

Désirée Guntli

Freiwilligkeit bei strafprozessualen Zwangsmassnahmen am Beispiel der Hausdurchsuchung

Désirée Guntli

Freiwilligkeit bei strafproze- sualen Zwangsmassnahmen am Beispiel der Hausdurchsuchung

Dissertatio

Editions Weblaw, Bern 2024

Dissertation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Privaten Universität im Fürstentum Liechtenstein UFL.

Die vorliegende Arbeit wurde von der UFL am 13. Dezember 2023 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Dr. Dr. h.c. Kurt Seelmann und Prof. Dr. Christopher Geth, zur Erlangung der Doktorwürde angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende August 2023 berücksichtigt.

Schriftenreihe UFL

Editions Weblaw

ISBN 978-3-03916-219-2

© Editions Weblaw, Bern 2024

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

DANKSAGUNG

Die Dissertation entstand während meiner Zeit als Gemeinderätin der Gemeinde Mels sowie als Delegierte des Verwaltungsrats des Zweckverbands Pflegezentrum Sarganserland. Der UFL danke ich herzlich für die gebotene Möglichkeit neben meinen politischen und beruflichen Verpflichtungen in Lehre und Forschung mitzuwirken und zu promovieren. Diese spannende Vielseitigkeit bedeutete und brachte mir viel.

Weiter spreche meinen tiefsten Dank aus:

Prof. Dr. Dr. h.c. Kurt Seelmann für die grosse Freiheit, die er mir beim Verfassen der Arbeit gewährte. Weiter dafür, dass er mich beim Verfassen der Dissertation stets wohlwollend betreute und insbesondere daran erinnerte, die Kernfrage im Auge zu behalten. Nie werde ich in diesem Zusammenhang den Vergleich mit dem jungen Apfelbäumchen, das es zu schneiden gilt, sodass es kräftig und prächtig wird, vergessen.

Prof. Dr. Christopher Geth für sein Zweitgutachten, das er mit kritischem Blick und grosser Sorgfalt erstellte.

Mirjam Fischer-Ehrbar, Dr. Markus Hugentobler, Dr. Guido Fischer, Tina Ackermann und Anja Fischer für ihr Mitdenken und Mitwirken, nämlich, dass sie Fussnoten kontrollierten, Formulierungen überprüften, Argumente hinterfragten und Strukturen durchdachten. Sie haben durch ihren Beitrag und ihre Unterstützung wesentlich dazu beigetragen, dass dieses Buch in gedruckter Form vorliegt.

Meinem Vater Lukas. Er hat mir den Willen mitgegeben, meine Träume zu verwirklichen.

Meiner Mutter Sibylle. Sie hat stets an mich geglaubt und mit Geduld und Fürsorge immer wieder meine Bedenken vertrieben.

Nico Staiger für seinen Rückhalt, seine Geduld und seinen unerschütterlichen Glauben an mich sowie seine wertvollen, konstruktiven Hinweise bezüglich der Präsentation der Arbeit.

Alexander Wyss. Er hat mich einen grossen Teil meines Wegs begleitet und unterstützt.

Danksagung

All meinen Freunden und Weggefährten, besonders Nora Unternährer, Miranda Wachter und Dr. Julia Wetzel, für die Unterstützung. Ihr habt mich auch immer wieder daran erinnert, dass fast nichts unerreichbar ist und dass in und neben der Arbeit der Genuss nie zu kurz kommen darf.

INHALTSVERZEICHNIS

Danksagung.....	III
Inhaltsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XXV
Einführung.....	1
Vorgehensweise.....	5
A. Grundlagen des Strafprozesses	7
I. Funktion des Strafverfahrensrechts.....	7
II. Das normative Fundament der Strafrechtspflege.....	7
III. Justizförmigkeit des Strafprozesses.....	8
1. Wesen und Bedeutung	9
2. Gesetzliche Grundlage	10
3. Erhöhte Anforderungen bei Grundrechtseingriffen	10
IV. Zwischenergebnis und Folgerungen.....	11
B. Freiwilliger Verzicht auf ein strafprozessuales Schutzrecht	13
I. Arten des Verzichts.....	13
II. Allgemeine Verzichtsformen.....	13
1. Ausübungsverzicht.....	13
2. Rechtsverzicht.....	14
III. Besondere Verzichtsformen	14
1. Strafprozessuale Absprache.....	14
2. Einwilligung	15
IV. Wirkung eines Verzichts.....	19
V. Stand von Literatur und Rechtsprechung	21

Inhaltsverzeichnis

VI.	Irrtum und Täuschung	25
VII.	Drohung	26
VIII.	Rechtsfolgen der unfreiwilligen Erklärung	27
IX.	Erfordernis der Rechtmässigkeit staatlichen Handelns	27
X.	Zwischenergebnis	28
C.	Zwangsmassnahmen	33
I.	Begriff und Wesen der Zwangsmassnahmen	33
II.	Anordnungskompetenz	37
III.	Arten von Zwangsmassnahmen	38
1.	Offene Zwangsmassnahmen	38
2.	Geheime Überwachungsmassnahmen	39
IV.	Allgemeine Voraussetzungen von Zwangsmassnahmen	40
1.	Gesetzliche Grundlage	41
2.	Hinreichender Tatverdacht	42
3.	Verhältnismässigkeit	44
a)	Eignung	45
b)	Erforderlichkeit	45
c)	Zumutbarkeit	46
4.	Zwangsmassnahmen gegen Dritte	47
5.	Eröffnung der Anordnung von Zwangsmassnahmen	47
6.	Formerfordernisse	48
V.	Zwischenergebnis	49
D.	Durch- und Untersuchungen	51
I.	Allgemeine Voraussetzungen	52
II.	Gegenstand von Durchsuchungen und Untersuchungen	53
III.	Anordnung und Durchführung	55
IV.	Form und Begründung des Durchsuchungsbefehls	56

V.	Bleibepflicht	57
VI.	Zwischenergebnis	58
E.	Die Hausdurchsuchung (Art. 244 f. StPO).....	61
I.	Historisches Verständnis des Hausrechts.....	61
II.	Begriff und Zweck	63
III.	Schutzbereich	65
IV.	Hausdurchsuchung mit Einwilligung der berechtigten Person.....	66
V.	Diskussion um die Auswirkungen der Einwilligung	67
VI.	Hausdurchsuchung ohne Einwilligung der berechtigten Person.....	78
VII.	Anwendungsbereich und Ziel	79
VIII.	Zuständigkeit und Beteiligte	80
IX.	Zwischenergebnis	82
X.	Allgemeine Voraussetzungen für die Anordnung von Hausdurchsuchungen.....	85
1.	Gesetzliche Grundlage	85
2.	Hinreichender Tatverdacht	85
3.	Subsidiarität.....	86
4.	Proportionalität	87
5.	Zwischenergebnis	88
XI.	Besondere Voraussetzungen für die Anordnung von Hausdurchsuchungen.....	88
1.	Anwesenheit einer gesuchten Person	88
2.	Tatspuren, zu beschlagnahende Gegenstände oder Vermögenswerte	89
3.	Täterschaft bei Tatbegehung	89
4.	Zwischenergebnis	89
XII.	Hausdurchsuchungsbefehl	90
1.	Pflicht zur Vorweisung des Hausdurchsuchungsbefehls	90
2.	Inhalt des Hausdurchsuchungsbefehls.....	91

3.	Heilung eines fehlerhaften Hausdurchsuchungsbefehls.....	92
a)	Heilung ex post?	92
b)	Heilung im Rechtsmittelverfahren	93
4.	Protokollierung.....	94
5.	Zwischenergebnis	96
XIII.	Sonderfall „Gefahr in Verzug“	97
XIV.	Durchführung der Hausdurchsuchung	99
1.	Beginn.....	100
2.	Stellung des Betroffenen	101
3.	Anwesenheitsrechte bzw. -pflichten Dritter.....	102
4.	Siegelung.....	103
5.	Entsiegelungsverfahren.....	110
6.	Ende der Durchsuchung.....	111
7.	Zulässigkeit der Beschwerde.....	112
8.	Zwischenergebnis	113
XV.	Beweisverwertung.....	115
1.	Absolute Unverwertbarkeit	115
2.	Ausscheidung von Beweisen.....	116
3.	Relative Unverwertbarkeit	116
4.	Ohne Durchsuchungsbefehl erlangte Beweise	118
5.	Fernwirkung.....	120
6.	Einwilligung bei Gültigkeitsvorschriften und absolut unverwertbaren Beweisen	125
7.	Zwischenergebnis	129
XVI.	Zufallsfunde	130
1.	Grundlagen und Verwertbarkeit von Zufallsfunden	130
2.	Abgrenzung zur fishing expedition	133
3.	Zwischenergebnis	134
F.	Freiwilligkeit bei der Hausdurchsuchung.....	139

G.	Zusammenfassung und Folgerungen	149
H.	Zwangsmassnahmen und Freiheitsrechte	155
I.	Tangierte Rechte nach Schweizerischer Bundesverfassung	156
1.	Schutz der Privatsphäre	156
a)	Achtung des Privat- und Familienlebens.....	158
b)	Achtung der Wohnung.....	159
2.	Eigentumsgarantie	162
3.	Wirtschaftsfreiheit	164
4.	Zwischenergebnis	165
II.	Die Zulässigkeit von Eingriffen	166
1.	Voraussetzungen im schweizerischen Recht.....	167
a)	Gesetzliche Grundlage	167
b)	Öffentliches Interesse resp. Schutz von Grundrechten Dritter	168
c)	Verhältnismässigkeit.....	170
d)	Kerngehalt	171
2.	Einschränkungen des Privatlebens resp. der Achtung der Wohnung durch Hausdurchsuchungen	172
a)	Gesetzliche Grundlage.....	172
b)	Öffentliches Interesse resp. Schutz von Grundrechten Dritter	174
c)	Verhältnismässigkeit.....	175
d)	Kerngehalt.....	176
3.	Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit durch Hausdurchsuchungen.....	177
4.	Zwischenergebnis	177
III.	Tangierte Rechte nach EMRK.....	180
1.	Die Bedeutung der EMRK für die Schweiz im Allgemeinen	180
2.	Privat- und Familienleben	181
3.	Einfluss auf das Strafprozessrecht?	188

4.	Zwischenergebnis	190
IV.	Die Zulässigkeit von Eingriffen	191
1.	Voraussetzungen im Sinne der EMRK	191
a)	Gesetzliche Grundlage.....	191
b)	Verfolgung eines oder mehrerer Ziele aus Art. 8 Abs. 2 EMRK.....	194
c)	Verhältnismässigkeit.....	194
2.	Einschränkungen von Art. 8 EMRK durch Hausdurchsuchungen	197
a)	Gesetzliche Grundlagen in der Schweiz	199
b)	Verfolgung eines oder mehrerer Ziele aus Art. 8 EMRK.....	200
c)	Verhältnismässigkeit.....	201
3.	Zwischenergebnis	206
I.	Zusammenfassung	209
J.	Fazit und Würdigung	211

LITERATURVERZEICHNIS

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

ACKERMANN JÜRG-BEAT/VOGLER PATRICK/BAUMANN LAURA/EGLI SAMUEL, Strafrecht Individualinteressen, Gesetz, System und Lehre im Lichte der Rechtsprechung, Bern 2019

ALBERTINI GIANFRANCO/FEHR BRUNO/VOSER BEAT (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. BEARBEITER, Polizeiliche Ermittlung, S. ...)

AMELUNG KNUT, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin 1981

BANGERTER SIMON, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen im Wettbewerbsrecht unter vergleichender Berücksichtigung der StPO, Zürich 2014

BEYDOUN KHALIL, Beweisverwertungsverbote, Ein Vergleich zwischen der schweizerischen und der US-amerikanischen Handhabung der Beweisverwertungsverbote, Freiburg 2017

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, Komm. BV, N ... zu Art ... BV)

BREITENMOSER STEPHAN , Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, Basel 1986

BURGER-MITTNER NICOLE/BURGER SIMON, Die „freiwillige“ Hausdurchsuchung im schweizerischen Strafprozess, in: *forum poenale* 5/2012, S. 307-311

CARONI MARTINA, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, Bern 1999

CHEN ZHUOLI, Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizerischen Strafprozess, Luzern 2014

DIESELBE, Einwilligung als Ersatz des Durchsuchungsbefehls? – Am Beispiel der Hausdurchsuchung ohne Durchsuchungsbefehl, in: *forum poenale* 5/2015, 298–302 (zit. CHEN, Einwilligung, S. ...)

DELLAGANA-SABRY YASMINE, Perquisitions en procédure pénale, Genf 2021

DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, in: *ZStrR* 126/2008, S. 158–173

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (HRSG.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. BEARBEITER, Komm. StPO, N ... zu Art. ... StPO)

DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, Art. 196–457, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. BEARBEITER, ZK, N ... zu Art. ... StPO)

DONATSCH ANDREAS/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 3. Aufl., Zürich 2023

DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, Überblick über die einzelnen Stadien des Strafverfahrens, Ziele des Strafverfahrens, Begriff und Funktionen sowie Rechtsquellen des Strafprozessrechts, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, Zürich 2014

EHRENZELLER BERNHARD/EGLI PATRICIA/HETTICH PETER/HONGLER PETER/SCHINDLER BENJAMIN/SCHMID STEFAN G./SCHWEIZER RAINER J., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1–72, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit.: BEARBEITER, St. Galler Kommentar, N ... zu Art. ... BV)

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (HRSG.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit.: BEARBEITER, SG Komm. BV, N ... zu Art. ... BV)

EICKER ANDREAS/HUBER ROLAND/BARIS NURTEN, Grundriss des Strafprozessrechts, mit besonderer Berücksichtigung des Kantons Luzern, 2. Aufl., Bern 2020

ERNI LORENZ, Das Anwaltsgeheimnis, Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren, Der Anwalt als Zeuge, Zürich 1997

FISCHER FLORIAN, Rheinischer Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Grundlagen, Präambel, Artikel 1 bis 12 mit gesamteuropäischem Menschenrechtsindex, 3. Aufl., Düsseldorf 2020 (zit. FISCHER, N ... zu Art. ... EMRK)

FREI-SIPONEN SELENE, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht Finnlands und der Schweiz – eine vergleichende Studie, St. Gallen 2002

FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009 (zit. FROWEIN/PEUKERT, N ... zu Art. ... EMRK)

GFELLER DIEGO R./BIGLER ADRIAN, Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH und zugleich eine Besprechung von BGE 137 I 218, in: *forum poenale* 2/2014, S. 105-110

GLESS SABINE, Heiligt der Zweck die Mittel? Beweisverbote im vereinheitlichten eidgenössischen Strafprozess, in: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 399-414

GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLBERGER JÜRG (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008 (zit. BEARBEITER, Textausgabe, S. ...)

GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 7. Aufl., München 2021

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020

HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020

HÄNER ISABELLE, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, in: *ZBI* 103/2002, S. 57-76

BARTHE CHRISTOPH /GERICKE JAN (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Aufl., München 2023 (zit. BEARBEITER, Karlsruher Komm., N ... zu Art. ... EMRK)

HANSJAKOB THOMAS, Zwangsmassnahmen in der neuen Eidg. StPO, in: ZStrR 126/2008, S. 90-114

HÄRING DANIEL, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzelle Neuerungen?, in: ZStrR 127/2009, S. 225-257

HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005

HEIMGARTNER STEFAN, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen, unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Habil. Zürich 2011

JAAG TOBIAS/BUCHER LAURA/HÄGGI FURRER RETO, Staatsrecht der Schweiz, in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021

JAAG TOBIAS/KAUFMANN CHRISTINE (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. BEARBEITER, Beitritt, S. ...)

JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Strafprozessrecht, in a nutshell, Zürich 2020

DERSELBE, Informationsgefälle und Waffengleichheit, in: Ackermann Jürg-Beat/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich 2008, 139-175 (zit.: JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Informationsgefälle, S. ...)

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. BEARBEITER, Commentaire, N ... zu Art. ... StPO)

KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ C. (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl., München 2022 (zit. BEARBEITER, C.H. BECK, N ... zu Art. ... EMRK)

- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KNECHT STEFAN, Willensmängel bei Prozesshandlungen des Beschuldigten, Zürich 1979
- KÜHNE HANS-HEINER, Strafprozessrecht, eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., Heidelberg 2015 (zit. KÜHNE, § ... N ...)
- LOCHER ARNOLD, Die Hausdurchsuchung, insbesondere nach den schweizerischen Strafprozessordnungen, Zürich 1929
- MALACRIDA RALPH, Der Grundrechtsverzicht, Zürich 1992
- MERTEN DETLEF, Der Grundrechtsverzicht, in: Horn Hans-Detlef/Häberle Peter/Schambeck Herbert/Stern Klaus (Hrsg.), Recht im Pluralismus, Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, Berlin 2003 S. 53 ff.
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. BEARBEITER, EMRK Komm, N ... zu Art. ... EMRK)
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-196 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BEARBEITER, BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- DIESELBEN, Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, Art 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BEARBEITER, BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- PITTELOUD JO, Code de procédure pénale Suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012 (zit. PITTELOUD, N ... zu Art. ... StPO)
- PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, Procédure pénale suisse, 3. Aufl., Zürich 2011

PUTZHAMMER BARBARA, Die Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, Regensburg 2006/2007, München 2007

REIMANN MARTIN, Die strafprozessuale Siegelung, Basel 2022

RIKLIN FRANZ, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, N ... zu Art. ... StPO)

RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011

SATZGER HELMUT/SCHLUCKEBIER WILHELM (Hrsg.), StPO, Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Kommentar, 5. Aufl., Köln 2023 (zit. BEARBEITER, SSW, N ... zu Art. ... EMRK)

SCHABAS WILLIAM A., The European Convention on Human Rights, A Commentary, Oxford 2015

SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, Zürich 2004

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017

DIESELBEN, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, PK, N ... zu Art. ... StPO)

SCHULTZ ANNATINA, Die Bedeutung von Art. 4 EMRK für die Verfolgung von Menschenhandel zwecks Ausbeutung der Arbeitskraft, in: *forum poenale* 3/2021, S. 200-206

SEELMANN KURT, Wen schützt das Strafrecht? – Interdependenz verschiedener Schutzziele in einem gewachsenen, austarierten System, in: NZZ Nr. 124 02.06.2009, S. 9 (zit. SEELMANN, Schutzziele, S. ...)

SPIESS GERHARD, Der Grundrechtsverzicht, Passau, Frankfurt am Main 1997

THOMMEN MARC, Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess in: recht 2014, S. 264-276

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021

TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS/SPRECHER FRANZISKA, Öffentliches Recht, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019

VEST HANS, Probleme der „freiwilligen“ Hausdurchsuchung, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Strafprozessrecht, Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2017

VETTERLI LUZIA, Gesetzesbindung im Strafprozess, Zur Geltung von Verwertungsverboten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen, Luzern 2010

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020

VON GUNTEN JEAN-MARC, Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Zürich 1992

WIEDERIN EWALD , Privatsphäre und Überwachungsstaat, Sicherheitspolizeiliche und nachrichtendienstliche Datenermittlung im Lichte des Art. 8 EMRK und der Art 9-10a StGG, Wien 2003

WOHLERS WOLFGANG/BLÄSI LINDA, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, in: recht 2015, S. 158-175

WOLTER JÜRGEN (Hrsg.), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Mit GVG und EMRK, Band X, EMRK, 5. Aufl., Köln 2019 (zit. BEARBEITER, Band X, EMRK, N ... zu Art. ... EMRK)

ZEHNDER STEPHANIE , Die Heilung strafbehördlicher Verfahrensfehler durch Rechtsmittelgerichte, Luzern 2016

ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürich 200

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Aus 29 mach 1	Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1997
BBl	Bundesblatt (= FF)
Begleitbericht VE StPO	Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Justiz, Bern 2001 (zit. Begleitbericht VE-StPO)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (= ATF, DTF)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
BE	Bern
BK	Berner Kommentar
Botschaft BV	Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff.
Botschaft StPO	Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085 ff.
BSK	Basler Kommentar

Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BStGer	Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
C.H. Beck	Verlag C.H. Beck (deutscher Verlag mit Sitz in München)
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
div.	diverse
E.	Erwägung
ebd.	ebenda (= genau bzw. gerade dort)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Strassburg)
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EMRK Komm	EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Basel 2017
E-StPO	Entwurf Schweizerische Strafprozessordnung, BBl 2006 1389 ff.
EuGH	Europäischer Gerichtshof
etc.	et cetera
f.	und folgende/folgender (Seite, Randnummer, etc.)
ff.	und fortfolgende (Seiten, Randnummern etc.)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl 1949 I 1 idF dBGBI 2002 I 2863

ggf.	gegebenenfalls
gl.M.	gleicher Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
lit.	litera
Jusletter	Jusletter, Online-Zeitschrift (www.jusletter.ch)
m.w.A.	mit weiteren Ausführungen (zur gleichen Thematik innerhalb des gleichen Werks)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen (zur gleichen Thematik innerhalb des gleichen Werks)
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen (auf andere Quellen)
N	Note, Randnote
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer, Randnummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.ä./o.Ä.	oder ähnlich/oder Ähnliche(s)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
resp.	respektive

Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Slg.	(amtliche) Sammlung der Rechtsprechung
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (= RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBI 1867/142 idF BGBl 1988/684
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
u.a.	unter anderem/anderen
usw.	und so weiter
v.	versus (= gegen)
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf
verb. RS	verbundene Rechtssache
vgl.	vergleiche
Vor/Vorb.	Vorbemerkung
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0)
ZAG	Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz; SR 364)
z.B.	zum Beispiel

Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft StPO, S.)

E StPO Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), Entwurf vom 21. Dezember 2005 (BBl 2006 1389 ff.)

VE StPO Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001

Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001 (zit. Begleitbericht VE-StPO, S.)

Aus 29 mach 1 Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern, Dezember 1997 (zit. Aus 29 mach 1, S.)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV, S.)

EINFÜHRUNG

Ein Geschädigter bemerkte im Frühjahr 2011, dass Wertsachen aus seiner Wohnung fehlten. Als Täterin wurde seine ausländische Reinigungskraft ins Auge gefasst, weshalb die Polizei die Staatsanwaltschaft um einen Durchsuchungsbefehl ersuchte. Da sich herausstellte, dass noch weitere Täter in Frage kamen, die Verdächtige und ihr Lebenspartner einen tadellosen Leumund aufwiesen und diese auch keine Kenntnis davon hatten, wo die versteckten Wertsachen aufbewahrt worden waren, wurde ein Hausdurchsuchungsbefehl verweigert. Daraufhin entschied sich die Polizei – auf sog. freiwilliger Basis – dennoch eine Hausdurchsuchung bei der Verdächtigen durchzuführen. Eines frühen Morgens wurde die nur schlecht Deutsch sprechende Frau von mehreren Beamten aus dem Bett geklingelt und ihre Wohnung wurde durchsucht. Der Frau wurde im Anschluss daran ein Hausdurchsuchungsprotokoll zur Unterzeichnung vorgelegt, auf welchem vermerkt war, dass sie in die Durchsuchung – welche keinerlei belastende Beweise zu Tage förderte – eingewilligt habe. Schliesslich unterzeichnete sie dieses Protokoll. Nach dem erfolglosen Abschluss der Durchsuchung wurde die Frau – erneut mit ihrer Einwilligung – auf den Polizeiposten geführt und befragt. Da wiederum keinerlei Hinweise auf die Täterschaft der Beschuldigten vorlagen, wurde das Verfahren später eingestellt.¹

Ein Fall aus der Praxis, wie ihn das Leben schreibt. Er zeigt am Beispiel einer konkret erfolgten Hausdurchsuchung die Problematik der Freiwilligkeit von strafprozessualen Zwangsmassnahmen. Jede und jeder von uns kann sehr schnell einer Straftat verdächtigt werden und sich in solch einer Situation wiederfinden.² Im Einleitungsbeispiel wurden im Zusammenhang mit der Hausdurchsuchung verschiedene Rechte der betroffenen

¹ Wiedergegeben von BURGER-MITTNER/BURGER, S. 307-311; siehe auch zur unzulässigen Hausdurchsuchung, Urteil des Aargauer Obergerichts SST.2012.175 vom 22.01.2013.

² SEELMANN, Schutzziele, S. 9: Spricht im Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung davon, dass jeder einer Straftat Verdächtige – und das könne jeder von uns sehr schnell sein – bis zu seiner Verurteilung nur so viel an Schmälerung seiner Rechte erdulden müssen solle, wie man es in einem Rechtsstaat bereit sei, notfalls auch Unschuldigen zuzumuten. Es ist fraglich, ob beim geschilderten Fall noch von Zumutbarkeit in diesem Sinne die Rede sein kann.

Frau tangiert.³ Wie sind diese Einschränkungen aus rechtsstaatlicher Sicht zu beurteilen und welche Folgerungen sind daraus abzuleiten? Diesen Fragen geht die vorliegende Arbeit mitunter nach.

Die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) listet nach einer allgemeinen Einleitung unter dem 5. Titel, 1. Kapitel, sieben Kategorien von Zwangsmassnahmen auf, die in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen und dazu dienen sollen, Beweise zu sichern, die Anwesenheit von Personen sicherzustellen oder die Vollstreckung von Endentscheiden zu gewährleisten (Art. 196 StPO).⁴ Gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO ist der im Gesetz aufgeführte Katalog abschliessend. Unter dieser abschliessenden Aufzählung ist auch die Hausdurchsuchung. Diese dient der vorliegenden Arbeit als Beispiel zur Aufarbeitung der Thematik der Freiwilligkeit bei strafprozessualen Zwangsmassnahmen.

Die Hausdurchsuchung als besondere Form der Durchsuchung ist in Art. 244 f. StPO geregelt. Hausdurchsuchungen durch die Behörden sind Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechte. Fremde Personen betreten die Wohnung – einen geschützten Raum – und durchsuchen selbst intimste Gegenstände. Art. 244 Abs. 1 StPO bietet bezüglich der Frage nach dem Zwangsmassnahmencharakter einer Hausdurchsuchung in der Lehre dennoch Anlass zu Diskussionen. Der Grund liegt im unklaren Wortlaut des Absatzes. Die Bestimmung besagt, dass Häuser, Wohnungen und andere nicht allgemein zugängliche Räume nur mit Einwilligung der berechtigten Person durchsucht werden dürfen. Hierunter wird teilweise verstanden, dass mittels Einwilligung des Hausrechtsinhabers eine ‚freiwillige Hausdurchsuchung‘ durchführbar ist. Unweigerlich stellt sich hier in der Folge die Frage danach, was das konkret bedeutet: Fällt aufgrund einer vorhandenen Einwilligung der grundsätzliche Zwangsmassnahmencharakter einer Hausdurchsuchung dahin? Wenn ja, kann in diesem Falle davon ausgegangen werden, dass eine Durchsuchung auf der Basis einer Einwilligung keine Zwangsmassnahme mehr ist? Wenn die vorangehenden Fragen bejaht werden, könnte in der Folge gar auf einen schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehl verzichtet werden, wenn die Einwilligung des Betroffenen vorhanden ist? Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob ‚freiwillige Hausdurchsuchungen‘ gesetzmässig und damit zulässig sind, wenn kein schriftlicher Befehl

³ Weitere Hinweise in Kapitel Zwischenergebnis, S. 82.

⁴ Dazu ausführlicher HANSJAKOB, S. 90.

zur Hausdurchsuchung vorliegt, weil das Gericht bspw. mangels hinreichendem Tatverdacht keinen auszustellen bereit war. Dies wiederum eröffnet die Folgefrage danach, wie es grundsätzlich um die Erfüllung der Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 197 StPO steht.⁵ Wenn davon ausgegangen wird, dass freiwillige Einwilligungen den Zwangsmassnahmencharakter einer Hausdurchsuchung aufheben und einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre, in verfassungsmässig geschützten Rechte des Einzelnen ermöglichen, eröffnet dies wiederum die Frage danach, was denn unter Freiwilligkeit in Bezug auf eine Einwilligung zu verstehen ist. Kann in einem Überraschungsmoment, den sich die Behörden bei der Durchführung von Hausdurchsuchungen in der Regel zu Nutze machen, überhaupt eine Freiwilligkeit vorliegen? Wenn ja, unter welchen Voraussetzung ist dies möglich, wie steht es um etwaige Zufallsfunde und wie ist in solchen Fällen die Grenze zu fishing expeditions zu ziehen? Zur Diskussion stehen dabei etwa psychologische Komponenten wie Druck, Angst und Stress bei den Betroffenen, die Qualität vorhandener Einwilligungen und letztlich die Justizförmigkeit und die Rechtmässigkeit von freiwilligen Hausdurchsuchungen. Wenn eine Einwilligung als Ersatz für die Voraussetzungen von Art. 196 ff. StPO als zulässig erachtet wird, könnten sich wiederum weitere Fragen stellen, wie etwa ob eine Inhaftierung auf freiwilliger Basis möglich ist.

⁵ Weitere Hinweise in Kapitel Allgemeine Voraussetzungen von Zwangsmassnahmen, S. 40.

VORGEHENSWEISE

Um die vorangehend aufgeworfenen Fragen zu klären werden vorab die damit zusammenhängenden Grundlagen zur schweizerischen Strafprozessordnung dargestellt. Diese sollen die rechtliche Einordnung der später folgenden Zwangsmassnahmen erleichtern. Anschliessend erfolgt ein Blick in die vorliegend besonders interessierende Freiwilligkeit im Strafprozess im Allgemeinen. Hierunter ist von besonderer Bedeutung, welchen Voraussetzungen die Freiwilligkeit standzuhalten hat. Auf der Basis dieser Grundlagen folgen Erwägungen zu den Zwangsmassnahmen im Allgemeinen, bevor Durch- und Untersuchungen und insbesondere Hausdurchsuchungen im Speziellen analysiert werden. Bedeutung und Konsequenzen allfälliger Freiwilligkeit können nun unter dem Aspekt der Hausdurchsuchung vertieft beleuchtet werden. Da bei Hausdurchsuchungen Eingriffe in Freiheitsrechte erfolgen, ist deren Zulässigkeit im Rahmen des schweizerischen Rechts wie auch der EMRK anschliessend zu prüfen. Die Frage danach, ob eine freiwillige Hausdurchsuchung rein aufgrund der Zustimmung von Betroffenen, ohne das Vorliegen eines (gerichtlichen) Hausdurchsuchungsbefehls, auch in Einklang mit den Voraussetzungen der EMRK steht, ist mitunter Gegenstand der Untersuchung des erwähnten Kapitels. Die Erkenntnisse der einzelnen Kapitel werden jeweils zusammenfassend festgehalten und am Ende der Arbeit zusammengeführt.

