Betretungsverbot bei Gewalt in Wohnungen**

Gemäß § 38a Abs 1 SPG sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, einen Menschen, von dem die Gefahr ausgeht, aus einer Wohnung, in der ein Gefährdeter wohnt, und deren unmittelbarer Umgebung wegzuweisen, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen, insbesondere wegen eines vorangegangenen gefährlichen

---

<sup>894</sup> VwGH 29.6.2000, 96/01/0596.

<sup>895</sup> Vgl auch *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 474.

Angriffs, anzunehmen ist, es stehe ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit bevor<sup>896</sup>.

Unter denselben Voraussetzungen des § 38 Abs 1 SPG kann nach § 38 Abs 2 SPG das Betreten eines festzulegenden Bereiches untersagt werden, wobei aber zur Durchsetzung des Betretungsverbotes die Ausübung von Zwangsgewalt nicht zulässig ist. Dem Betroffenen dürfen von den Polizeibeamten alle in seinem Gewahrsam befindlichen Schlüssel zur Wohnung abgenommen werden<sup>897</sup>. Schließlich sind die Polizeiorgane verpflichtet der weggewiesenen Person Gelegenheit zu geben, dringend benötigte Gegenstände des persönlichen Bedarfs mitzunehmen und sich darüber zu informieren, welche Möglichkeiten er hat, unterzukommen. Ein erneutes Aufsuchen der Wohnung ist nur in Gegenwart eines Organs der öffentlichen Sicherheit möglich<sup>898</sup>.

#### **4.4. Wegweisung und Betretungsverbot im Einzelnen**

##### **4.4.1. Rechtsform – liegt ein AuvBZ vor?**

Die Wegweisung nach §§ 38 oder 38a SPG ist in seiner Rechtsform ein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt<sup>899</sup> und kann nötigenfalls mit unmittelbarer Zwangsgewalt gemäß § 50 Abs 1 SPG durchgesetzt werden. In solchen Fällen müssen die amts handelnden Polizisten die bevorstehende Gewaltanwendung

---

<sup>896</sup> § 38a Abs 1 SPG; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 478.

<sup>897</sup> Zur Sicherung des Rückkehrverbotes sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes überdies ermächtigt, dem Betroffenen die in seinem Besitz befindlichen Schlüssel zur Wohnung abzunehmen. Sie werden beim Polizeiwachzimmer hinterlegt und sind bei Aufhebung des Verbotes dort wieder abzuholen. Diese Bestimmung war notwendig, weil die Ermächtigung zur Abnahme der Wohnungsschlüssel nicht nach § 42 SPG erfolgen kann, zumal ein gefährlicher Angriff erst bevorsteht. EBRV 252 20. GP; *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 92; *Kneihls/Preiß*, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“. Die neue Regelung im SPG und ihre Probleme, JRP 1997, 102.

<sup>898</sup> § 38a Abs 2 SPG.

<sup>899</sup> Vgl Kapitel I.A.4.2.

androhen und ankündigen<sup>900</sup>. Im Regelfall muss also zuerst die Wegweisung formal ausgesprochen werden. Sollte sich der Betroffene weigern, die Wohnung zu verlassen, folgt die Androhung der Gewaltanwendung. Leistet der Weggewiesene auch dieser Aufforderung keine Folge, muss die Ankündigung der Gewaltausübung erfolgen und der Betroffenen kann nun zwangsweise aus der Wohnung entfernt werden<sup>901</sup>. Angemerkt wird, dass bei der Zwangsanwendung stets die am wenigsten in die Rechte des Betroffenen eingreifenden Mittel zu verwenden sind<sup>902</sup>.

Nicht so klar kann die Frage der Rechtsform beim Betretungsverbot beantwortet werden. Das Betretungsverbot kann expressis verbis nicht mit Zwang durchgesetzt werden<sup>903</sup>, sondern ist bei Zuwiderhandeln mit einer Verwaltungsstrafe<sup>904</sup> bedroht. Eindeutig steht fest, dass das Betretungsverbot ein außenwirksamer, normativer und hoheitlicher ist, welcher in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreift, wodurch die Wesensmerkmale eines AuvBZ erfüllt sind. Nach Auffassung des VfGH<sup>905</sup> liegt jedoch in Fällen, in denen das Zuwiderhandeln gegen eine behördliche Anordnung nur mit Verwaltungsstrafe bedroht ist, keine Befehls- und Zwangsgewalt vor. Es steht dem Betroffenen frei der Anordnung unter Inkaufnahme einer Verwaltungsstrafe zuwiderzuhandeln und in weiterer Folge diesen Akt durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts nachprüfen zu lassen. Andererseits vertritt der VfGH die Meinung, dass es einem Rechtsunterworfenen nicht zuzumuten ist, sich zur Klärung der Rechtslage der Gefahr einer

---

<sup>900</sup> Vgl § 50 Abs 2 SPG: Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben anwesenden Betroffenen die Ausübung von unmittelbarer Zwangsgewalt anzudrohen und anzukündigen. Hievon kann in den Fällen der Notwehr oder der Beendigung gefährlicher Angriffe (§ 33) soweit abgesehen werden, als dies für die Verteidigung des angegriffenen Rechtsgutes unerlässlich erscheint.

<sup>901</sup> *Kneihs/Preiß*, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“. Die neue Regelung im SPG und ihre Probleme, JRP 1997, 102ff.

<sup>902</sup> Vgl § 50 Abs 3 SPG iVm §§ 4,5 und 6 WaffGG.

<sup>903</sup> Vgl § 38a Abs 2 SPG.

<sup>904</sup> Vgl § 84 Abs 1 Z 2 SPG: Wer ein Betretungsverbot gemäß § 38a Abs 2 missachtet begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 360 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen zu bestrafen.

<sup>905</sup> VfSlg 7.509, 8.231, 8.671, 9.013.

Bestrafung oder sonstiger Nachteile auszusetzen<sup>906</sup>. In den Materialien zur SPG-Novelle wird die Auffassung vertreten, dass die Verhängung eines Betretungsverbot ein AuvBZ ist, und dass dieser gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG iZm § 88 Abs 1 SPG beim UVS bekämpft werden kann. Diese Meinung steht auch im Einklang mit der Lehre, dass das Betretungsverbot einen AuvBZ darstellt<sup>907</sup>. Die Judikatur hat sich dazu noch nicht klar geäußert<sup>908</sup>.

#### 4.4.2. Begriffe Wohnung und eigene Wohnung

Gemäß § 38 Abs 1 letzter Satz SPG muss im Falle einer Wegweisung das Organ der öffentlichen Sicherheit dem Weggewiesenen verdeutlichen, auf welchen räumlichen Bereich sich die Wegweisung erstreckt. Dieser Bereich ist nach Maßgabe der Erfordernisse eines wirkungsvollen Schutzes zu bestimmen.

Der Begriff „Wohnung“ ist in diesem Zusammenhang autonom zu bestimmen, sodass weder die Begriffsbestimmungen des Meldegesetzes (§ 1 Abs 4 MeldeG) noch die Judikatur zum HausrechtsG maßgeblich sind<sup>909</sup>. Im Sinne des § 38a SPG wird zunächst als Wohnung jeder abgeschlossene räumliche Bereich angesehen, welcher zu Wohnzwecken dient<sup>910</sup>. Da sich Gewalthandlungen oftmals nicht nur auf den unmittelbaren Wohnbereich beschränken, zählt auch die unmittelbare Umgebung wie insbesondere Schule, Schul- oder Arbeitsweg, Kindergarten etc auch zum Schutzbereich. Dieser Bereich ist von vielen individuellen Faktoren gekennzeichnet und muss nach den

---

<sup>906</sup> VfSlg 3.313, 3.925, 4.653, 5.597, 8.047.

<sup>907</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 191f; Trawnicek/Lepuschitz, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 214f; Kneihs/Preiß, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“. Die neue Regelung im SPG und ihre Probleme, JRP 1997, 102ff; Hauer/Keplinger, Sicherheitspolizeirecht<sup>3</sup> (2005), A.13 zu § 38a; Thanner/Vogl, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 94; vgl auch EBRV 1479 BlgNR, 20. GP, 19.

<sup>908</sup> VwGH 24.5.2005, 2004/01/0499; 24.2.2004, 2002/01/0280. Der Hinweis in der letztgenannten Entscheidung des VwGH, dass das Betretungsverbot durch § 88 Abs 2 SPG bekämpft werden kann, deutet eher auf eine Verneinung eines AuvBZ hin.

<sup>909</sup> Trawnicek/Lepuschitz, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 210f; Thanner/Vogl, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 92.

<sup>910</sup> EBRV 252 BlgNR 20. GP, 12.

örtlichen Gegebenheiten im Einzelfall ermittelt werden. Dieses Verständnis trägt dem Umstand Rechnung, dass die präventive Maßnahme auch außerhalb des häuslichen Bereiches ihre Berechtigung hat<sup>911</sup>.

Die große Schwierigkeit besteht natürlich in der Festlegung des außerhäuslichen Schutzbereiches, da diese Orte meistens öffentliche Verkehrsflächen darstellen, die der Weggewiesene nicht mehr betreten darf und dementsprechend einen Eingriff in seine Privatsphäre bedeuten. Die Festlegung der geschützten Zone muss mE restriktiv gesehen werden und natürlich unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips iSd § 29 SPG.

Das Gesetz verwendet im § 38a Abs 2 SPG den Begriff „eigene Wohnung“, ohne näher darzutun, was darunter zu verstehen ist. Ein Versuch einer Wortinterpretation würde auf den ersten Blick den Schluss nahe legen, dass aufgrund des Wortes „eigene“ die Wohnung im Sinne der zivilrechtlichen Bestimmungen Eigentum<sup>912</sup> oder zumindest im Besitz<sup>913</sup> des Betroffenen sein müsste. Würde dem so sein, wären Betroffene, die lediglich ein Wohnrecht in der Wohnung ausüben oder sich bloß sonst dort aufhalten, nicht vom Wortlaut des § 38 Abs 2 SPG erfasst und vom Betretungsverbot ausgeschlossen. Auch wenn in der Literatur<sup>914</sup> darüber bereits erwähnt wird, dass die Ausdrucksweise des Gesetzgebers an dieser Stelle ungeschickt ist und Interpretationsschwierigkeiten nicht überbetont werden dürfen, ist mE hier trotzdem Klarheit durch den Gesetzgeber zu schaffen, indem er das Wort „eigene“ ersatzlos streicht und gegebenenfalls der Terminus Technicus „Wohnung“ einer näheren Definition zuführt.

---

<sup>911</sup> Mottl, Alte und neue rechtliche Instrumente gegen Gewalt in der Familie, ÖJZ 1997, 544; Kühnberg, Schutz vor Gewalt in der Familie – Rechtsbehelfe und Rechtsschutz, FamZ 2006, 169; vgl auch EBRV 252 BlgNR 20. GP, 8.

<sup>912</sup> Vgl §§ 353ff ABGB.

<sup>913</sup> Vgl §§ 309ff ABGB.

<sup>914</sup> Kneihls/Preiß, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“. Die neue Regelung im SPG und ihre Probleme, JRP 1997, 102ff.

#### 4.4.3. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Wird bei polizeilichen Maßnahmen in die Rechte von Menschen erforderlichenfalls<sup>915</sup> eingegriffen, ist dies gemäß § 29 Abs 1 SPG nur möglich, soweit der Eingriff die Verhältnismäßigkeit zum Anlass und zum angestrebten Erfolg wahrt<sup>916</sup>.