A. GRUNDLAGEN DES STRAFPROZESSES

In der Schweiz ist der Strafprozess seit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) am 1. Januar 2011 einheitlich geregelt. Zuvor konnte von einer Rechtszersplitterung gesprochen werden, zumal mit 26 kantonalen Strafprozessordnungen sowie dem Bundesstrafprozessrecht gearbeitet werden musste. Mit Inkrafttreten der einheitlichen StPO wurde sichergestellt, dass Straftaten in allen Kantonen nach den gleichen prozessualen Regeln verfolgt und beurteilt werden. Dies führte zu mehr Rechtsicherheit und Rechtsgleichheit.

I. FUNKTION DES STRAFVERFAHRENSRECHTS

Die Strafverfolgungsorgane werden – gestützt auf strafprozessuale Normen – ermächtigt und verpflichtet, strafbare Handlungen zu verfolgen und zu sanktionieren (Verpflichtungsfunktion). Die mit Strafverfolgungen befassten Organe greifen in die Rechtsphäre der betroffenen Personen ein. Die strafprozessualen Normen bilden dabei die gesetzliche Grundlage, welche gemäss Art. 36 BV für Eingriffe in die persönlichen Verhältnisse der Bürger notwendig ist (Ermächtigungsfunktion). Das Strafprozessrecht verpflichtet die Strafverfolgungsbehörden zudem, strafbare Verhaltensweisen ausschliesslich auf dem hierfür vorgesehenen Weg und unter Einhaltung der gesetzlichen Schranken zu verfolgen und zu sanktionieren (Garantiefunktion).⁶ Strafverfahren können damit nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen durchgeführt werden, wie in Art. 2 Abs. 2 StPO verbindlich vorgegeben wird.

II. DAS NORMATIVE FUNDAMENT DER STRAFRECHTPFLEGE

In einen Rechtsstaat stützt sich die Strafrechtpflege auf drei tragende Säulen. Der Grundsatz, dass nur das demokratisch legitimierte Parlament ein Verhalten verbieten

⁶ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 6 f.

und bei Widerhandlung durch Strafe sanktionieren kann, bildet die erste Säule. Die zweite Säule beinhaltet den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dieser gewährleistet, dass das Strafrecht nur als ultima ratio zum Rechtsgüterschutz zur Anwendung gelangt. Die dritte Säule ermöglicht mit gesetzmässigem Prozessrecht das massgebende materielle Recht fallbezogen anzuwenden und im Strafverfahren durchzusetzen. Dem Beschuldigten muss dabei in einem die Anklage- und Verteidigungsrechte ausbalancierten Verfahren die faire Möglichkeit eingeräumt werden, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu entkräften. Dieses normative Fundament der Strafrechtspflege erfordert eine konsequente Bindung an das Gesetz.⁷ Diese findet mitunter im Grundsatz der Justizförmigkeit des Verfahrens seinen Ausdruck.

III. JUSTIZFÖRMIGKEIT DES STRAFPROZESSES

Im Strafprozessrecht geht es um die Durchsetzung des materiellen Strafrechts, wobei die Menschenwürde der Betroffenen stets zu respektieren ist.⁸ Fundamental ist, dass im modernen Strafprozess das Verfahren regelgeleitet, also justizförmig, abläuft. Da sich im Strafprozess staatliche Macht manifestiert, was eine inhärente Missbrauchsgefahr in sich birgt, ist dies von zentraler Bedeutung. Die Justizförmigkeit des Verfahrens dient somit einerseits dem Schutz des Individuums, andererseits dem rechtsstaatlichen Gemeininteresse an der Begrenzung staatlicher Macht.⁹

Charakteristisch für den modernen Strafprozess ist, dass der Sachverhalt bereits im Vorverfahren verbindlich festgelegt wird.¹⁰ Damit werden die Prozesse – sicherlich auch mit Hinblick auf das Beschleunigungsgebot¹¹ – stark verkürzt. Die Justizförmigkeit des Verfahrens, also die Einhaltung sämtlicher Verfahrensregeln, trägt folglich in erheb-

⁷ Zum Ganzen STRAUB/WELTERT, BSK StPO, N 8 zu Art. 2 StPO.

⁸ PIETH, S. 2; VETTERLI, S. 158.

⁹ PIETH, S. 3.

¹⁰ THOMMEN, S. 272.

¹¹ Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 5 StPO.

lichem Masse dazu bei, dass ein Beschuldigter nicht zum blosen Verfahrensobjekt degradiert werden kann.¹²

1. WESEN UND BEDEUTUNG

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit ist in Art. 5 Abs. 1 BV als Verfassungsprinzip verankert. Nach dem Wortlaut richtet sich die Forderung nach Legalität nur an den Staat. Der Staat benötigt eine Spezialermächtigung zum Handeln, Private dürfen hingegen alles tun, was ihnen die Rechtsordnung nicht verbietet.¹³ Die Funktionen des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes sind rechtsstaatlicher und demokratischer Natur, wobei im Zusammenhang mit Ersterer auch vom Erfordernis des Rechtssatzes, mit Bezug auf Letztere vom Erfordernis der Gesetzesform die Rede ist.¹⁴ Es soll dabei im Grundsatz um die Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit und den Schutz des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen gehen.¹⁵ Das Legalitätsprinzip findet im Strafverfahren seine Ausprägung in Art. 2 Abs. 2 StPO, wo der Grundsatz der Justizförmigkeit des Verfahrens (*nullum iudicium sine lege*) festgehalten wird. Prozessuales Handeln der Behörden verlangt Rechtmässigkeit, es bedarf also einer Rechtsgrundlage und muss dieser entsprechen.¹⁶ Damit soll behördliche Willkür gegenüber dem Beschuldigten verhindert und staatlicher Machtmissbrauch unterbunden werden.¹⁷ Demnach ist das Legalitätsprinzip einerseits demokratisch motiviert und sichert die demokratische Legitimation staatlichen Handelns. Andererseits kommt dem Prinzip eine dem Rechtsstaat zuzuordnende Dimension zu, indem die gesetzliche Grundlage die Voraussetzbarkeit staatlichen Handelns sichert und Rechtssicherheit herstellt. Es dient dem Rechtschutz, da es das Individuum vor rechtswidrigen staatlichen Eingriffen insbesondere in die Freiheitsrechte schützt.¹⁸

¹² Vgl. THOMMEN, S. 274.

¹³ ZIMMERLIN, S. 46.

¹⁴ ZIMMERLIN, S. 47.

¹⁵ ZIMMERLIN, S. 47.

¹⁶ MAURER, Textausgabe, S. 2.

¹⁷ CHEN, S. 50.

¹⁸ HÄNER, S. 56 f.

2. GESETZLICHE GRUNDLAGE

Wenn ein Strafverfahren justizförmig ausgestaltet ist, so wird es aufgrund der Bindung an generell-abstrakte Regelungen voraussehbar und damit planbar.¹⁹ Behörden soll es verwehrt sein, die Rechte des Betroffenen eigenmächtig zu missachten oder in nicht nachvollziehbarer Weise einzuschränken.²⁰ Die Justizförmigkeitsmaxime richtet sich ihrem Wesen nach gegen den Staat, dessen prozessuales Verhalten sie in gesetzliche Formen gegossen wissen möchte. Damit einher geht das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, das staatliche Aktivitäten berechenbar machen will. Daraus ergibt sich ein Schutz vor Überraschung und Überrumpelung im weiteren Sinne: Das Erfordernis der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns.²¹

3. ERHÖHTE ANFORDERUNGEN BEI GRUNDRECHTSEINGRIFFEN

Das Legalitätsprinzip nach Art. 5 BV wird für Grundrechtseingriffe in Art. 36 BV konkretisiert.²² Da Eingriffe in die Grundrechte besonders intensiv wirken, wird das Gesetzmässigkeitsprinzip umso strenger angewendet. Bei schwerwiegenden Eingriffen müssen Inhalt, Zweck und Ausmass des Eingriffs im zugrunde liegenden Gesetz geregelt sein.²³

Strafprozessuale Zwangsmassnahmen greifen in Grundrechte ein. Sie sind in speziellen Ermächtigungsnormen zu regeln. Dazu gehört auch die Hausdurchsuchung. Je intensiver der jeweilige strafprozessuale Grundrechtseingriff ist, desto bestimmter muss die Ermächtigungsnorm ausfallen.²⁴ Art. 2 StPO schliesst nicht aus, dem Willen der Verfahrensbeteiligten Beachtung zu schenken. Prozessuale Massnahmen, welche die

¹⁹ ZIMMERLIN, S. 47.

²⁰ Ähnlich ZIMMERLIN, S. 47.

²¹ Ähnlich ZIMMERLIN, S. 48 f.

²² BGE 128 I 113 E. 3; VETTERLI, S. 170.

²³ Art. 36 Abs. 1 BV; VETTERLI, S. 170.

²⁴ VETTERLI, S. 172.

Einwilligung oder den Verzicht der beschuldigten Person bedingen, sind entsprechend der StPO nicht fremd. Die Zulässigkeit des Verzichts ist deshalb innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Formen des Strafverfahrens zu prüfen.²⁵

IV. ZWISCHENERGEBNIS UND FOLGERUNGEN

Da sich im Strafprozess staatliche Macht manifestiert, ist es unerlässlich, dass der Strafprozess regelgeleitet, also justizförmig, abläuft. Andernfalls besteht eine inhärente Missbrauchsgefahr. Der Strafprozess ist in der Schweizerischen Strafprozessordnung einheitlich geregelt. Die strafprozessualen Normen bilden die gesetzliche Grundlage, welche gemäss Art. 36 BV für Eingriffe in die persönlichen Verhältnisse der Bürger notwendig sind. Hieraus sind die Strafverfolgungsbehörden jedoch auch verpflichtet, strafbare Verhaltensweisen ausschliesslich unter Einhaltung der gesetzlichen Schranken zu verfolgen und zu sanktionieren. Das normative Fundament der Strafrechtspflege erfordert eine konsequente Bindung an das Gesetz, was im Grundsatz der Justizförmigkeit des Verfahrens Ausdruck findet.

Das Gesetzmässigkeitsprinzip ist auf Verfassungsstufe in Art. 5 Abs. 1 BV verankert. Hierbei geht um die Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sowie den Schutz des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen. Im Strafverfahren findet der Grundsatz seine Ausprägung in Art. 2 Abs. 2 StPO. Nur wenn eine Bindung an generell-abstrakte Regelungen besteht, wird ein Strafverfahren voraussehbar und damit planbar. Somit ergibt sich hieraus auch ein Schutz vor unangemessener Überraschung und Überrumpelung im Rahmen dieser Verfahren.

Das Legalitätsprinzip wird für Grundrechtseingriffe durch Art. 36 BV konkretisiert. Grundrechtseingriffe wirken besonders intensiv, weshalb ein strengerer Massstab nötig ist. Festgehalten werden kann, je intensiver ein strafprozessualer Grundrechtseingriff ist, desto bestimmter muss die zugrundeliegende Ermächtigungsnorm ausfallen.

²⁵ CHEN, S. 51.

Auf der Basis der dargelegten Grundlagen des Strafprozesses steht nachfolgend die Frage im Raum, welche Voraussetzungen an die Freiwilligkeit im Strafprozessrecht im Allgemeinen gestellt werden. Dies wiederum bildet in einem Folgeschritt das Fundament für die Klärung der Frage, welche Anforderungen an eine freiwillige Einwilligung einer Hausdurchsuchung gestellt werden.

B. FREIWILLIGER VERZICHT AUF EIN STRAFPROZESSUALES SCHUTZRECHT

Der Titel mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen. In welchen Fällen kann von einer Freiwilligkeit im Strafprozessrecht resp. einem freiwilligen Verzicht auf ein strafprozessuales Schutzrecht die Rede sein? Tatsächlich gibt es unterschiedliche Formen eines Verzichts.

I. ARTEN DES VERZICHTS

Zu unterscheiden ist zwischen den allgemeinen (Ausübungs- und Rechtsverzicht) sowie den besonderen Verzichtsformen (Einwilligung, Verzicht in Form einer Absprache im Strafprozess).²⁶ Dabei ist ein Verzicht regelmässig eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, mit welcher das Verzichtssubjekt seinen freien Willen zur vollständigen oder teilweisen Aufgabe bestimmter Rechte bzw. Rechtspositionen kundtut.²⁷

Nachfolgend werden die einzelnen Formen eines Verzichts aufgeführt. Der Einwilligung wird dabei ein besonderer Stellenwert beigemessen, da sie zentraler Untersuchungsbestandteil der vorliegenden Arbeit bildet.

II. ALLGEMEINE VERZICHTSFORMEN

1. AUSÜBUNGSVERZICHT

Ein Ausübungsverzicht gilt nur für eine bestimmte Zeit bzw. in einer konkreten Situation.²⁸ Der Rechtsträger, also der Verzichtende, bleibt hier weiterhin Rechtsinhaber und erleidet damit auch keinen Rechtsverlust.²⁹ Er verzichtet einzig auf den momentanen Rechtsschutzanspruch bzw. die momentane Rechtsausübung. So kann eine beschul-

²⁶ CHEN, S. 8 ff.

²⁷ M.w.Verw. CHEN, S. 7; MALACRIDA, S. 10 ff.; MERTEN, S. 54.

²⁸ MERTEN, S. 56.

²⁹ MERTEN, S. 56 ff.

digte Person bei der ersten Einvernahme auf das Schweigerecht verzichten und sich zu einer Sache äussern, sich aber bei jeder nachfolgenden Einvernahme wieder auf dieses Recht berufen.³⁰

2. RECHTSVERZICHT

Vom Ausübungsverzicht zu unterscheiden ist der Rechtsverzicht. Der Rechtsverzicht bewirkt einen vollständigen, dauerhaften und unwiderruflichen Rechtsverlust. „Es ist, als würde durch den Verzicht das Grundrecht für immer erloschen.“³¹ Die Übertragung dieses Verständnisses auf den Strafprozess ist abzulehnen. Der Rechtsverzicht hätte zur Folge, dass ein konkretes Verfahrensrecht endgültig untergeht und die beschuldigte Person sich in keinem Strafverfahren mehr darauf berufen könnte. Das käme einer Aufgabe der (Grund-)Rechtsträgereigenschaft gleich. Es kann und darf dem Einzelnen jedoch nicht überlassen werden, die objektive Grundrechtsordnung für sich aufzuheben.³² Ein endgültiger Rechtsverzicht stellt eine unzulässige, übermässige Bindung dar, was auch im Strafprozess nicht hinnehmbar ist.³³ Die Unzulässigkeit eines Rechtsverzichts ergibt sich in analoger Weise auch aus Art. 27 Abs. 2 ZGB.

III. BESONDERE VERZICHTSFORMEN

1. STRAFPROZESSUALE ABSPRACHE

Eine besondere Verzichtsform stellt die strafprozessuale Absprache dar. Wenn sich eine beschuldigte Person nach umfassender, eingehender Aufklärung durch die Strafverfolgungsbehörden entscheidet, keine Verteidigung zu bestellen, so handelt es sich um einen gewöhnlichen Verzicht auf das Recht eines Verteidigers. Denkbar sind aber auch Konstellationen, in denen die Strafbehörden der beschuldigten Person eine Art Gegenleistung für ihre Verzichtserklärung anbieten. Damit wird der Verzicht, der eine einseitige Willenserklärung ist, Gegenstand einer zweiseitigen Willensübereinstim-

³⁰ Zum Ganzen CHEN, S. 8.

³¹ AMELUNG, S. 15; ZIMMERLIN, S. 136.

³² ZIMMERLIN, S. 166.

³³ Zum Ganzen CHEN, S. 8 ff.

mung, also eine synallagmatische Verzichtsvereinbarung zwischen den Strafbehörden und der beschuldigten Person. Oftmals geht es dabei um Absprachen betreffend den Verfahrensablauf oder die Verfahrensbeendigung. Typischerweise geht es dabei um die Ablegung eines Geständnisses einerseits und die Zusage einer mildernden Bestrafung andererseits.³⁴ Hierbei ist jedoch der Rahmen des Gesetzes einzuhalten, wobei insbesondere Art. 140 Abs. 1 StPO zu beachten ist, wonach Versprechungen als verbotene Beweiserhebungsmethoden³⁵ gelten.

2. EINWILLIGUNG

Unter die besonderen Verzichtsformen fällt auch die Einwilligung. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Auswirkung auf die Rechtsposition der beschuldigten Person dieselbe ist. Der Verzicht einer beschuldigten Person auf die Geltendmachung eines Verfahrensrechts oder die Einwilligung in eine Beeinträchtigung eines Verfahrensrechts haben beide gleichermaßen zur Folge, dass das entsprechende Verfahrensrecht im Einzelfall nicht durchgesetzt wird.³⁶ Ihr gewohnheitsrechtlicher Ursprung liegt im antiken Grundsatz „quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat“³⁷, der als „volenti non fit iniuria“³⁸ seinen Weg auch in unser Rechtsvokabular gefunden hat und an die Willensfreiheit des Verzichtssubjekts anknüpft.³⁹

Bei der Einwilligung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die betroffene Person erklärt sich durch sie bereit, Beeinträchtigungen in ihre Rechtspositionen durch einen Dritten hinzunehmen. Demnach lässt der Grundrechtsträger durch eine Einwilligung Grundrechtsbeeinträchtigungen bewusst und gewollt über sich ergehen.⁴⁰ Die Einwilligung geht damit noch weiter als der blosse Verzicht, da mit

³⁴ Dazu ausführlich CHEN, S. 13 ff.

³⁵ Weitere Hinweise in Kapitel Beweisverwertung, S. 115.

³⁶ CHEN, S. 10; siehe dazu auch SPIESS, S. 40 f.

³⁷ „Eine Handlung stellt dann kein Unrecht dar, wenn sie sich gegen jemanden richtet, der mit ihr einverstanden ist.“

³⁸ „Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht“

³⁹ CHEN, S. 39; m.w.H. MALACRIDA, S. 8 f.

⁴⁰ Siehe dazu auch AMELUNG, S. 13.

der Rechtsaufgabe zugleich eine Ermächtigung an den Adressaten abgegeben wird, in die eigene Rechtsphäre eingreifen zu dürfen.⁴¹ In Bezug auf die Bindungswirkung von derartigen Einwilligungen plädiert CHEN dafür, dass eine Einwilligung, um rechtliche Wirkung zu zeitigen, zumindest für den Zeitraum, für welchen sie wirksam abgegeben wird, bindend sei.⁴² Sie begründet dies damit, dass eine völlig bindungsfreie Willensäußerung keine rechtliche Relevanz zu entfalten vermöge.⁴³

Die rechtliche Relevanz hängt jedoch nicht allein von der Bindungswirkung der Einwilligung ab. Damit eine Einwilligung genügend ist, muss sie weiter die rechtsstaatlichen Funktionen des Legalitätsprinzips übernehmen können. Es muss demnach die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, die Rechtsschutzfunktion sowie die Garantie der Rechtsgleichheit mit der Einwilligung sichergestellt werden.⁴⁴

Die Wirksamkeit von Einwilligungen darf weiter nicht von ihrer Rationalität abhängen. Ein Entscheid, in einen (Grund-)Rechtseingriff einzuwilligen, muss nicht objektiv vernünftig sein. Die Einwilligung stellt einen Akt der freien Selbstbestimmung dar, weshalb daran keine rechtlich objektive Vernunft geknüpft werden kann.⁴⁵ Die Einwilligung im Strafrecht stützt sich gerade auf das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, das ihm die Möglichkeit einräumt, auf seine Rechtsgüter zu verzichten bzw. diese preiszugeben.⁴⁶ Dabei bedarf es jedoch der Urteilsfähigkeit als individueller Befähigung, die Tragweite einer Entscheidung richtig abschätzen zu können.⁴⁷ Dies wiederum verlangt, dass Alter und psychische Bedingungen wie Geisteskrankheiten, Geistesschwäche, Trunkenheit, Drogenmissbrauch oder ähnliches eben diese Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln nicht vereiteln.⁴⁸ Fehlt es an der Urteilsfähigkeit, kann eine Einwilligung nicht wirksam sein. Entscheidend für eine wirksame Einwilligung sind demnach die unverfälschte,

⁴¹ CHEN, S. 11.

⁴² A.M. AMELUNG, S. 15; CHEN, S. 11.

⁴³ CHEN, S. 11.

⁴⁴ HÄNER, S. 57.

⁴⁵ CHEN, S. 12.

⁴⁶ SPIESS, S. 11.

⁴⁷ MERTEN, S. 67.

⁴⁸ MALACRIDA, S. 29 f.

irrtumsfreie Willensbildung sowie das Vorliegen von Freiwilligkeit.⁴⁹ Freiwilligkeit wiederum definiert sich als Abwesenheit von Zwang und Irrtum.⁵⁰ Sodann darf sich die Weigerung des Betroffenen, die Einwilligung abzugeben, nicht negativ auf ihn auswirken.⁵¹ Zwang darf ebenfalls nicht vorliegen, womit Drohungen, Täuschungen und Versprechungen, welche gesetzlich nicht vorgesehen sind, sich zwangsbegründend auswirken.⁵² Wichtig ist eine ausdrückliche Erklärung der Einwilligung in die Zwangsmassnahme. Eine konkludente Einwilligung kann nicht genügen, weil sonst selten Klarheit darüber besteht, ob tatsächlich eine Einwilligung erfolgte.⁵³

Einwilligungsfähig und somit verzichtsfähig ist, wer den Wert der von der Verzichtserklärung betroffenen Rechtsgüter für sich selbst einsieht und abschätzen kann, welche Risiken aus seiner Verzichts- bzw. Einwilligungsentscheidung resultieren könnten.⁵⁴ Handelt eine beschuldigte Person, welche unfreiwillig in ein Strafverfahren gerät, jedoch jemals freiwillig? Kann eine Einwilligung eine fehlende gesetzliche Grundlage zu ersetzen vermögen?⁵⁵ Gemäss des Prinzips des Gesetzesvorangs sind staatliche Handlungen stets an übergeordnete Gesetze gebunden. Damit kann ein Einzelner eine staatliche Behörde nicht davon befreien, gesetzestreu zu handeln.⁵⁶ In Bezug auf die Charakteristik einer Einwilligung ist festzuhalten, dass diese strikt von einem Grundrechtsverzicht abzgrenzen ist. Während ein Grundrechtsverzicht unwiderruflich ist, da das verzichtete Recht untergeht, lässt die Einwilligung den Bestand des Rechts unberührt. Vielmehr stellt die Einwilligung des Betroffenen einen Verzicht auf Rechtsschutz dar. Damit kann sie jederzeit ex nunc widerrufen werden.⁵⁷ Mit der Einwilligung verbunden ist demnach

⁴⁹ MERTEN, S. 69.

⁵⁰ Siehe auch PUTZHAMMER, S. 91; VETTERLI, S. 263.

⁵¹ Dazu ausführlich PUTZHAMMER, S. 96 ff.; VETTERLI, S. 263.

⁵² PUTZHAMMER, S. 104; VETTERLI, S. 263: Zulässig ist hingegen die Drohung, man werde die Zwangsmassnahme ohne Einwilligung von Amtes wegen durchsetzen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen.

⁵³ VETTERLI, S. 264.

⁵⁴ Zum Ganzen CHEN, S. 12 f.

⁵⁵ CHEN, S. 39 f.

⁵⁶ CHEN, S. 42; MALACRIDA, S. 148.

⁵⁷ MALACRIDA, S. 8; SPIESS, S. 10 und S. 12; anders CHEN, S. 115, welche sich für eine gewisse Bindungswirkung ausspricht.

die Äusserung des Einwilligenden, dass er die Beeinträchtigung seines Rechtsgutes durch einen anderen hinnehmen werde.⁵⁸ Nach AMELUNG bleiben Art und Mass der Grundrechtsbeeinträchtigung immer vom Willen des Einwilligenden abhängig. Damit liefert sich derselbe dem Staat nicht aus, sondern bleibt Herr des Geschehens.⁵⁹ Verzichtet werden kann mittels Einwilligung also nicht auf ein Grundrecht als Ganzes, da dies eine übermässige Bindung bewirken würde. Zu unterscheiden ist zwischen dem Grundrecht als Recht an sich und den daraus abgeleiteten einzelnen Abwehransprüchen. Nur auf letztere kann gültig verzichtet werden.⁶⁰ Die Einwilligung stellt einen Einzelakt dar, der zeitlich begrenzt ist. Die Folgen der Einwilligung müssen zum Zeitpunkt ihrer Erteilung absehbar sein.⁶¹ Die privatrechtlichen Überlegungen zur übermässigen Bindung nach Art. 27 ZGB können analog herangezogen werden, um die Abgrenzung zwischen zulässigem und nicht gültigem Verzicht zu ziehen.⁶²

Die Möglichkeit einer rechtmässigen Einwilligung auf freiwilliger Basis ist im Strafprozessrecht deshalb von Interesse, weil sie diverse Erleichterungen für die Strafverfolgungsbehörden mit sich bringen kann.⁶³ Eine Einwilligung kann gemäss einem Teil der Lehre mitunter einen Gesetzesvorbehalt ersetzen und somit Zwangsmassnahmen erlauben, die sonst nicht möglich oder im konkreten Fall nicht zulässig wären.⁶⁴ Hierbei sei konkret auf die Hausdurchsuchung zu verweisen, welche nur durch richterliche Genehmigung zulässig ist, die aufgrund der Einwilligung dahinfällt, wie teilweise in der Lehre vertreten wird.⁶⁵ Dabei wird argumentiert, der Gedanke des Gesetzesvorbehalts lasse sich auf die staatsphilosophischen Vertragstheorien zurückführen. Dem Staat sind Einschränkungen der Bürgerinnen und Bürger nur mit deren Zustimmung erlaubt. Diese Zustimmung geht normalerweise vom Parlament aus.⁶⁶ Sie könne jedoch auch

⁵⁸ AMELUNG, S. 15 und S. 19 ff.; SPIESS, S. 10.

⁵⁹ AMELUNG, S. 15; ähnlich VETTERLI, S. 262.

⁶⁰ VETTERLI, S. 262.

⁶¹ VETTERLI, S. 262 f.

⁶² Siehe hierzu auch BGE 87 I 53 E. 3b; 106 Ia 28 E. 2a; MALACRIDA, S. 44.

⁶³ AMELUNG, S. 63 ff.; VETTERLI, S. 261.

⁶⁴ SPIESS, S. 143 ff.; VETTERLI, S. 261.

⁶⁵ VETTERLI, S. 261.

⁶⁶ CHEN, S. 88; VETTERLI, S. 261.

durch den Einzelnen erfolgen. Relevant sei beim Prinzip des Gesetzesvorbehalts der Schutz vor dem Staat und nicht vor sich selbst.⁶⁷ Der autonome Wille des Einzelnen geht damit nach dieser Auffassung dem Demokratieprinzip vor.⁶⁸ Die Einwilligung im Einzelfall ist der gesetzlichen Regelung gleichgestellt.⁶⁹

Damit die Einwilligung rechtsgültig ist, bedarf es der Kenntnis über den Umfang und die Auswirkungen der Massnahme. Vertreter dieser Ansicht fügen im Bereich der strafprozessualen Zwangsmassnahmen an, dass bei einer rechtsgültigen Einwilligung der Zwangscharakter gerade nicht mehr gegeben sei. Dieser Auffassung könnte entgegengehalten werden, dass die Einwilligung des Einzelnen Gefahr läuft, vor der staatlichen Übermacht zu kapitulieren. Demgegenüber erscheint das Volk als Ganzes, also das Parlament als Volksvertretung, in Bezug auf Gesetzesvorbehalte als gleichwertiger Partner gegenüber dem Staat. Um die Einwilligung des Einzelnen dennoch zu ermöglichen, wird argumentiert, es seien hohe Anforderungen an sie zu stellen. Die Autonomie der Entscheidung solle gesichert sein, weshalb das Verfahren entsprechend auszustalten sei.⁷⁰

IV. WIRKUNG EINES VERZICHTS

Die Rechtsphäre einer beschuldigten Person wird durch Verfahrensgarantien vor übermässigen und unrechtmässigen staatlichen Eingriffen geschützt. Durch die Abgabe einer Verzichtserklärung werden die Verfahrensgarantien als Eingriffsschranke aufgehoben. Unter Umständen ermöglicht dies dem Staat ein Vorgehen, zu welchem er anderenfalls nicht befugt gewesen wäre. Damit wird der Verzicht zur Legitimationsgrundlage staatlicher Eingriffshandlungen.⁷¹

⁶⁷ Ähnlich SPIESS, S. 143 ff.

⁶⁸ Vgl. AMELUNG, S. 64 f.; ähnlich CHEN, S. 88; SPIESS, S. 147.

⁶⁹ SPIESS, S. 147: Die demokratische Komponente des Vorbehalts des Gesetzes nehme zwar eine wichtige Rolle ein, könne jedoch nicht vorrangig berücksichtigt werden. Vielmehr überwiege die Freiheitsgestaltung des Bürgers; VETTERLI, S. 261.

⁷⁰ Ähnlich SPIESS, S. 11; VETTERLI, S. 262.

⁷¹ CHEN, S. 23; ähnlich SPIESS, S. 46.

Der Rechtsträger selbst verfügt damit mittels Verzicht über seine eigenen Grundrechte.⁷² Ermächtigt eine beschuldigte Person mit einem Grundrechtsverzicht die Strafbehörden dazu, in ihre Rechtspositionen einzugreifen, so stellt dies letztlich eine Einwilligung in Grundrechtseingriffe dar. In Bezug auf das Strafprozessrecht kann nicht unterstützt werden, dass Einwilligungen die dargelegten Eingriffsschranken aufheben können. Würde davon ausgegangen werden, dass bei Vorliegen eines Verzichts gar kein Eingriff in die Rechte einer betroffenen Person stattfände, so würde dies in der Folge auch bedeuten, dass der Verzicht in der Konsequenz den Zwangsmassnahmencharakter sämtlicher Untersuchungshandlungen des Staates aufheben könnte. Damit würde mit einem Verzicht das Zwangsmassnahmenrecht faktisch ausgehebelt resp. umgangen, weil bei dessen Vorliegen nie die Grenze des Grundrechtseingriffs überschritten würde. Damit würden weder die Voraussetzungen nach Art. 197 StPO mehr berücksichtigt, noch käme Art. 36 BV zur Anwendung.⁷³

Ein Verzicht ist des Weiteren nicht grenzenlos möglich, er unterliegt gewissen Verzichtsschranken. Zum einen gebietet die Lehre der unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte dem Verzicht auf Verfahrensrechte Einhalt. Zum anderen ist der Entscheid des BGer zu berücksichtigen, wonach die Voraussetzungen nach Art. 36 BV auch auf Beschränkungen von Verfahrensgarantien Anwendung finden.⁷⁴ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung von den unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechten besagt, dass Grundrechte in ihren Kerngehalten absolut zu schützen sind. Dabei hat das BGer diese Lehre bei Verfahrensgarantien für anwendbar erklärt.⁷⁵ In BGE 126 I 26 entschied das BGer, dass die Schrankentrias der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismäßigkeit nach Art. 36 BV sowohl auf Einschränkungen von materiellen Grundrechten Anwendung findet, als auch bei Eingriffen in Verfahrensgarantien erfüllt sein muss.⁷⁶ Hierauf ist später genauer einzugehen. Vorerst ist die Frage zu klären, wie Literatur und Rechtsprechung Freiwilligkeit im Strafprozess definieren.

⁷² CHEN, S. 24; MALACRIDA, S. 11.

⁷³ Zum Ganzen CHEN, S. 27.

⁷⁴ BGE 126 I 26; m.w.Verw. CHEN, S. 83 ff. und S. 115 f.

⁷⁵ M.W.H. CHEN, S. 80 ff. und S. 116.

⁷⁶ CHEN, S. 116 f.

Dies bildet eine weitere Grundlage, um die Freiwilligkeit der Einwilligung am konkreten Beispiel der Hausdurchsuchung vertieft zu untersuchen.

V. STAND VON LITERATUR UND RECHTSPRECHUNG

Im Alltag dürfte unter ‚Freiwilligkeit‘ die Möglichkeit zur Handlung nach der freien Willensbildung verstanden werden. ZEHNDER definiert die Freiwilligkeit als „unverfälschte und irrtumsfreie Willensbildung“.⁷⁷ Nach CHEN ist die Voraussetzung der ‚Freiwilligkeit‘ auf Stufe der Willensbildung anzusiedeln. Sie versteht unter Freiwilligkeit das Fehlen von Motivationsdruck bei der Willensbildung. Ebenso hält sie fest, dass Freiwilligkeit folglich die Abwesenheit von Willensmängeln⁷⁸ voraussetze. Der Wille zum Verzicht auf den Schutz verfassungsmässiger Rechte darf demnach nicht in Begleitung von Zwang, Täuschung oder Irrtum entstanden sein.⁷⁹

CHEN verweist auf die Strafprozessordnung, die explizit festhalte, dass Massnahmen der Strafbehörden, welche die Schwelle von Art. 140 Abs. 1 StPO (verbottene Beweiserhebungsmethoden⁸⁰) überschreiten, unzulässige Zwangsmittel darstellen. Nur wenn eine Person nach umfassender Aufklärung auf ein Verfahrensrecht verzichte, indiziere das eine freie Willensbildung. Damit kann der Einzelne aus strafrechtlicher Sicht nur dann eine gültige Einwilligung abgeben, wenn er umfassend über den damit zusammenhängenden Eingriff aufgeklärt wurde und fähig ist, die Bedeutung und Tragweite dieser konkreten Rechtsgutverletzung einzusehen. Folglich machen Täuschung, Irrtum oder Drohung eine strafrechtliche Einwilligung regelmässig unwirksam.⁸¹

⁷⁷ ZEHNDER, S. 223 f.

⁷⁸ CHEN, S. 136 f.: Die Autorin weist darauf hin, dass gewisse Lehrmeinungen die Anwendbarkeit der obligationenrechtlichen Willensmängel für den Strafprozess für ‚völlig unbrauchbar‘ halten würden; vgl. hierzu KNECHT, S. 103 f. CHEN vertritt demgegenüber die Auffassung, dass Willensmängel unabhängig ihrer obligationenrechtlichen Herkunft als ‚Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze‘ zu berücksichtigen und, als dass dies sachlich und geboten erscheine, auch auf andere Rechtsgebiete analog anwendbar seien. Sie belegt diese Aussage insbesondere mit dem Verweis auf BGE 105 Ia 207 E. 2c.

⁷⁹ GL.M. VETTERLI, S. 263.

⁸⁰ Weitere Hinweise in Kapitel Beweisverwertung, S. 115.

⁸¹ Vgl. zum Ganzen CHEN, S. 134 f.; ZIMMERLIN, S. 108 ff.

Nach VEST ist eine Einwilligung in eine Zwangsmassnahme nur dann rechtsgültig, wenn sie irrtumsfrei, freiwillig und ernsthaft erfolgt. Er weist darauf hin, dass hierbei strenge Anforderungen gelten würden, da es sich um einen Verzicht auf grundrechtlich geschützte Positionen gehe.⁸² Der Autor kritisiert dabei selbst, dass es sich hierbei um eine Floskel handle, die in der Sache wohl nichts Substantielles bringe. Als unverzichtbar und zentral erachtet er aber den Umstand, dass der Betroffene die Konsequenzen seiner Einwilligung verstanden habe. Er plädiert für eine ‚informierte Freiwilligkeit‘.⁸³ Weiter betont VEST, dass es gut und richtig sei, hervorzuheben, dass eine berechtigte Person nicht überrumpelt oder unter Druck gesetzt werden dürfe.⁸⁴

Nach GFELLER muss eine freiwillige Einwilligung in eine Zwangsmassnahme ausdrücklich erfolgen. Schriftlichkeit wird vom Gesetzeswortlaut nicht verlangt. Die durchführende Behörde sei jedoch gut beraten, allein schon um sich nicht dem Risiko der Unverwertbarkeit auszusetzen, dennoch Schriftlichkeit anzuwenden. Die betroffene Person müsse des Weiteren – in einer ihr verständlichen Sprache – ausdrücklich auf ihre Verweigerungsrechte sowie auch auf allfällige Siegelungsmöglichkeiten wie bspw. gemäss Art. 248 StPO hingewiesen werden. Weiter plädiert GFELLER dafür, dass die betroffene Person nicht unter Druck gesetzt werden darf. Als Beispiele führt er die Androhung einer zeitraubenden Prozedur oder eine Festnahme im Verweigerungsfalle auf.⁸⁵

VETTERLI weist darauf hin, dass es sich bei einer Einwilligung um einen Einzelakt handle, der auch zeitlich begrenzt sei. Eine Hausdurchsuchung etwa dauere vielleicht zwei Stunden. Dies sei vereinbar mit dem Legalitätsprinzip, da die Folgen der Einwilligung zum Zeitpunkt der Einwilligung damit vorhersehbar seien.⁸⁶

Entscheidend für eine gültige Einwilligung ist auch nach VETTERLI die unverfälschte und irrtumsfreie Willensbildung.⁸⁷ Um diese zu gewährleisten sei vorausgesetzt, dass Einwilligungsfähigkeit vorliege, welche sich aus der konkreten Einsichts- und Urteils-

⁸² THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 13 zu Art. 244 StPO; VEST, S. 464.

⁸³ Ebenso GFELLER, BSK StPO, N 11 zu Art. 241 StPO; VEST, S. 464.

⁸⁴ VEST, S. 464.

⁸⁵ GFELLER, BSK StPO, N 4a zu Art. 241 StPO.

⁸⁶ VETTERLI, S. 262.

⁸⁷ VETTERLI, S. 262, ebenso PUTZHAMMER, S. 82 f.

fähigkeit ergebe.⁸⁸ VETTERLI weist darauf hin, dass diese Eigenschaften aufgrund von Drogen, Alkohol oder psychischem Stress beeinträchtigt sein können. Weiter müsse die Einwilligung freiwillig erfolgen, wobei Freiwilligkeit als Abwesenheit von Zwang und Irrtum zu definieren sei.⁸⁹ Zwang liege insbesondere bei Drohungen, Täuschungen und Versprechungen vor. VETTERLI ist allerdings der Auffassung, dass die Drohung, man werde die Zwangsmassnahme ohne Einwilligung eben von Amtes wegen durchsetzen, zulässig sei, wenn die Voraussetzungen dafür vorlägen.⁹⁰ Damit die Einwilligung auch als irrtumsfrei qualifiziere, spielle die Aufklärungspflicht der Behörden eine massgebende Rolle.⁹¹ Sie hält fest, dass eine Verweigerung der Einwilligung nicht negativ ausgelegt werden dürfe.⁹² Ihrer Ansicht nach sei es gerade Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips, zuerst das mildere Mittel zu wählen und um Einwilligung zu ersuchen, bevor zwangsweise durchgesetzt werde.⁹³ Die Autorin spricht sich ungeachtet dessen deutlich gegen konkludente Einwilligungen aus. Hierdurch werde ausgeschlossen, dass Strafverfolgungsorgane die widerspruchslose Hinnahme einer Grundrechtsbeeinträchtigung bereits als Einwilligung deuten dürfen.⁹⁴ Vielmehr müsse die Einwilligung mit Sicherheit festgestellt werden können. Hier verlangt VETTERLI aus Gründen der Rechtssicherheit und des BeschuldigtenSchutzes die Schriftform, welcher eine Art Warnfunktion zu komme.⁹⁵ Sie erachtet dieses Instrument als ausreichend, um die Beschuldigten vor

⁸⁸ Ebenso PUTZHAMMER, S. 82 f.

⁸⁹ AMELUNG, S. 86 ff.; ähnlich PUTZHAMMER, S. 91.

⁹⁰ CHEN, S. 145: Der Hinweis, eine bestimmte Zwangsmassnahme könne auch ohne Einwilligung von Amtes wegen durchgeführt werden, sei keine unzulässige Drohung. Unfreiwilligkeit sei nur dort anzunehmen, wo unrechtmäßiger Zwang ausgeübt werde; ebenso PUTZHAMMER, S. 104; VETTERLI, S. 263.

⁹¹ Ebenso AMELUNG, S. 100 f.; HÄNER, S. 56 f.; MALACRIDA, S. 31; PUTZHAMMER, S. 110: Die Aufklärung ist ihrer Auffassung nach Voraussetzung und zugleich die Grenze der Einwilligung, da nur und genau so weit eingewilligt werden könne, wie zuvor aufgeklärt wurde; VETTERLI, S. 262.

⁹² Dazu ausführlich PUTZHAMMER, S. 96 ff.: Aus dem nemo-tenetur Grundsatz leite sich das grundsätzliche Verbot ab, eine Mitwirkungsverweigerung als anfangsverdachtsbegründend zu werten (S. 99). Nach der Autorin darf die Verweigerung der Einwilligung einer bislang unverdächtigen Person weiter nicht zum Anlass für Zwangsmassnahmen bzw. deren Androhung genommen werden (S. 101); VETTERLI, S. 262.

⁹³ Ebenso AMELUNG, S. 105 f.

⁹⁴ PUTZHAMMER, S. 43; VETTERLI, S. 264.

⁹⁵ Ähnlich PUTZHAMMER, S. 84: Für die Autorin kann eine konkludente Einwilligung nie mit Si-

Überrumpelung durch die Strafverfolgungsbehörden zu schützen, da sie damit die Folgen einer Einwilligung genau überdenken können. Weiter diene dies später den Strafverfolgungsbehörden als Nachweis der Einwilligung des resp. der Betroffenen.⁹⁶

Der EGMR lässt im Bereich des Art. 6 EMRK den Verzicht auf Grundrechte zu.⁹⁷ Gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR muss der Verzicht auf Verfahrensrechte eindeutig, unmissverständlich und freiwillig erfolgen.⁹⁸ Es ist entsprechend von zentraler Bedeutung, dass eine Willenserklärung nur rechtliche Bindungswirkung entfalten kann, wenn sie freiwillig abgegeben wird.⁹⁹ Dabei geht es um einen inneren Vorgang bei Abwesenheit von Motivationsdruck.¹⁰⁰ Freiwilligkeit wird insbesondere angenommen, wenn ein Beschuldigter nicht unter Zwang stand oder durch Täuschung zum Verzicht gebracht wurde und Kenntnis aller Umstände hatte.¹⁰¹ Die Pflicht dafür zu sorgen, dass der Beschuldigte sein Recht und die Umstände kennt, die seine Entscheidung beeinflussen könnten, obliegt dem Staat. Kommt der Staat dieser Aufklärungspflicht nicht nach, scheidet ein Verzicht selbst dann aus, wenn der Beschuldigte auch ohne die staatliche Information Bescheid wusste.¹⁰² Gemäss dem EGMR kann eine äusserlich eindeutige Verzichtserklärung einer betroffenen Person dann nicht zugerechnet werden, wenn sie mit Willensmängeln im Sinne von Willensbildungsmängeln behaftet ist. Damit ist eine freiwillig abgegebene Verzichtserklärung nicht bindend, wenn die Willensbildung

cherheit festgestellt werden, weshalb eine solche stets eine Gratwanderung darstellt. Für sie ist auch eine ausdrückliche mündliche Einwilligung vor dem Hintergrund der weitreichenden Konsequenzen der Einwilligung kritikwürdig. Demnach spricht auch sie sich für die Festhaltung der Einwilligung in Schriftform aus.

⁹⁶ VETTERLI, S. 264.

⁹⁷ VETTERLI, S. 269.

⁹⁸ Urteil des EGMR *Sejdic gegen Italien* (Nr. 56581/00) vom 01.03.2006, § 86 „(...) prevents a person from waiving of his own free will (...) a waiver (...) must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance (and) it must not run counter to any important public interest (...).“ Bestätigt im Urteil des EGMR *Idalov gegen Russland* (Nr. 5826/03) vom 22.05.2012, § 172; CHEN, S. 133; vgl. VETTERLI, S. 269.

⁹⁹ CHEN, S. 133; MALACRIDA, S. 22 ff.

¹⁰⁰ CHEN, S. 133.

¹⁰¹ VETTERLI, S. 269.

¹⁰² VETTERLI, S. 269.

unfreiwillig erfolgte.¹⁰³ Ein freier Wille liegt dann vor, wenn der Verzichtende weiss und versteht, welche Rechte ihm zustehen und welche Konsequenzen und Risiken ein Verzicht mit sich bringt. Weiter darf keine unzulässige Einwirkung auf die Willensbildung stattgefunden haben.¹⁰⁴

Im Zusammenhang mit Erklärungen von Personen stellt sich immer wieder die Frage, wie damit umgegangen wird, wenn die erklärende Person einem Irrtum oder einer Täuschung unterliegt. Ist eine Einwilligung unter solchen Umständen überhaupt rechts-gültig? Und im Zusammenhang mit einleitendem Fallbeispiel: Sofern Einwilligungen auf freiwilliger Basis ausreichend sind, um eine Hausdurchsuchung zu begründen, welche Konsequenzen hat eine Einwilligung, die auf Basis von Irrtum und Täuschung abgegeben wurde, auf allfällige Beweismittel aus der Hausdurchsuchung, welche auf eben dieser Grundlage durchgeführt wurde? Nachfolgend ist auf diese Thematik einzugehen.

VI. IRRTUM UND TÄUSCHUNG

MALACRIDA stellt sich die Frage, wann es sich objektiv rechtfertigt, im öffentlichen Recht den Irrtum eines Privaten als wesentlich zu betrachten. Er kommt zum Schluss, dass es angängig sei, im öffentlichen Recht den Rechtssicherheitsaspekt zugunsten des Individualrechtsschutzes zurückzustellen und den Irrtum immer dann als objektiv wesentlich zu qualifizieren, wenn der Private unbewusst einer falschen Vorstellung über einen gegenwärtigen oder vergangenen Sachverhalt (namentlich hinsichtlich der Freiwilligkeit der Einwilligung) unterlegen ist.¹⁰⁵ Diesen Schluss fasst er unter Berücksichtigung der besonderen Position des Staates, der nicht wie ein Privater im Geschäftsverkehr um seine Existenz ringe, deshalb nicht so sehr auf die prinzipielle Unabänderlichkeit der Erklärung des Partners angewiesen sei und weiter der Einzelne seine Rechtsstellung durch einen Verzicht (in unserem Einleitungsfall eine Einwilligung) erheblich schwäche.¹⁰⁶

¹⁰³ M.w.Verw. CHEN, S. 134.

¹⁰⁴ CHEN, S. 134 f.

¹⁰⁵ MALACRIDA, S. 30 f.

¹⁰⁶ MALACRIDA, S. 30.

Dem Staat ist nach MALACRIDAS Auffassung geraten, den Bürger nötigenfalls auf die Freiwilligkeit seiner Erklärung hinzuweisen, dessen mangelndes Bewusstsein aufzuhellen und so die objektive Wesentlichkeit eines möglichen Irrtums hinfällig zu machen. Er spricht sich weiter für eine Aufklärungspflicht aus, wenn der Staat als Hoheitsträger den Privaten um die Erlaubnis für einen Grundrechtseingriff bittet.¹⁰⁷

Eng verwandt mit dem Irrtum ist die absichtliche Täuschung, die auf einer absichtlichen Irreführung beruht.¹⁰⁸ Grundrechtsverzichte, resp. Einwilligungen in Grundrechtsein-griffe, denen eine für einen Irrtum adäquat kausale Täuschung zugrunde liegt, sind unwirksam.¹⁰⁹

VII. DROHUNG

Gemäss schweizerischem Obligationenrecht liegt eine Furchterregung oder Drohung vor, wenn jemand widerrechtlich durch Erregung gegründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrags veranlasst wird.¹¹⁰ Unter ‚Furchterregung‘ wird die Androhung eines Übels oder Nachteils verstanden.¹¹¹

Dem Staat muss verboten sein, den Bürger mit der Androhung eines widerrechtlichen Nachteils unter Druck zu setzen. Vom Staat in Aussicht gestellte Handlungen oder Unterlassungen dürfen nicht an sich widerrechtlich sein. Beispielsweise wäre es unzulässig, dem Bürger mit der Missachtung eines ihm zustehenden Rechtsanspruchs für den Fall zu drohen, dass er sich in einer bestimmten Angelegenheit nicht gefügig zeigt.¹¹² Willenserklärungen, welche unter dem Einfluss eines strafrechtlichen Delikts entstanden sind, wie z.B. einer Drohung oder Nötigung, sind unwirksam.¹¹³

¹⁰⁷ So auch AMELUNG, S. 99 f.; MALACRIDA, S. 31.

¹⁰⁸ Im Sinne von Art. 28 OR; siehe hierzu auch MALACRIDA, S. 32.

¹⁰⁹ Vgl. AMELUNG, S. 102 ff.; MALACRIDA, S. 32.

¹¹⁰ Art. 29 OR.

¹¹¹ MALACRIDA, S. 32.

¹¹² MALACRIDA, S. 32.

¹¹³ MALACRIDA, S. 32 f.

VIII. RECHTSFOLGEN DER UNFREIWILLIGEN ERKLÄRUNG

Erklärungen, die im Zustand der Urteilsunfähigkeit abgegeben und mit Willensmängeln behaftet sind, sind widerrechtlich. Liegen nur Willensmängel vor, so ist die Anfechtbarkeit als adäquate Rechtsfolge zu vermuten. Mit Blick auf die Erklärung eines besonders schutzbedürftigen Urteilsunfähigen hingegen ist die Nichtigkeitsfolge angezeigt.¹¹⁴

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag kann innerhalb einer bestimmten Frist durch ein Rechtsmittel angefochten werden. Bei Einwilligungs- und Verzichtserklärungen muss die Anfechtbarkeit der Willenserklärung als deren nachträgliche Widerrufbarkeit ge deutet werden.¹¹⁵

IX. ERFORDERNIS DER RECHTMÄSSIGKEIT STAATLICHEN HANDELNS

Das formelle Legalitätsprinzip verlangt für Staatsakte eine demokratisch legitimierte Grundlage. In der Regel bedeutet das einen formellen, dem fakultativen Referendum unterstehenden Gesetzeserlass. Das materielle Legalitätsprinzip bindet staatliche Aktivitäten an Rechtssätze im Sinn generell-abstrakt formulierter und inhaltlich genügend bestimmter Normen. Nicht nur Gesetze i.e.S., sondern auch Verfassungsnormen werden dem Legalitätsprinzip gerecht. Fraglich ist nun jedoch, ob im Hinblick auf einen Grundrechtsverzicht resp. eine Einwilligung in einen solchen ein Gesetz im eigentlichen Sinn erforderlich ist.¹¹⁶ Es stellt sich die Frage, ob die auf den Grundrechten basierende Verzichtserklärung als Ermächtigung für behördliche Aktivitäten genügt oder ob in jedem Fall ein generell-abstrakter, hinreichend bestimmter Erlass des Gesetzgebers geboten ist.¹¹⁷

Der Bürger soll mittels Freiheitsrechten sowie des Legalitätsprinzips vor staatlichen Übergriffen geschützt werden. Gleichwohl soll dem Einzelnen in gewissen fundamente-

¹¹⁴ Ähnlich CHEN, S. 135; MALACRIDA, S. 33 f.

¹¹⁵ MALACRIDA, S. 34.

¹¹⁶ Siehe auch AMELUNG, S. 64; MALACRIDA, S. 140.

¹¹⁷ MALACRIDA, S. 140 f.

len Lebensbereichen Selbstbestimmung garantiert sein. Es entspricht demnach diesem liberal motivierten Selbstbestimmungsrecht, wenn staatlichen Behörden auch im Falle eines Grundrechtsverzichts resp. einer Einwilligung in einen Grundrechtseingriff das Recht zugesprochen wird, dem Ansinnen des Betroffenen entgegenzukommen, ohne an eine ausdrückliche Ermächtigung gebunden zu sein.¹¹⁸

MALACRIDA ist der Auffassung, dass dem Rechtssicherheitserfordernis, das nach Vorhersehbarkeit, Berechenbarkeit und inhaltlicher Klarheit obrigkeitlicher Handlungen verlangt, durch einen parlamentarischen Mehrheitsentscheid grundsätzlich nicht besser nachgelebt werde als durch eine direkte Vereinbarung zwischen Bürger und Staat.¹¹⁹ Positiv hieran ist, dass die Selbstbestimmung und Mündigkeit des Einzelnen nicht nur gewürdigt, sondern explizit hervorgehoben wird. Nach hier vertretener Auffassung missachtet diese Lehrmeinung jedoch, dass eine Einwilligung des Einzelnen in einem Umfeld von Unsicherheit und Stress mit der Gefahr verbunden ist, vor der staatlichen Übermacht zu kapitulieren. Demgegenüber erscheint das Volk als Ganzes, resp. das Parlament als Volksvertretung, in Bezug auf Gesetzesvorbehalte als gleichwertiger Partner gegenüber dem Staat. Die Exekutive, die dies nicht ist, sollte in Bezug auf einen Grundrechtseingriff einer Ermächtigung des Gesetzgebers bedürfen.

X. ZWISCHENERGEBNIS

Es wird zwischen unterschiedlichen Arten des Verzichts auf strafprozessuale Schutze unterscheiden. Darunter fallen der Ausübungsverzicht sowie der Rechtsverzicht. Besondere Arten des Verzichts stellen die strafprozessuale Absprache sowie die Einwilligung dar. Für die vorliegende Arbeit ist die Einwilligung von besonderer Bedeutung.

Durch deren Einwilligung verzichtet eine betroffene Person auf die Geltendmachung eines Verfahrensrechts oder ermächtigt Einschränkungen in der Umsetzung. Eine Einwilligung geht insofern noch weiter als ein Verzicht, als mit der Rechtsaufgabe zugleich eine Ermächtigung an den Adressaten abgegeben wird, in die eigene Rechtsphäre eingreifen zu dürfen. Voraussetzung zur Einwilligungsfähigkeit ist insbesondere die

¹¹⁸ MALACRIDA, S. 142.

¹¹⁹ MALACRIDA, S. 143.

Urteilsfähigkeit der betroffenen Person als individuelle Befähigung, die Tragweite einer Entscheidung richtig abschätzen zu können.

Literatur und Rechtsprechung definieren die Voraussetzungen an die Freiwilligkeit ungenau. Eine freiwillige Einwilligung müsse irrtumsfrei, ‚freiwillig‘ und ernsthaft erfolgen. Die Wiederholung des unbestimmten Begriffs ‚freiwillig‘ trägt dabei nicht zur Klarheit bei. Der Beschuldigte dürfe nicht unter Zwang gestanden haben oder durch Täuschung zum Verzicht gebracht worden sein. Dem Staat ist es damit verboten, Betroffene mit der Androhung eines widerrechtlichen Nachteils unter Druck zu setzen. Gleichzeitig ist es ihm erlaubt, damit zu drohen, einen Hausdurchsuchungsbefehl einzuholen und die Durchsuchung von Amtes wegen zu vollziehen, sollte der Betroffene seine Einwilligung nicht erteilen. Es liegt auf der Hand, dass bei manch einem Betroffenen genau das zu Furcht und Einschüchterung und in der Folge zu einer Einwilligung zur Massnahme führen dürfte.

Weiter müsse der Beschuldigte Kenntnis aller Umstände gehabt haben. Hierbei handelt es sich gerade in Zusammenhang mit starken Eingriffen in die Privatsphäre von Betroffenen um problematisch unbestimmte Begriffe. Die Zulässigkeit von Drohungen seitens des Staates mittels Verhältnismässigkeitsüberlegungen zu rechtfertigen, vermag nicht zu überzeugen. Hieraus stellt sich vielmehr die Frage danach, wofür die Möglichkeit einer ‚freiwillig‘ Einwilligung in Zwangsmassnahmen überhaupt existiert, wenn in diesem Zusammenhang davon ausgegangen werden muss, dass die zwingend vorauszusetzende echte Freiwilligkeit im Rahmen von Zwangsmassnahmen im Normalfall nicht realistisch sein wird. Es handelt sich bei der Einholung einer Einwilligung nicht um eine mildere Massnahme, vielmehr um eine Form des Ausübens von Druck, bei welchem davon auszugehen ist, dass eine betroffene und von der Situation überfahrene Person kaum weiss, was konkret passiert und was dies für sie letztlich bedeutet. Es ist weiter davon auszugehen, dass in der Praxis eine Verweigerung einer Einwilligung nur im Ausnahmefall zu erwarten ist, etwa mangels Information, nicht ausreichendem Bewusstsein der massgebenden Rechte und Pflichten oder aus Angst vor Repressalien. Inwiefern im Nachhinein nachgewiesen werden kann, dass die sehr offen formulierten Voraussetzungen der Einwilligung auf freiwilliger Basis in einem konkreten Fall wirklich erfüllt gewesen sind, bleiben Lehre und Rechtsprechung schuldig. Immerhin plädieren einzelne Autoren dafür, selbst bei einer Freiwilligkeit nicht auf das Erfordernis der

Schriftlichkeit zu verzichten ist, ohne die Anforderungen an die Schriftlichkeit jedoch näher zu definieren. Der Grundsatz der Schriftlichkeit ist dahingehend zu begründen, dass damit gewisse Begrenzungs-, Überprüfungs- und Schutzfunktionen einhergehen, auch wenn fraglich ist, inwieweit eine Schriftlichkeit ausreicht, um die aufgezeigten, mit einer Einwilligung einhergehenden Problembereiche auszugleichen. In Verfahren, bei denen besondere Gefahren bestehen, dass staatliche Macht missbraucht werden kann, ist dies im Ablauf angemessen zu berücksichtigen. Offen formulierte Anforderungen, welche einem stringenten Beweis nur schwer zugänglich sind, erweisen sich bei derart grundlegenden Eingriffen wie Zwangsmassnahmen als heikel.

Wenn mit Einwilligung gemeint ist, dass diese ergänzend zu einem schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehl angestrebt wird, so ist diese Haltung im Sinne einer Einladung zur Kooperationsbereitschaft zu begründen. Wenn davon ausgegangen wird, dass Hausdurchsuchungen Zwangsmassnahmen darstellen, weil aufgrund deren Durchführung Grundrechte tangiert werden, müsste damit konsequenterweise einhergehen, dass sämtliche Voraussetzungen im Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen und im Konkreten der Hausdurchsuchung im Sinne eines justizförmigen Verfahrens einzuhalten sind. Für diese These spricht, dass eine Einwilligung mit diversen massgeblichen Problemen behaftet sein kann, was ihren Wert als Basis für die rechtmäßige Durchführung einer Zwangsmassnahme schmälert.