Im Gegensatz zur Regelung des Betretungsverbot gemäß § 38 Abs 2 SPG wird iZm der Regelung über die Wegweisung gemäß Abs 1 leg cit die Wahrung der Verhältnismäßigkeit nicht explizit gefordert. Die Materialien geben als Begründung dafür an, dass das Betretungsverbot den schwerwiegenderen Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte des Betroffenen darstellt<sup>917</sup>. Diese Argumentation wurde mE im Schrifttum bereits zu Recht kritisiert, zumal auch die Wegweisung aus der Wohnung zu einem qualitativ vergleichbaren Eingriff in mehrere Grundrechte führt<sup>918</sup>. In diesem Bereich sollte sich der Gesetzgeber de lege ferenda dazu entschließen, bei der Anwendung von Zwangsmaßnahmen im SPG auf den allgemeinen Grundsatz zur Beachtung der Verhältnismäßigkeit verweisen. Im Ergebnis führt dies dann nicht zur einer Art Zweigleisigkeit beim Verhältnismäßigkeitsprinzip und beantwortet gleichzeitig die Frage, wann eine Abwägung der Zwangsmethoden durchzuführen ist und widerlegt zuletzt auch den falschen Schluss, dass die Verhältnismäßigkeit nur bei jenen Zwangsmaßnahmen beachtlich ist, wo sie im Gesetz ausdrücklich angeführt ist<sup>919</sup>.

---

<sup>915</sup> Vgl § 28a Abs 3 SPG: In die Rechte eines Menschen dürfen sie bei der Erfüllung dieser Aufgaben nur dann eingreifen, wenn eine solche Befugnis in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist und wenn entweder andere Mittel zur Erfüllung dieser Aufgaben nicht ausreichen oder wenn der Einsatz anderer Mittel außer Verhältnis zum sonst gebotenen Eingriff steht.

<sup>916</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 366ff.

<sup>917</sup> EBRV 252 BlgNR 20. GP, 13.

<sup>918</sup> *Kneihs/Preiß*, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“. Die neue Regelung im SPG und ihre Probleme, JRP 1997, 102ff.

<sup>919</sup> *Kneihs/Preiß*, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“. Die neue Regelung im SPG und ihre Probleme, JRP 1997, 102ff.

#### 4.4.4. Gefährlichkeitsprognose

Damit die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes überhaupt eine Wegweisung und/oder ein Betretungsverbot einem Betroffenen gegenüber gemäß § 38a SPG aussprechen dürfen, muss im Vorfeld eine Gefährlichkeitsprognose erstellt werden. Diese Prognose muss sich auf bestimmte Tatsachen<sup>920</sup> gründen, wobei in der Regel meist ein vorangegangener gefährlicher Angriff oder die Androhung eines solchen von der gefährdeten Person als bestimmte Tatsache angegeben wird. Was außer einem gefährlichen Angriff noch als bestimmte Tatsache für die anzustellende Gefährlichkeitsprognose gelten kann, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Angesichts des – sicherheitspolizeilichen Maßnahmen inhärenten – Präventivcharakters kann allerdings kein Zweifel bestehen, dass nach den jeweiligen Umständen etwa auch Aggressionshandlungen unter der Schwelle eines gefährlichen Angriffs oder in der Vergangenheit liegende Gewaltakte als derartige Tatsachen in Frage kommen<sup>921</sup>. Für eine erste Beurteilung der Lage sollen nach den EB<sup>922</sup> insbesondere die Aussage des Gefährdeten und das Verhalten desjenigen, von dem die Gefahr ausgeht, maßgeblich sein.

Die Schwierigkeit bei der Erstellung der Prognose muss einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Einerseits offenbart sich ein heikles Moment darin, dass die einschreitenden Polizeibeamten regelmäßig bloß einseitig formulierte Aussagen vom (angeblichen) Opfer von familiären Gewaltakten bekommen. Dh der erste Teil der Prognose wird anhand von naturgemäß subjektiven Angaben des Opfers gemacht. Gerade diese Angaben müssen aber hinsichtlich ihres Wahrheitsgehaltes ordentlich geprüft werden, denn im „Worst-Case-Fall“ kann es auch vorkommen, dass die gesamte Erzählung erlogen ist und nur als „taktische Kriegsführung“ in einem Trennungsprozess dient. Die Tatsache, dass ein Partner für eine gewisse Zeit weggewiesen wird,

---

<sup>920</sup> Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 192.

<sup>921</sup> UVS Tirol 21.11.2007, 2007/23/3173-5.

<sup>922</sup> EBRV 148 BlgNR 18. GP; siehe auch Trawnicek/Lepuschitz, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 211.

kann nämlich gute Vorteile im anstehenden Scheidungsverfahren<sup>923</sup> mit sich bringen. Hier sind die amtshandelnden Polizisten gefordert trotz einer gewissen Dringlichkeit intensive Wahrheitsforschung anzustellen, wobei die Erforschung der materiellen Wahrheit hier auf Grenzen stößt.

Im Hinblick auf die Echtheit der Opferangaben ist dabei in erster Linie auf eindeutige Gewaltanwendungszeichen<sup>924</sup> zu achten, zumal diese eher nicht die Vortäuschung einer Gewalttat belegen. Ebenso sind nicht näher spezifizierte Angstgefühle oder –zustände für sich allein betrachtet noch nicht ausreichend für eine Gefährdungsbegründung<sup>925</sup>, diesbezüglich sind die Ursache für die Angstausslösung durch die gefährdete Person nachvollziehbar darzulegen. Für den Polizisten muss beurteilbar werden, ob hinter den Angstzuständen Gewaltakte des Betroffenen stehen oder nicht. Aus der Judikatur des VwGH<sup>926</sup> ist entscheidend ersichtlich, dass daraus gesamthaft die Prognose ableitbar ist, dass ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit einer gefährdeten Person bevorstehe. Die gefährdete Person muss in der Lage sein, bestimmte Ereignisse, Äußerungen oder Ähnliches mitzuteilen, auf welche sich ihre Angst gründet<sup>927</sup>.

Andererseits ist von den ermittelnden Beamten auch das Verhalten der Betroffenen ins Kalkül zu ziehen. Dabei sind Faktoren wie Gewaltbereitschaft, Gewaltpotential, bereits in der Vergangenheit gesetzte Gewalttaten, psychischer Zustand, Erregungsgrad oder sonstige Beeinträchtigungen (zB durch Alkohol, Suchtgift oder Medikamente) zu berücksichtigen. Alle diese Überlegungen müssen in irgendeiner Form in die zu stellende Gefährlichkeitsprognose einfließen. Trotz mangelnder gesetzlicher Regelung sollte jedenfalls dem

---

<sup>923</sup> Ähnlich dazu auch *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 193.

<sup>924</sup> Typische Zeichen von Gewaltanwendung wären insbesondere Hautrötungen oder Schwellung durch Ohrfeigen, Schläge oder Festhalten, Verletzungen, Schnitte, Knochenbrüche oder Hämatombildungen durch Einwirkung von Schlägen oder Tritten, zerrissene Kleidungsstücke, kaputte Gegenstände in der Wohnung, Angst- und Erregungszustände uÄm.

<sup>925</sup> *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 192.

<sup>926</sup> VwGH 24.2.2004, 2002/01/0280, VwGH 21.12.2000, 2000/01/0003.

<sup>927</sup> UVS Tirol 21.11.2007, 2007/23/3173-5.

Betroffenen vor der Wegweisung durch die Polizei die Möglichkeit gegeben werden zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Ein Recht darauf hat der Betroffene nach der aktuellen Rechtslage nicht, aber es resultiert zumindest aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, da die bloße einseitige Anhörung ein gewisses Maß an Sorgfalt vermissen lässt.

Nach Abschluss dieser Analyse über die potentielle Gefährlichkeit haben die amts handelnden Polizisten über eine Wegweisung und/oder ein mögliches Betretungsverbot zu entscheiden. Beachtung sollte in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit der Streitschlichtung gemäß § 26 SPG finden<sup>928</sup>. Das Hinwirken auf die Beilegung von Streitigkeiten oder auf eine sonst mögliche Gefahrenminderung ist für den Bereich der Sicherheitspolizei deshalb von besonderer Bedeutung, da es im Einzelfall der Beseitigung der Gefahr im unmittelbaren Nahbereich ihres Eintrittes dienen kann<sup>929</sup>.

#### **4.5. Verfahren bei der Wegweisung**

##### **4.5.1. Zustellung und Dokumentation**

Gemäß § 38a Abs 3 SPG haben die Sicherheitsorgane im Falle eines Betretungsverbots vom Betroffenen die Bekanntgabe einer Abgabestelle zu verlangen, damit die Aufhebung des Betretungsverbots oder eine einstweilige Verfügung rechtmäßig zugestellt werden kann. Als Abgabestelle<sup>930</sup> kann dabei eine Wohnung oder sonstige Unterkunft, eine Betriebsstätte, eine Kanzlei oder auch der Arbeitsplatz des Betroffenen angegeben werden. Sollte es der Betroffene unterlassen eine Abgabestelle mitzuteilen, so wird die Zustellung von Schriftstücke

---

<sup>928</sup> § 26 SPG: Um gefährlichen Angriffen auf Leben, Gesundheit oder Vermögen von Menschen vorzubeugen, haben die Sicherheitsbehörden auf die Beilegung von Streitigkeiten hinzuwirken. Kann die Streitigkeit nicht beigelegt werden, so haben die Sicherheitsbehörden auf eine sonst mögliche Gefahrenminderung hinzuwirken.

<sup>929</sup> EBRV 148 BlgNR 18. GP; siehe auch *Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 176.

<sup>930</sup> Vgl § 2 Z 4 ZustellG.

solange durch Hinterlegung erfolgen, bis eine Bekanntgabe einer Abgabestelle erfolgt<sup>931</sup>.

Eine weitere gesetzliche Verpflichtung der Sicherheitsorgane liegt darin, dass sie gemäß § 38a Abs 4 SPG die gefährdete Person über geeignete Opferschutzeinrichtungen<sup>932</sup> informieren.

Der Dokumentation kommt bei der Wegweisung und dem Betretungsverbot eine besondere Bedeutung zu, da sämtliche Umstände, die für die Anordnung dieser Maßnahme relevant waren, nachvollziehbar erfasst werden müssen. Diese bereits aus § 10 Abs 1 RLV abgeleiteten Dokumentationsverpflichtung<sup>933</sup> dient sowohl einer nachfolgenden besseren Überprüfbarkeit der Amtshandlung als auch dem Schutz des einschreitenden Polizisten selbst, zumal er sich später darauf berufen kann.

Jede Anordnung eines Betretungsverbotes ist der Sicherheitsbehörde unverzüglich zu melden, wobei diese binnen 48 Stunden diese Maßnahme zu überprüfen hat<sup>934</sup>. Liegen die Voraussetzungen des Betretungsverbotes nicht mehr vor, ist dieses sofort aufzuheben<sup>935</sup>. Davon sind sowohl der Betroffene als auch der Gefährdete zu informieren und die abgenommenen Schlüssel sind dem Betroffenen wieder auszuhändigen<sup>936</sup>.

#### 4.5.2. Fristen

Das SPG trifft in § 38a Abs 7 SPG genaue Regelung über die Dauer der Wegweisung und des Betretungsverbotes. Zunächst muss innerhalb der ersten drei Tage nach Verhängung des Betretungsverbotes dessen

---

<sup>931</sup> Diese Rechtsfolge wurde der Regelung des § 8 Abs 2 ZuStellG nachgebildet.

<sup>932</sup> Vgl § 25 Abs 3 SPG.

<sup>933</sup> Vgl § 38a Abs 5 SPG iVm § 10 Abs 1 RLV; siehe auch *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 93; *Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 212.

<sup>934</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 487.

<sup>935</sup> *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 488.

<sup>936</sup> Vgl § 38a Abs 6 SPG; *Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008) 93f; *Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000) 212f.

Einhaltung durch die Sicherheitsorgane überprüft werden. In welcher Form dies zu geschehen hat lässt das Gesetz offen<sup>937</sup>.

Das Betretungsverbot endet mit Ablauf des zehnten Tages nach seiner Anordnung bzw im Falle eines binnen dieser Frist eingebrachten Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung<sup>938</sup> mit der Zustellung der gerichtlichen Entscheidung an den Antragsgegner, spätestens jedoch mit Ablauf des zwanzigsten Tages nach Anordnung des Betretungsverbotes<sup>939</sup>.