Wie dargelegt hat eine Einwilligung u.a. irrtumsfrei zu erfolgen. Ist erkennbar, dass eine betroffene Person einem Irrtum unterliegt, obliegt es dem Staat, diese Person im Sinne der vorangehenden Darlegungen aufzuklären und sie in diesem Zusammenhang auch auf die Freiwilligkeit ihrer Erklärung hinzuweisen. Es stellt sich dabei jedoch die Frage, wie eine Strafverfolgungsbehörde einen derartigen Irrtum beim Betroffenen erkennen kann. Es ist auch nicht selbstverständlich, dass eine Behörde einen derartigen Irrtum von sich aus festzustellen will, wie bereits der Einleitungsfall beispielhaft gezeigt hat. Hätte die Frau in diesem Fall ihre Einwilligung nicht erteilt, wäre keine Hausdurchsuchung zustande gekommen, hat die Staatsanwaltschaft einen Durchsuchungsbefehl ja verweigert, weil die Voraussetzungen dazu nicht erfüllt waren. Es ist entsprechend keineswegs selbstverständlich, dass eine Strafverfolgungsbehörde in einem konkreten Fall einen Hausdurchsuchungsbefehl erhält. Dies zeigt wiederum das Missbrauchspotential, gerade auch in Fällen, bei denen seitens Gericht und Staatsanwaltschaft die Ausstellung

des Hausdurchsuchungsbefehls abgelehnt wurde. Es ist entsprechend fraglich, ob es in derartigen Fällen wirklich zulässig sein soll, dass eine Hausdurchsuchung auf Basis des Gesetzes „unter dem Deckmantel der Freiwilligkeit“ durchgeführt werden kann.

Wird festgestellt, dass eine Einwilligung unter Urteilsunfähigkeit abgegeben wurde, ist sie widerrechtlich und entsprechend nichtig. Liegen Willensmängel vor ist Anfechtbarkeit die Folge.

„Freiwilligkeit bei strafprozessualen Zwangsmassnahmen am Beispiel der Hausdurchsuchung“: Nach notwendigen Basisinformationen zum Strafprozessrecht sowie zum freiwilligen Verzicht auf strafprozessuale Rechte geht es nun darum, im Bereich Zwangsmassnahmen Grundlagen bereitzustellen. Darauf aufbauend kann das Schwergewichtsthema ‚Hausdurchsuchung‘ vertieft bearbeitet werden und es lassen sich Folgerungen zur Freiwilligkeit von strafprozessualen Massnahmen ableiten.

C. ZWANGSMASSNAHMEN

Die StPO ermächtigt die Strafverfolgungsorgane zu einer Vielzahl von Massnahmen, im Rahmen derer in die Grundrechte eines Betroffenen auch gegen seinen Willen eingegriffen werden darf, um eine umfassende Ermittlung und Beweissicherung zu ermöglichen. Ziel dieser Eingriffe ist es in erster Linie, die Feststellung der materiellen Wahrheit zu ermöglichen.¹²⁰ Die rechtlichen Regelungen sind im 5. Titel der StPO bzw. Art. 196 ff. StPO, wobei Art. 196-200 StPO allgemeine Bestimmungen enthalten, die entsprechend für alle Zwangsmassnahmen zur Anwendung kommen.¹²¹ Diese Regelungen wiederum bilden eine notwendige Grundlage um die Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen vertieft betrachten zu können. Sie werden deshalb dargestellt,¹²² bevor die Thematik ‚Hausdurchsuchung‘ genauer betrachtet wird.

I. BEGRIFF UND WESEN DER ZWANGSMASSNAHMEN

In der Botschaft zur StPO wird die ratio legis von Zwangsmassnahmen folgendermassen dargelegt: „Im Zentrum des Strafverfahrens steht die Ermittlung der materiellen Wahrheit (Art. 6) mit Hilfe der im 4. Titel geregelten Beweismittel. Es besteht allerdings die Gefahr, dass diese Beweiserhebung durch das Verhalten insbesondere der beschuldigten Person, aber auch Dritter beeinträchtigt oder vereitelt wird. Die Strafverfolgungsbehörden benötigen deshalb Mittel, um die Erhebung von Beweisen zu sichern und auch gegen den Willen der betroffenen Person zu ermöglichen. Des Weiteren ist sicherzustellen, dass ein Endentscheid auch vollstreckt werden kann. Diesen Zwecken dienen Zwangsmassnahmen.“¹²³

¹²⁰ VIREDAZ/JOHNER, Commentaire, N 1 zu Art. 196 StPO.

¹²¹ EICKER/HUBER/BARIS, S. 139; RIGHETTI, Textausgabe, S. 185 f.; ZUBER, Polizeiliche Ermittlung, S. 302.

¹²² So auch PUTZHAMMER, S. 4.

¹²³ Botschaft StPO, S. 1215; PITTELOUD, N 435 zu Art. 196-200 StPO; VIREDAZ/JOHNER, Commentaire, N 2 zu Art. 196 StPO.

Es handelt sich beim Begriff der Zwangsmassnahmen demnach um einen Oberbegriff für verschiedene Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden, welche in grundrechtlich geschützte Güter eingreifen.¹²⁴ Zwangsmassnahmen setzen nach der Botschaft nicht notwendigerweise voraus, dass ein gegen die Massnahme gerichteter Widerstand zu brechen ist. Vielmehr ist die Qualität einer eingesetzten Massnahme im Vergleich zu dem damit verbundenen Eingriff in verfassungsmässige Rechte entscheidend.¹²⁵ Bei Handlungen, die allein der Gefahrenabwehr oder der Verhinderung von Straftaten dienen, liegen keine Zwangsmassnahmen vor, da kein in den Buchstaben a – c von Art. 196 StPO genannter Zweck verfolgt wird. Zwangsmassnahmen haben einem der hier aufgeführten Zwecke zu dienen, allenfalls auch mehreren.¹²⁶ Es handelt sich dabei namentlich um folgende Zwecke:

Die strafprozessualen Zwangsmassnahmen dienen der Sicherung von Verfahrenszielen. Hierzu zählen die Sicherung von Beweisen, der Anwesenheit von Personen sowie der Vollstreckung eines Endentscheids.¹²⁷ In Art. 196 wird als erster Zweck die Beweissicherung genannt. Die Strafbehörden haben in einem Strafverfahren alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären (Art. 6 Abs. 1). Hierbei besteht regelmässig die Gefahr, dass die Beweiserhebung durch das Verhalten von beschuldigten Personen, mitunter aber auch Dritten, beeinträchtigt oder gar vereitelt wird, weshalb die Strafbehörden Mittel benötigen, um Personal- oder Sachbeweise, wenn notwendig auch gegen den Willen der betroffenen Personen, beschaffen oder sichern zu können.¹²⁸

Die Sicherstellung der Anwesenheit bzw. des Erscheinens von Personen ist der zweite Zweck der Zwangsmassnahmen, für welche während der Dauer des Strafverfahrens insgesamt oder für einzelne Verfahrensschritte eine Erscheinens- bzw. Anwesenheitspflicht

¹²⁴ Ähnlich Botschaft StPO, S. 1215; HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 1 zu Art. 196 StPO; ZIMMERMANN, ZK, N 1 zu Art. 196 StPO.

¹²⁵ Botschaft StPO, S. 1215.

¹²⁶ Botschaft StPO, S. 1215.

¹²⁷ Art. 196 StPO; DELLAGANA-SABRY, S. 5; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 181; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, S. 350 f.; PITTELOUD, N 436 zu Art. 196-200 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Rz. 971; WEBER, BSK StPO, N 1 und 9 ff. zu Art. 196 StPO.

¹²⁸ Botschaft StPO, S. 1215; WEBER, BSK StPO, N 10 zu Art. 196 StPO.

besteht, so mitunter für den Beschuldigten, jedoch auch für weitere Personen wie etwa Zeugen (Art. 162 ff.), Auskunftspersonen (Art. 178 ff.) und Sachverständige (Art. 182 ff.). Die wichtigste Erscheinens- bzw. Anwesenheitspflicht für den Beschuldigten ergibt sich aus Art. 306 Abs. 2 StPO, wonach er an der Hauptverhandlung persönlich teilzunehmen hat, wenn ihm Verbrechen oder Vergehen vorgeworfen werden oder wenn die Verfahrensleitung seine persönliche Teilnahme anordnet.¹²⁹

Der dritte Zweck weist über den eigentlichen Strafprozess hinaus, indem er die Sicherung der Vollstreckung des Endentscheids vorsieht und damit die Zeit nach dem Abschluss des Strafprozesses als solchen betrifft. WEBER erachtet diesen Zweck deshalb als fragwürdig. Er führt weiter aus, inhaltlich habe die Bestimmung nichts mit strafprozessualen Zwangsmassnahmen i.e.S. zu tun. Seiner Meinung nach sei die Bestimmung unter das 2. Kapitel des 11. Titels anzusiedeln, das die Vollstreckung der Strafentscheide regle. Er verweist dabei auf Art. 440 StPO, welcher vorsieht, dass die Vollzugsbehörde eine verurteilte Person zur Sicherung des Vollzugs einer Strafe oder Massnahme in Sicherheitshaft setzen kann.¹³⁰ Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Bestimmung unter dem Titel der Zwangsmassnahmen einen Mehrwert schafft. In Anbetracht der Systematik des Gesetzes würde es sich vielmehr eignen, den Artikel unter das 2. Kapitel des 11. Titels anzusiedeln. Dies spricht für die Auffassung von WEBER, weshalb dieser zu folgen ist.

Zwangsmassnahmen werden hauptsächlich im Vorverfahren und dort wiederum in den ersten Verfahrensstadien angewandt.¹³¹ Dies ist nicht unproblematisch.¹³² Insbesondere nach ZIMMERLIN liegt auch dann eine Zwangsmassnahme vor, wenn gar kein Zwang ausgeübt werden muss, weil z.B. die betroffene Person bereit ist, sich der Massnahme freiwillig zu unterziehen.¹³³ Massgebend ist, dass die Durchsetzung der

¹²⁹ WEBER, BSK StPO, N 11 zu Art. 196 StPO.

¹³⁰ WEBER, BSK StPO, N 12 zu Art. 196 StPO.

¹³¹ DELLAGANA-SABRY, S. 6.

¹³² SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Vor Art. 196-298 StPO: Das Vorverfahren ist nicht öffentlich und in der Regel liegen in dieser Anfangsphase noch nicht viele Beweise vor; die Unschuldsvermutung darf ebenfalls nicht ausser Acht gelassen werden.

¹³³ BGE 140 IV 28 E. 3.2 f.; Botschaft StPO, S 1215; gl.M. BURGER-MITTNER/BURGER, S. 308; Hug/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 1 zu Art. 196; ZIMMERLIN, ZK, N 1 zu Art. 196 StPO.

Untersuchungshandlung auch gegen den Willen der beschuldigten Person erfolgen kann,¹³⁴ im äussersten Fall auch mit Einsatz von Gewalt.¹³⁵

Da den strafprozessualen Massnahmen mit Blick auf die abzuklärenden Delikte kein Strafcharakter zukommt, treffen die strafprozessualen Zwangsmassnahmen nach dem Grundsatz der Unschuldsvermutung¹³⁶ Personen, welche als Unschuldige zu erachten sind. Von Zwangsmassnahmen betroffen ist vorrangig die beschuldigte Person. Die Massnahmen können jedoch auch Dritte betreffen, wie beispielsweise Zeugen im Fall einer polizeilichen Vorführung oder gegenüber einem Unbeteiligten im Fall der Durchsuchung und Beschlagnahme.¹³⁷ Die Anordnung von Zwangsmassnahmen bedarf in jedem Fall eines hinreichenden, teilweise eines dringenden Tatverdachts gegenüber der beschuldigten Person.¹³⁸ Ein hinreichender Tatverdacht liegt vor, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und die Beteiligung einer beschuldigten Person an dieser vorliegen.¹³⁹ Bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen gegenüber einer nicht beschuldigten Person ist besondere Zurückhaltung geboten.¹⁴⁰

Zwangsmassnahmen im Strafverfahren tangieren die in Art. 7 ff. BV, Art. 2 ff. EMRK und Art. 6 ff. IPBPR gewährleisteten Grundrechte.¹⁴¹ Da es sich damit um Eingriffe in verfassungsmässige und nach den Konventionen garantierte Freiheitsrechte handelt, bedürfen diese in Anwendung von Art. 36 BV¹⁴² einer gesetzlichen Grundlage

¹³⁴ HUG/SCHEIDEgger, Komm. StPO, N 1 zu Art. 196 StPO.

¹³⁵ WEBER, BSK StPO, N 1 ff. zu Art. 200 StPO; ZIMMERLIN, ZK, N 1 zu Art. 196 StPO; m.w.H. ZIMMERLIN, ZK, N 1 ff. zu Art. 200 StPO: Wenn immer möglich, soll Gewaltanwendung vermieden werden. Wird Gewaltanwendung dennoch nötig, so ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten; ZUBER, Polizeiliche Ermittlung, S. 305 f.

¹³⁶ Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 10 StPO; zur Unschuldsvermutung auch SEELMANN, Schutzziele, S. 9.

¹³⁷ HUG/SCHEIDEgger, Komm. StPO, N 3 zu Art. 196 StPO; WEBER, BSK StPO, N 8 zu Art. 196 StPO; ZIMMERLIN, ZK, N 1 zu Art. 196 StPO.

¹³⁸ Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO.

¹³⁹ BGE 137 IV 126 zum dringenden Tatverdacht.

¹⁴⁰ Art. 197 Abs. 2 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Rz. 972.

¹⁴¹ EICKER/HUBER/BARIS, S. 139; HUG/SCHEIDEgger, Komm. StPO, N 2 zu Art. 196 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Art. 196 StPO.

¹⁴² Siehe hierzu auch Botschaft StPO, S. 1216.

(Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO).¹⁴³ Diese findet sich grundsätzlich in den jeweiligen Normen des Strafverfahrensrechts. Notwendige Grundlage ist weiter, dass ein öffentliches Interesse an der Anordnung der betreffenden Zwangsmassnahme besteht.¹⁴⁴ Ein öffentliches Interesse ist regelmässig dann zu bejahen, wenn eine entsprechende Massnahme der Verhinderung künftiger oder der Aufklärung bereits begangener Straftaten dient.¹⁴⁵ Zudem muss eine Zwangsmassnahme dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten.¹⁴⁶ Eine Zwangsmassnahme hat als geeignet zu erscheinen, das angestrebte Untersuchungsziel zu erreichen und das angestrebte Ziel darf nicht mit einem mildernden Mittel erreicht werden können (Subsidiarität, Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO). Weiter muss eine Abwägung aller für und wider eine Massnahme sprechenden Gesichtspunkte zum Ergebnis führen, dass die für den Einsatz der Massnahme sprechenden Interessen überwiegen (Proportionalität i.e.S., Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO). Schliesslich darf durch die Anordnung sowie die Durchsetzung der Massnahme der Kerngehalt des betreffenden Grundrechts nicht verletzt werden.¹⁴⁷ Auf diese Voraussetzungen ist in Zusammenhang mit der Thematik Hausdurchsuchung noch vertieft einzugehen.

II. ANORDNUNGSKOMPETENZ

Je nach Zwangsmassnahme liegt die Anordnungskompetenz bei der Staatsanwaltschaft,¹⁴⁸ beim Zwangsmassnahmengericht (z.B. Art. 256 StPO) oder bei dem mit der Sache befassten Gericht (Art. 198 Abs. 1 lit. b StPO).¹⁴⁹ In einigen Fällen kann die Staatsanwaltschaft zwar eine Massnahme anordnen, diese bedarf jedoch der Genehmi-

¹⁴³ RIGHETTI, Textausgabe, S. 189; VIREDAZ/JOHNER, Commentaire, N 2 ff. zu Art. 197 StPO.

¹⁴⁴ VIREDAZ/JOHNER, Commentaire, N 5 zu Art. 197 StPO.

¹⁴⁵ M.w.H. BGE 120 Ia 151.

¹⁴⁶ VIREDAZ/JOHNER, Commentaire, N 6 ff. zu Art. 197 StPO.

¹⁴⁷ BGE 109 Ia 273 E. 7: Beispielsweise liegt beim Einsatz von Folter zur Wahrheitsfindung ein Eingriff in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit vor; zum Ganzen ebenso SCHMID/JOSITSCH, Rz. 973.

¹⁴⁸ Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO; ZUBER, Polizeiliche Ermittlung, S. 302.

¹⁴⁹ EICKER/HUBER/BARIS, S. 139; HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 7 zu Art. 196 StPO; RIGHETTI, Textausgabe, S. 189 f.; SCHMID/JOSITSCH, Rz. 976.

gung durch das Zwangsmassnahmengericht.¹⁵⁰ Bei Gefahr in Verzug ist die Polizei für die Anordnung zuständig.¹⁵¹ Gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO führt die Anordnung bzw. Durchführung einer Zwangsmassnahme in jedem Fall zur Eröffnung einer Strafuntersuchung.¹⁵² Der Katalog der in der StPO aufgeführten Zwangsmassnahmen ist abschliessend. Eine Kombination der einzelnen Zwangsmassnahmen ist möglich.¹⁵³

III. ARTEN VON ZWANGSMASSNAHMEN

Die Zwangsmassnahmen nach StPO werden in zwei Kategorien eingeteilt: In die offenen und geheimen Zwangsmassnahmen.¹⁵⁴ Nach Art. 199 StPO ist die Anordnung der offenen Zwangsmassnahmen den betroffenen Personen im Gegensatz zu den geheimen Zwangsmassnahmen zu eröffnen.¹⁵⁵ Der Artikel präzisiert damit die Pflicht zur Dokumentation des Verfahrensablaufs und ist grundsätzlich bei allen Zwangsmassnahmen zu beachten.¹⁵⁶ Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO stellt klar, dass es keine strafprozessualen Zwangsmassnahmen geben kann, die nicht in einem Gesetz vorgesehen sind. Demnach besteht ein Numerus clausus der Zwangsmassnahmen.¹⁵⁷

1. OFFENE ZWANGSMASSNAHMEN

Unter die offenen Zwangsmassnahmen fallen insbesondere die Durchsuchung von Personen, Gegenständen und Häusern sowie von Aufzeichnungen und Datensammlungen. Das Gesetz nennt unter den offenen Zwangsmassnahmen weiter die Vorladung,

¹⁵⁰ Art. 272 StPO.

¹⁵¹ Vgl. Art. 198 Abs. 1 lit. c i.V.m. 217, 241 Abs. 3 StPO; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, S. 243; dazu auch in Bezug auf Durchsuchungen PIQUEREZ/MACALUSO, S. 466 f.

¹⁵² ZIMMERLIN, ZK, N 1 zu Art. 196 StPO.

¹⁵³ HEIMGARTNER, S. 25; ZIMMERLIN, ZK, N 3 zu Art. 197 StPO.

¹⁵⁴ EICKER/HUBER/BARIS, S. 143; PIETH, S. 135; ZIMMERLIN, ZK, N 1 zu Art. 196 StPO.

¹⁵⁵ EICKER/HUBER/BARIS, S. 144; SCHMID/JOSITSCH, Rz. 978: Soweit Zwangsmassnahmen schriftlich anzutragen sind, was die Regel bildet, werden sie üblicherweise in Form eines Befehls verfügt.

¹⁵⁶ RIGHETTI, Textausgabe, S. 190: Nennt als Beispiel ein Hausdurchsuchungsprotokoll.

¹⁵⁷ PIETH, S. 117; PIQUEREZ/MACALUSO, S. 403; VIREDAZ/JOHNER, Commentaire, N 4 zu Art. 197 StPO; WEBER, BSK StPO, N 4 zu Art. 197 StPO; ZUBER, Polizeiliche Ermittlung, S. 302.

die Vorführung und die Fahndung, die Anhaltung, die vorläufige Festnahme, die Untersuchungs- und Sicherheitshaft resp. deren Ersatzmassnahmen, die Untersuchung von Personen (und Leichen), die DNA-Analysen, die erkennungsdienstliche Erfassung, die Schrift- und Sprachproben und, zu guter Letzt, die Beschlagnahme.¹⁵⁸ Die offenen Zwangsmassnahmen dienen insbesondere der rückwirkenden Aufklärung einer bereits begangenen Straftat.¹⁵⁹

2. GEHEIME ÜBERWACHUNGSMASSNAHMEN

Unter die geheimen Überwachungsmassnahmen werden die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten, die Observation, die Überwachung von Bankbeziehungen sowie der Einsatz von verdeckten Ermittlern subsumiert.¹⁶⁰ Der Einsatz dieser geheimen Zwangsmassnahmen wird mit dem stetigen Zuwachs von Makrokriminalität, also organisiertem Verbrechen, Wirtschaftskriminalität, Terrorismus o.ä., gerechtfertigt. Die Praxis erweitert die Anwendung insbesondere im Betäubungsmittelbereich stark auf Alltagssituationen. Ein zurückhaltender Einsatz der geheimen Zwangsmassnahmen ist jedoch unerlässlich, zumal die Heimlichkeit der Massnahmen ein erhebliches Missbrauchspotential schafft.¹⁶¹ Kriminalistisch gesehen sind die geheimen Massnahmen eher gegenwarts- und zukunftsorientiert und beziehen sich oftmals auf geplante, aber noch nicht oder nicht vollständig ausgeführte Straftaten.¹⁶²

Die geheimen Überwachungsmassnahmen bilden keinen zentralen Teil der vorliegenden Arbeit. Insbesondere bei der Abwägung im Sinne der Verhältnismässigkeit kann sich die Frage stellen, ob in einem konkreten Fall und unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips eine geheime Zwangsmassnahme allenfalls nicht weniger invasiv wirken würde als etwa eine Hausdurchsuchung in einem belebten Quartier.

¹⁵⁸ EICKER/HUBER/BARIS, S. 143; PIETH, S. 117; vgl. dazu ZIMMERLIN, ZK, N 3 zu Art. 197 StPO.

¹⁵⁹ PITTELOUD, N 436 zu Art. 196-200 StPO.

¹⁶⁰ EICKER/HUBER/BARIS, S. 144; PIETH, S. 117; vgl. dazu ZIMMERLIN, ZK, N 3 zu Art. 197 StPO.

¹⁶¹ M.w.H. PIETH, S. 160 f.

¹⁶² PITTELOUD, N 436 zu Art. 196-200 StPO.

IV. ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN VON ZWANGSMASSNAHMEN

Zwangsmassnahmen sind mit einer Grundrechtseinschränkung verbunden, was bereits aus der Legaldefinition¹⁶³ hervorgeht.¹⁶⁴ Grundrechtseinschränkungen bedürfen gemäss Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1), müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2) und verhältnismässig sein (Abs. 3) sowie der Unantastbarkeit des Kerngehalts der Grundrechte Rechnung tragen (Abs. 4).¹⁶⁵

Die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben findet sich in Art. 197 StPO.¹⁶⁶ Gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (lit. a); ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der zugrundeliegenden Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d). In Abs. 2 der Norm wird festgehalten, dass Zwangsmassnahmen, die in die Grundrechte nicht beschuldigter Personen eingreifen, besonders zurückhaltend einzusetzen sind.¹⁶⁷ Die Voraussetzungen aus Art. 197 Abs. 1 StPO müssen kumulativ erfüllt sein.¹⁶⁸ Das öffentliche Interesse wird zwar nicht explizit erwähnt, findet sich aber im Kleide des Tatverdachts wieder: Wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, liegt die Aufklärung einer mutmasslichen Straftat zweifellos im öffentlichen Interesse.

¹⁶³ Art. 196 StPO.

¹⁶⁴ ZIMMERLIN, ZK, N 1 zu Art. 197 StPO.

¹⁶⁵ EICKER/HUBER/BARIS, S. 140; HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 1 zu Art. 197 StPO; ZUBER, Polizeiliche Ermittlung, S. 303.

¹⁶⁶ HEIMGARTNER, S. 24; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 157: Der Autor bezeichnet Art. 197 StPO als Adaption des Art. 36 BV für das Strafverfahren.

¹⁶⁷ EICKER/HUBER/BARIS, S. 140 f.; SCHMID/JOSITSCH, Rz. 973; WEBER, BSK StPO, N 3 ff. zu Art. 197 StPO.

¹⁶⁸ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Art. 197 StPO: Dass die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, spricht dafür, dass auch bei Einwilligung des Betroffenen in eine Hausdurchsuchung insbesondere ein hinreichender Tatverdacht vorliegen muss. Ist ein solcher vorhanden, dürfte es unproblematisch sein, diesen auch in einem schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehl auszuweisen.

Rechtswidrig angewandte Zwangsmassnahmen müssen angemessen entschädigt werden.¹⁶⁹ Zwangsmassnahmen sind dann rechtswidrig, wenn im Zeitpunkt ihrer Anordnung oder Fortsetzung die materiellen oder formellen gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 196 ff. StPO nicht erfüllt sind.¹⁷⁰

1. GESETZLICHE GRUNDLAGE

Zwangsmassnahmen bedürfen gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO einer gesetzlichen Grundlage, wobei ein Gesetz im formellen Sinn vorausgesetzt ist.¹⁷¹ Es gilt gemäss Lehre und Rechtsprechung ein strikter Numerus clausus für Eingriffe in Grundrechte durch die Strafbehörden.¹⁷² Die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage beinhaltet das Erfordernis des Rechtssatzes, welches namentlich die Rechtssicherheit gewährleistet. Das bedeutet, die Rechtsnorm muss so präzise formuliert sein, dass die Betroffenen ihr Verhalten danach richten und die Rechtsfolgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Das bedeutet wiederum, dass die Anordnungsvoraussetzungen der einzelnen Zwangsmassnahmen genau zu benennen sind.¹⁷³ Damit geht das innerstaatliche Recht über die Anforderungen von EMRK und IPBPR für Grundrechtseinschränkungen hinaus. Nach diesen Konventionen müssen Grundrechtseingriffe zwar ebenfalls auf einer gesetzlichen Grundlage fussen,¹⁷⁴ doch wird dabei von einem materiellen Gesetzesbegriff ausgegangen.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Art. 431 Abs. 1 StPO; Urteil des BGer 6B_747/2016 vom 27.10.2016 E. 3.2; ZIMMERLIN, ZK, N 1b zu Art. 197 StPO.

¹⁷⁰ Zum Ganzen ZIMMERLIN, ZK, N 1 ff. zu Art. 197 StPO.

¹⁷¹ Zum Legalitätsprinzip vgl. BGE 132 I 58 E. 6.2; 135 I 173; 136 I 87 E. 3 f.; PITTELOUD, N 441 zu Art. 196-200 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 3 zu Art. 197 StPO; WEBER, BSK StPO, N 4 zu Art. 197 StPO; ZIMMERLIN, ZK, N 2 zu Art. 197 StPO.

¹⁷² Urteil der Anklagekammer des Kantons St. Gallen AK.2014.344 vom 07.01.2015 E.2; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 157.

¹⁷³ WEBER, BSK StPO, N 5 zu Art. 197 StPO.

¹⁷⁴ Vgl. z.B. Art. 5 Ziff. 1 und 3 EMRK sowie Art. 9 Abs. 1 IPBPR für das Recht auf Freiheit und Sicherheit; BGE 136 I 91.

¹⁷⁵ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 2 zu Art. 197 StPO; ZIMMERLIN, ZK, N 2 f. zu Art. 197 StPO.

2. HINREICHENDER TATVERDACHT

Allen strafprozessualen Zwangsmassnahmen ist gemeinsam, dass ein hinreichender Tatverdacht vorausgesetzt wird.¹⁷⁶ Das Gesetz spezifiziert die Anforderungen an diesen Tatverdacht nicht. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL sieht darin eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots.¹⁷⁷

Gemäss Lehre wird mit dem Erfordernis des Tatverdachts die Zwangsmassnahme einerseits legitimiert, andererseits eingeschränkt.¹⁷⁸ Somit ist es nicht erlaubt, Zwangsmassnahmen zu ergreifen, um einen Tatverdacht erst generieren zu können;¹⁷⁹ Allfällige Ergebnisse, die auf diesem Weg entstehen, sind folglich gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht verwertbar.¹⁸⁰ Es ist jedoch nicht nötig, dass Gewissheit besteht – ein angemessener Verdacht an sich ist ausreichend.

Ein Tatverdacht selbst muss sich aus konkreten Tatsachen ergeben, die eine vorläufige Subsumtion untere einen bestimmten Straftatbestand erlauben.¹⁸¹ Demnach können reine Mutmassungen, Gerüchte oder generelle Vermutungen keinen hinreichenden Tatverdacht begründen.¹⁸²

Der Unsicherheitsfaktor ist in diesem Stadium erheblich, sowohl auf der tatsächlichen wie auf der rechtlichen Ebene, zumal ein Verdacht jedenfalls am Anfang des Verfahrens noch nicht individualisiert sein muss.¹⁸³ Zu Beginn und auch im Verlaufe

¹⁷⁶ Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO; PITTELOUD, N 442 zu Art. 196-200 StPO; ZIMMERLIN, ZK, N 4a zu Art. 197 StPO.

¹⁷⁷ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Informationsgefälle, S 143.

¹⁷⁸ PITTELOUD, N 442 zu Art. 196-200 StPO.

¹⁷⁹ Hierbei handelt es sich um sog. fishing expedition bzw. verpönte Beweisauforschung (siehe dazu auch Botschaft StPO, S. 1237); EICKER/HUBER/BARIS, S. 141; PITTELOUD, N 442 zu Art. 196-200 StPO.

¹⁸⁰ BGE 137 I 222; Urteil des BGer 1A_166/2003 vom 19.01.2014 E. 2.2; 1B_193/2017 vom 24.08.2017 E. 2.4; Das kann auch bei Einwilligung eines Betroffenen in eine Hausdurchsuchung nicht anders sein; m.w.H. WEBER, BSK StPO, N 6 zu Art. 197 StPO.

¹⁸¹ EICKER/HUBER/BARIS, S. 141; PIETH, S. 118.

¹⁸² WEBER, BSK StPO, N 7 zu Art. 197 StPO.

¹⁸³ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 5 zu Art. 197; ZIMMERLIN, ZK, N 5 zu Art. 197.

der Untersuchung ist zu prüfen, ob genügend konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und eine Beteiligung der beschuldigten Person an einer zu klärenden Tat vorliegen. Es geht somit darum, ob das Bestehen eines hinreichenden oder dringenden Tatverdachts mit vertretbaren Gründen bejaht werden darf.¹⁸⁴ Um einen hinreichenden Tatverdacht begründen zu können, müssen die Hinweise auf eine strafbare Handlung zwar erheblich und konkreter Natur sein.¹⁸⁵ Gemäss Rechtsprechung ist aber bereits ausreichend, wenn in ‚Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen‘, in welchen sich als massgebliche Beweise belastende Aussagen des mutmasslichen Opfers und bestreitende Aussagen der beschuldigten Person gegenüberstehen, sich aufgrund einer summarischen Beweiswürdigung ergibt, dass die Aussagen des mutmasslichen Opfers glaubhafter als jene des Beschuldigten einzustufen sind und gestützt darauf eine Verurteilung wahrscheinlich erscheint.¹⁸⁶ Demnach besteht der Grundsatz, dass hinsichtlich des Tatverdachts noch keine abschliessenden Abwägungen erwartet werden. Dieser Grundsatz ist auch auf die zu berücksichtigenden Beweismittel anzuwenden: Von den Untersuchungsbehörden kann in diesem Stadium des Verfahrens nicht verlangt werden, dass sie Beweismittel präsentieren, deren Qualität für eine Verurteilung ausreicht. Es reicht aus, wenn Verdachtsgründe aufgrund der vorläufigen, *prima facie* legal erhobenen Untersuchungsergebnisse geprüft werden, wenn also die Verwertbarkeit der Beweismittel, welche den Tatverdacht begründen, nicht im Vornherein als ausgeschlossen erscheint.¹⁸⁷

Der Tatverdacht muss im Allgemeinen ‚hinreichend‘ sein, damit eine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO zulässig ist.¹⁸⁸ Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft wird in Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO ebenfalls der hinreichende Tatverdacht erwähnt. Hingegen ist in Art. 299 Abs. 2 StPO die Rede von einem ‚Verdacht‘ im Sinne eines Anfangs- bzw. einfachen Verdachts. Damit kann zwischen dem Anfangsverdacht, dem hinreichenden

¹⁸⁴ Ähnlich SCHMID/JOSITSCH, PK, N 4 zu Art. 198; ZIMMERLIN, ZK, N 6 zu Art. 197 StPO.

¹⁸⁵ BGE 141 IV 90; Urteil des BGer 1B_339/2017 vom 05.01.2018 E. 2.1.

¹⁸⁶ BGE 137 IV 127; Urteil des BGer 1B_466/2012 vom 03.09.2012 E. 2.2.2 und 2.4; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, S. 352; ZIMMERLIN, ZK, N 6 zu Art. 197 StPO.

¹⁸⁷ Urteil des BGer 1B_182/2007 vom 20.09.2007 E. 4.4; 1B_694/2012 vom 06.12.2012 E. 3.4; HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 8 zu Art. 197; ZIMMERLIN, ZK, N 7 zu Art. 197 StPO.

¹⁸⁸ Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO; WEBER, BSK StPO, N 4 zu Art. 196 StPO.

und dem dringenden Tatverdacht unterschieden werden.¹⁸⁹ Die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Verdachtsstufen ist schwierig. Als Faustregel kann festgehalten werden, dass je schwerer das zu untersuchende Delikt und je geringfügiger die Eingriffsintensität einer Massnahme ist, desto weniger dicht ausgeprägt müssen die Verdachtsgründe sein.¹⁹⁰ Je länger eine Untersuchung hingegen bereits dauert, desto verdichtet muss der Verdachtsgrad sein, damit eine Massnahme gerechtfertigt ist.¹⁹¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezeichnet einen Tatverdacht als dringend, wenn die vorhandenen Beweise oder Indizien für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen. Demnach unterscheidet sich der hinreichende Tatverdacht vom dringenden Tatverdacht hauptsächlich durch graduelle Elemente hinsichtlich der Beweislage.¹⁹²

Nach der hier vertretenen Auffassung folgt aus dem Kriterium des hinreichenden Tatverdachts, dass überhaupt ein Verdacht auf ein strafbares Verhalten bestehen muss.¹⁹³ Dies, da die Strafverfolgungsbehörden anderenfalls aufs Geratewohl Beweisausfor-schung betreiben dürften, was gravierende Eingriffe in die Freiheitsrechte bedeuten würde. Demnach wäre es im Sinne von JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL zur Eingrenzung der Strafverfolgungsbehörden zwar zu begrüßen, wären die Anforderungen an den Tatverdacht im Gesetz selbst konkretisiert. Da die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Verdachtsstufen jedoch schwierig ist, bedarf es sowieso der Auslegung durch Lehre und Rechtsprechung.

3. VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet sowie erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechts-

¹⁸⁹ ZIMMERLIN, ZK, N 10 zu Art. 197 StPO.

¹⁹⁰ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 12 zu Art. 197 StPO; ähnlich JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 158; SCHMID/JOSITSCH, Rz. 973; ähnlich WEBER, BSK StPO, N 8a zu Art. 197 StPO.

¹⁹¹ Vgl. Urteil des BGer 1B_61/2019 vom 27.02.2019 E. 2.2; HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 12 zu Art. 197 StPO; ZIMMERLIN, ZK, N 12 zu Art. 197 StPO.

¹⁹² Siehe auch Urteil des BGer 1B_383/2013 vom 18.11.2013 E. 4; ZIMMERLIN, ZK, N 12 zu Art. 197 StPO.

¹⁹³ GL.M. WEBER, BSK StPO, N 6 zu Art. 197 StPO.

einschränkung als zumutbar und verhältnismässig erweist. Damit ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorausgesetzt. Als unverhältnismässig gilt eine Massnahme, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann.¹⁹⁴ Unter den Grundsatz der Verhältnismässigkeit fallen demnach mehrere verwandte und sich ergänzenden Begriffe, auf welche nachfolgend kurz eingegangen wird.

a) Eignung

Eine staatliche Massnahme muss geeignet sein, das im öffentliche Interesse liegende Ziel zu erreichen. Die Strafverfolgung dient mithin dem Schutz der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter und ist damit per definitionem von öffentlichem Interesse.¹⁹⁵ Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung des Zwecks erschwert oder gar verhindert. Somit ist die Zwecktauglichkeit einer Massnahme zu prüfen.

b) Erforderlichkeit

Ein Eingriff muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse liegende Ziel erforderlich sein. Er darf in sachlicher, räumlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen.¹⁹⁶ Die Anordnung von Zwangsmassnahmen unterliegt nach Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO dem Subsidiaritätsprinzip:¹⁹⁷ Das angestrebte Ziel darf nicht durch ein mildereres Mittel erreicht werden können – ein Grundrechtseingriff darf nicht weiter gehen, als es das öffentliche Interesse erfordert.¹⁹⁸ Damit sind stets zuerst die mildereren Massnahmen zu ergreifen, bevor zu einer Massnahme mit grundrechtseinschränkendem Charakter geschritten wird.¹⁹⁹ Dies gilt selbstredend auch dann, wenn verschiedene Zwangsmassnahmen unterschiedlicher Eingriffsintensität zur Diskussion

¹⁹⁴ BGE 136 I 87 E. 3.2; 133 I 77 E. 4.1; 132 I 49 E. 7.2 mit Hinweisen; Urteil des BGer 5A_335/2010 vom 06.07.2021 E. 3.3; EICKER/HUBER/BARIS, S. 142.

¹⁹⁵ HEIMGARTNER, S. 26.

¹⁹⁶ Art. 5 Abs. 2 BV.

¹⁹⁷ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 6 zu Art. 197.

¹⁹⁸ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 17 zu Art. 197 StPO; WEBER, BSK StPO, N 9 zu Art. 197 StPO.

¹⁹⁹ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 158; ZIMMERLIN, ZK, N 17 zu Art. 197.

stehen. Beispielsweise darf keine Untersuchungshaft angeordnet werden, wenn eine Hausdurchsuchung²⁰⁰ zur Ermittlung der Wahrheit ausreichend ist. Es ist demnach unter Zwangsmassnahmen ebenfalls eine Abwägung hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität in die Grundrechte der Betroffenen vorzunehmen.²⁰¹ In der Praxis stösst die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips oftmals an seine Grenzen. Da jede Zwangsmassnahme für sich eine Stossrichtung hat, kann ein ganzes Bündel von Massnahmen nötig und zumutbar sein.²⁰²

c) Zumutbarkeit

Wenn der Eingriffszweck und die Eingriffswirkung nicht in einer vernünftigen, tolerablen Relation stehen, muss von einem Grundrechtseingriff abgesehen werden.²⁰³ Damit ist es notwendig eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen miteinander vergleicht. Eine strafprozessuale Zwangsmassnahme darf demnach nur angeordnet werden, wenn die Bedeutung der Straftat, derer jemand verdächtigt wird, sie rechtfertigt.²⁰⁴ Die Anordnung einer Zwangsmassnahme muss folglich verhältnismässig i.e.S. sein, das heisst angemessen bzw. zumutbar in sachlicher, zeitlicher, finanzieller und persönlicher Hinsicht.²⁰⁵ Und das selbst dann, wenn sich die Wahrheit nur mithilfe von Zwangsmassnahmen ermitteln lässt. Der Gesetzgeber erachtet den Schutz der Individualrechte eines potenziellen Delinquenten bei geringfügigen Straftaten damit höher als die Möglichkeit, den Fehlern zu bestrafen.²⁰⁶

²⁰⁰ Für den Betroffenen kann es hingegen wesentlich unangenehmer sein, wenn die Nachbarschaft Zeuge einer Hausdurchsuchung wird, als wenn im Geheimen ermittelt wird.

²⁰¹ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 19 zu Art. 197 StPO; ZIMMERLIN, ZK, N 18 zu Art. 197 StPO.

²⁰² ZIMMERLIN, ZK, N 19 zu Art. 197 StPO.

²⁰³ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 20 zu Art. 197 StPO.

²⁰⁴ Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO; WEBER, BSK StPO, N 11 zu Art. 197 StPO.

²⁰⁵ BGE 142 V 523 E. 2.3; WEBER, BSK StPO, N 11 zu Art. 197 StPO.

²⁰⁶ ZIMMERLIN, ZK, N 20 zu Art. 197 StPO.

4. ZWANGSMASSNAHMEN GEGEN DRITTE

Grundsätzlich richten sich Zwangsmassnahmen gegen eine tatverdächtige Person. Es wäre beispielsweise undenkbar, Zeugen in Untersuchungshaft zu nehmen, damit sie sich untereinander nicht absprechen können.²⁰⁷ Allerdings sind bei anderen Zwangsmassnahmen Dritte zwangsläufig mitbetroffen. Man denke hierbei insbesondere an die geheime Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Solche Massnahmen können nicht durchgeführt werden, ohne nicht auch in die Privatsphäre Dritter einzugreifen.²⁰⁸ Klar ist, dass der Einsatz von Zwangsmassnahmen gegen Dritte, welche nicht unter Tatverdacht stehen, besonders zurückhaltend erfolgen muss, was aus Art. 197 Abs. 2 StPO hervorgeht. Im Sinne des Subsidiaritätsprinzips ist es insbesondere hierbei unerlässlich, möglichst mildere Mittel einzusetzen. Mit Dritten sollten demnach, wenn immer möglich, eine einvernehmliche Lösungen gesucht werden.²⁰⁹

5. ERÖFFNUNG DER ANORDNUNG VON ZWANGSMASSNAHMEN

Zwangsmassnahmen sind grundsätzlich schriftlich anzurufen. Gewisse Zwangsmassnahmen können in dringenden Fällen mündlich angeordnet werden, bedürfen jedoch einer nachträglichen schriftlichen Bestätigung. Diese nachträgliche schriftliche Bestätigung ist den Betroffenen zu übergeben.²¹⁰ Nach Art. 199 StPO ist bei Zwangsmassnahmen, welche schriftlich anzurufen und nicht geheim zu halten sind, den direkt betroffenen Personen gegen Empfangsbestätigung eine Kopie des Befehls und eines allfälligen Vollzugsprotokolls zu übergeben.²¹¹ Dies präzisiert die für Strafverfahren geltende Dokumentationspflicht²¹² und gewährleistet gleichzeitig das rechtliche Gehör

²⁰⁷ ZIMMERLIN, ZK, N 21 zu Art. 197 StPO.

²⁰⁸ SCHMID/JOSITSCH, Rz. 972; ZIMMERLIN, ZK, N 22 zu Art. 197 StPO.

²⁰⁹ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 9 ff. zu Art. 198 StPO; WEBER, BSK StPO, N 14 ff. zu Art. 197 StPO; ZIMMERLIN, ZK, N 23 zu Art. 197 StPO.

²¹⁰ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 160.

²¹¹ PITTELOUD, N 447 zu Art. 196-200 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Rz. 978; WEBER, BSK StPO, N 2 zu Art. 199 StPO.

²¹² Botschaft StPO, S. 1155; HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 1 zu Art. 199 StPO.

der Betroffenen.²¹³ Aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO ergibt sich, dass Zwangsmassnahmen, wie alle anderen Entscheide, zu begründen sind.²¹⁴ Die Behörde ist somit verpflichtet, ihre Entscheide so darzulegen, damit Betroffene sie verstehen und ihre Beschwerderechte ausüben können.²¹⁵ Dem Wortlaut entsprechend bezieht sich die Bestimmung nur auf Zwangsmassnahmen, die schriftlich angeordnet werden und nicht geheim zu halten sind. Demnach ist die Bestimmung auf diejenigen Zwangsmassnahmen zugeschnitten, bei welchen das vollziehende Organ dem Betroffenen direkt gegenübertritt. Dies ist insbesondere bei Hausdurchsuchungen der Fall. Die Übergabe der der betroffenen Person auszuhändigenden Befehle ist jeweils sofort, das heisst während der mit Zwang verbundenen Untersuchungshandlungen, vorzunehmen.²¹⁶

6. FORMERFORDERNISSE

Bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen sollten Formerfordernisse grundsätzlich als Gültigkeitsvorschriften gelten,²¹⁷ zumal sie auch die Einhaltung institutioneller (staatsanwaltschaftlicher oder richterlicher) Vorbehalte betreffen.²¹⁸ Gültigkeitsvorschriften dienen dem Schutz beschuldigter Personen im Strafprozess.²¹⁹ Grundsätzlich sind Beweise die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, unverwertbar.²²⁰ Dieses Prinzip wird aufgelockert, indem eine „Verwertung nicht absolut ausgeschlossen, sondern unter gewissen Voraussetzungen zulässig“ ist. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn ein erhobener Beweis für die Aufklärung einer schweren Straf-

²¹³ ZIMMERLIN, ZK, N 1 zu Art. 197 StPO.

²¹⁴ MAURER, Textausgabe, S. 3 f.; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 2 zu Art. 199 StPO: Weisen darauf hin, dass aus Art. 199 StPO nicht hervorgehe, ob schriftliche Befehle zu begründen sind und plädieren für zumindest eine summarische Begründung; WEBER, BSK StPO, N 6 zu Art. 199 StPO.

²¹⁵ SCHMID/JOSITSCH, Rz. 978: Konkret enthält der Befehl Angaben über die betroffene Person, den Deliktsvorwurf, Ziel und Gegenstand der Zwangsmassnahme sowie die ausführenden und anordnenden Behörden.

²¹⁶ ZIMMERLIN, ZK, N 1 ff. zu Art. 199 StPO.

²¹⁷ Anders das Bundesgericht in BGE 139 IV 128 E. 1.6: Es nimmt eine Einzelfallabwägung vor, was die beabsichtigte Aufweichung von Gültigkeitsvorschriften gewährleistet.

²¹⁸ VEST, S. 463.

²¹⁹ BEYDOUN, S. 19.

²²⁰ Weitere Hinweise in Kapitel Beweisverwertung, S. 115.

tat unerlässlich ist. Es handelt sich sodann um eine Gültigkeitsvorschrift, wenn sie als solche in einem Gesetz bezeichnet ist²²¹ oder aber von der Praxis als Gültigkeitsvorschrift festgelegt wurde. Dabei ist stets auf den Schutzzweck der Norm abzustellen:²²² „Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Partei eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, spricht man von einer Gültigkeitsvorschrift, bei nur untergeordneter Bedeutung von einer Ordnungsvorschrift.“²²³

V. ZWISCHENERGEBNIS

Es gibt zwei Kategorien von Zwangsmassnahmen: Die offenen und die geheimen Zwangsmassnahmen. Beide können im Sinne des Gesetzes (Art. 197 Abs. 1 StPO) nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (lit. a); ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b); die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d). Damit werden strenge Anforderungen an die Strafverfolgungsbehörden gestellt, wenn sie mittels Zwangsmassnahmen in verfassungsmässig geschützte Rechte eingreifen wollen. Wenn diese Anforderungen bzw. Voraussetzungen erfüllt sind, stellen Zwangsmassnahmen ein geeignetes Mittel dar, um insbesondere die materielle Wahrheitsfindung voranzutreiben. Nichtsdestotrotz bleiben Zwangsmassnahmen in Teilen umstritten, da sie in einem sehr frühen Stadium des Strafprozesses, namentlich im Vorverfahren, zur Anwendung kommen und zu diesem Zeitpunkt oftmals keine gesicherten Erkenntnisse bzw. massgebenden Beweise vorliegen.

Ohne das Vorliegen eines (hinreichenden) Tatverdachts ist die Anordnung von Zwangsmassnahmen unzulässig. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass dies auch für die Hausdurchsuchung, die als offene Zwangsmassnahme zu klassifizieren ist, Gültigkeit hat. Ohne das Vorliegen eines Tatverdachts, in minimalster Form, läuft die Strafbehörde Gefahr, in den unzulässigen Bereich der fishing expeditions zu gelangen. Der Verzicht

²²¹ Bsp.: Art. 177 Abs. 1 StPO.

²²² Botschaft StPO, S. 1183.

²²³ Begleitbericht VE-StPO, S. 108; BGE 137 I 2018 E. 2.3.4; 131 I 272 E. 4.1.2; 130 I 126 E. 3.2 f.; zum Ganzen BEYDOUN, S. 18; WOHLERS/BLÄSI, S. 164.

auf das Vorliegen des Tatverdachts als allgemeine Voraussetzung von Zwangsmassnahmen wäre damit folgenschwer und ist deshalb abzulehnen.²²⁴

Eine weitere Erkenntnis aus dem bisher Erarbeiteten ergibt sich aus dem Umstand, dass auch Zwangsmassnahmen gegen Dritte – in eingeschränktem Masse – zulässig und teilweise gar erforderlich sind.

Nach dem Einstieg in die Zwangsmassnahmen im Allgemeinen bedarf es nun einer Be- trachtung der Durch- und Untersuchungen im Sinne der StPO. Die Voraussetzungen unter diesem Kapitel bilden die Grundlagen der Hausdurchsuchung im Speziellen.

²²⁴ Weitere Hinweise in Kapitel Einführung, S. 1.

D. DURCH- UND UNTERSUCHUNGEN

Es wird zwischen der Durchsuchung von Räumen (Hausdurchsuchung), Gegenständen (Sach- oder Effektendurchsuchung), Aufzeichnungen (Papierdurchsuchungen) und Personen (Personendurchsuchungen) unterschieden, wobei Personen nicht nur durchsucht, sondern auch untersucht werden können.²²⁵

Die Grundlagen zu Durchsuchungen und Untersuchungen finden sich in den Art. 241 ff. StPO. Räumlichkeiten und dergleichen können Gegenstand von Durchsuchungen sein. Objekt einer Untersuchung ist immer eine Person. Beide Massnahmen bezwecken das Auffinden bzw. Sicherstellen von Beweismitteln, Vermögenswerten oder Personen, wobei die Durchsuchung von Personen auch blass präventive Zwecke haben kann.²²⁶ Als Zwangsmassnahmen greifen beide in das durch Art. 113 Abs. 1 BV, Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 17 Abs. 1 IPBPR geschützte Recht der persönlichen Freiheit bzw. in die abgeleiteten Rechte auf physische Freiheit, auf Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung ein.²²⁷ Durchsuchungen und Untersuchungen sind bei Verbrechen und Vergehen, aber auch bei Übertretungen zulässig; bei Übertretungen jedoch lediglich sehr eingeschränkt (Verhältnismässigkeitsprinzip).²²⁸ Untersuchungen im Sinne von Art. 251 StPO richten sich allein gegen Personen. Durchsuchungen hingegen können Personen, Gegenstände, Fahrzeuge, Räumlichkeiten usw. betreffen. In Bezug auf Personen unterscheiden sich Durchsuchungen und Untersuchungen hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität.²²⁹

²²⁵ Art. 241 ff. StPO; ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 348; m.w.H. DELLAGANA-SABRY, S. 8 f.

²²⁶ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Vor Art. 214-259 StPO.

²²⁷ Zum Ganzen KELLER, ZK, N 2 zu Art. 241 StPO.

²²⁸ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 2 zu Vor Art. 214-259 StPO.

²²⁹ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 3 zu Vor Art. 214-259 StPO.

I. ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN

Die bereits an früherer Stelle dargelegten allgemeinen Bestimmungen des 1. Kapitels, 5. Titel (Art. 196-200 StPO) für Zwangsmassnahmen finden auch auf die Untersuchung und Durchsuchung Anwendung. Das heisst, die für alle Zwangsmassnahmen geltenden allgemeinen Voraussetzungen aus Art. 197 Abs. 1 StPO müssen erfüllt sein.²³⁰ Namentlich handelt es sich dabei um das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage (lit. a), das Erfordernis eines hinreichenden Tatverdachts (lit. b), das Vorliegen der Verhältnismäsigkeit im engeren Sinn (lit. c) sowie im weiteren Sinne (lit. d).

Hinsichtlich des Tatverdachts ist festzuhalten, dass für Durchsuchungen oder Untersuchungen ein hinreichend konkreter Tatverdacht ausreichend ist. Dieser hat weniger hohe Anforderungen zu erfüllen als der dringende Tatverdacht. Der hinreichende Tatverdacht setzt in Abgrenzung zum dringenden Tatverdacht nicht voraus, dass Beweise oder Indizien bereits für eine erheblich hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen. So unterscheidet sich der konkrete Tatverdacht vom dringenden Tatverdacht auch durch graduell geringere Anforderungen an den Konkretisierungsgrad des formulierten Tatvorwurfs und an die Beweislage.²³¹ Eine Durch- oder Untersuchung ohne hinreichenden Tatverdacht zu veranlassen, stellt eine verbotene Beweisauforschung dar.²³² Eine derartige Beweisauforschung oder auch fishing expedition liegt vor, wenn einer Zwangsmassnahme kein (genügender) Tatverdacht zugrunde liegt.

Die Verhältnismäsigkeit einer Durchsuchungsmassnahme wird auch unter dem Aspekt der Zwecktauglichkeit geprüft. Das Bundesgericht bezeichnete trotz einer vorhergehenden Hausdurchsuchung eine spätere Hausdurchsuchung im gleichen Verfahren an einem anderen Ort nicht als von vornherein zweckuntauglich, obgleich damit ein eingeschränkter Überraschungseffekt verbunden ist.²³³

²³⁰ KELLER, ZK, N 3 zu Art. 241 StPO.

²³¹ Urteil des BStGer BE.2004.10 vom 22.04.2005 E. 3.1; KELLER, ZK, N 4 zu Art. 241 StPO.

²³² Botschaft StPO, S. 1216.

²³³ Urteil des BGer 1B_101/2008 vom 28.10.2008 E. 2.2.

Die vorliegende Arbeit befasst sich nicht mit der Thematik ‚Untersuchungen‘. Zum besseren Verständnis und zwecks Abgrenzung von der (Haus-)Durchsuchung werden nachfolgend dennoch minimale Ausführungen zu Untersuchungen gemacht, ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.

II. GEGENSTAND VON DURCHSUCHUNGEN UND UNTERRUCHUNGEN

Durchsuchungen können sich insbesondere auf Räume, Fahrzeuge, Behältnisse sowie den Körper beschuldigter Personen beziehen und dürfen auch bei Opfern vorgenommen werden. Auch steht eine persönliche Beziehung eines Dritten zum Beschuldigten einer Durchsuchung nicht entgegen, da gerade kein aktives Tun vom Betroffenen gefordert wird.²³⁴ Indessen steht das Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 168 f. StPO dort einer Durchsuchung entgegen, wo es um die Suche nach durch Amts- oder Berufsgeheimnis gemäss Art. 170 ff. StPO geschützte Objekte geht. Art. 264 StPO definiert die Frage der Zulässigkeit, wenn es um das Auffinden von zu beschlagnahmenden Gegenständen geht.²³⁵ Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet es, dass die ausführende Polizei den Betroffenen über die Gründe einer Massnahme zu informieren hat. Unter dem Gebot der Verhältnismässigkeit hat die Polizei dem Betroffenen weiter die Gelegenheit zu geben, gesuchte Gegenstände von sich aus herauszugeben.²³⁶

Die Durchsuchung von Personen und Gegenständen ist in den Art. 249 f. StPO geregelt und der Hausdurchsuchung ähnlich. Es kann sich denn auch um eine Massnahme im Rahmen einer Hausdurchsuchung handeln oder aber um einen selbständigen Vorgang. Je nach Situation bzw. Verdachtslage kann es verhältnismässig sein, nicht nur die Kleider, das Fahrzeug und zum Beispiel das Gepäck einer Person zu durchsuchen, sondern auch die Körperöffnungen der Betroffenen. Dies ist nach Art. 250 Abs. 2 StPO

²³⁴ HEIMGARTNER, S. 48 f.

²³⁵ KELLER, ZK, N 13 zu Art. 241 StPO.

²³⁶ KELLER, ZK, N 14 zu Art. 241 StPO.

im Intimbereich von einer Person gleichen Geschlechts oder von einem Arzt bzw. einer Ärztin durchzuführen.²³⁷

Die Durchsuchung von Gegenständen wie beispielsweise Fahrzeugen, Schliessfächern, Fundsachen oder dergleichen kann auch in Abwesenheit der berechtigten Person erfolgen, wenn diese nicht erreichbar ist. Wie bei der Hausdurchsuchung ist es allerdings auch bei der Durchsuchung nötig, eine Urkundsperson beizuziehen.²³⁸

Demgegenüber ist die Untersuchung von Personen in den Art. 251 f. StPO geregelt. Sie bezweckt die Gewinnung medizinischer Erkenntnisse über den körperlichen oder geistigen Zustand der betreffenden Personen und ist von medizinischem Fachpersonal durchzuführen. Gefährliche oder besonders schmerzhafte Eingriffe sind unzulässig.²³⁹

Weiter können auch Untersuchungen an Leichen vorgenommen werden.²⁴⁰ Als aussergewöhnliche Todesfälle werden nicht nur mutmassliche Tötungsdelikte, sondern auch tödliche Unfälle, Leichenfunde und Suizide behandelt. Als Anzeichen für einen unnatürlichen Tod gilt oft bereits der Umstand, dass jemand unerwartet verstorben ist.²⁴¹

Die DNA-Analysen sind in einem eigenen Kapitel geregelt. Von der Sache her handelt es sich um eine spezielle Form der Untersuchung von Personen. DNA-Proben können bei lebenden wie auch toten Menschen oder sonstigem, tatrelevantem biologischen Material entnommen werden. Auch Massenuntersuchungen sind unter gewissen Voraussetzungen erlaubt.²⁴²

Die erkennungsdienstliche Erfassung bildet von der Sache her ebenfalls eine spezielle Form der Untersuchung von Personen. Systematisch ist ihr jedoch zusammen mit den Schrift- und Sprachproben ein eigenes Kapitel im Gesetz gewidmet.²⁴³

²³⁷ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 197 f.

²³⁸ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 198.

²³⁹ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 198 f.

²⁴⁰ Art. 253 f. StPO.

²⁴¹ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 199.

²⁴² JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 200.

²⁴³ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 200 f.

III. ANORDNUNG UND DURCHFÜHRUNG

Da Art. 241 StPO keine von der allgemeinen Anordnungszuständigkeit abweichende Regel enthält, gelten gemäss Art. 198 Abs. 1 StPO die Staatsanwaltschaft und die Gerichte als zuständig.²⁴⁴ In dringenden Fällen kann die Verfahrensleitung die Massnahme anordnen. Die Polizei führt die von der Staatsanwaltschaft oder den Gerichten angeordneten Durchsuchungen durch, wobei die Staatsanwaltschaft die Durchsuchung grundsätzlich auch selbst durchführen kann.²⁴⁵

Die Polizei kann Zwangsmassnahmen nach Art. 198 Abs. 1 lit. c StPO nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen anordnen. In Art. 241 Abs. 3 und 4 StPO werden der Polizei Anordnungskompetenz und auch unmittelbare Durchführungsbefugnisse für die Sicherheitsdurchsuchung²⁴⁶ sowie in den übrigen Fällen bei Dringlichkeit eingeräumt.²⁴⁷ Dringlichkeit bzw. Gefahr in Verzug liegt vor, wenn die staatsanwaltschaftliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Massnahme gefährdet wird, bzw. wenn ein Aufschub die betreffende Handlung vereiteln oder zumindest deren Zweck gefährden würde. Kurz: Ohne sofortige Durchsuchung ist ein Beweisverlust zu befürchten.²⁴⁸ Wenn die Polizei wegen Dringlichkeit eine Hausdurchsuchung ohne Hausdurchsuchungsbefehl durchführt, so muss diese nachträglich durch einen solchen seitens Staatsanwaltschaft bestätigt werden.²⁴⁹ KELLER führt treffend aus, dass in der heutigen Zeit mit einer Vernetzung aller beteiligter Behördenmitglieder über Smartphones mit diversen Kommunikationskanälen und der zeitlich flächendeckenden

²⁴⁴ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 350; CHEN, Einwilligung, S. 298; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 193.