## **5. Einige Beispiele aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und der UVS**

### **5.1. VwGH 9.9.2003, 2002/01/0360**

In dieser Entscheidung beschäftigte sich der VwGH mit der Wegweisung nach § 38 SPG. Als Sachverhalt lag hier zu Grunde, dass der Beschwerdeführer von einem Polizisten aus dem Wachzimmer weggewiesen wurde, nachdem er als Zeuge eines Verkehrsunfalls eine Zeugenaussage ablegen wollte. In diesem Zusammenhang muss hervorgehoben werden, dass die Unfällenkerin die Ehefrau des Beschwerdeführers ist und dieser den Unfall beobachtet hat und bereits kurz nach dem Eintreffen der Polizisten diese vergeblich aufgefordert hatte, bei seiner Ehefrau einen „Alkotest“ durchzuführen. Der Beschwerdeführer wollte jedoch nicht die Klärung der maßgeblichen Umstände behindern, sondern deren Aufklärung fördern, sodass er sich ua in seinem Recht verletzt erachtet, dass eine Wegweisung gemäß § 38 SPG nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu erfolgen hat.

---

<sup>937</sup> Tatsächlich wird die Überprüfung vor Ort bzw die Nachfrage bei der gefährdeten Person sinnvoll sein.

<sup>938</sup> Vgl § 382b EO.

<sup>939</sup> Vgl auch *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 490f.

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage<sup>940</sup> der Stammfassung des SPG zum § 38 Abs 1 leg cit geht es darum, dass Unbeteiligte, die die Sicherheitsexekutive bei ihrer Tätigkeit behindern oder jene Schaulustige, die sich – bewusst oder unbewusst – am Unglück anderer weiden, weggewiesen werden können.

Tatbestandsmerkmale der Wegweisung nach § 38 Abs 1 SPG sind zunächst ein „Vorfall(sort)“ und die Stellung des Wegzuweisenden als „Unbeteiligter“. Eine Wegweisung ist zulässig, wenn die Anwesenheit des Unbeteiligten etwa die erste allgemeine Hilfeleistung oder die Klärung eines gefährlichen Angriffes behindert oder bei Störung der Privatsphäre des vom Vorfall Betroffenen.

Für alle am Verfahren beteiligten Parteien stand außer Streit, dass im Beschwerdefall keine der Voraussetzungen für eine Wegweisung nach § 38 SPG vorgelegen ist. Lediglich der Beschwerdeführer leitet die Wegweisung davon ab, dass der einschreitende Polizist seine eigene Tätigkeit authentisch interpretiert habe und somit dem Beschwerdeführer mit seiner Diktion mitgeteilt hat, dass es sich um eine Wegweisung handelt. Die belangte Behörde stellte klar, dass im Zusammenhang mit der angespannten Situation am Wachzimmer die Redensart des Beamten dahin gedeutet werden muss, dass dieser keinesfalls eine Wegweisung „im technischen Sinn“ durchführen wollte, sondern er mit dieser Aussage weitere Diskussionen mit dem Betroffenen hintanhalten wollte.

Der VwGH schloss sich mE richtigerweise der Annahme der belangten Behörde an, zumal einerseits die rechtlichen Voraussetzungen iSd § 38 SPG nicht vorlagen und andererseits auch aus dem Sachverhalt heraus eine Wegweisung nicht abgeleitet werden kann.

---

<sup>940</sup> Vgl EBRV 148 BlgNR 18. GP 409.

## 5.2. VwGH 24.2.2004, 2002/01/0280

Der Beschwerdeführer wurde gemäß § 38a SPG vom ehelichen Wohnhaus inklusive einem Umkreis von 500m vom Anwesen weggewiesen und ein Betretungsverbot verhängt. Zuvor war es vor dem Wohnhaus zu Ehestreitigkeiten gekommen, wobei der Beschwerdeführer in Anwesenheit der verständigten Sicherheitsbeamten aggressiv und provozierend auftrat. Dies wurde insbesondere dadurch aufgezeigt, dass er stark mit seinen Händen gestikulierte und sich immer wieder bedrohlich mit geballten Fäusten den Beamten genähert hat. Ebenfalls wurden verbale Drohungen ausgesprochen. Entgegen den Bestimmungen des § 38a Abs 6 SPG wurde seitens der Behörde keine Überprüfung vorgenommen, sodass das Betretungsverbot unverhältnismäßig lange aufrecht erhalten blieb.

Die belangte Behörde vertrat im Wesentlichen den Standpunkt, dass die einschreitenden Beamten im Zuge der Amtshandlung den Verdacht eines gefährlichen Angriffs feststellten, da der Beschwerdeführer seine Ehefrau bedroht hat. Im Zuge der gemäß § 38a SPG zu stellenden Gefährlichkeitsprognose kamen vor allem das Verhalten des Betroffenen vor Ort, vorangegangene einschlägige Vorstrafen, Zeugenaussagen sowie Verletzungen und Spuren am Einsatzort in Betracht.

Der VwGH hat in seiner Entscheidung den Bescheid der belangten Behörde wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Dabei wurde im Rechtssatz des VwGH ausgeführt, dass die Wegweisung und das Betretungsverbot an die Voraussetzung geknüpft sind, dass auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, es stehe ein gefährlicher Angriff auf bestimmte Rechtsgüter bevor. Den unbestimmten Gesetzesbegriff „bestimmte Tatsachen“ erklärt das Gesetz nicht ausdrücklich. ME zu Recht kann aber den Ausführungen des VwGH gefolgt werden, dass nach den jeweiligen Umständen auch Aggressionshandlungen unter der Schwelle eines gefährlichen Angriffs oder in der Vergangenheit liegende Gewaltakte als derartige Tatsachen für die Erstellung einer

Gefährlichkeitsprognose in Frage kommen können. Bezugnehmend auf eine ältere Entscheidung des VwGH<sup>941</sup> wird aber klargestellt, dass bloße Belästigungen hingegen nicht ausreichend sind. Im Ergebnis wurden mE die Wegweisung und das Betretungsverbot korrekt iSd des SPG durchgeführt, da durch das Verhalten des Betroffenen klar sichtbar wurde, dass er gewaltbereit ist.

Die mangelnde Überprüfung zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch die zuständige Bezirkshauptmannschaft als Sicherheitsbehörde iSd § 38a Abs 6 SPG ist ohne Zweifel rechtswidrig und wurde durch den Beschwerdeführer zu Recht geltend gemacht. Die Überprüfung soll binnen 48 eine rasche und effektive innerorganisatorische Kontrolle der Ausübung dieser Zwangsbefugnisse gewährleisten. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit müssen die Sicherheitsbehörden die Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt beenden, sobald der angestrebte Erfolg erreicht wurde<sup>942</sup>. Um diese rechtliche Forderung erfüllen zu können, ist die Behörde verpflichtet eine Überprüfung durchzuführen, um gegebenenfalls bei Zielerreichung das Betretungsverbot unverzüglich aufzuheben. Der Rechtsschutz setzt in solchen Fällen äußerst spät ein, und kann nur mittels Maßnahmenbeschwerde an den UVS geltend gemacht werden<sup>943</sup>.

## **6. Kritik und Lösungsvorschläge**

Die Ausübung der Befehls- und Zwangsgewalt nach § 38a SPG zur Durchsetzung einer Wegweisung und eines Betretungsverbotes sind primär als „ad hoc-Maßnahmen“ zu werten. Die einschreitenden Beamten sind bei diesen Zwangsmaßnahmen gefordert in ein meistens sehr emotionales oder familieninternes Geschehen vor Ort einzugreifen.

Trotz der wichtigen und im Vordergrund stehenden sicherheitspolizeilichen Aufgabe des Opferschutzes darf bei der

---

<sup>941</sup> VwGH 21.12.2000, 2000/01/0003.

<sup>942</sup> Vgl § 29 Abs 2 Z 5 SPG.

<sup>943</sup> Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG iVm § 88 Abs 2 SPG.

Beurteilung der Lage die Situation und die Handlungen des Betroffenen nicht gänzlich vernachlässigt werden, sondern ist diese klar und nachvollziehbar ins Kalkül zu ziehen. Die bereits mehrmalig erwähnte Gefährlichkeitsprognose ist von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes sorgfällig zu prüfen, um ungerechtfertigte Härtfälle möglichst zu vermeiden. Als Ergänzungen zur derzeitigen Rechtslage gemäß § 38a SPG sollten mE zwei Überlegungen einbezogen werden.

Erstens erscheint es nicht ganz nachvollziehbar, warum nach § 38a Abs 2 SPG nur das Betretungsverbot einen Eingriff in das Privatleben des Betroffenen darstellen soll<sup>944</sup>. Meiner Meinung nach ist bereits bei der Anwendung einer Wegweisung, welche ebenfalls in die private Sphäre der betroffenen Person eingreift, besonders Bedacht zu nehmen, sodass der Verweis auf die Verhältnismäßigkeit (§29 SPG) im § 38a Abs 2 SPG nicht ausreichend ist. Obwohl der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für jede einzelne Befugnisausübung ohnehin iSd § 29 SPG anzuwenden ist, wollte der Gesetzgeber offensichtlich bei Eingriffen in die Privatsphäre ausdrücklich nochmalig auf die Respektierung dieses Rechts hinweisen. Dennoch sollte der Verweis auf die Verhältnismäßigkeit nicht nur für das Betretungsverbot gelten, sondern bereits bei der Wegweisung Berücksichtigung finden. Anzudenken wäre mE, dass der Verweis auf die Verhältnismäßigkeit in einem eigenen Absatz sowohl für die Wegweisung als auch für das Betretungsverbot gilt und der 2. Satz des § 38a Abs 2 SPG gestrichen wird. Der neue Absatz könnte lauten:

*§ 38a Abs 2a SPG: Bei der Durchführung der Wegweisung oder bei der Verfügung eines Verbots, in die eigene Wohnung zurückzukehren, ist besonders darauf Bedacht zu nehmen, dass dieser Eingriff in das Privatleben des Betroffenen die Verhältnismäßigkeit (§ 29) wahrt.*

Zweitens könnte man – um eine zu lockere Ausübung der Wegweisung nach § 38a Abs 1 SPG hintanzuhalten – die verpflichtete Anhörung oder (niederschriftliche) Einvernahme des Betroffenen in den Gesetzestext

---

<sup>944</sup> Vgl § 38a Abs 2 2. Satz SPG.

inkludieren. In vielen Fällen werden die betroffenen Personen meistens ohne wenn und aber vom Polizeibeamten weggewiesen. Auch wenn die Stellung der Gefährlichkeitsprognose bereits die Anhörung des Betroffenen beinhaltet, erscheint es hinsichtlich der Wahrung der Rechte einer wegzuweisenden Person mE durchaus sinnvoll, die Anhörung der betroffenen Person in den Gesetzestext aufzunehmen, weil der Betroffene in Anbetracht des Eingriffes in sein Privatleben wenigstens die Möglichkeit erhalten sollte, mit seiner Darstellung des Sachverhaltes eine eventuell unrichtige oder unwahre Behauptung der gefährdeten Person relativieren zu können.

Abschließend darf ich noch einige Bemerkungen zur Überprüfung des Betretungsverbotes anbringen. Die Regelung der verpflichteten sicherheitsbehördlichen Überprüfung iSd § 38a Abs 6 SPG ist vom Gesetzgeber klar geregelt worden. Demnach müssen die Sicherheitsbehörden binnen 48 Stunden ein Betretungsverbot überprüfen und nach Wegfall der Voraussetzungen dieses allenfalls auch wieder aufheben. Was geschieht aber in jenem Fall, wenn die Sicherheitsbehörde untätig bleibt?

Die Durchsetzbarkeit der Überprüfung durch einen Betroffenen ist nämlich demgegenüber nicht normiert und stellt für mich eine Lücke im Rechtsschutzsystem dar. Das Mitspracherecht des Betroffenen wird in den meisten Fällen bei der Vollziehung der Wegweisung und des Betretungsverbotes eher nachrangige Bedeutung aufweisen, sodass entsprechend einer höheren Rechtssicherheit der Betroffene im Falle einer Unterlassung der behördlichen Überprüfung die Möglichkeit erhalten sollte, diese durchsetzen zu können. Nach der derzeitigen Rechtslage endet das Betretungsverbot gemäß § 38a Abs 7 SPG (automatisch) erst mit Ablauf des zehnten Tages nach dessen Anordnung. Für einen bestenfalls mit seinem Handgepäck und den notwendigsten Dokumenten ausgestatteten Betroffenen eine durchaus sehr lange Frist.