²⁴⁵ KELLER, ZK, N 15 zu Art. 241 StPO.

²⁴⁶ Die Sicherheitsdurchsuchung ist in Art. 241 Abs. 4 StPO geregelt. Sie erfolgt v.a. bei polizeilichen Anhaltungen gemäss Art. 215 Abs. StPO „im Interesse der Aufklärung von Straftaten“. Gemäss Botschaft StPO, S. 1237, handelt es sich bei der Sicherheitsdurchsuchung um einen Sonderfall der Gefahr in Verzug. Die Polizei muss die Staatsanwaltschaft nicht über die Durchsuchung informieren. In der vorliegenden Arbeit wird nicht vertieft auf diese Art der Durchsuchung eingegangen.

²⁴⁷ KELLER, ZK, N 16 zu Art. 241 StPO.

²⁴⁸ BGE 139 IV 128 E. 1.5; KELLER, ZK, N 22 zu Art. 241 StPO.

²⁴⁹ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 193

Pikett-organisation nur noch sehr wenige Situationen denkbar sind, in denen auch ausserhalb der Bürozeiten ernsthaft noch von Dringlichkeit im Sinne einer Unmöglichkeit gesprochen werden kann, rechtzeitig eine mündliche staatsanwaltschaftliche Verfügung für eine Hausdurchsuchung zu erhalten. Folglich sei eine solche äusserstenfalls in Ausnahmefällen zu bejahen.²⁵⁰ Hieraus kann geschlossen werden, dass der Autor nicht nur dringende, sondern lediglich absolute Notfälle unter dieser Gesetzesnorm subsumiert haben will. Dem ist beizupflichten, da die heutigen Möglichkeiten in Bezug auf Vernetzung über E-Mail, SMS, die sozialen Medien usw. noch grösser geworden sind als noch zu Zeiten der Ausarbeitung der gesamtschweizerischen StPO und deshalb die Erfüllung einer Art der Schriftlichkeit unterdessen ohne weiteres möglich ist.

Ausserhalb der StPO hat die Polizei aus Art. 6 lit. b und c ZAG die Befugnis zur Durchsuchung von Personen, Effekten, Räumen und Fahrzeugen. Weiter enthalten auch kantonale Polizeigesetze oftmals für den sicherheitspolizeilichen Bereich Regelungen für die Durchsuchung von Personen und Behältnissen. Dies ermöglicht es der Polizei, sich im Bedarfsfall darauf abzustützen, insbesondere wenn noch nicht klar ist, ob sicherheits- oder kriminalpolitische Gesichtspunkte im Vordergrund stehen.²⁵¹

IV. FORM UND BEGRÜNDUNG DES DURCHSUCHUNGSBEFEHLS

In Art. 241 Abs. 1 StPO ist festgehalten, dass Durchsuchungen und Untersuchungen grundsätzlich in einem schriftlichen Befehl festzuhalten sind, jedoch in dringenden Fällen auch mündlich angeordnet werden können. Aus Art. 80 Abs. 2 StPO geht ebenfalls hervor, dass Schriftlichkeit sowie eine Begründung vorausgesetzt werden. Es ist anzugeben, an wen sich der Durchsuchungsauftrag richtet, die durchführende Behörde wie Polizeikorps etc. ist also zu bezeichnen. Weiter muss angegeben sein, auf welchen Tatverdacht sich die angeordnete Massnahme bezieht, wobei der Tatbestand sowie ein minimaler Hinweis auf den Sachverhalt enthalten sein müssen. Ebenfalls muss festgehalten sein, wer oder was durchsucht werden soll und wonach zu suchen ist.

²⁵⁰ KELLER, ZK, N 23 zu Art. 241 StPO.

²⁵¹ KELLER, ZK, N 24 zu Art. 241 StPO.

Es ist zu klären, ob es sich um zu suchende Beweismittel oder eine Sicherheits- oder Vermögenseinziehung usw. handelt. Ein Durchsuchungsbefehl muss so abgefasst sein, dass der Betroffene die Tragweite erfasst und ihn in voller Kenntnis der Sache anfechten kann. Es müssen mindestens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Es bedarf einer zumindest kurzen bzw. summarischen Begründung, wobei Ausführungen betreffend den vorgeworfenen Sachverhalt sowie die den Tatverdacht begründende Faktenlage dazugehören.²⁵² Da solche Verfügungen in der Regel rasch ausgestellt werden, muss eine kurze Begründung genügen; diese kann nachträglich durch die Behörde ergänzt werden.²⁵³ Im Sinne von Art. 199 StPO ist der direkt betroffenen Person eine Kopie der Verfügung zu übergeben. Herrscht Dringlichkeit, kann die Anordnung zwar mündlich erfolgen, hat jedoch zwingend nachträglich eine schriftliche Bestätigung zur Folge.²⁵⁴ Wichtig ist, dass ein Untersuchungsbefehl allein den Fall der Beschlagnahme von Gegenständen nicht abdeckt. Das heisst, werden bei einer Durchsuchung Gegenstände sichergestellt oder sollen beschlagnahmt werden, so ist dazu zusätzlich ein Beschlagnahmebefehl im Sinne von Art. 263 Abs. 2 StPO erforderlich.²⁵⁵

V. BLEIBEPFLICHT

Nach Art. 242 Abs. 2 StPO sind die ausführenden Behördenvertreter befugt, Personen zur Anwesenheit während der Amtshandlungen zu verpflichten. Dies betrifft v.a. diejenigen, die sich einer Durchsuchung oder auch Untersuchung unterziehen müssen. Diese Verpflichtung kann aber auch Dritte betreffen.²⁵⁶ Zu denken ist hierbei beispielsweise an die Inhaber der elterlichen Gewalt, wenn sich eine minderjährige Person einer Massnahme unterziehen muss. Wenn nötig können Behörden diese Anordnung zur Bleibepflicht auch unter Anwendung verhältnismässiger Gewalt²⁵⁷ durchsetzen, wobei z.B.

²⁵² BGE 134 I 88 E. 4; KELLER, ZK, N 25 zu Art. 241 StPO.

²⁵³ Urteil des BStGer BK_B 071/04 vom 12.10.2004 E. 4.

²⁵⁴ LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 229.

²⁵⁵ KELLER, ZK, N 27 zu Art. 241 StPO.

²⁵⁶ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 193; KELLER, ZK, N 2 zu Art. 242 StPO.

²⁵⁷ Auf Grundlage von Art. 200 StPO.

die Fesselung oder das physische Festhalten situationsbezogen denkbare Möglichkeiten darstellen.²⁵⁸ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verpflichtet die ausführenden Behördenvertreter, bei Renitenz die gewaltsame Durchsetzung der Anwesenheitspflicht zuvor mündlich anzudrohen. Ein Gewahrsam unter einer engen zeitlichen Begrenzung ist ebenfalls denkbar, weil insbesondere die polizeiliche Durchsuchung gerade mehrerer Personen ihre Zeit braucht.²⁵⁹ SCHMID/JOSITSCH plädieren dabei für einen behördlichen Spielraum von ungefähr einer Stunde. Somit ist die Durchsetzung einer derart kurzzeitigen Anwesenheitspflicht nicht mit der Anhaltung nach Art. 215 StPO gleichzusetzen²⁶⁰ und hat deshalb auch nicht deren Voraussetzungen zu erfüllen. Andererseits darf die Festhaltung auch nicht über drei Stunden dauern.²⁶¹ Vorteilhaft an diesem Lösungsansatz ist, dass im Sinne der Verhältnismässigkeit sogleich geklärt ist, was im Rahmen liegt und was nicht, weshalb ihr beizupflichten ist.

VI. ZWISCHENERGEBNIS

Es wird zwischen der Durchsuchung von Räumen (Hausdurchsuchung), Gegenständen (Sach- oder Effektendurchsuchung), Aufzeichnungen (Papierdurchsuchungen) und Personen (Personendurchsuchungen) unterschieden, wobei Personen nicht nur durchsucht, sondern auch untersucht werden können. Es gelten die allgemeinen Voraussetzungen von Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StPO. Der Tatverdacht hat hinreichend konkret zu sein. Gegenstand von Durchsuchungen sind insbesondere Räume, Fahrzeuge, Behältnisse oder dergleichen; Untersuchungen werden an lebenden wie toten Menschen durchgeführt. Zuständig für die Anordnung einer konkreten Massnahme ist die Staatsanwaltschaft oder das Gericht, in dringenden Fällen die Verfahrensleitung. Grundsätzlich hat diese Anordnung in einem schriftlichen Befehl zu erfolgen. Ausnahmsweise ist sie auch mündlich möglich, wobei nachträglich ein schriftlicher Befehl auszustellen ist. Festzuhalten ist, dass damit in Bezug auf die Durch- und Untersuchungen die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsmassnahmen im Fokus

²⁵⁸ KELLER, ZK, N 2 zu Art. 242 StPO.

²⁵⁹ KELLER, ZK, N 2 zu Art. 242 StPO.

²⁶⁰ GL.M. GFELLER/THORMANN, BSK StPO, N 8 zu Art. 242 StPO.

²⁶¹ KELLER, ZK, N 2 zu Art. 242 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 4 zu Art. 242. StPO

stehen. In Bezug auf die besondere Form der Durchsuchung, die Hausdurchsuchung, ist nachfolgend zu klären, welche ergänzenden Voraussetzungen zu beachten sind.

Da die Thematik ‚Hausdurchsuchung‘ als Anschauungsbeispiel für die Forschungsfrage dient, ob es im Bereich der strafprozessualen Zwangsmassnahmen eine Freiwilligkeit geben kann, ist diese nachfolgend besonders zu untersuchen. Die historische Entwicklung des Hausrechts zeigt Hintergründe auf, weshalb es sich beim Hausrecht um ein besonders schützenswertes Recht handelt. Die unterschiedlichen Haltungen in der Lehre in Bezug auf die Einwilligung und deren Auswirkungen zu betrachten ist gerade im Hinblick auf die Fragen der Freiwilligkeit unerlässlich, ebenso wie die allgemeinen und die besonderen Voraussetzungen einer Hausdurchsuchung und insbesondere diejenigen eines Hausdurchsuchungsbefehls. Da es in der Natur der Sache liegt, dass während Hausdurchsuchungen auch andere Dinge als die gesuchten gefunden werden, ist in diesem Kapitel das Thema Zufallsfunde integriert, wiederum mit der Teilfrage nach deren Verwertung im Falle einer Hausdurchsuchung auf freiwilliger Basis, wenn diese als zulässig erachtet wird.

E. DIE HAUSDURCHSUCHUNG (ART. 244 F. STPO)

I. HISTORISCHES VERSTÄNDNIS DES HAUSRECHTS

Der Charakter der Hausdurchsuchung als prozessuale Zwangsmassnahme hat seine Grundlage im Hausrecht. Die häusliche Gemeinschaft bildet seit jeher ein wichtiges Lebensverhältnis des Menschen, das durch das Haus an sich verkörpert wird. Schon im römischen und germanischen Recht wurde das Hausrecht anerkannt.²⁶²

Im England des 17. und 18. Jahrhunderts handelte die Exekutive oft mit allgemeinen Beschlagnahme- und Durchsuchungsbefehlen. Diese nannten weder ihren Adressaten noch den Ort der Massnahme oder die von ihr betroffenen Gegenstände. Unter Kritik geriet diese Praxis insbesondere, als sie in den Dienst der Durchsetzung von Steuerge setzen und Zensurmassnahmen gestellt wurde. In den amerikanischen Kolonien kam dies besonders zum Tragen, als Importbeschränkungen durch Schmuggel umgangen wurden und die Verwaltung mit Durchsuchungen reagierte. Es kam zu massiven Ausschreitungen und Gewalt. Diese Geschehnisse führten mitunter dazu, dass generelle Ermächtigungen in der nach der Unabhängigkeitserklärung erlassenen amerikanischen Gliedstaatsverfassung für ungültig erklärt wurden: „Die einschlägigen Normen gewährleisten im Zusammenhang mit dem Recht auf Sicherheit einen Schutz vor Verhaftungen, Durchsuchungen und Beschlagnahmungen.“ Dabei handelte es sich jedoch noch nicht um eine spezifische Gewährleistung des Hausrechts, sondern einen umfassenden Schutz vor Durchsuchungen und Beschlagnahmen ohne Rücksicht auf deren Ort.²⁶³

Das Hausrecht war auch in der französischen Grundrechtsdiskussion eingangs kein Thema. Es bestand zwar ein Recht auf Sicherheit, das richtete sich jedoch gegen Anklagen, Verhaftungen und Gefangenschaft. Es gab im Unterschied zu den amerikanischen Verfassungen²⁶⁴ keinen Bezug auf Durchsuchungen und Beschlagnahmen.²⁶⁵ Dies än

²⁶² M.W.H. LOCHER, S. 7 ff.

²⁶³ Zum Ganzen WIEDERIN, S. 7.

²⁶⁴ BREITENMOSER, S. 285: Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung wurde erstmalig in der Verfassung von Virginia von 1776 gewährleistet.

²⁶⁵ WIEDERIN, S. 8.

derte sich nach Absetzung der Monarchie, wobei vorerst eine Verschlimmerung Platz fand. Im Jahre 1792 hatten die Jakobiner Massnahmen ergriffen, um die unter Druck geratene Revolution gegen innere und äussere Feinde zu verteidigen. Unter anderem wurden eines nachts die Häuser der Stadt Paris nach Waffen durchsucht. Im Zuge dieser Aktion wurden rund dreitausend Personen verhaftet. Unter der Schreckensherrschaft Robespierres wurden die Eingriffe noch schlimmer. Durchsuchungskommandos verbreiteten Angst und Schrecken. Es wurde 1793 gar ein Gesetz erlassen, das die nächtlichen Durchsuchungen nach nicht angemeldeten Nahrungsmittelvorräten und das drastische Einschreiten gegen vermeintlich Oppositionelle erlaubte. Nach dem Sturz Robespierres war es also naheliegend, solchen Machenschaften mittels eines Artikels in der Verfassung zu begegnen. So erklärte Art. 359 das Haus eines jeden Bürgers zum unverletzlichen Asyl. Das Betreten während der Nachtzeit war nur noch im Falle von Feuersbrunst, Überschwemmung oder der Anforderung von Hilfe aus dem Inneren des Hauses erlaubt. Während der Tageszeit war das Betreten auf Befehl der verfassten Gewalten zulässig. Hausdurchsuchungen bedurften einer gesetzlichen Grundlage und mussten auf die im Durchsuchungsbefehl genannten Personen oder Gegenstände beschränkt bleiben.²⁶⁶ Diese Gewährleistung findet sich in leicht abgewandelter Form auch in der französischen Verfassung von 1799.²⁶⁷ Sie stellt das Haus unter räumlichen Schutz, da sie sowohl dem Betreten als auch dem Durchsuchen Grenzen setzt.²⁶⁸ Bereits die französischen Verfassungen des 19. Jahrhunderts sahen in der Folge wieder davon ab, das Hausrecht als Grundrecht zu gewährleisten. Im übrigen Europa jedoch setzte es sich in breiter Form durch. Leitend wurde die auf das Wesentliche reduzierte Bestimmung der belgischen Verfassung von 1831, die in Art. 10 das Hausrecht für unverletzlich erklärte und Durchsuchungen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und Formen zuließ.²⁶⁹

²⁶⁶ Art. 359 lautete „La maison de chaque citoyen est un asile inviolable: pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y exécuter les ordres des autorités constituées. Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertue d'une loi, et pour la personne ou l'objet expressément désigné dans l'acte qui ordonne la visite.“; WIEDERIN, S. 8.

²⁶⁷ Art. 76 der Verfassung vom 22. Frimaire des Jahres VIII (13.12.1799).

²⁶⁸ WIEDERIN, S. 8 f.

²⁶⁹ „Le domicile est inviolable; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme, qu'elle prescrit.“; WIEDERIN, S. 9.

Der Kurzeinblick in die historische Entwicklung des Hausrechts führt vor Augen, weshalb Bestimmungen zur Begrenzung der staatlichen Macht im Bereich des Rechts auf Sicherheit und Privatheit von grundlegender Bedeutung sind. Ebenso wird nachvollziehbar, dass offene oder missverständliche Normen in schwierigen Zeiten ein erhebliches Missbrauchspotential innehaben.

Im Nachfolgenden ist nun die Ausgestaltung der Grundlagen betreffend die Hausdurchsuchung in der Schweizerischen StPO in der aktuellen Fassung aufzuzeigen.

II. BEGRIFF UND ZWECK

Hausdurchsuchungen durch die Behörden sind Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechte. Fremde Personen betreten die Wohnung – einen geschützten Raum – und durchsuchen selbst intimste Gegenstände.²⁷⁰ Deshalb ist eine Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 244 f. StPO als Zwangsmassnahme zu verstehen.²⁷¹ Offenkundig bilden dabei zwei Elemente den Begriff: Einerseits ‚Haus‘, was darauf hindeutet, dass es um Räumlichkeiten geht, den Gegenstand der Durchsuchung. Sowie anderseits das ‚Suchen‘ bzw. ‚Durchsuchen‘: Damit wird eine Tätigkeit beschrieben, die darauf abzielt, etwas zu finden, dessen Standort unbekannt ist resp. nur Vermutungen dazu bestehen, wo sich das Gesuchte befinden könnte. Die Suche wird also nur dann erforderlich, wenn dieses nicht freiwillig herausgegeben wird.²⁷² Die Hausdurchsuchung stellt somit eine offene Zwangsmassnahme²⁷³ dar,²⁷⁴ bei der das Grundrecht des Hausrechts tangiert wird. Sie ist ein Eingriff in eine grundrechtlich geschützte räumliche Sphäre, welche aus historischen Gründen mit dem Begriff des ‚Hauses‘ umschrieben wird. Von der aktuellen Grundrechtsdogmatik ausgehend liegt dann eine Hausdurchsuchung vor,

²⁷⁰ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 195: Selbst, wenn durch die Strafbehörden nichts angefasst und lediglich ein Augenschein durchgeführt wird, gilt das Betreten eines nicht allgemein zugänglichen Raumes durch dieselben als Hausdurchsuchung.

²⁷¹ Das ergibt sich bereits aus der systematischen Einordnung der Hausdurchsuchung im Gesetz als Teil des 5. Titels ‚Zwangsmassnahmen‘.

²⁷² BANGERTER, S. 13.

²⁷³ M.w.H. SCHMID/JOSITSCH, PK, N 6 zu Art. 241-259 StPO.

²⁷⁴ PIETH, S. 151.

wenn in das Freiheitsrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung eingegriffen wird.²⁷⁵ Die Unverletzlichkeit der Wohnung als Teilbereich des Grundrechts auf persönliche Freiheit, gehört nach Art. 8 EMRK, Art. 17 Abs. 1 IPBPR und Art. 13 BV zu den elementaren Grundrechten.²⁷⁶ Es bietet als Abwehrrecht Schutz u.a. vor physischen Störungen, aber auch die Befugnis, über bestimmt Räume ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen.²⁷⁷ Folglich ist die Hausdurchsuchung eine besonders eingreifende Form der Durchsuchung.²⁷⁸

Zu beachten ist, dass bei der Definition des Anwendungsbereichs mittels Auslegung von Art. 244 StPO die durchsuchende Behörde nicht mit dem Strafrecht in Konflikt geraten darf. Die durchsuchenden Behörden sind etwa angehalten zu vermeiden, dass bei der Hausdurchsuchung erhobene Beweise in Anwendung von Art. 141 Abs. 2 StPO allenfalls unverwertbar werden. So ist der Anwendungsbereich von Art. 244 StPO unter Berücksichtigung des Schutzbereichs von Art. 186 StGB zu definieren, wobei der Kreis der nach Art. 186 StGB geschützten Örtlichkeiten weiter reicht als der nach Art. 8 EMRK und Art. 13 BV garantierte Schutz, der sich lediglich auf die Wohnung bezieht.²⁷⁹ Der in Art. 186 StGB geregelte Tatbestand des Hausfriedensbruchs bildet das strafrechtliche Korrelat zum Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung. Während das Grundrecht gegen den Staat wirkt, wirkt der Tatbestand des Hausfriedensbruchs hauptsächlich gegenüber Privaten. Demnach dienen beide Normen dem Ausgrenzen von Dritten. Das Strafrecht und die Grundrechte haben indessen nicht dieselbe Funktion, weshalb die Regelungen des Hausfriedensschutzes nicht identisch sein müssen. Die historischen Wurzeln und die Motivation der beiden Rechtsinstitute hingegen weisen weitgehende Parallelen auf.²⁸⁰ Durch den Tatbestand des Hausfriedensbruchs geschützt sind namentlich das Haus, die Wohnung, der abgeschlossene Raum eines Hauses, der unmittelbar

²⁷⁵ BANGERTER, S. 13 f.

²⁷⁶ Botschaft StPO, S. 1215; LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 231 f.; THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 1 zu Art. 244 StPO.

²⁷⁷ BGE 112 IV 31 E. 3.

²⁷⁸ KELLER, ZK, N 2 zu Art. 244 StPO.

²⁷⁹ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 2 zu Art. 244 StPO.

²⁸⁰ VON GUNTE, S. 63.

zu einem Haus gehörende umfriedete Platz / Hof / Garten und der Werkplatz.²⁸¹ Der Wohnungs begriff des Strafgesetzbuches unterscheidet sich demnach nur unwesentlich vom grundrechtlichen.²⁸² Lediglich der Werkplatz ist im Gegensatz zum Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung durch das Strafrecht geschützt, obschon er nicht als Wohnung aufgefasst werden kann.²⁸³ Aufgrund dessen ist bei der Durchsuchung sämtlicher im Folgenden aufgeführter Bereiche, die sich aus der Summe der nach Art. 8 EMRK, Art. 13 BV und Art. 186 StGB geschützter Örtlichkeiten ergeben, nach den Bestimmungen von Art. 244 f. StPO vorzugehen.²⁸⁴

III. SCHUTZBEREICH

Das Hausrecht schützt einerseits den Wohnbereich. Dieser umfasst jenen Bereich, der eine gewisse Privatsphäre sichert und auf einen bestehenden oder künftigen, dauernden oder vorübergehenden Lebensmittelpunkt einer Person schliessen lässt.²⁸⁵ Hierunter fallen auch Räume ausserhalb der Wohnung wie der Keller, Garagen, Balkone, Treppenhäuser, Gänge und dergleichen.²⁸⁶ Zudem fallen darunter, soweit sie umfriedet sind, die der Wohnung zuzurechnenden Liegenschaften.²⁸⁷

Weiter schützt das Hausrecht auch Geschäftsräume, also berufliche Arbeitsstätten, Fabriken und Werkplätze, sofern sie vom Anwendungsbereich von Art. 244 StPO erfasst werden.²⁸⁸ Geschäftsräume des Verkaufs oder von Dienstleistern wie z.B.

²⁸¹ ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI, S. 349 ff.; LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 232; VON GUNTEN, S. 64.

²⁸² ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI, S. 352: Beim Werkplatz handelt es sich um eine Stätte betrieblicher Tätigkeit, die sich im Freien befindet; VON GUNTEN, S. 69.

²⁸³ VON GUNTEN, S. 70.

²⁸⁴ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 2 zu Art. 244 StPO.

²⁸⁵ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 3 zu Art. 244 StPO.

²⁸⁶ BGE 83 IV 157 E. 2; HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 11 zu Art. 244 StPO.

²⁸⁷ M.W.H. THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 3 zu Art. 244 StPO; siehe auch ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI, S. 351: Umfriedet bedeutet, dass solche Flächen umschlossen sein müssen, etwa durch Zäune, Mauern oder Hecken. Massgebend ist die Erkennbarkeit der Abgrenzung und nicht deren Lückenlosigkeit.

²⁸⁸ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 4 zu Art. 244 StPO.

Einkaufsgeschäfte, Theater, Kinos, Gaststätten usw. sind öffentlich zugänglich. Jedoch können auch sie unter Umständen dem Anwendungsbereich von Art. 244 StPO unterworfen sein.²⁸⁹

Da es sich bei der Hausdurchsuchung um eine sehr einschneidende und weitgreifende Zwangsmassnahme handelt, gebietet es der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass sie grundsätzlich mit Einwilligung der berechtigten Person zu erfolgen hat.²⁹⁰ Diese sollte nach Möglichkeit immer eingeholt werden.²⁹¹ Vorteilhaft hieran ist, dass damit die Kooperationsbereitschaft der betroffenen Person gefördert werden kann. Der Nachteil der Einwilligung liegt darin, dass schwer nachweisbar ist, ob sie tatsächlich aus freiem inneren Willen in Kenntnis sämtlicher Umstände abgegeben wurde und die Gefahr staatlichen Missbrauchs besteht. Deshalb wird nach hier vertretener Auffassung dafür plädiert, die Einwilligung betroffener Personen stets, jedoch ausschliesslich, für den Zweck der Förderung der Kooperationsbereitschaft einzuholen.

IV. HAUSDURCHSUCHUNG MIT EINWILLIGUNG DER BERECHTIGTEN PERSON

Nach Art. 244 Abs. 1 StPO erfolgt eine Hausdurchsuchung in der Regel mit dem Einverständnis der berechtigten Person. Berechtigte Personen sind solche, welchen aufgrund ihrer sachenrechtlichen Stellung oder aus Vertrag eine Rechtsstellung mit Verfügungs- oder Nutzungsrechten über die bzw. an den zu durchsuchenden Räumlichkeiten zusteht. Demnach geht es um den Eigentümer, den Mieter, Pächter usw. Die Einwilligung muss vom faktischen Inhaber stammen,²⁹² also bspw. des Hotelgastes für sein Hotelzimmer und auf jene des Hotelbetreibers als anderen Mitinhabers.

²⁸⁹ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 5 zu Art. 244 StPO: Während der normalen Arbeits-, Betriebs- und Geschäftzeiten können sie voraussetzunglos betreten werden, zumal nicht in eine räumliche Privatsphäre eingegriffen wird. Anders könnte dies außerhalb dieser Zeiten sein.

²⁹⁰ HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 35 zu Art. 244 StPO.

²⁹¹ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 7 zu Art. 244 StPO.

²⁹² KELLER, ZK, N 6a zu Art. 244 StPO.

V. DISKUSSION UM DIE AUSWIRKUNGEN DER EINWILLIGUNG

Obschon der Gesetzeswortlaut aus Art. 241 StPO klar zu sein scheint, dass Durchsuchungen grundsätzlich in einem schriftlichen Befehl und nur in Ausnahmefällen mündlich anzurufen sind, gehen die Lehrmeinungen zur Notwendigkeit des Durchsuchungsbefehls bzw. zur Zulässigkeit von freiwilligen Hausdurchsuchungen aufgrund der Einwilligungsmöglichkeit des Betroffenen auseinander.²⁹³

Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass eine einvernehmliche Hausdurchsuchung, bei der die berechtigte Person die Behörden mittels Einwilligung einlässe, im Sinne von Art. 244 Abs. 1 StPO keine Zwangsmassnahme darstelle und deshalb auch im Rahmen selbstständiger polizeilicher Ermittlung zulässig sei.

LOCHER hält hierzu lediglich in einem Satz fest, die Hausdurchsuchung sei an keine Voraussetzungen gebunden, wenn sie im Einverständnis des Betroffenen vorgenommen werde. Die Voraussetzungen hingegen, bei denen eine Hausdurchsuchung gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen werde, seien in den Strafprozessordnungen ganz unterschiedlich und würden von Kanton zu Kanton variieren.²⁹⁴ Obschon sich seit der Publikation seiner Dissertation im Jahre 1929 einiges geändert hat, gibt es auch heute noch Lehrmeinungen, welche seine Ansicht vertreten, bei Einwilligung bedürfe es keiner Bindung an Voraussetzungen.

So führen THORMANN/BRECHBÜHL aus, dass bei rechtsgültiger Einwilligung einer Person in eine Verfahrenshandlung diese keine Zwangsmassnahme mehr darstelle und im Falle der Hausdurchsuchung beim Vorliegen einer derartigen rechtsgültigen Einwilligung deshalb auf die Voraussetzungen nach Art. 244 Abs. 2 lit. a-c StPO verzichtet werden könne. Sie begründen diese Auffassung damit, dass eine Einwilligung des Betroffenen in strafrechtlicher Hinsicht dazu führe, dass die Verfahrenshandlung in Einklang mit Art. 186 StGB stehe. Sie stellen denn auch klar, dass eine Einwilligung keine Begeisterung voraussetze. Weiter führe die Behaftung mit einem Man-

²⁹³ CHEN, Einwilligung, S. 298 f.