Vor diesem Hintergrund sollte mE der Abs 6 leg cit dahingehend erweitert werden, dass bei Untätigkeit der Sicherheitsbehörde die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde unmittelbar angerufen werden kann, welche unverzüglich darüber zu entscheiden hat, ob das Betretungsverbot aufgehoben wird oder nicht. Eine Maßnahmenbeschwerde an den UVS hilft hier wenig, zumal der Zeitrahmen für eine wirksame Überprüfung sehr eng ist und der Betroffene ein Interesse an einer raschen Wiederherstellung seiner Privatrechte hat. Die Bezirksverwaltungsbehörden haben einen permanenten juristischen Journdienst, welcher durchaus sofort eine Überprüfung anordnen könnte.

## **E. Haftungrechtliche Aspekte**

### **1. Verfassungsrechtliche Grundlagen**

#### **1.1. ABGB**

Die verfassungsrechtliche Grundlage für das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch stellt Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen) dar.

#### **1.2. AHG**

Art 23 B-VG regelt die Haftung von Rechtsträgern<sup>945</sup> für jene Schäden, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch rechtswidriges Verhalten jemand anderen schuldhaft zugefügt haben<sup>946</sup>. In Ausführung des Art 23 B-VG ist insbesondere das Amtshaftungsgesetz<sup>947</sup> ergangen.

#### **1.3. PolBEG**

Auch für das Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz ist Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen) die verfassungsrechtliche Grundlage.

### **2. Allgemeine Betrachtungen und Vergleiche**

#### **2.1. Haftung nach dem Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch**

Nach den Bestimmungen des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 1295 ff ABGB) ist jedermann berechtigt, vom Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern. Die Anwendung dieser schadenersatzrechtlichen Grundnorm wird nach dem Grundsatz der Spezialität – *lex specialis derogat legi*

---

<sup>945</sup> Gemäß Art 23 Abs 1 B-VG sind dies der Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden und die sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts.

<sup>946</sup> Vgl dazu auch § 1 Abs 1 AHG.

<sup>947</sup> Vgl auch Art 23 Abs 3 B-VG als verfassungsrechtliche Grundlage des Organhaftungsgesetzes; Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007), Vorb zu Art 23 B-VG.

generali – dann ausgeschlossen sein, wenn das Verhalten des Haftpflichtigen sich in einer in einem Sondertatbestand umschriebenen Weise als Schadensbedingung erweist. Als *lex specialis*<sup>948</sup> wird bei den polizeilichen Maßnahmen (Schusswaffengebrauch, Festnahme<sup>949</sup>, Haus- und Personendurchsuchung, Wegweisung, etc) das Amtshaftungsgesetz (AHG) heranzuziehen sein, sofern durch eine Amtshandlung im Bereich der Hoheitsverwaltung jemandem rechtswidrig und schuldhaft Schaden zugefügt wurde. Das PolBEG stellt gegenüber dem AHG ebenfalls eine Art *lex specialis* dar. Die eingetretenen Schäden (auch immaterielle Schäden<sup>950</sup>) können in Anbetracht der Maßnahmenvielfalt der Polizei physische und psychische Verletzungen bzw Tötungen von Person sowie Beschädigungen von Sachen<sup>951</sup> sein.

## 2.2. Amtshaftungsgesetz

Werden im Zuge von polizeilichen Amtshandlungen Personen verletzt, getötet oder ihnen sonst ein Schaden zugefügt sowie Sachen beschädigt, so wird das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1948, womit die Haftung des Bundes, der Länder, der Bezirke, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes für den in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schaden geregelt wird<sup>952</sup>, zur Anwendung kommen. Ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Organs in Vollziehung der Gesetze ist Voraussetzung für eine Haftung nach dem AHG<sup>953</sup>.

---

<sup>948</sup> OGH 28.9.1995, 6 Ob 33/95; siehe auch *ecolx* 1996, 98.

<sup>949</sup> Vgl etwa OGH 18.6.1975, 1 Ob 226/74, OGH 1.3.1979, 7 Ob 555/79, OGH 12.7.1981, 1 Ob 35/80, OGH 15.7.1981, 1 Ob 35/80.

<sup>950</sup> Demjenigen, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft durch einen Träger öffentlicher Gewalt entzogen wurde, stehen gegen den Rechtsträger, dessen Organe in Vollziehung der Gesetze Art 5 EMRK verletzen, auch durch die Verletzung des Rechtsgutes der Freiheit entstandene immaterielle Schäden mitumfassende, vom Verschulden der Organe unabhängige Schadenersatzansprüche zu; OGH 18.6.1975, 1 Ob 226/74 (OLG Wien 7 R 188/74; LGZ Wien 40 b Cg 506/74).

<sup>951</sup> Vgl § 285f ABGB.

<sup>952</sup> Amtshaftungsgesetz (AHG), BGBl Nr 20/1949 idgF.

<sup>953</sup> Vgl § 1 Abs 1 AHG.

Im Verhältnis zum ABGB stellen sich die Vorschriften des AHG im Falle einer Konkurrenz als *leges speciales* dar<sup>954</sup>. Das AHG kommt immer dann zur Anwendung, wenn eine Handlung im Bereich der Hoheitsverwaltung<sup>955</sup> gelegen ist. Von dieser spricht man, wenn der Staat in der Verwaltung mit dem „Imperium“ auftritt, dh gegenüber dem Rechtsunterworfenen mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet ist<sup>956</sup>. Beim Verhalten in Vollziehung der Hoheitsgewalt muss es sich aber nicht unmittelbar um das Setzen oder Unterlassen von Befehls- und Zwangsgewalt handeln. Erforderlich ist nur, dass das Organverhalten in einen Tätigkeitsbereich fällt, der an sich mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet ist<sup>957</sup>.

Liegt jedoch Privatwirtschaftsverwaltung vor, dh der Staat tritt nicht als Träger seiner hoheitlichen Befugnisse auf, sondern bedient sich privatrechtlicher Handlungsformen, dann gelten für eventuelle haftungsrelevanten Fälle die Vorschriften des ABGB<sup>958</sup>.

Verfahrensrechtlich ist zu sagen, dass gemäß § 8 AHG der Geschädigte zunächst mit einem Aufforderungsschreiben<sup>959</sup> an jenen Rechtsträger herantreten soll, gegen den der Geschädigte den Ersatzanspruch geltend machen will. Sollte innerhalb der Frist von drei Monaten seitens des Rechtsträgers keine Erklärung folgen, kann der Geschädigte Klage beim zuständigen Landesgericht einbringen<sup>960</sup>. Das Anforderungsschreiben nach § 8 Abs 1 AHG kann ohne Sanktionen

---

<sup>954</sup> OGH 28.9.1995, 6 Ob 33/95; siehe auch *ecolex* 1996, 98.

<sup>955</sup> Vgl. *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 23; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) 720ff.

<sup>956</sup> *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), AHG, § 1 E 105.

<sup>957</sup> *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), AHG, § 1 E 106.

<sup>958</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 23; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1286; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) 746ff.

<sup>959</sup> Beabsichtigt ein Geschädigter Ansprüche aus dem AHG gegen den Bund geltend zu machen, so ist das Aufforderungsschreiben iSd § 8 AHG gemäß §1 Abs 1 der Verordnung der Bundesregierung vom 1.2.1949 betreffend die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Bund auf Grund des Amtshaftungsgesetzes, BGBl Nr 45/1949, an die Finanzprokuratur zu richten. Siehe auch *Schrage*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 236.

<sup>960</sup> Vgl. § 9 Abs 1 AHG; *Schrage*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 247.

unterlassen werden, wenn der Geschädigte weiß, dass der Rechtsträger den Anspruch ohnehin bestreitet<sup>961</sup>.

### **2.3. Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz**

Der Bund haftet für den Ersatz von Schäden, welche von einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes bei der Ausübung von Zwangsmaßnahmen durch die im WaffGG genannten Maßnahmen unmittelbar verursacht wurden. Diese Ersatzansprüche regelt das Bundesgesetz vom 13. Dezember 1988 über den Ersatz des bei der Ausübung polizeilicher Zwangsbefugnisse entstandenen Schadens (Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz – PolBEG)<sup>962</sup>. Weitere zwingende Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Rechtsvorschrift sind, dass die Zwangsmaßnahme im Vollziehungsbereich des Bundes ausgeübt wurde und diese nicht vom Geschädigten durch eigenes rechtswidriges Verhalten ausgelöst wurde<sup>963</sup>.

Im Verhältnis zum AHG ist erkennbar, dass das PolBEG kein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des tätigwerdenden Organs verlangt. Es muss lediglich im Zuge einer Amtshandlung durch einen AuvBZ ein Schaden objektiv zugefügt worden sein. Dieser Schadensbegriff muss aber differenziert zum AHG gesehen werden, denn im AHG ist dieser dem bürgerlichen Recht zu entnehmen, wobei der Schadensbegriff des § 1293 ABGB sehr weit gefasst ist und jeden rechtlich als Nachteil zu beurteilenden Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse besteht als am bisherigen Zustand umfasst<sup>964</sup>. Beispielsweise beinhaltet er auch Schmerzensgeld und Prozesskosten sowie auch Schäden, die durch die Amtshandlung einem Dritten zugefügt wurde<sup>965</sup>.

---

<sup>961</sup> OGH 6.9.1995, 1 Ob 22/95.

<sup>962</sup> BGBl Nr 735/1988 idGF.

<sup>963</sup> Vgl § 1 PolBEG.

<sup>964</sup> OGH 25.6.1996, 1 Ob 55/95.

<sup>965</sup> OGH 10.6.1960, 1 Ob 177/60, 26.11.1970, 1 Ob 237/70, 26.8.1971, Ob 184/71.

Der Schadensbegriff iSd § 1 und § 2 PolBEG ist demgegenüber insofern etwas enger gefasst, dass andere Personen als der unmittelbar Geschädigte von Schadenersatzansprüchen ausgeschlossen sein sollen<sup>966</sup>. Weiters besteht kein Anspruch auf Schmerzensgeld<sup>967</sup>. Ansonsten sind aber nicht nur die unmittelbaren Schäden zu ersetzen, sondern auch die daran anknüpfenden Vermögensfolgeschäden<sup>968</sup>.

Eine weitere Unterscheidung zum AHG liegt darin, dass hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung der Gesetzgeber eine sukzessive Kompetenz vorsieht<sup>969</sup>. Dies bedeutet, dass der Bundesminister für Inneres auf Antrag des Geschädigten gemäß § 8 PolBEG zunächst einen Bescheid erlässt, wobei in weiterer Folge die Anfechtung dieses Bescheides beim VwGH oder VfGH unzulässig ist<sup>970</sup>. Der Geschädigte kann nach Erlassung des Bescheides seine Ansprüche gerichtlich geltend machen<sup>971</sup>. Dadurch tritt der Bescheid außer Kraft und das Gericht entscheidet – ohne Überprüfung des Bescheides – neu. Im gerichtlichen Verfahren sind die verfahrensrelevanten Normen des AHG anzuwenden<sup>972</sup>.

### **3. Haftung nach dem Amtshaftungsgesetz**

#### **3.1. Rechtsträger, Organ und Schaden**

Die „Rechtsträger“<sup>973</sup> haften nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als

---

<sup>966</sup> OGH 25.6.2002, 1 Ob 147/02b.

<sup>967</sup> Vgl § 2 PolBEG.

<sup>968</sup> OGH 25.6.2002, 1 Ob 147/02b.

<sup>969</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 56; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 930; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht 190.

<sup>970</sup> Vgl dazu § 8 Abs 4 PolBEG.

<sup>971</sup> Vgl § 9 PolBEG.

<sup>972</sup> Vgl § 9 Abs 3 AHG.

<sup>973</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 19ff. Die Rechtsträger sind Bund, Länder, Bezirke, Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und Träger der Sozialversicherung.

ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben<sup>974</sup>.

Die allgemeinen Grundregeln des Schadenersatzrechts sind mit der Folge anzuwenden, dass jede Normverletzung, unabhängig ob materielles oder formelles Recht verletzt wurde, amtshaftungsbegründend wirkt<sup>975</sup>.

Organe können nur physische Personen<sup>976</sup> sein, welche für den jeweiligen Rechtsträger in Vollziehung der Gesetze handeln. Wird eine juristische Person des Privatrechts mit der Besorgung von hoheitlichen Aufgaben betraut, so werden deren physisch handelnden Personen in solchen Fällen ebenfalls als Organ tätig<sup>977</sup>.

Es kommt für die Frage der funktionellen Zuordnung der Organtätigkeit allein darauf an, in wessen Namen und für wen ein Organ funktionell tätig ist. Entscheidend dabei ist der Vollzugsbereich, innerhalb dessen das betreffende Organ tätig war oder tätig zu werden hatte<sup>978</sup>. Diese so genannte „Funktionstheorie“ gilt auch für das in Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt<sup>979</sup> gegen eine bestimmte Person erfolgte schädigendes Organhandeln, und diesbezüglich auch für einen gesetzwidrigen Waffengebrauch<sup>980</sup>, eine Festnahme<sup>981</sup> oder eine andere Zwangsmaßnahme.

---

<sup>974</sup> *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 169; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 19; vgl auch § 1 Abs 1 AHG.

<sup>975</sup> *Langheinrich/Ryda*, Die Staatshaftung, die Amtshaftung und die Organhaftung im Steuerrecht (Teil I), FJ 2003, 317.

<sup>976</sup> *Schragerl*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 23.

<sup>977</sup> Vgl OGH 27.3.2001, 1 Ob 25/01k; siehe dazu auch *Schragerl*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 28.

<sup>978</sup> „Funktionstheorie“ oder „funktionelle Organtheorie“; *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), AHG, § 1 E 4; vgl *Schragerl*, Kommentar zum AHG Rz 51.

<sup>979</sup> *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), AHG, § 1 E 8; vgl auch *Schragerl*, Kommentar zum AHG Rz 79f.

<sup>980</sup> OGH 11.01.1984, 1 Ob 44/83; *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), AHG, § 1 E 9; vgl auch *Schragerl*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 126.

<sup>981</sup> OGH 14.05.1986, 1 Ob 7/86; *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), AHG, § 1 E 22; vgl auch OGH 30.6.1998, 1 Ob 116/97h, OGH 25.11.1997, 1 Ob 190/97s, OGH 15.11.1989, 1 Ob 43/89.

Der Schadensbegriff iSd § 1 AHG orientiert sich an der weiten Definition des § 1293 ABGB<sup>982</sup>. Ein Schaden ist dementsprechend jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Der Umfang des Schadenersatzes richtet sich nach dem Grad des Organverschuldens<sup>983</sup>, dh der Rechtsträger haftet auch für den entgangenen Gewinn, wenn ein Verhalten in Vollziehung der Gesetze nachgewiesen wurde, welches nach seinem Erscheinungsbild auf einen besonders schwerwiegenden Sorgfaltsverstoß zurückzuführen ist<sup>984</sup>.

### 3.2. In Vollziehung der Gesetze

Das AHG regelt in Ausführung des Art 23 B-VG nur die Haftung der Rechtsträger für Schädigungen im Bereich der Hoheitsverwaltung. Schäden im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung fallen daher ex lege nicht in das AHG, sondern es greifen hier die allgemeinen Schadenersatzregelungen des ABGB.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH ist im Zweifel nicht Hoheitsverwaltung, sondern Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen<sup>985</sup>.

### 3.3. Rechtswidrigkeit und Verschulden

Die Verursachung eines Schadens macht nur dann ersatzpflichtig, wenn eine vorwerfbare Verletzung eines absoluten Rechts, die Übertretung eines Schutzgesetzes<sup>986</sup> nach § 1311 ABGB oder ein sittenwidriges Verhalten des Schädigers vorliegt<sup>987</sup>.

---

<sup>982</sup> OGH 25.6.1995, Ob 55/95; NZ 1997, 216; siehe auch *Schragerl*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 167f.

<sup>983</sup> OGH 17.10.1995, 1 Ob 20/94.

<sup>984</sup> *Schragerl*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 168.

<sup>985</sup> *Schragerl*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 81; vgl auch VfGH 2.10.2007, A 25/06, VfSlg 7078, 5395, 3952.

<sup>986</sup> Schutzgesetze sind abstrakte Gefährdungsverbote, die dazu bestimmt sind, die Mitglieder eines Personenkreises gegen die Verletzung von Rechtsgütern (zB Leben, körperliche Unversehrtheit etc) zu schützen. Vgl auch *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band I, ABGB, § 1311 E 25.

<sup>987</sup> Die Amtshaftung setzt nicht voraus, dass der Kläger durch das rechtswidrige Verhalten des Organs in einem subjektiven Recht verletzt worden ist, doch muss die übertretene Norm den Schutz des Geschädigten bezwecken.

In diesem Zusammenhang bedeutet Rechtswidrigkeit, dass im Amtshaftungsrecht ein Organ gegen ein Verbot oder ein Gebot der Rechtsordnung verstoßen hat<sup>988</sup>. Ein solcher Verstoß wird beim Gebrauch der Schusswaffe im Dienst, bei der Festnahme, Beschlagnahme und der Haus- oder Personendurchsuchung sowie bei der Wegweisung insbesondere dann gegeben sein, wenn das einschreitende Sicherheitsorgan die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen (WaffGG, VStG, StPO oder SPG) nicht eingehalten hat<sup>989</sup>.

Das AHG regelt die Haftung eines Rechtsträgers für das Verschulden seiner Organe, und geht dementsprechend von einer Verschuldenshaftung aus. Als Maßstab für das Verschulden<sup>990</sup> iSd AHG gilt jener des § 1299 ABGB<sup>991</sup>. Diese Bestimmung gilt für alle Berufe, die eine besondere Sachkenntnis erfordern, gleichgültig, ob sie selbständig oder unselbständig ausgeübt werden<sup>992</sup>. So wird von einem Organ der öffentlichen Sicherheit, der im Umgang mit Waffen besonders geschult ist, erwartet werden können, dass er sich der Gefahr eines Schusswaffengebrauches bewusst ist und er daher dementsprechend mit der erforderlichen Sorgfalt vorgeht. Derselbe strenge Maßstab wird auch bei der Verwendung von anderen Zwangsbefugnissen anzuwenden sein. Ein Verschulden liegt im Sinne der Judikatur des OGH dann vor, wenn sich ein Exekutivbeamter mit gezogener Faustfeuerwaffe in ein Handgemenge einmischt<sup>993</sup>. Auch die Unterlassung der Rechtsmittelbelehrung gegenüber einer rechtsunkundigen und anwaltlich

---

<sup>988</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 142.

<sup>989</sup> *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), AHG, § 1 E 271, E 352; OGH 6.9.1995, 1 Ob 9/95 – „Nur wenn das Vorgehen eines Beamten mit einer Waffe durch die Vorschriften des WaffGG gedeckt ist, ist es auf Grund des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes nicht rechtswidrig.“

<sup>990</sup> OGH 11.11.1987, 1 Ob 35/87; *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), AHG, § 1 E 344.

<sup>991</sup> § 1299 ABGB regelt die Sachverständigenhaftung, dh der Grad der Diligenzpflicht wird besonders hervorgehoben. Siehe auch *Schragel*, Kommentar zum AHG Rz 158.

<sup>992</sup> *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band I<sup>36</sup> (2003), ABGB, § 1299 E 5 und E 55.

<sup>993</sup> OGH 6.9.1995, 1 Ob 9/95, SZ 68/155.

nicht vertretenen Partei – zB nach einer erfolgten Festnahme – verwirklicht rechtswidriges und schuldhaftes Organverhalten<sup>994</sup>.

### 3.4. Ursächlicher Zusammenhang

Damit aus einem rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens eines Organs ein Anspruch geltend gemacht werden kann, muss zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang bestehen.

Die Beweislast für diesen Kausalzusammenhang trifft idR den Geschädigten<sup>995</sup>. Die Bestimmung des § 2 Abs 1 AHG schafft hier insofern eine Erleichterung, als der Kläger nicht das Schuld tragende Organ nennen muss, sondern es genügt der Beweis, dass der Schaden nur durch die Rechtsverletzung eines Organs des beklagten Rechtsträgers entstanden sein konnte<sup>996</sup>.

### 3.5. Regress

Der in Haftung genommene Rechtsträger kann sich gemäß § 3 Abs 1 AHG beim ausübenden Organwalter<sup>997</sup> regressieren, wenn dieser die Rechtsverletzung vorsätzlich oder grob fahrlässig<sup>998</sup> gesetzt hat. Im Falle einer groben Fahrlässigkeit hat das entscheidende Gericht iSd § 3 Abs 2 AHG die Möglichkeit aus Gründen der Billigkeit den Regressanspruch zu mäßigen. Ein gänzlicher Entfall ist dem Gesetz aber nicht zu entnehmen<sup>999</sup>.

Bei der Bemessung über die Ersatzpflicht des Organs hat das Gericht gemäß § 3 Abs 2 AHG iVm § 2 Abs 2 DHG vor allem auf den

---

<sup>994</sup> Vgl OGH 25.8.1998, 1 Ob 154/98y, SZ 71/139.

<sup>995</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 175f.

<sup>996</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 178.

<sup>997</sup> Organwalter ist jene physische Person, die für den Rechtsträger als dessen Organ tätig wird.

<sup>998</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 198.

<sup>999</sup> Demgegenüber sieht die Judikatur zum § 2 DHG auch die gänzliche Erlassung der Ersatzpflicht vor. Vgl dazu *Dittrich/Tades*, Kommentar zum ABGB, Band II<sup>36</sup> (2003), DHG, § 2 E 192 - 197.

Verschuldensgrad und insbesondere auf folgende Umstände Bedacht zu nehmen<sup>1000</sup>:

- auf das Ausmaß der mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenen Verantwortung,
- inwieweit bei der Bemessung des Entgelts ein mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenes Wagnis berücksichtigt worden ist,
- auf den Grad der Ausbildung,
- auf die Bedingungen, unter denen die Tätigkeit zu erbringen war und
- ob mit der vom Organ erbrachten Tätigkeit erfahrungsgemäß die nur schwer vermeidbare Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens verbunden ist<sup>1001</sup>.

Mitunter lässt sich die Mäßigung des Regresses schon unter Bedachtnahme auf die Einsatzbedingungen beim polizeilichen Waffengebrauch argumentieren<sup>1002</sup>. Vor dem Umstand der Gefährlichkeit eines polizeilichen Schusswaffengebrauchs kann aber mE keine automatisierte Mäßigung erfolgen, sondern muss jeder Sachverhalt als Einzelfall betrachtet werden.

## **4. Haftung nach dem Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz**

### **4.1. Ersatzpflicht**

Nach § 1 PolBEG haftet der Rechtsträger Bund auch, wenn die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Vollziehungsbereich des Bundes bei der Ausübung von Zwangsbefugnissen durch die im WaffGG genannten Maßnahmen unmittelbar einen Schaden verursachen und zwar zum Unterschied vom AHG unabhängig davon, ob ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Organwalters vorliegt. Die

---

<sup>1000</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 211.

<sup>1001</sup> Vgl § 2 Abs 2 DHG.

<sup>1002</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 211; OGH 31.1.1990, 9 Ob A 363/89.

Ersatzpflicht iSd PolBEG entfällt, wenn die Zwangsmaßnahme vom Geschädigten selbst durch rechtswidriges Verhalten ausgelöst wurde<sup>1003</sup>.

Erfasst werden primär Verletzungen am Körper (auch Tötungen) oder Beschädigungen von körperlichen Sachen<sup>1004</sup>.