²⁹⁴ LOCHER, S. 32.

gel ihres Erachtens indessen nicht zur absoluten Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise.²⁹⁵

PITTELOUD führt bestätigend, jedoch kurz und knapp, aus, wenn der Berechtigte der Durchsuchung zustimme, so liege kein Zwang mehr vor.²⁹⁶

JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL geht sehr weit und stellt sich auf den Standpunkt, eine derartige Durchsuchung sei auch dann zulässig, wenn die Voraussetzungen aus Art. 197 und 244 Abs. 2 StPO nicht erfüllt seien. Allerdings sei die berechtigte Person in solch einem Fall beim Ersuchen um Einlass auf ihr Verweigerungsrecht aufmerksam zu machen.²⁹⁷ Nach dem Autor, wobei er das Gesetz zitiert, bedarf es für eine zwangsweise Hausdurchsuchung neben den allgemein für Zwangsmassnahmen geltenden Voraussetzungen aus den Art. 196-200 StPO begründeter Erwartungen für das Bestehen eines der folgenden Umstände: Anwesenheit einer gesuchten Person, Vorhandensein von Tatsspuren oder zu beschlagnahmenden Gegenständen oder Vermögenswerten, Begehung von Straftaten. Er führt ergänzend aus, dass wenn es um die Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen einer beschuldigten Person gehe, im Allgemeinen ohne Weiteres bejaht werde, dass dort Aussicht auf die Erhebung von relevanten Beweismitteln bestehe.²⁹⁸

OBERHOLZER hält fest, ausgehend vom Gesetzestext von Art. 244 Abs. 1 StPO handle es sich bei der Hausdurchsuchung um die einzige Zwangsmassnahme, bei der die Formvorschriften nicht einzuhalten seien, wenn sich die berechtigte Person deren Durchführung freiwillig unterziehe. Wenn eine rechtsgültige Einwilligung der berechtigten Person vorliege, so sei kein Hausdurchsuchungsbefehl nötig. Die Einwilligung eines von mehreren Mitinhabern des Hausrechts genüge indessen nicht, wenn sich klar ergebe, dass diese gegen den Willen des oder der anderen Mitinhaber erfolgt sei.²⁹⁹ Der Autor scheint sich damit nicht wohl zu fühlen und ergänzt, die Zulässigkeit der ‚freiwilligen Hausdurchsuchung‘ sei ein Fremdkörper im System

²⁹⁵ BGE 139 IV 128 E. 1.7; THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 17 zu Art. 244 StPO.

²⁹⁶ PITTELOUD, N 548 zu Art. 244 StPO.

²⁹⁷ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 195.

²⁹⁸ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 195 f.

²⁹⁹ Urteil des BGer_900/2015 vom 29.01.2016 E. 1.4.

des Zwangsmassnahmenrechts. Von einer echten Freiwilligkeit könne in der Regel nicht die Rede sein, wenn dem Betroffenen für den Fall seiner Weigerung ohnehin die Einholung eines formellen Hausdurchsuchungsbefehls in Aussicht gestellt werde.³⁰⁰ Fraglich ist, wie sich ‚klar ergeben‘ soll, dass die Einwilligung gegen den Willen des oder der anderen Mitinhaber des Hauses erfolgt ist. Dies bleibt der Autor als Antwort denn auch schuldig.

Derjenige Teil der Lehre, der davon ausgeht, dass es freiwillige Hausdurchsuchungen gebe und diese keine Zwangsmassnahme darstellen würden, geht davon aus, dass diesfalls kein Hausdurchsuchungsbefehl notwendig sei. Die Rechtsprechung bestätigt diese Auffassung. Das Bundesgericht vertritt in BGer vom 29.1.2016, 6B_900/2015 in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Strafkammer, vom 25. Juni 2015) den Standpunkt, bei Einwilligung bedürfe eine Hausdurchsuchung keines (schriftlichen) Hausdurchsuchungsbefehls.³⁰¹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ergeht dies aus dem Umstand, dass das Gesetz in Art. 244 und 249 StPO zwischen Massnahmen mit und solchen ohne Einwilligung unterscheide, was „sinnvollerweise nur bedeuten“ könne, „dass die fragliche Zwangsmassnahme bei Vorliegen einer rechtsgültigen Einwilligung nicht mehr in der grundsätzlich vorgeschriebenen Form angeordnet zu werden braucht“.³⁰² Aus bundesgerichtlicher Perspektive handelt es sich beim Erfordernis des Hausdurchsuchungsbefehls um eine Ordnungsvorschrift.³⁰³ Die Abgrenzung ist jedoch keine einfache.³⁰⁴ So ist etwa fraglich, ob die Verpflichtung, bei der Hausdurchsuchung den Angeschuldigten oder eine Drittperson hinzuzuziehen,

³⁰⁰ OBERHOLZER, Rz. 1399.

³⁰¹ Urteil des BGer 6B_900/2015 vom 29.01.2016 E. 1.4.3.

³⁰² Urteil des BGer 6B_900/2015 vom 29.01.2016 E. 1.4.3: Die vom BGer zur Stützung dieser Aussage herangezogene Stelle aus der Botschaft StPO bezieht sich jedoch auf das Betreten von „Räumlichkeiten zur Anhaltung oder Festnahme“ und ist deshalb nicht einschlägig, BBl 2006, 1222. An der richtigen Stelle, d.h. bei den Ausführungen zu Art. 243 E-StPO (=Art. 244 StPO) wird betr. Kompetenz zur Anordnung und Durchführung der Hausdurchsuchung auf Art. 240 E-StPO (=Art. 241 StPO) verwiesen (ebd., 1238); VEST, S. 462.

³⁰³ Kritisch HÄRING, S. 241: Es könne nicht eindeutig dargetan werden, weshalb die Durchführung einer Hausdurchsuchung durch die Polizei ohne Hausdurchsuchungsbefehl als Verletzung einer blossem Ordnungsvorschrift betrachtet werde.

³⁰⁴ Kritisch zur Unterscheidung von Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften HÄRING, S. 240 f.

wie in der Rechtsprechung angenommen,³⁰⁵ in erster Linie der äusseren Ordnung des Verfahrens dient oder nicht vorrangig dem Schutz der angeschuldigten Person.³⁰⁶

Das Bundesgericht verkennt, dass es bei der Abgrenzung von Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften einzig um den Schutzzweck der infrage stehenden Norm gehen darf.³⁰⁷ Es ist offensichtlich, dass der Schutzzweck von insbesondere Art. 241 Abs. 1 StPO eine angemessene Begrenzung von Durchsuchungen, welche eindeutig Zwangsmassnahmen darstellen, sicherstellt.³⁰⁸ Nur durch einen schriftlichen Befehl kann festgestellt werden, was der Grund der Hausdurchsuchung war, gegen wen sich diese richtet und worauf sich der hinreichende Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO stützt. Erst im Hausdurchsuchungsbefehl manifestiert sich der genügende Tatverdacht.³⁰⁹ Die Einwilligung in eine Hausdurchsuchung ist eine Sache. Dabei verfügt der Betroffene weiterhin über sein Hausrecht und sein Recht auf Privatsphäre.³¹⁰ Dass damit aber auch die Einwilligung in den Verzicht auf einen Durchsuchungsbefehl und die Voraussetzung des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts einhergehen soll, wäre problematisch und kann im Strafprozessrecht nicht gemeint sein, wird doch die Anwendung dessen erst durch das Vorhandensein eines Tatverdachts legitimiert.³¹¹ Den Angaben des Durchsuchungsbefehls kommen eine Begrenzungs- sowie eine Überprüfungsfunktion zu. Hierauf zu verzichten würde es ermöglichen, Eingriffen zur Verdachtsgewinnung in Form von fishing expeditions Tür und Tor zu öffnen. Wie sonst, wenn nicht mittels Befehl, soll überprüft werden, ob das Gebot des besonders zurückhaltenden Einsatzes von Massnahmen gegen nicht beschuldigte Personen im Sinne von Art. 197 Abs. 2 StPO beachtet worden ist?³¹² Eine Herausforderung bei der Durchführung von Zwangsmass-

³⁰⁵ BGE 96 I 437 E. 3b.

³⁰⁶ GLESS, S. 410.

³⁰⁷ Zur Abgrenzung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften kritisch GLESS, S. 409 ff.; ebenso HÄRING, S. 241 f.: Die Unterscheidung bleibe bis zu einem gewissen Masse schwammig. Allgemeingültige Unterscheidungskriterien würden fehlen.

³⁰⁸ WOHLERS/BLÄSI, S. 166.

³⁰⁹ CHEN, S. 211.

³¹⁰ So auch CHEN, S. 212.

³¹¹ CHEN, S. 212.

³¹² VEST, S. 462 f.

nahmen liegt demnach darin, dass das Erfordernis des Tatverdachts durch den Staat unverzichtbar ist. Der Tatverdacht ist verzichtsfeindlich. Die Strafverfolgungsbehörden dürfen nicht ohne Weiteres allein gestützt auf die Einwilligung einer Privatperson handeln.³¹³ Schon DONATSCH/CAVEGN waren von der Regelung nicht überzeugt, dass die Durchführung einer Hausdurchsuchung durch die Polizei ohne Hausdurchsuchungsbefehl und ohne zeitliche Dringlichkeit lediglich als Ordnungsvorschriftenverstoss zu bewerten sei und fragten sich, ob dies mit dem Gebot von Treu und Glauben sowie dem Verbot des Rechtsmissbrauchs vereinbar sei. Dies gestützt auf den Gedanken, dass die Regelung zur Folge habe, dass Beweise verwertet werden können, selbst wenn sich der Staat bzw. seine Vertreter absichtlich strafbar gemacht haben mit dem Ziel, den Verdacht strafbarer Handlungen Dritter abzuklären.³¹⁴ Das Bundesgericht hätte demnach aufgrund des Schutzgehaltes von Art. 241 Abs. 1 StPO und unter Berücksichtigung der Dringlichkeitsregelung gemäss Art. 241 Abs. 3 StPO zum Schluss gelangen müssen, dass Art. 241 Abs. 1 StPO eine Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO darstellt.³¹⁵ Fraglich ist indessen, ob die Abwägungslösung, ob ein Beweismittel verwertbar sein soll, welches Behörden durch eine Straftat erlangt haben, tatsächlich zielführend oder nicht vielmehr grundsätzlich in Frage zu stellen ist. Ist der Zweck der Verdachtsklärung schwerer Straftaten tatsächlich geeignet, Beweismittel, die durch Verfahrensverstöße oder gar Straftaten gewonnen wurden, zu heiligen? Eine Abwägung führt vielmehr zur Ablösung der Formstrenge. Über rechtsstaatliche Garantien sollte nicht von Staates wegen nach Belieben verfügt werden können.³¹⁶ Ist es nicht gerade im Bereich der schweren Kriminalität nötig, an der Einhaltung der schützenden Formen des Strafverfahrens festzuhalten? Ausserdem ist bei der Abgrenzung stets eine Interessenabwägung vorzunehmen. Jeder Interessenabwägung liegt ein gewisses willkürliches Element zugrunde. Die Abwägung kann in die eine oder andere Richtung gehen – je nach Interessen, die einander gegenübergestellt werden.³¹⁷ Dies birgt eine Rechtsunsicherheit in sich, welche es in dieser Art und Weise im Strafprozessrecht

³¹³ CHEN, S. 212.

³¹⁴ DONATSCH/CAVEGN, S. 165.

³¹⁵ WOHLERS/BLÄSI, S. 166.

³¹⁶ Ähnlich GLESS, S. 411 f.

³¹⁷ HÄRING, S. 245 f.

nicht geben sollte. Die Schwierigkeiten, welche eine Abwägung mit sich bringt, zeigen auf, dass die Lösung des Gesetzgebers gerade in diesem Spannungsfeld unzureichend ist. Zudem ist unbestritten, dass Strafverfolgungsbehörden öffentliche Interessen verfolgen müssen. Diese müssen als Leitplanke fungieren, indem sie den Handlungsspielraum der Strafverfolgungsbehörden auch einschränken. Ein öffentliches Interesse ist die Verhinderung von *fishing expeditions*.³¹⁸ Der Durchsuchungsbefehl ermöglicht genau das: Eine verdachtsgesteuerte Strafverfolgung.³¹⁹ Es darf nicht darum gehen, ob ein gegen die Massnahme gerichteter Widerstand zu brechen ist. Vielmehr ist die Qualität einer Massnahme als Eingriff in die verfassungsmässig geschützten Rechte entscheidend.³²⁰ Formerfordernisse bei Anordnung von Zwangsmassnahmen sollten grundsätzlich als Gültigkeitsvorschriften gelten, zumal sie auch die Einhaltung institutioneller (staatsanwaltschaftlicher oder richterlicher) Vorbehalte betreffen, wobei sich der Argumentation von VEST anzuschliessen ist. Auch wenn tatsächlich von einer rechtsgültigen Freiwilligkeit ausgegangen wird, weshalb soll zusätzlich auf Formerfordernisse verzichtet werden? Dies weckt allein deshalb schon Bedenken, weil es als Freipass für (weiteres) möglichst informelles Vorgehen missverstanden werden könnte.³²¹ Die Konsequenzen in der Praxis können für die Betroffenen erheblich sein. Im Schrifttum wird entsprechend empfohlen, stets einen schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehl auszustellen und dabei mitunter klarzustellen, ob bei einer Verweigerung der Einwilligung die Voraussetzungen des Art. 244 Abs. 2 StPO für eine Durchsuchung auch gegen den Willen des Berechtigten erfüllt sind oder nicht. Weiter sind der Grund für die Hausdurchsuchung, die vorgenommene Aufklärung, mitunter über das Verweigerungsrecht, und die erteilte Einwilligung zu protokollieren.³²² Ohne diese Dokumentation lässt sich die Hausdurchsuchung samt ihrer Modalitäten im Nachhinein kaum nachvollziehen. Es wäre naheliegend, den Einwand einer unzulässigen Beweisausforschung zu erheben.³²³ Auch GFELLER geht davon aus, dass von einer schriftlichen

³¹⁸ Weitere Hinweise in Kapitel Abgrenzung zur *fishing expedition*, S. 133.

³¹⁹ CHEN, Einwilligung, S. 300.

³²⁰ Botschaft StPO, S. 1215; BURGER-MITTNER/BURGER, S. 308.

³²¹ VEST, S. 463.

³²² THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 20 zu Art. 244 StPO.

³²³ VEST, S. 464.

Anordnung einer Hausdurchsuchung nicht abgewichen werden kann; selbst dann nicht, wenn der der Massnahme Unterworfenen freiwillig zustimme. Wenn die Zwangsmassnahme in Verletzung der Anordnungsmodalitäten durchgeführt werde, so seien die gefundenen Beweismittel nicht verwertbar.³²⁴ Wenn das normative Fundament der Strafrechtflege, wie STRAUB/WELTERT es darlegen, eine konsequente Bindung an das Gesetz erfordern,³²⁵ so ist dem zuzustimmen und von einem Hausdurchsuchungsfehl kann nie abgesehen werden. Andernfalls muss die Folge die Unverwertbarkeit der Beweismittel sein. Hierbei ist auch der Grundsatz der Justizförmigkeit des Prozesses (*nullum iudicium sine lege*; vgl. Art 2 Abs. 2 StPO) einzubeziehen. Die Bedeutung dieser Maxime besteht darin, behördliche Willkür und staatlichen Machtmissbrauch zu unterbinden. So finden Zweckmässigkeits- und Effizienzüberlegungen an diesem Grundsatz ihre Grenzen.³²⁶ Hieraus ergibt sich das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, das staatliche Aktivitäten berechenbar machen will. Daraus wiederum ergibt sich das Erfordernis der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns.³²⁷ Es scheitert nach der hier vertretenen Auffassung bereits daran, dass sich nicht einmal die Lehre einig darüber ist, ob eine Hausdurchsuchung mittels Einwilligung des Betroffenen eine Zwangsmassnahme darstellt oder nicht. Ein Laie kann somit nicht einordnen, wie ihm geschieht; wie kann demach von Voraussehbarkeit gesprochen werden? Auf Grundlage eines Meinungsstreits in der Lehre auf die Voraussetzungen des Gesetzes (und damit auch auf Hausdurchsuchungsbefehle) zu verzichten, läuft dem Bedürfnis nach Voraussehbarkeit staatlichen Handelns zuwider. Nicht die Uneinigkeit in der Lehre ist hingegen kritisch, sondern vielmehr die Folge daraus – in einem solch heiklen Bereich auf Voraussetzungen zu verzichten, welche zumindest eine Begrenzungs- und Überprüfungs-funktion innehaben. Aus diesen Gründen sind die Argumente abzulehnen, welche sich dafür aussprechen, bei einer Einwilligung einer betroffenen Person in eine Hausdurchsuchung handle es sich bei der Massnahme nicht um eine Zwangsmassnahme und deshalb brauche es in diesem Falle auch keinen Hausdurchsuchungsbefehl resp. seien

³²⁴ Vgl. zu Beweisverwertung BURGER-MITTNER/BURGER, S. 309; GFELLER, BSK StPO, N 4 zu Art. 241 StPO.

³²⁵ STRAUB/WELTERT, BSK StPO, N 8 zu Art. 2 StPO.

³²⁶ ZIMMERLIN, S. 46 f.

³²⁷ ZIMMERLIN, S. 49.

die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen der Zwangsmassnahmen nach StPO nicht einzuhalten. Der Haltung von CHEN ist hingegen zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass sich Polizisten bei vorliegender Einwilligung nicht des Hausfriedensbruchs strafbar machen. Sie führt weiter zutreffend aus, nur weil etwas strafrechtlich zulässig ist, bedeutet es nicht, dass es strafprozessrechtlich folgenlos bleibt: Die fehlende materielle Strafbarkeit schliesst eine prozessrechtliche Bestrafung nicht aus.³²⁸

Eine weitere Lehrmeinung in diesem Zusammenhang stammt von ZIMMERLIN. Er vertritt die Auffassung, dass auch dann eine Zwangsmassnahme vorliege, wenn gar kein Zwang ausgeübt werden müsse, weil z.B. die betroffene Person bereit ist, sich der Massnahme freiwillig zu unterziehen. Er weist zwar darauf hin, dass diese Auffassung in Bezug auf die Hausdurchsuchung, welche eine Einwilligung zulässt, umstritten sei.³²⁹ Massgebend müsse aber sein, dass die Zwangsmassnahme gerade gegen den Willen des Betroffenen durchgesetzt werden könne.³³⁰

BURGER-MITTNER/BURGER erachten es als rechtsstaatlich problematisch, wenn der Gesetzeswortlaut von Art. 244 StPO dahingehend ausgelegt werde, die Einwilligung der betroffenen Person würde die Notwendigkeit eines Hausdurchsuchungsbefehls oder gar einer staatsanwaltlichen Verfahrenseröffnung ersetzen. Zweifelhaft sei auch, wann die Einwilligung des Betroffenen auf freier und unverfälschter Willensbildung beruhe. Aber selbst wenn Freiwilligkeit gegeben wäre, sei die Voraussetzung des hinreichenden Tatverdachts unumgänglich.³³¹

Gemäss KELLER kann die Frage danach, ob eine Hausdurchsuchung mit Einwilligung des Betroffenen eine Zwangsmassnahme darstelle oder nicht, offenbleiben. Entscheidend sei, dass bei Vorliegen der Einwilligung die Voraussetzungen nach Art. 244 Abs. 2 StPO theoretisch nicht erfüllt sein müssten. Ein anderes Motiv über die in Abs. 2 aufgelisteten Fälle hinaus sei jedoch kaum denkbar, weshalb diese Fragestellung eher theoretischer

³²⁸ CHEN, Einwilligung, S. 301.

³²⁹ Urteil des BGer 6B_900/2015 vom 29.01.2016 E. 1.4.3: Bei einer Einwilligung brauche es keinen Hausdurchsuchungsbefehl.

³³⁰ ZIMMERLIN, ZK, N 1 zu Art. 196 StPO: Wobei die Bemerkung erlaubt sei, dass dies im Einleitungsfall gerade nicht möglich gewesen wäre.

³³¹ BURGER-MITTNER/BURGER, S. 307 ff.

Natur sei. Wegen des Risikos der von vornherein nicht feststehenden Einwilligung seien die Behörden gut beraten, trotz Einwilligung des Betroffenen einen schriftlichen Durchsuchungsbefehl einzuholen. Der Hausdurchsuchungsbefehl müsse Klarheit darüber schaffen, ob bei Verweigerung der Einwilligung die Voraussetzungen des Art. 244 Abs. 2 StPO für eine Durchsuchung auch gegen den Willen des Berechtigten erfüllt seien oder nicht.³³² Damit wird sichergestellt, dass die Beamten der Polizei vor Ort über eindeutige Grundlagen für ihr Vorgehen verfügen, wie KELLER ebenfalls anführt.³³³ Für KELLER ist der massgebliche Unterschied zwischen der Hausdurchsuchung ohne Einwilligung zu derjenigen mit Einwilligung, dass bei Einwilligung die in Art. 244 Abs. 2 lit. a-c StPO aufgelisteten Voraussetzungen für eine zwangswise Hausdurchsuchung nicht erfüllt sein müssen. Er stellt weiter klar, dass die Unterscheidung zwischen Hausdurchsuchung mit oder ohne Einwilligung nicht mit der Frage vermischt werden dürfe, ob eine ‚freiwillige‘ Hausdurchsuchung ohne Hausdurchsuchungsbefehl überhaupt zulässig sei.³³⁴ KELLER hält fest, dass ein Teil der Lehre davon ausgehe, dass die Hausdurchsuchung mit Einwilligung keine Zwangsmassnahme darstelle, sondern eine blosse Verfahrenshandlung. Für ihn handelt es sich bei Art. 244 Abs. 1 StPO hingegen um eine unnötige Variante, die im Interesse von Einfachheit und Klarheit vom Gesetzgeber hätte weggelassen werden können.³³⁵

CHEN führt aus, dass bei der Annahme, eine freiwillige Hausdurchsuchung stelle keine Zwangsmassnahme dar, eine bedenkliche Entgrenzung des strafprozessualen Zwangsmassnahmenrechts resultiere. Weder die allgemeinen noch die spezifischen Voraussetzungen gemäss Art. 197 bzw. 241 ff. StPO kämen damit zur Anwendung. Dies wiederum würde dazu führen, dass Strafverfolgungsbehörden mit Einwilligung der betroffenen Person jede erdenkliche Art von Verfahrenshandlung vornehmen könnten. Weiter würde durch das Einverständnis der Numerus clausus der Zwangsmassnahmen aufgehoben. CHEN stellt klar: Die Einwilligung würde neben der StPO zur eigenständigen Handlungsgrundlage für gesetzlich nicht vorgesehene Untersuchungsmassnahmen mutieren.³³⁶

³³² KELLER, ZK, N 7 zu Art. 244 StPO.

³³³ KELLER, ZK, N 7 zu Art. 244 StPO.

³³⁴ KELLER, ZK, N 6 zu Art. 244 StPO.

³³⁵ KELLER, ZK, N 7 zu Art. 244 StPO; THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 17 zu Art. 244 StPO.

³³⁶ CHEN, Einwilligung, S. 298.

Gemäss Art. 196 StPO stellen Zwangsmassnahmen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden dar, die in Grundrechte der betroffenen Personen eingreifen. Für die Qualifikation einer Verfahrenshandlung als Zwangsmassnahme ist die materielle Qualität der Massnahme als Grundrechtseingriff massgebend. Ein Grundrechtseingriff bedingt seinerseits keine Anwendung von Zwang.³³⁷ Ein Grundrechtseingriff liegt nicht erst mit einem formellen, staatlich erteilten Rechtsakt vor. Eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs durch blosse Realakte erfüllt bereits den Tatbestand eines Grundrechtseingriffs. Durch das Betreten der Wohnung oder anderer privater Räume ist der Schutzbereich des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 BV ohne Weiteres tangiert.³³⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung ist mit Hausdurchsuchungen damit in jedem Fall ein Eingriff in verfassungsmässige Rechte verbunden, weshalb sie grundsätzlich als Zwangsmassnahmen zu behandeln sind.³³⁹ Insofern stellt eine Hausdurchsuchung, unabhängig davon, ob eine Einwilligung vorliegt oder nicht, einen materiell-rechtlichen Grundrechtseingriff dar.³⁴⁰ Wenn materiell-rechtlich ein Grundrechtseingriff vorliegt, so ist eine strafprozessuale Zwangsmassnahme gegeben. Eine Einwilligung vermag somit den Charakter einer staatlichen Eingriffshandlung als Zwangsmassnahme nicht aufzuheben.³⁴¹ Insbesondere die Lehrmeinung von ZIMMERLIN ist damit nachvollziehbar. Gerade aufgrund dieser Überlegungen bleibt die Hausdurchsuchung eine Zwangsmassnahme, auch wenn kein Zwang ausgeübt werden muss und sich die betroffene Person freiwillig der Massnahme unterzieht. Die Massnahme kann in den meisten Fällen gegen ihren Willen durchgesetzt werden, was die Freiwilligkeit schnell zu einer Art Pseudofreiwilligkeit verkommen lässt. Schliesslich ist der Numerus clausus der Zwangsmassnahmen nach hier vertretener Auffassung unumstösslich. Mittels freiwilliger Hausdurchsuchungen wird dieser aufgehoben, was gemäss CHEN bedenklich ist. In Übereinstimmung mit der Autorin ist dies abzulehnen, weshalb auch bei Zustimmung der betroffenen Person nicht auf Hausdurchsuchungs-

³³⁷ CHEN, S. 208.

³³⁸ BURGER-MITTNER/BURGER, S. 308; CHEN, Einwilligung, S. 299.

³³⁹ BURGER-MITTNER/BURGER, S. 307; m.w.H. CHEN, Einwilligung, S. 300.

³⁴⁰ BURGER-MITTNER/BURGER, S. 308; CHEN, S. 208.

³⁴¹ CHEN, Einwilligung, S. 299.

befehle und die Einhaltung der nötigen Voraussetzungen in diesem Zusammenhang verzichtet werden darf.

Die grammatischen Auslegungen von Art. 244 StPO erlaubt den Verzicht auf einen Hausdurchsuchungsbefehl ebenfalls nicht, wird denn mit keinem Wort erwähnt, dass eine Einwilligung einen solchen zu ersetzen vermag.³⁴² Vielmehr ist die Einwilligung in Fällen von Abs. 1 zwingende Voraussetzung, während sie in Fällen von Abs. 2 entbehrlich ist, wobei kaum Fälle aus Abs. 1 denkbar sind.³⁴³ Weiter beziehen sich die Allgemeinen Bestimmungen der Art. 241-243 StPO nach der Systematik des Gesetzes auf die verschiedenen Formen der Durchsuchung und damit auch auf die Hausdurchsuchung, womit abermals deutlich wird, dass ein schriftlicher (maximal nachträglicher) Hausdurchsuchungsfehl zwingend ist.³⁴⁴

Nach dem Gesagten ist grundsätzlich fraglich, in welchen Fällen die beschuldigte Person ein Verzichtsinteresse bzw. allgemein ein Interesse daran haben könnte, die Behörden ohne schriftlichen Befehl eine Hausdurchsuchung vornehmen zu lassen. Einzig der Fall, in welchem eine Person zur Polizei geht und selbst eine Hausdurchsuchung verlangt, um sich von Vorwürfen zu entlasten, würde eine echte Freiwilligkeit im engeren Sinne begründen. Dies dient jedoch auch lediglich als Theoriefall, zumal der Nutzen einer derartigen Hausdurchsuchung wohl gering wäre, da im Vornherein sämtliche belastenden Beweismittel fortgeschafft werden könnten. Freiwilligkeit im Bereich der Einwilligung ist anderenfalls schwer vorstellbar. Der Unterschied zwischen Art. 244 Abs. 1 und Abs. 2 StPO liegt wohl darin, dass sich die betroffene Person im Falle von Abs. 1 (temporär) gegen die Hausdurchsuchung stellen kann, während ihr bei Abs. 2 keine Wahl bleibt.³⁴⁵ In anderen als den in Abs. 2 genannten Fällen sind Hausdurchsuchungen für das Strafverfahren nicht von unmittelbar zentraler Bedeutung, weshalb es richtig ist, dass die betroffene Person ihre Zustimmung verweigern kann.

In Bezug auf den Einleitungsfall ist zweifelhaft, ob die Freiwilligkeit ihrer Einwilligung echt gegeben war und ob eine Einwilligung überhaupt freiwillig sein kann, zumal die

³⁴² GL.M. BURGER-MITTNER/BURGER, S. 308; ähnlich CHEN, Einwilligung, S. 300.

³⁴³ CHEN, S. 209.

³⁴⁴ Ähnlich VEST, S. 462.

³⁴⁵ GL.M. BURGER-MITTNER/BURGER, S. 309.

Überrumpelung im Vorgehen diese massgeblich beeinträchtigt.³⁴⁶ Selbst wenn eine Freiwilligkeit zu bejahren wäre, würde die Einwilligung den fehlenden Hausdurchsuchungsbefehl und schliesslich den fehlenden Tatverdacht in keiner Weise zu ersetzen vermögen. Wenn kein hinreichender Tatverdacht vorliegt, stellt sich die Frage nach einer freiwilligen Hausdurchsuchung gar nicht. In solchen Fällen haben die Polizei bzw. sämtliche Strafbehörden die Anwendung von Zwangsmassnahmen zu unterlassen.³⁴⁷ Anderenfalls birgt dies die Gefahr der verbotenen Beweisausforschung und staatlicher Übermacht. So plädieren auch BURGER-MITTNER/BURGER dafür, dass die Voraussetzung des Vorliegens des hinreichenden Tatverdachts stets einzuhalten sei. Dem ist beizupflichten, da dies die Begrenzungs- und Schutzfunktion wahrt.

In Art. 244 StPO werden Voraussetzungen und Modalitäten der Durchführung von Hausdurchsuchungen vertieft beleuchtet und notwendige Abgrenzungen, etwa zu anderen Zwangsmassnahmen oder fishing expeditions, vorgenommen. Dabei stellt sich u.a. die Frage, wie eine Hausdurchsuchung ohne Einwilligung der berechtigten Person zu handhaben ist.

VI. HAUSDURCHSUCHUNG OHNE EINWILLIGUNG DER BERECHTIGTEN PERSON

Wird eine Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 244 Abs. 2 StPO zwangsweise durchgeführt, herrscht Einigkeit darüber, dass sämtliche allgemeinen Voraussetzungen aus Art. 197 ff. StPO sowie die besonderen Voraussetzungen die Durchsuchung selbst treffend erfüllt sein müssen.

Nach Art. 244 Abs. 2 StPO gibt es drei Fallvarianten, in denen eine Hausdurchsuchung ohne Einwilligung der betroffenen Person möglich ist. Bei allen drei Varianten ist im Gesetz die Rede von „wenn zu vermuten ist“. Daraus ergibt sich, dass die Strafverfolgungsbehörde entweder über Anhaltspunkte für die jeweilige Voraussetzung verfügen muss oder aber aufgrund der allgemeinen kriminalistischen Erfahrung eine derartige

³⁴⁶ BURGER-MITTNER/BURGER, S. 310; CHEN, S. 212.