Da die Festnahme von Personen auch in den §§ 2 und 7 WaffGG angeführt ist, könnte auch eine Haftung nach dem PolBEG als subsidiärer Rechtsbehelf möglich sein.

Das PolBEG stellt eine Art *lex specialis*<sup>1005</sup> zum AHG dar, da es nur dann zur Anwendung kommt, wenn das Verhalten des Sicherheitsorgans nicht rechtswidrig und schuldhaft war. Somit schützt das PolBEG auch an der Amtshandlung unbeteiligte Personen<sup>1006</sup>.

Die Feststellung darüber muss der BMI im Rahmen seiner bescheidmäßigen Erledigung klären. Diese Entschädigungsregelung gewährt dementsprechend einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Schadloshaltung für Schäden am Körper oder an einer körperlichen Sache, die von einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes bei der Ausübung von Zwangsmaßnahmen im Rahmen des WaffGG unmittelbar verursacht worden sind<sup>1007</sup>.

Unter Schaden iSd PolBEG ist jener zu verstehen, der dem Betroffenen in der tatsächlichen oder rechtlichen Kausalkette – ohne Hinzutreten eines weiteren Grundes – aus der Ausübung des Zwanges entstanden

---

<sup>1003</sup> *Schauer*, Zivilrechtliche Probleme des Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetzes, JBl 1989, 763; *Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004) 11; *Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998) 169f; *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 6; vgl auch §1 PolBEG.

<sup>1004</sup> Vgl § 2 Abs 1 PolBEG.

<sup>1005</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 659f.

<sup>1006</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 6.

<sup>1007</sup> *Pilnacek*, Strafrechtliches Entschädigungsgesetz im Spannungsverhältnis zu Art 6 EMRK, ÖJZ 2001, 546.

ist. Es wird also nicht nur der primäre Schaden, sondern auch die daran anknüpfenden Vermögensfolgeschäden gedeckt<sup>1008</sup>.

Gemäß § 2 PolBEG besteht ein Anspruch auf Schadloshaltung in Geld nur in dem Umfang, als der eingetretene Schaden nicht durch Versicherung oder durch Hilfeleistung nach dem Bundesgesetz über die Gewährung von Hilfeleistungen an Opfer und Verbrechen<sup>1009</sup> gedeckt ist, dh die Ansprüche nach dem PolBEG sind lediglich ein subsidiärer Rechtsbehelf. Ein Anspruch auf Schmerzensgeld besteht expressis verbis nicht<sup>1010</sup>.

Bei einem Mitverschulden des Geschädigten wird der Schadenersatz wie nach § 1304 ABGB gemildert, wobei es im Zweifel zur Reduktion auf die Hälfte kommt. Lag die Polizeimaßnahme im überwiegenden Interesse des Geschädigten, so werden Sachschäden gar nicht, Personenschäden nach Billigkeit ersetzt<sup>1011</sup>.

#### **4.2. Information des Geschädigten und Verfahren**

Die geschädigte Person muss zunächst von jener Behörde, der die Ausübung der Zwangsbefugnis zuzurechnen ist, über den eingetretenen Schaden und die nach dem PolBEG offenstehenden Möglichkeiten informiert werden<sup>1012</sup>. Ebenso hat eine Belehrung zu erfolgen, dass das Verschweigen einer zustehenden Versicherungsleistung strafrechtliche Folgen<sup>1013</sup> nach sich ziehen kann<sup>1014</sup>.

Gemäß § 7 Abs 1 PolBEG sind Ersatzansprüche beim Bundesminister für Inneres schriftlich geltend zu machen und dieser hat davon die

---

<sup>1008</sup> OGH 25.6.2002, 1 Ob 147/02b; Der Entgang des Nutzens, den ein Kaufmann aus seinem Betrieb wegen der Beschädigung einer Sache zieht, ist positiver Schaden und nicht entgangener Gewinn. Ein solcher Anspruch ist einem Fahrlehrer, dessen Fahrzeug gestohlen und im Zuge der Verfolgung durch Schüsse der Sicherheitsorgane beschädigt wird, vom Bund nach dem PolBEG zu ersetzen.

<sup>1009</sup> Verbrechensofopfergesetz (VOG), BGBl Nr 288/1972 idgF.

<sup>1010</sup> Vgl § 2 Abs 1 letzter Satz PolBEG.

<sup>1011</sup> Vgl § 2 Abs 2 PolBEG.

<sup>1012</sup> Vgl § 6 Abs 1 PolBEG; siehe auch *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 660.

<sup>1013</sup> Vgl § 16 PolBEG.

<sup>1014</sup> Vgl § 6 Abs 2 PolBEG.

Finanzprokurator zu verständigen. Gemäß § 8 Abs 1 PolBEG erlässt der BMI über diesen Antrag einen Bescheid. Dabei wird einerseits eine gerechtfertigte Ersatzquote bei Mitverschulden des Antragstellers und andererseits die Ersatzansprüche festgestellt. Im Rahmen des Verfahrens prüft der BMI auch ob das Verhalten des Sicherheitsorgans rechtswidrig und schuldhaft war oder nicht. Übersteigt der Ersatzanspruch EUR 2.180,--, so muss der BMI zusätzlich ein Gutachten der Finanzprokurator einholen<sup>1015</sup>.

Die Ersatzansprüche können jedoch gemäß § 9 PolBEG auch durch Klage bei Gericht gegen den Bund nach Erlassung des Bescheides oder nach Ablauf dreier Monate nach Einlangen eines Antrages beim BMI geltend gemacht werden. Im Unterschied zum AHG handelt es sich um einen Fall der „sukzessiven Kompetenz“<sup>1016</sup>.

Wurde wegen desselben Schadens auch nach dem AHG ein Ersatzanspruch gegen den Bund geltend gemacht, so steht dies einer bescheidmäßigen Entscheidung des BMI nicht entgegen<sup>1017</sup>. Dies bedeutet wiederum, dass Amtshaftungsansprüche parallel zum PolBEG geltend gemacht werden können, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen nach dem AHG erfüllt sind<sup>1018</sup>.

---

<sup>1015</sup> Vgl § 8 Abs 2 PolBEG.

<sup>1016</sup> Eine Ausnahme vom Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung bildet die so genannte sukzessive Kompetenz (oder Zuständigkeit). Hier entscheidet über Ansprüche zunächst ein Verwaltungsorgan. Diese Entscheidung kann jedoch im Streitfall bei einem Gericht angefochten werden. Durch die Anrufung des Gerichts tritt die verwaltungsbehördliche Entscheidung außer Kraft und die Rechtssache ist vom Gericht neuerlich zu entscheiden. Vgl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 558, 930.

<sup>1017</sup> Vgl § 10 PolBEG.

<sup>1018</sup> *Schragel*, Kommentar zum AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 6.

### III. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

#### A. Schusswaffengebrauch

Die Rechtsordnung allein vermag im Bereich des polizeilichen Schusswaffengebrauches nicht alles abschließend zu regeln. Das ausschlaggebende und verbleibende Restrisiko wird weiterhin beim Exekutivbeamten sein, denn es liegt in seiner subjektiven Sphäre die jeweilige Gefahrensituation richtig einzuschätzen und anschließend nach seinen Fähigkeiten entsprechend der Lagebeurteilung zu agieren.

Eine solche Prüfung setzt einerseits einen qualitativ hohen Ausbildungsgrad der Exekutivbeamten voraus und andererseits ist der persönliche Erfahrungswert des Beamten relevant. Ebenso sollten kontinuierliche Schusswaffentrainings und Nahkampfausbildungen fixe Bestandteile nicht nur im Zuge der Ausbildungsphase stattfinden, sondern müssen auch in die laufende Fortbildung integriert sein.<sup>1019</sup>

Auftretende Fehler die in heiklen Situationen geschehen oder möglicherweise eintreten können, kann der Gesetzgeber durch detaillierte Regelungen im WaffGG oder SPG nur mindern. Ein gänzlicher Ausschluss von Fehlern wird auch zukünftig durch den Gesetzgeber nicht möglich sein.

Die verschiedenen Regelungen im Waffengebrauchsgesetz zeigen, dass im Gesetzestext sowohl Ermächtigungen als auch Verpflichtungen abzuleiten sind und diese untereinander unterschiedlich verknüpft sind. Die taxative Aufzählung der Anwendungsmöglichkeiten des sogenannten

---

<sup>1019</sup> Im Bereich der Schulung floss die Menschenrechtsbildung in den letzten Jahren vermehrt ein. Im Jahr 2003 hat die Sicherheitsakademie das Strukturkonzept „Menschenrechtsbildung“ ausgearbeitet. Menschenrechtsbildung ist ein komplexer Prozess und umfasst eine Vielzahl von Aspekten, die sich auf drei Ebenen - Haltung, Fähigkeit und Wissen – gruppieren. Eine umfassende Menschenrechtsbildung versucht einen Lernprozess auf den Ebenen des Wissens, der praktischen Fähigkeiten und der Grundhaltung in Gang zu setzen. Ziel dieses Prozesses ist die Verinnerlichung der menschenrechtlichen Werte. Vgl. auch *Süntinger*, Menschenrechte und Polizei Handbuch für TrainerInnen, 2005, Seite 21f.

mindergefährlichen Waffengebrauchs iSd § 2 WaffGG schließt zwar eine Erweiterung des Kataloges aus, obwohl dieser Bestimmung einen Ermessensspielraum offenhält. Dieses Ermessen wird durch die Formulierung „dürfen in Ausübung des Dienstes nach Maßgabe der Bestimmungen von Dienstwaffen Gebrauch machen“ sichtbar. Dieses „Dürfen“ kann klarerweise in letzter Konsequenz immer nur vom Beamten selbst entschieden werden, was schließlich ein Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist. Der Beamte muss die in Aussicht genommene Maßnahme auf Tauglichkeit, Erforderlichkeit und auf Adäquanz prüfen.

Im WaffGG sollte legislatisch die Verknüpfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit einzelnen Waffengebrauchsmöglichkeiten in der Form geschaffen werden, dass der einschreitende Beamte zuerst ungefährliche Möglichkeiten prüfen muss, danach können weniger gefährliche Handlungen in Erwägung gezogen werden und erst als „ultima ratio“ darf ein Waffengebrauch erfolgen. Weiters ist eine Neustrukturierung anzudenken, dass zunächst eine Auflistung der Dienstwaffen aus heutiger Sicht normiert wird, dann die Normierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und darauf folgend die Aufzählung der Möglichkeiten je nach Intensität des Eingriffes.

Seit der Einführung des Sicherheitspolizeigesetzes kamen noch weitere Bestimmungen dazu, die für die Zulässigkeitsprüfung eines Schusswaffengebrauchs relevant sind.

Zur Erreichung einer Einheitlichkeit und Rechtssicherheit, erscheint es sinnvoll, den § 33 SPG ersatzlos zu streichen und § 21 Abs 2 SPG so zu ergänzen, dass bei der Gefahrenabwehr eine Ermächtigung zur Anwendung von Zwangsbefugnissen besteht. Eine Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ins WaffGG analog zum § 29 SPG wäre mE sinnvoll.

Hinsichtlich der Androhung und Ankündigung von Maßnahmen ist festzustellen, dass § 50 Abs 2 SPG weiter gefasst ist als § 8 Abs 3 WaffGG, weil die Regelung des SPG auch die Beendigung gefährlicher

Angriffe als Ausnahme deklariert. Eine Anpassung des SPG an die entsprechende Formulierung des WaffGG wäre zu befürworten.

Der Verweis auf die Bestimmungen des WaffGG im § 50 Abs 3 SPG kann mE ersatzlos gestrichen werden, weil § 1 WaffGG klar den Anwendungsbereich definiert und ein zusätzlicher Verweis somit unnötig ist.

Die Regelung über die Ausübung von Zwangsmaßnahmen nach § 7 Abs 1 RLV ist im Vergleich mit § 8 Abs 2 WaffGG nicht synchron, weil beim lebensgefährdenden Waffengebrauch Unbeteiligte grundsätzlich nicht gefährdet werden dürfen.

## **B. Festnahme**

Hinsichtlich des Festnahmegrundes „mangelnde Identifizierbarkeit“ iSd § 35 Z 1 VStG muss die betroffene Person dem einschreitenden Exekutivbeamten gegenüber die eigene Identität nachweisen.

Wie, in welcher Form oder mit welchen Mitteln der Betroffene seine Identität nachweisen kann, ist im Gesetzestext nicht angeführt. Sämtliche Ausweise, welche die Qualitätskriterien eines amtlichen Lichtbildausweises aufweisen<sup>1020</sup>, reichen mE dafür aus. Ebenso kann der Identitätsnachweis durch glaubhafte Zeugen erbracht werden. Letztlich entscheidend ist der persönliche Eindruck des die Identität prüfenden Sicherheitsbeamten.

Da die persönliche Identität nichts mit der Wohnadresse dieser Person zu tun hat, wird dessen Angabe grundsätzlich für die Identitätsfeststellung entbehrlich sein. In zeitlicher Hinsicht und nach dem Zweck der Norm sowie dem Verhältnismäßigkeitsgebot muss die sofortige Identitätsfeststellung jedenfalls eine zeitliche Komponente in der Form zulassen, dass dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt

---

<sup>1020</sup> Reisepass, Führerschein, Waffenpass, Dienstaussweis etc.

wird in zumutbarer Zeit Dokumente oder Zeugen beibringen zu können. Ein möglicher legistischer Vorschlag könnte wie folgt aussehen:

*§ 35 Z 1 VStG: der Betretene dem anhaltenden Organ unbekannt ist, sich nicht ausweist und seine Identität mit zumutbarer Zeitverzögerung zur Bebringung von Identitätsnachweisen auch sonst nicht festgestellt werden kann.*

Beim Festnahmegrund „Verharrung oder Wiederholungsgefahr“ ist aus der Textierung des § 35 Z 3 VStG der enge zeitliche und örtliche Zusammenhang zwischen Abmahnung und der weiteren Tathandlung nicht klar ableitbar, sondern wurde erst von der Judikatur des VfGH<sup>1021</sup> entwickelt. Damit diese Unmittelbarkeit der Abmahnung besser erkennbar wird, könnte der Gesetzestext folgendermaßen ergänzt werden:

*§ 35 Z 3 VStG: der Betretene trotz unmittelbar vorangegangener Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung verharrt oder sie zu wiederholen sucht.*

Seit Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes wurde gemäß § 106 StPO ein „Sonderrechtsweg“ bei Rechtsverletzungen vor. Dieser Rechtszug findet innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit statt. Ob dadurch der Rechtszug an den UVS gänzlich beseitigt wurde und alle behaupteten Rechtsverletzungen durch die Kriminalpolizei im Rahmen der StPO nur mehr nach § 106 StPO von Betroffenen geltend gemacht werden können, ist mE aus dem Gesetzestext nicht eindeutig abzuleiten. In diesem Zusammenhang erscheint es sinnvoll, dass der Gesetzgeber hier Klarheit schafft und dabei die Subsidiarität der Maßnahmenbeschwerde unmittelbar im Art 129a B-VG verankert, sodass bei Vorhandensein eines anderen einfachgesetzlichen Rechtsmittels dieses anzuwenden ist.

---

<sup>1021</sup> Vgl VfSlg 10.955.

## C. Haus- und Personendurchsuchung

In der ehemaligen Regelung der StPO war gemäß § 141 Abs 1 zweiter Satz StPO aF der durchführende Beamte im „Gefahr im Verzug-Fall“ mit einer schriftlichen Ermächtigung zu versehen, welche er dem Betroffenen vorzuweisen hatte. Diese Bestimmung hat ihre verfassungsrechtliche Grundlage im § 2 Abs 1 zweiter Satz HausrechtsG.

Die Neuformulierung der StPO im Bereich der Hausdurchsuchungen hat diese Verpflichtung weggelassen. ME müsste hier im Hinblick auf die Verfassungskonformität eine Korrektur erfolgen und dem § 120 StPO ein dritter Absatz mit der Formulierung angefügt wird, dass bei der eigenmächtigen Vornahme einer Hausdurchsuchung durch die Kriminalpolizei eine Ermächtigung der Sicherheitsbehörde (iSd SPG) vorzuweisen ist:

*§ 120 Abs 3 StPO: Bei Durchsuchungen von Orten und Gegenständen durch die Kriminalpolizei ohne Anordnung und Bewilligung, ist der zur Vornahme Abgeordnete mit einer schriftlichen Ermächtigung zu versehen, die er dem Beteiligten vorzuweisen hat, auszustatten.*

Kritisch erscheint die Regelung des § 123 Abs 4 dritter Satz, wonach Blutabnahmen und vergleichbar geringfügige Eingriff ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen durchgeführt werden dürfen. Daraus resultiert auch eine Blutabnahme unter Anwendung von physischen oder psychischen Zwang, wobei als Rechtfertigung die Bestimmung des § 93 Abs 2 StPO herangezogen werden kann.

Im Lichte der Verfassung ist diese Bestimmung mE deshalb verfassungswidrig, zumal mit einem erzwungenen invasiven Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gemäß Art 8 Abs 1 EMRK eingegriffen wird. Die Möglichkeit Eingriffe in gewissen Fällen auch ohne Einwilligung des Betroffenen durchzuführen sollte aus der StPO wieder entfernt werden.

Hinsichtlich der Personendurchsuchung gibt es zwischen der StPO und dem SPG eine nicht unmaßgebliche Divergenz.

Während § 121 Abs 3 StPO diese Personendurchsuchung ausnahmslos geschlechterspezifisch vorsieht, hat man dies bei der Regelung im SPG verabsäumt. Da die Personendurchsuchung in Österreich unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Art 3 und 8 EMRK steht, muss mE § 40 SPG dahingehend geändert werden, dass bei der Personendurchsuchung eine ausnahmslose geschlechtergetrennte Durchsuchung durchzuführen ist. Die Art der Durchführung einer Leibesvisitation oder einer Besichtigung des (nackten oder unbedeckten) Körpers muss sowohl nach der StPO als auch nach dem SPG synchron erfolgen. Eine nicht geschlechterspezifisch getrennt vorgenommene Personendurchsuchung stellt jedenfalls einen Eingriff in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte dar und ist abzulehnen. Zur Behebung sollte § 40 Abs 4 SPG folgender Satz angefügt werden:

*Die Besichtigung des unbedeckten Körpers einer Person ist stets von einer Person desselben Geschlechts oder von einem Arzt unter Achtung der Würde der zu untersuchenden Person vorzunehmen.*

Die waffenrechtliche Durchsuchungsermächtigung gemäß § 53 WaffG sieht keine Möglichkeit zur freiwilligen Herausgabe vor. ME sollte auch im WaffG parallel zu den anderen Durchsuchungsermächtigungen jene Möglichkeit verankert werden, vor der Durchführung einer Durchsuchung den Betroffenen zur freiwilligen Herausgabe des gesuchten Gegenstandes aufzufordern. Als Vorbild könnte die Bestimmung des § 121 Abs 1 StPO Verwendung finden. Im Hinblick auf eine einheitliche Gesetzgebung wäre eine geschlechterspezifische Durchsuchung auch im § 53 WaffGG zu normieren.

§ 53 könnte folgendermaßen neu formuliert werden:

*(1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, eine Durchsuchung der Kleidung von Menschen und der von diesen mitgeführten Fahrzeuge und Behältnisse an Orten vorzunehmen, an denen auf Grund eines konkreten Hinweises oder sonstiger bestimmter Tatsachen der dringende Verdacht besteht, dass einem Verbot der Einfuhr, der Ausfuhr, des Besitzes oder des Führens von Kriegsmaterial*

*oder von Waffen und Munition, die nicht Kriegsmaterial sind, nach diesem oder anderen Bundesgesetzen zuwidergehandelt wird. Die §§ 50 SPG und 121 Abs 3 der StPO gelten.*

*(2) Vor jeder Durchsuchung ist der Betroffene unter Angabe der hiefür maßgebenden Gründe aufzufordern, die Durchsuchung zuzulassen oder das Gesuchte freiwillig herauszugeben. Von dieser Aufforderung darf nur bei Gefahr im Verzug abgesehen werden.*

## **D. Wegweisung**

Der Verweis auf die Verhältnismäßigkeit gemäß §29 SPG in § 38a Abs 2 SPG darf mE nicht nur für das Betretungsverbot bei Gewalt in Wohnungen gelten, sondern für den gesamten Umfang des § 38a SPG. Um eine doppelte Nennung zu vermeiden könnte der Verweis in einem eigenen Absatz sowohl für die Wegweisung als auch für das Betretungsverbot aufgenommen werden und folgendermaßen textiert werden:

*§ 38a Abs 2a SPG: Bei der Durchführung der Wegweisung oder bei der Verfügung eines Verbots, in die eigene Wohnung zurückzukehren, ist besonders darauf Bedacht zu nehmen, dass dieser Eingriff in das Privatleben des Betroffenen die Verhältnismäßigkeit (§ 29) wahrt.*

Auch wenn die Erstellung der Gefährlichkeitsprognose bereits die Anhörung des Betroffenen beinhaltet, erscheint es zweckmäßig eine verpflichtete Anhörung oder Einvernahme des Betroffenen im Gesetzestext zu determinieren. Somit besteht für den Betroffenen die Möglichkeit, die Situation aus seiner Sicht darzulegen und vielleicht auf eventuelle missbräuchliche Absichten oder unrichtigen Ausführungen der gefährdeten Person hinzuweisen.

Die Durchsetzbarkeit der sicherheitsbehördlichen Überprüfung, damit möglicherweise das Betretungsverbot wieder aufgehoben wird, ist derzeit im § 38a Abs 6 SPG nicht geregelt und stellt im Rahmen des Rechtsschutzes eine Lücke dar. Der Betroffene sollte im Falle einer Unterlassung der behördlichen Überprüfung die rechtliche Möglichkeit

erhalten diese Überprüfung durchsetzen zu können, um dadurch die Aufhebung eines verhängten Betretungsverbotes zu erlangen. Eine denkbare Variante wäre es bei Untätigkeit die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde anrufen zu können, welche in merito darüber entscheiden kann.

## LITERATURVERZEICHNIS

*Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996)

*Azizi*, Probleme der geteilten Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ÖJZ 1979, 589

*Barfuß*, Maßnahmen zur Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1985, 393

*Bauer*, Ausgewählte beweissichernde Zwangsmittel in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 754

*Baumgartner*, Welche Formen des Zusammenlebens schützt die Verfassung? Der Schutz des Familienlebens (Art 8 EMRK) im Lichte der Rechtsprechung – Vorgaben für das österreichische Familienrecht, ÖJZ 1998, 761.

*Berka*, Identitätsnachweis und Legalitätsprinzip, ÖJZ 1984, 339

*Berka*, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)

*Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000)

*Bertel/Venier*, Strafprozessrecht<sup>6</sup> (2000)

*Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007)

*Besenböck/Hester*, Die RichterInnenwoche 2007, RZ 2007, 223

*Birklbauer*, Körperliche Untersuchung und DNA-Analyse, ÖJZ 2008, 347ff

*Bydlinski*, Österreichische Gesetze, Zivil-, Handels-, Straf- und Verfahrensrecht (Loseblattsammlung Stand 2009)

*Dittrich/Tades*, ABGB I. Band<sup>36</sup> (2003)

*Dittrich/Tades*, ABGB II. Band<sup>36</sup> (2003)

*Eigner*, Die neue Ermittlungsarbeit der Kriminalpolizei, ÖJZ 2008, 478ff

*Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006)

*Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreformgesetzes, JBI 2008, 409

*Erben/Szirba*, Das neue Waffengebrauchsrecht in Österreich<sup>5</sup> (1998)

*Fabrizy*, StPO Kurzkommentar<sup>10</sup> (2008)

*Funk*, Bemerkungen zu einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung über eine straßenpolizeiliche Festnahme, ÖJZ 1979, 432

*Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620

*Funk*, Das neue Sicherheitspolizeirecht – Kodifikation und Reform einer klassischen Verwaltungsmaterie, JBI 1994, 137

*Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, ÖJZ 2004/4 und ÖJZ 2004/7

*Grabenwarter*, Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH, RZ 2007, 154

*Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008)

*Handstanger/Okresek*, Sicherheitsverwaltung und MRK – Rechtsprechung der Organe der MRK zum Handeln der Sicherheitspolizei, ÖJZ 1995, 251

*Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000)

*Hauer/Keplinger*, Waffengebrauchsgesetz (2004)

*Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeirecht<sup>3</sup> (2005)

*Hauer/Keplinger*, Waffengesetz 1996 (2007)

*Helmreich*, Recht auf Widerstand? Zur Reichweite und Rechtsnatur des Widerstandsrechts (§ 269 Abs 4 StGB), ÖJZ 2006, 3

*Hummer*, Eine „Grundrechtscharta“ für die Europäische Union, Juridikum Nr 3/2000, 163ff.

*Jabloner*, Die Verwaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533

*Kienapfel*, Bildung einer kriminellen Organisation (§ 278a Abs 1 StGB), JBI 1995, 613

*Kirchbacher*, Das neue Haftrecht – Fahndung und Festnahme, ÖJZ 2008, 224ff

*Kirchbacher*, Das neue Haftrecht – Untersuchungshaft, ÖJZ 2008, 268ff

*Kneihs*, Das Recht auf Leben in Österreich, JBI 1999, 76

*Kneihs*, Maßnahmenbeschwerden nach Art 2 EMRK, ZfV 2002, 736

*Kneihs*, Altes und Neues zum Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ZfV 2004, 324

*Kneihs*, Die „tobende Psychose“ und die Rolle des Rettungsdienstes, RdM 2005, 31

*Kneihs*, Darf der Staat wirklich Schuldlose töten? Rechtspanorama – 6.3.2006

*Kneihs/Preiß*, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“. Die neue Regelung im SPG und ihre Probleme, JRP 1997, 102

*Korinek/Holoubek*, Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung Stand 2009)

*Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>13</sup> (2006)

*Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II<sup>13</sup> (2007)

*Kühnberg*, Schutz vor Gewalt in der Familie – Rechtsbehelfe und Rechtsschutz, FamZ 2006, 169

*Lamnek/Boatcă (Hrsg)*, Geschlecht – Gewalt – Gesellschaft, Band 4 (2003)

*Langheinrich/Ryda*, Die Staatshaftung, die Amtshaftung und die Organhaftung im Steuerrecht (Teil I), FJ 2003, 317

*Leeb*, Die innerstaatliche Umsetzung der Feststellungsurteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im entschiedenen Fall, 59ff

*Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 207, 413

*Lewisch*, Altes und Neues zur Notwehr, JBI 1990, 772

*Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band II (1992)

*Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich Band III (1997)

*Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz<sup>4</sup> (2007)

*Mayer/Stöberl*, Die Unabhängigen Verwaltungssenate im Rechtsschutzsystem, ÖJZ 1991, 257

*Messner*, Zur Dauer der Verwahrungshaft - Die österreichische Rechtslage im Lichte der EMRK, JSt 2004, 51, Fn 10

*Mottl*, Alte und neue rechtliche Instrumente gegen Gewalt in der Familie, ÖJZ 1997, 542

*Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2007)

*Oshidari*, Ermittlungsmaßnahmen – Aufgaben und Befugnisse von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft, ÖJZ 2008, 138ff

*Pilnacek*, Strafrechtliches Entschädigungsgesetz im Spannungsverhältnis zu Art 6 EMRK, ÖJZ 2001, 546

*Pilnacek/Pscheidl*, Das Strafverfahren und seine Grundsätze – Teil 2, ÖJZ 2008, 670

*Platzgummer*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens<sup>8</sup> (1997)

*Prammer*, Die Grundrechtsbeschwerde an den OGH – Eine Bilanz des Jahres 2003, JSt 2005, 41

*Pöschl/Kahl*, Die Intentionalität – ihre Bedeutung und Berechtigung in der Grundrechtsjudikation, ÖJZ 2001, 41

*Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003)

*Randelzhofer*, Völkerrechtliche Verträge<sup>8</sup> (1998)

*Reiter*, Grundrechtsschutz durch den OGH - Neuere Entwicklungen in der Judikatur zur Grundrechtsbeschwerde, ÖJZ 2007, 37

*Rill/Schäfer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung Stand 2008)

*Rummel*, ABGB 1. Band<sup>3</sup> (2007)

*Rummel*, ABGB 2. Band<sup>3</sup> (2007)

*Schauer*, Zivilrechtliche Probleme des Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetzes, JBI 1989, 763

*Schäffer*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze (Loseblattsammlung Stand 2009)

*Schober*, Sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 441

Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (AHG)<sup>3</sup> (2003)

*Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup> (2006)

*Spanner*, Lebendiges Verfassungsrecht, JBI 1979, 137

*Steininger*, Die Notwehr in der neueren Rechtssprechung des OGH, ÖJZ 1980, 225

*Steininger*, Der Putativnotwehrexzess, ÖJZ 1986, 747

*Süntinger*, Menschenrechte und Polizei – Handbuch für TrainerInnen (2005)

- Thanner/Vogl*, SPG-Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2008)
- Thienel*, Zur Bekämpfung „verfahrensfreier Verwaltungsakte“ der unabhängigen Verwaltungssenate, AnwBl 1991, 224
- Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>4</sup> (2006)
- Trawnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> (2000)
- Triffterer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung von polizeilichen Verhalten gegenüber „Fans“ einer „gegnerischen“ Fußballmannschaft, JBl 1996, 431
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007)
- Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>9</sup> (2008)
- Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze<sup>17</sup> (2008)
- Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998)

## KURZZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Dissertation beschäftigt sich primär mit vier ausgesuchten typischen polizeilichen Zwangsmaßnahmen, welche im Dienstbetrieb der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes typisch Verwendung finden und im Hinblick auf den dabei entstehenden Kontakt zum Bürger zumeist gravierende Eingriffe in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte des Einzelnen darstellen. Die Intention zu dieser Arbeit ergab sich aus dem Umstand, dass Eingriffe in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte, welche höherrangige Rechtsgüter wie Leib, Leben, Gesundheit oder die körperliche Unversehrtheit schützen sollen, in den letzten Jahren vermehrt Gerichte, Verwaltungsbehörden und insbesondere auch die Medien beschäftigten. Deshalb haben diese Verletzungen von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten in den vergangenen Jahren nicht zuletzt durch medienpräsenze Anlassfälle stark an Bedeutung und allgemeiner Beachtung gewonnen.

Einleitend werden in einem allgemeinen Überblick die Begriffe Polizei, Sicherheitspolizei und Österreichische Bundespolizei beschrieben und die Notwendigkeit der unmittelbaren Zwangsmaßnahmen im Polizeialltag hervorgehoben. Ohne die Möglichkeit des Einsatzes von gesetzlich normierter Befehls- und Zwangsgewalt wäre die Tätigkeit der Polizei gerade im Bereich der kriminalistischen Aufklärung von gerichtlich strafbaren Handlungen, aber auch bei der Strafverfolgung im Verwaltungsbereich völlig undenkbar.

In weiterer Folge wird auf den Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt näher eingegangen, zumal die beschriebenen typischen Polizeimaßnahmen grundsätzlich mittels Maßnahmenbeschwerde vor den Unabhängigen Verwaltungssenaten als erste Rechtschutzinstanz bekämpft werden können und die Abgrenzung vom förmlichen Bescheid ebenfalls herauszuarbeiten war. Zusätzlich wird überblicksartig die Beschwerde an die Unabhängigen Verwaltungssenate, die nachprüfende Kontrollmöglichkeit des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes und der Rechtszug an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte behandelt. Die gewählte

Untersuchungsmethodik und die Abgrenzungen runden die einleitenden Ausführungen ab.

Der schon zu Beginn angesprochene Hauptteil beschäftigt sich nun intensiv mit vier ausgewählten polizeilichen Zwangsmaßnahmen und zwar mit dem Schusswaffengebrauch, der Festnahme, der Haus- und Personendurchsuchung sowie der Wegweisung inklusive dem Betretungsverbot. Sämtliche ausgesuchten polizeilichen Maßnahmen werden vor dem Hintergrund der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte sowie der einfachgesetzlichen Normierungen geprüft und diskutiert. Einige ausgewählte Beispiele aus der höchstgerichtlichen Judikatur, kritische Bemerkungen sowie Lösungsvorschläge beenden die Betrachtungsweise der jeweiligen Zwangsmaßnahme.

Abschließend werden in einem eigenen Kapitel die relevanten haftungsrechtlichen Grundlagen betrachtet und verglichen, wobei hier insbesondere das Amtshaftungsgesetz und das Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz als Haftungsgrundlagen hervorgehoben werden.

Ziel der Dissertation ist zum einen die übersichtliche Darstellung wichtiger und bedeutsamer polizeilicher Zwangsmaßnahmen anzubieten, sowie zum anderen einen raschen und fundierten Überblick über die maßgeblichen verfassungs- und kompetenzrechtlichen sowie der einfachgesetzlichen Vorschriften zu gewinnen.

# **CURRICULUM VITAE**

## **PERSÖNLICHE ANGABEN**

|                     |                                       |
|---------------------|---------------------------------------|
| Name                | Mag.iur. Norbert Leopold Schmickl     |
| Geburtsdaten        | geb am 7. September 1968 in 1090 Wien |
| Adresse             | A-2403 Regelsbrunn, Wiener Straße 26  |
| Staatsangehörigkeit | Österreich                            |
| Religionsbekenntnis | römisch-katholisch                    |
| Ehepartner          | Mag.(FH) Bettina Schmickl             |
| Kinder              | Daniel, geb. 14. Februar 2001         |

## **BILDUNGSLAUFBAHN**

|             |                                                          |
|-------------|----------------------------------------------------------|
| 1974 – 1978 | Volksschule in 2432 Schwadorf                            |
| 1978 – 1979 | Hauptschule in 2432 Schwadorf                            |
| 1979 – 1983 | Bundesrealgymnasium in 2320 Schwechat                    |
| 1983 – 1986 | Höhere Lehranstalt für EDV                               |
| 1989 – 1991 | BRG an der Theresianischen Militärakademie               |
| 1996 – 2000 | Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien |
| 2000 – dato | Doktoratstudium der Rechtswissenschaften                 |

## **BERUFSPRAXIS**

|             |                                                   |
|-------------|---------------------------------------------------|
| 1986 – 1987 | Ordentlicher Präsenzdienst beim ÖBH               |
| 1987 – 1991 | Zeitsoldat beim Österreichischen Bundesheer       |
| 1991 – 1995 | Beamter im Bundesministerium für Inneres          |
| 1996 – 2000 | Angestellter bei der Flughafen Wien AG            |
| 2000 – 2001 | Gerichtspraktikum                                 |
| 2001 – 2002 | Rechtsanwaltsanwärter in Wien                     |
| 2002 – 2004 | Leitender Angestellter beim ÖRK, Landesverband NÖ |
| 2004 – dato | Öffentlich Bediensteter im Bundeskanzleramt       |

## **ZUSATZQUALIFIKATIONEN**

|                  |                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Juristisches     | Fachseminare für Arbeits- und Sozialrecht, EU-Recht, Vertragsrecht, Controlling und Projektmanagement, Grundausbildung für die Verwaltung der Verwendungsgruppe A, Wahlfachausbildung Medizinrecht. Rechtliche Stellungnahmen zum öffentlich rechtlichen Dienstrecht |
| Sprachkenntnisse | Englisch, Thailändisch, Ungarisch, Französisch                                                                                                                                                                                                                       |
| ÖRK              | Notfallsanitäter beim Österreichischen Roten Kreuz                                                                                                                                                                                                                   |

## **LEHRTÄTIGKEIT**

Vortragstätigkeit im Österreichischen Roten Kreuz, innerhalb der Landesverbände Wien, Niederösterreich und Burgenland über die gesetzlichen Bestimmungen des ÖRK betreffend, sowie bei medizinischen Notfall- und Katastrophenveranstaltungen.