³⁴⁷ CHEN, S. 212.

Annahme treffen kann.³⁴⁸ Die erste Fallvariante bildet der Sachverhalt gesuchte Personen im Sinne von Art. 244 Abs. 2 lit. a StPO. Die zweite Fallvariante bilden Tatsspuren und Beschlagnahmegergenstände (Art. 244 Abs. 2 lit. b StPO). Die dritte und letzte Fallvariante bilden sich im Gang befindliche Straftaten.³⁴⁹ Hierauf ist zurückzukommen.³⁵⁰

VII. ANWENDUNGSBEREICH UND ZIEL

Der Anwendungsbereich von Art. 244 und 245 StPO deckt sich überwiegend mit dem Schutzbereich des Art. 186 StGB.³⁵¹ Somit geht der Anwendungsbereich über jenen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK hinaus, der nur die (Privat-)Wohnung schützt. Von Art. 244 f. StPO umfasst werden dementsprechend all jene umschlossenen Räume, die Wohn-, Geschäfts- und ähnlichen Zwecken dienen und bei denen der Bürger deshalb Anspruch auf Wahrung der mit solchen Räumen typischerweise verbundenen Privatsphäre hat.³⁵² Nebst den erwähnten Wohnungen und dergleichen, werden auch Geschäftslokalitäten, Restaurants, Hotelzimmer, Wohnmobile und –wagen bzw. –schiffe, Zelte, Atrium und Wintergärten u.Ä. von Art. 244 f. StPO erfasst. Nicht unter Art. 244 ff. StPO fallen hingegen Personenautos, Lastwagen, offene Gärten, (auch eingezäunte) Felder, Schuppen u.Ä.³⁵³ Die Hausdurchsuchung schliesst freilich auch die Durchsuchung von in sich im Haus befindlichen Behältnissen wie Tresore, Schränke, Pulte usw. ein.³⁵⁴ Hierfür ist kein gesonderter Hausdurchsuchungsbefehl erforderlich. Wenn Aufzeichnungen durchsucht werden sollen, ist allerdings den Vorschriften nach Art. 246-248 StPO

³⁴⁸ KELLER, ZK, N 8 zu Art. 244 StPO.

³⁴⁹ KELLER, ZK, N 10 f. zu Art. 244 StPO.

³⁵⁰ Weitere Hinweise in Kapitel Besondere Voraussetzungen für die Anordnung von Hausdurchsuchungen, S. 88.

³⁵¹ PITTELOUD, N 546 zu Art. 244.

³⁵² SCHMID/JOSITSCH, PK, N 2 zu Art. 244 StPO.

³⁵³ KELLER, ZK, N 3 ff. zu Art. 244 StPO; PITTELOUD, N 547 zu Art. 244; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 3 zu Art. 244 StPO.

³⁵⁴ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 353; DELLAGANA-SABRY, S. 82 f.; HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 15 zu Art. 244 StPO: Bei der Durchsuchung von Tresoren u.Ä. ist besonders auf die Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu verweisen. Wenn nicht Gefahr in Verzug liegt, ist der Einsatz von brachialer Gewalt nicht verhältnismässig.

Rechnung zu tragen. Dies gilt offenkundig auch für die Durchsuchung von Computern und dergleichen.³⁵⁵

Ziel einer Durchsuchung ist das Auffinden oder Sicherstellen von beschuldigten Personen, Beweismitteln oder deliktsrelevanten Vermögenswerten.³⁵⁶ Um dies zu erreichen, haben die Behörden oder Personen geeignete Sicherheitsmassnahmen im Sinne von Art. 242 Abs. 1 StPO zu treffen.³⁵⁷ Ferner ist die Einhaltung der besonderen Durchführungsvorschriften zu beachten.³⁵⁸

Hausdurchsuchungen sind als Form der Durchsuchungen bei Verbrechen und Vergehen, aber auch bei Übertretungen zulässig. Bei Letzteren allerdings aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips besonders eingeschränkt.³⁵⁹

VIII. ZUSTÄNDIGKEIT UND BETEILIGTE

Gemäss der allgemeinen Bestimmung von Art. 198 Abs. 1 StPO ist die Staatsanwaltschaft für die Anordnung der Hausdurchsuchung zuständig. Über Art. 357 Abs. 1 StPO sind es die Übertretungsstrafbehörde, die Gerichte, in dringlichen Fällen die Verfahrensleitung sowie bei Gefahr in Verzug³⁶⁰ die Polizei.³⁶¹ Das Gesetz bezeichnet nicht konkret, wer die Durchsuchung durchzuführen hat, sondern spricht von den „mit der Durchführung beauftragten Personen“.³⁶² In der Regel dürfte es sich hierbei um die Polizei handeln,

³⁵⁵ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 4 zu Art. 244 StPO.

³⁵⁶ Botschaft StPO, S. 1236; HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 25 f. zu Art. 244 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Art. 241-259 StPO.

³⁵⁷ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 214.

³⁵⁸ Für die Hausdurchsuchung Art. 244 ff. StPO.

³⁵⁹ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 2 zu Art. 241-259 StPO.

³⁶⁰ Gefahr in Verzug liegt vor, wenn nicht auf die staatsanwaltschaftliche Anordnung gewartet werden kann, ohne den Zweck der Massnahme zu gefährden: GFELLER, BSK StPO, N 32 ff. zu Art. 241 StPO; PIETH, S. 152.

³⁶¹ DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, S. 282; PIETH, S. 152; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 5 zu Art. 241-259 StPO.

³⁶² Art. 245 Abs. 1 StPO.

aber auch die Staatsanwaltschaft oder die Gerichte können solche Durchsuchungen durchführen.³⁶³

Wenn die Polizei die Dringlichkeit zu Unrecht bejaht hat, die übrigen Voraussetzungen für eine Hausdurchsuchung auf Anordnung des Staatsanwaltes aber erfüllt waren, so war nach bisheriger Lehrmeinung nur eine Ordnungsvorschrift verletzt.³⁶⁴ Nach jüngerer Rechtsprechung kann das aber nicht mehr gelten. Das Bundesgericht bezeichnetet die polizeiliche „Not“-Hausdurchsuchung als gesetzwidrig, weil keine Gefahr in Verzug bestand.³⁶⁵ Folglich liegt bei einer Hausdurchsuchung ohne Gefahr in Verzug und ohne staatsanwaltschaftliche Verfügung ein Fall von Art. 141 Abs. 2 StPO vor. Dieser Artikel lässt eine Verwendung der erhobenen Beweise nur unter den Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 4 StPO zu. Eine Verwertung ist somit nur dann zulässig, wenn sie zur Aufklärung eines schweren Delikts unerlässlich ist.³⁶⁶

Hausdurchsuchungen erfordern die Anwesenheit des Inhabers oder der Inhaberin der Räume bzw. deren Vertreter.³⁶⁷ Die durchführenden Behörden oder Personen treffen die geeigneten Sicherheitsvorkehrungen um das Ziel der Massnahme zu erreichen und können im Rahmen dessen Personen untersagen, sich während der Durchsuchung zu entfernen.³⁶⁸ Sollte die Frage danach, wer Inhaber bzw. Inhaberin ist, Schwierigkeiten bereiten, ist auf die Dogmatik des Hausrechts beim Straftatbestand des Hausfriedensbruchs³⁶⁹ abzustellen.³⁷⁰ Grundsätzlich gilt, dass Berechtigter i.S. von Art. 244 Abs. 1 StPO der Eigentümer bzw. Mieter oder Pächter der fraglichen Räumlichkeiten ist. Bei deren Abwesenheit eignen sich bei Privaträumen auch volljährige Familienangehörige³⁷¹. Bei juristischen Personen o.Ä. sind die Organe respektive die leitenden Angestellten

³⁶³ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Art. 245 StPO.

³⁶⁴ BGE 96 I 441; 109 Ia 244; 139 IV 128 E. 1.4 ff.; SCHMID, S. 273.

³⁶⁵ Urteil des BGer 1B_519/207 vom 27.03.2018 E. 3.7.

³⁶⁶ KELLER, ZK, N 5 zu Art. 244 StPO.

³⁶⁷ Art. 245 Abs. 2 StPO; PIETH, S. 151.

³⁶⁸ Art. 242 StPO.

³⁶⁹ Art. 186 StGB.

³⁷⁰ PIETH, S. 151 f.

³⁷¹ Vgl. Art. 245 Abs. 2 StPO; PITTELOUD, N 546 zu Art. 244 StPO.

einwilligungsberechtigt.³⁷² Kann weder die Anwesenheit des Hausberechtigten noch einer anderen Bezugsperson sichergestellt werden, so muss eine Amtsperson bestellt werden, die die Ordnungsmässigkeit der Durchführung der Massnahme kontrolliert.³⁷³ Der Inhaber, ob beschuldigt oder nicht, ist berechtigt, während der Durchsuchung einen Rechtsanwalt beizuziehen. Auf dessen Eintreffen muss nicht bzw. lediglich eine kurze Zeit gewartet werden und dies nur dann, wenn damit der Zweck der Massnahme nicht gefährdet wird. Nicht unterbunden werden kann jedenfalls eine telefonische Kontaktaufnahme mit dem Rechtsanwalt. Beschuldigte Personen, die nicht Inhaber der Räume oder Gegenstände sind und deren Verteidiger, haben demgegenüber keinen Anspruch auf Anwesenheit bei der Durchsuchung. Art. 147 StPO ermöglicht zwar ein grundsätzliches Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei Beweiserhebungen, die Systematik des Gesetzes spricht jedoch dafür, dass sich Art. 147 StPO auf die Beweismittel des 4. Titels beschränkt und damit kein Teilnahmerecht für die Zwangsmassnahmen des 5. Titels postuliert.³⁷⁴

Durchsuchungen wie auch Untersuchungen können sich gegen Beschuldigte wie auch Dritte richten. Bei Dritten allerdings ist Art. 197 Abs. 2 StPO zu beachten.³⁷⁵

IX. ZWISCHENERGEBNIS

Hausdurchsuchungen durch die Behörden sind Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechte. Fremde Personen betreten die Wohnung – einen geschützten Raum – und durchsuchen selbst intimste Gegenstände. Deshalb ist eine Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 244 f. StPO als Zwangsmassnahme zu verstehen. Tangiert wird das Grundrecht des Hausrechts. Dieses schützt einerseits den Wohnbereich, welcher eine gewisse Privatsphäre sichert. Andererseits fallen darunter auch umfriedete, der Wohnung zuzurechnende Liegenschaften. Geschützt sind zudem Geschäfts- und weitere Privaträume.

³⁷² HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 20 zu Art. 244 StPO; KELLER, ZK, N 4 ff. zu Art. 245 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 6 zu Art. 244 StPO.

³⁷³ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 6 zu Art. 245 StPO.

³⁷⁴ KELLER, ZK, N 6 zu Art. 245 StPO; THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 13 zu Art. 245 StPO.

³⁷⁵ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 4 zu Art. 241-259 StPO sowie N 5 zu Art. 244 StPO.

In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, wie Art. 244 Abs. 1 StPO zu verstehen ist. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass eine einvernehmliche Hausdurchsuchung, bei der die berechtigte Person die Behörden mittels Einwilligung in die Räumlichkeiten einlässt, keine Zwangsmassnahme darstellt. Gewisse Vertreter der Lehre gehen noch einen Schritt weiter und plädieren dafür, dass damit auch die allgemeinen Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen nicht einzuhalten seien und so auch kein Hausdurchsuchungsbefehl nötig sei. Der andere Teil der Lehre vertritt die Ansicht, die Einwilligung vermöge den Zwangsmassnahmencharakter der Hausdurchsuchung nicht aufzuheben. Deshalb sei es trotz Einwilligung der betroffenen Person nötig, die Voraussetzungen, welche für die Durchführung von Zwangsmassnahmen gelten, einzuhalten und einen Hausdurchsuchungsbefehl vorzuweisen.

In der Rechtsprechung wird vertreten, dass bei Einwilligung kein schriftlicher Hausdurchsuchungsbefehl vonnöten sei. Es handle sich beim Erfordernis des Hausdurchsuchungsbefehls lediglich um eine Ordnungsvorschrift.

Die grammatischen Auslegung des Gesetzes erlaubt einen Verzicht auf einen Hausdurchsuchungsbefehl demgegenüber nicht. Auch wird mit keinem Wort im Gesetzes- text erwähnt, dass auf einen solchen verzichtet werden kann. Auch die Systematik des Gesetzes lässt keine andere Subsumtion als jene zu, dass Hausdurchsuchungen eindeutig als Zwangsmassnahmen zu klassifizieren sind.

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt eine Hausdurchsuchung, unabhängig davon, ob eine Einwilligung vorliegt oder nicht, einen materiellen Grundrechtseingriff dar, weshalb eine strafprozessuale Zwangsmassnahme vorliegt, welche mittels einer Einwilligung nicht aufzuheben ist. Somit sind die für die Zwangsmassnahmen einschlägigen Voraussetzungen stets einzuhalten.

Auch aufgrund der Kurzbetrachtung des historischen Verständnisses des Hausrechts wird die Haltung, mit der Einwilligung der betroffenen Person werde die Einhaltung der allgemeinen Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen obsolet da der Zwangsmassnahmencharakter dahinfalle, zu einem Rückschritt. Das Recht auf Privatsphäre wird durch die Hausdurchsuchung stark tangiert. Das Gesetz gibt mit den durch die Behörden einzuhaltenden Voraussetzungen den Rahmen für eine Missachtung dieses Grundrechts klar vor. Wenn nun die Einhaltung dieser Voraussetzungen derart leicht

umgangen werden kann, befinden wir uns problematisch schnell in einem Bereich, in welchem staatliche Macht missbraucht werden kann, wie bereits die angeführten historischen Beispiele gezeigt haben. Auch unter diesem Blickwinkel ist es unerlässlich, stets den ordentlichen Weg des Erfüllens sämtlicher Voraussetzungen nach Gesetz zu gehen und die Einwilligung der betroffenen Person zusätzlich einzuholen. Als Grundlage für das rechtmässige Durchführen einer Hausdurchsuchung darf sie jedoch nicht gelten.

Einigkeit herrscht in Lehre, Rechtsprechung wie Gesetzlage darüber, dass Art 244 Abs. 2 StPO stets eine Zwangsmassnahme darstellt und damit sämtliche Voraussetzungen in diesem Zusammenhang einzuhalten sind. Dies deckt sich mit der hier vertretenen Auffassung.

Ziel der Hausdurchsuchung ist das Auffinden oder Sicherstellen von beschuldigten Personen, Beweismitteln, oder deliktsrelevanten Vermögenswerten sowie das Feststellen von sich im Gange befindlichen Straftaten. Für die Anordnung der Massnahme zuständig ist in der Regel die Staatsanwaltschaft. Die Polizei führt im Alltag die Durchsuchung schliesslich meist durch. Hausdurchsuchungen erfordern dabei die Anwesenheit des Inhabers der Räume bzw. deren Vertreter oder einer Amtsperson.

Nachfolgend ist nun zu prüfen, welche allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die Anordnung von Hausdurchsuchungen zu erfüllen sind. Dies ist gerade mit Blick auf die Frage, ob ein Hausdurchsuchungsbefehl zwingend vorliegen muss oder nicht, unerlässliche Grundlage. Die Frage nach dem Hausdurchsuchungsbefehl stellt sich insbesondere aufgrund der Uneinigkeit in der Lehre, wenn eine Einwilligung im Sinne von Art. 244 Abs. 1 StPO vorliegt, plädiert doch ein Teil der Lehre dafür, dass die Hausdurchsuchung keine Zwangsmassnahme darstellt und ist davon auszugehen, dass die damit verbundenen Voraussetzungen in der Folge entsprechend obsolet werden. Somit wird es unerlässlich, diese Voraussetzungen zu kennen, um darauf aufbauend abwägen zu können, ob sie aufgrund einer Einwilligung vernachlässigbar sind oder nicht. Es folgt vorerst eine Auseinandersetzung mit den allgemeinen Voraussetzungen bevor die besonderen Voraussetzungen für die Anordnung einer Hausdurchsuchung analysiert werden. Da ein Teil der Lehre bei Freiwilligkeit vom Vorliegen des Hausdurchsuchungsbefehls absieht, ist es weiter nötig, die Modalitäten rund um diese Thematik

zu kennen, weshalb der Hausdurchsuchungsbefehl konkret nach den besonderen Anordnungsvoraussetzungen für Hausdurchsuchungen behandelt wird.

X. ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ANORDNUNG VON HAUSDURCHSUCHUNGEN

Einerseits bedarf es der allgemeinen für Zwangsmassnahmen geltenden Voraussetzungen im Sinne der Art. 196 bis 200 StPO. Die materiellen Voraussetzungen zur Ergreifung von Zwangsmassnahmen finden sich konkret in Art. 197 StPO.

1. GESETZLICHE GRUNDLAGE

Gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO bedürfen Zwangsmassnahmen einer gesetzlichen Grundlage i.S. von Gesetzen im formellen Sinn.³⁷⁶ Die Hausdurchsuchung ist im abschliessenden Zwangsmassnahmenkatalog in Art. 244 f. StPO gesetzlich vorgesehen.³⁷⁷ Damit handelt es sich um eine gesetzlich zulässige Zwangsmassnahme.

2. HINREICHENDER TATVERDACHT

Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO verlangt einen hinreichenden Tatverdacht als weitere Voraussetzung. Der notwendige Umfang des Tatverdachts bemisst sich nach der Eingriffs schwerie der jeweiligen Massnahme.³⁷⁸ Ein hinreichender Verdacht setzt das Vorliegen konkreter und tatsächlicher Hinweise auf eine strafbare Handlung voraus.³⁷⁹ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt der hinreichende Tatverdacht den Nachweis von konkreten Verdachtsmomenten voraus, wonach das inkriminierte Verhalten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die fraglichen Tatbestandmerkmale erfüllen könnte.³⁸⁰ Anders als bspw. bei der Untersuchungs- und Sicherheitshaft, die einen dringenden

³⁷⁶ REIMANN, S. 27; RIKLIN, N 1 zu Art. 197 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 3 zu Art. 197 StPO.

³⁷⁷ HUG/SCHEIDEDECKER, Komm. StPO, N 3 f. zu Art. 197 StPO.

³⁷⁸ Botschaft StPO, S. 1216.

³⁷⁹ Urteil des BGer 1C_275/2012 vom 21.09.2021; ähnlich 1S.16/2006 vom 09.01.2007.

³⁸⁰ Urteil des BGer 1S.16/2006 vom 09.01.2007.

Tatverdacht verlangen (Art. 221 Abs. 1 StPO), genügt bei der Hausdurchsuchung ein hinreichender Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO.³⁸¹

3. SUBSIDIARITÄT

Gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO dürfen die angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können. Damit gilt das Subsidiaritätsprinzip. Das Subsidiaritätsprinzip in lit. c sowie das in lit. d verankerte Proportionalitätsprinzip konkretisieren das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV und Art. 36 Abs. 3 BV.³⁸² Sofern mildere Mittel zur Verfügung stehen, müssen grundsätzlich zuerst diese ergriffen werden, was bedeutet, dass in diesen Fällen nicht zu einer Massnahme mit grundrechtseinschränkendem Charakter geschritten werden darf. Dies muss auch für die unterschiedlichen Zwangsmassnahmen selbst gelten. Hausdurchsuchungen können, je nach den vorliegenden Verhältnissen, erforderlich und das geeignetste, mildeste Mittel im Strafverfahren sein. Reicht eine Hausdurchsuchung für die notwendigen Erkenntnisse aus, darf entsprechend keine eingriffsintensivere Untersuchungshaft angeordnet werden.³⁸³ Auch wenn Hausdurchsuchungen nicht nur zur Aufklärung von Verbrechen und Vergehen zulässig sind, ist die Verhältnismässigkeit wiederum schnell in Frage zu stellen, wenn eine Hausdurchsuchung zur Aufklärung einer einzelnen Übertretung vorgenommen wird.³⁸⁴

In Bezug auf die Hausdurchsuchung im Konkreten erfordert der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bspw., dass eine Durchsuchung grundsätzlich nicht nachts oder an einem Sonntag durchgeführt werden sollte, es sei denn, die Umstände erfordern dies.³⁸⁵ Die Durchsuchung soll, soweit machbar, mit grösstmöglicher Rücksicht auf die betroffenen Personen, also den Beschuldigten, seine Angehörigen und alle anderen von der Massnahme Betroffenen, erfolgen.³⁸⁶ Eine Hausdurchsuchung am helllichten

³⁸¹ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 4 zu Art. 197 StPO.

³⁸² HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 17 zu Art. 197 StPO.

³⁸³ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 18 f. zu Art. 197 StPO.

³⁸⁴ Ebenso HEIMGARTNER, S. 52.

³⁸⁵ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 354; PIQUEREZ/MACALUSO, S. 470.

³⁸⁶ PITTELOUD, N 555 zu Art. 244.

Tag in einer belebten Nachbarschaft kann für eine betroffene Person insbesondere in persönlicher Hinsicht sehr einschneidend sein. Unter Umständen kann eine (geeignete) geheime Zwangsmassnahme für die betroffene Person aus dieser Perspektive gar die geeigneteren resp. eine mildere Variante sein. Entsprechend kommt der Rücksichtnahme auf die Betroffenen gerade bei dieser Zwangsmassnahme eine erhebliche Bedeutung zu.³⁸⁷

Im Vorentwurf wie im Entwurf zur StPO war vorgesehen, dass Hausdurchsuchungen, außer in dringenden Fällen, zwischen 20.00 bis 6.00 Uhr sowie an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen nicht durchgeführt werden dürfen.³⁸⁸ Diese Konkretisierungen zu Durchführungszeiten bzw. -tagen fanden jedoch keinen Eingang in die Endfassung der Strafprozessordnung.³⁸⁹ Damit haben die Behörden bei den geltenden Grundlagen im Alltag faktisch freie Hand, wann sie Hausdurchsuchungen durchführen wollen, solange sie sich im Rahmen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bewegen.

4. PROPORTIONALITÄT

Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips ist, dass auf Zwangsmassnahmen verzichtet werden muss, wenn mildere Mittel zur Verfügung stehen (Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO). Selbst wenn sich jedoch die Wahrheit nur mithilfe von Zwangsmassnahmen ermitteln lässt, muss von einem Grundrechtseingriff abgesehen werden, wenn Eingriffszweck und Eingriffswirkung nicht in einer vernünftigen Relation stehen.³⁹⁰ Beispieleweise kann bei einer Übertretung keine Haft angeordnet werden (Art. 221 Abs. 1 StPO).

Durchsuchungen und Untersuchungen dienen dazu, beschuldigte Personen, Beweismittel oder delikts- bzw. einziehungsrelevante Vermögenswerte zu finden und für ein Strafverfahren sicherzustellen.³⁹¹ Demnach muss eine Hausdurchsuchung dazu geeignet sein, diesen Zwecken zu genügen. Art. 244 StPO konkretisiert dies zusätzlich.

³⁸⁷ Ähnlich HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 18 zu Art. 197 StPO.

³⁸⁸ Art. 261 VE StPO; Art. 244 E StPO.

³⁸⁹ Art. 244 StPO.

³⁹⁰ BGE 133 I 81; 134 I 218; HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 20 zu Art. 197 StPO.

³⁹¹ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Vor Art. 241-259 StPO.

5. ZWISCHENERGEBNIS

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung von Hausdurchsuchungen liegen im Rahmen der vorhandenen gesetzlichen Grundlage vor. Ein Tatverdacht ist als Handlungsgrundlage notwendig. Dabei bemisst sich der Umfang des erforderlichen Tatverdachts nach der Eingriffsintensität der jeweiligen Massnahme. Bei der Hausdurchsuchung genügt ein hinreichender Tatverdacht. Im Sinne des Subsidiaritätsprinzips dürfen die angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können. In Bezug auf die Art und Weise der Hausdurchsuchung bedeutet das, dass diese mit grösstmöglicher Rücksicht auf die betroffenen Personen zu erfolgen hat. Sind mildere Mittel verfügbar, so muss auf eine vorgesehene Zwangsmassnahme verzichtet werden.

XI. BESONDERE VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ANORDNUNG VON HAUSDURCHSUCHUNGEN

Für eine zwangsweise Hausdurchsuchung bedarf es neben den allgemein für Zwangsmassnahmen geltenden Voraussetzungen nach den Artikeln 196 bis 200 StPO begründeter Erwartungen für das Bestehen einer der folgenden Umstände:³⁹²

1. ANWESENHEIT EINER GESUCHTEN PERSON

Nach Art. 244 Abs. 2 lit. a StPO kann eine zwangsweise Hausdurchsuchung vorgenommen werden, sofern angenommen wird, dass sich eine gesuchte Person in den entsprechenden Räumlichkeiten befindet. Es kann sich dabei um eine beschuldigte Person oder um eine sonstige Person handeln, die polizeilich vorgeführt werden soll (Art. 207 StPO) oder deren Aufenthalt festzustellen ist (Art. 210 StPO).³⁹³ Somit kann auch eine Hausdurchsuchung durchgeführt werden, wenn Zeugen oder Auskunftspersonen aufgefunden werden sollen, die vorgeladen wurden, jedoch nicht erschienen sind.³⁹⁴ Dabei ist der Verhältnismässigkeit der Massnahme besondere Beachtung zu schenken.³⁹⁵

³⁹² So auch Aus 29 mach 1, S. 116.

³⁹³ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 195.

³⁹⁴ Botschaft StPO, S. 1238; KELLER, ZK, N 9 zu Art. 244 StPO.

³⁹⁵ KELLER, ZK, N 9 zu Art. 244 StPO.

2. TATSPUREN, ZU BESCHLAGNAHENDE GEGENSTÄNDE ODER VERMÖGENSWERTE

Art. 244 Abs. 2 lit. b StPO verweist auf Art. 265 Abs. 1 lit. a – d StPO, wonach Beweismittel, der Einziehung oder Restitution unterliegende Gegenstände und Vermögenswerte sowie sonstige für die Sicherstellung des Vollzugs des möglichen künftigen Urteils geeignete Vermögenswerte der Beschlagnahme unterliegen. Auch die besonders erwähnten Tatsspuren sind Beweismittel.³⁹⁶ Tatsspuren sind physische Spuren von Tätern, Opfern oder sonstigen Dritten wie z.B. Fingerabdrücke, Fussspuren, Blut, Haare und dergleichen, die für die Täterermittlung oder die Beweisführung von Bedeutung sein können.³⁹⁷ Es besteht somit ein zwingender innerer Zusammenhang zwischen dem Zweck der Hausdurchsuchung und den Beschlagnahmemöglichkeiten und Einschränkungen nach Art. 263 und 264 StPO.³⁹⁸

3. TÄTERSCHAFT BEI TATBEGEHUNG

In Art. 244 Abs. 2 lit. c StPO sind Situationen angesprochen, bei denen die Aussicht darauf besteht, die Täterschaft auf frischer Tat – in flagranti – zu ertappen, was die Polizei bei Verbrechen und Vergehen zur vorläufigen Festnahme der fehlbaren Person im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StPO verpflichtet.³⁹⁹ Die Hausdurchsuchung dient in solchen Fällen demnach der Verhinderung weiterer Straftaten und hat präventiven Charakter.⁴⁰⁰

4. ZWISCHENERGEBNIS

Nebst den allgemeinen Voraussetzungen bedarf es begründeter Erwartungen für das Bestehen von bestimmten Umständen. Namentlich handelt es sich dabei nach Art. 244 Abs. 2 StPO um die Anwesenheit gesuchter Personen, um Tatsspuren, zu be-

³⁹⁶ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 196.

³⁹⁷ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 354; DELLAGANA-SABRY, S. 85.

³⁹⁸ KELLER, ZK, N 10 zu Art. 244 StPO.

³⁹⁹ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 196.

⁴⁰⁰ KELLER, ZK, N 11 zu Art. 244 StPO.

schlagnahmende Gegenstände oder Vermögenswerte sowie um laufende oder bevorstehende Straftaten.

XII. HAUSDURCHSUCHUNGSBEFEHL

1. PFLICHT ZUR VORWEISUNG DES HAUSDURCHSUCHUNGSBEFEHLS

Gemäss der allgemeinen Bestimmung von Art. 241 Abs. 1 StPO ist die Hausdurchsuchung mit einem schriftlichen Befehl anzurufen.⁴⁰¹ Art. 245 Abs. 1 StPO bildet eine Wiederholung und Ergänzung der allgemeinen Regel von Art. 199 StPO, wonach bei schriftlich angeordneten Zwangsmassnahmen den direkt betroffenen Personen gegen Empfangsbestätigung eine Kopie des Befehls und eines allfälligen Vollzugsprotokolls zu übergeben ist.⁴⁰² Art. 244 StPO spricht denn auch mit keinem Wort davon, dass die Einwilligung in eine Hausdurchsuchung den schriftlichen Befehl zu ersetzen vermag. Demnach müssen Hausdurchsuchungen in jedem Fall mit einem schriftlichen Befehl angeordnet werden.⁴⁰³

Der entsprechende Hausdurchsuchungsbefehl ist den Betroffenen vorzuzeigen,⁴⁰⁴ namentlich dem Inhaber des Hauses, der Wohnung etc., also der Person, die faktisch darüber verfügt (anwesender Hauseigentümer, Mieter usw.).⁴⁰⁵ Ist diese Person nicht anwesend, muss der Befehl einer anderen geeigneten anwesenden Person präsentiert werden. Nach Art. 199 StPO ist eine Kopie des Hausdurchsuchungsbefehls auszuhändigen.⁴⁰⁶ Der Hausdurchsuchungsbefehl ist von den ausführenden Behördenvertretern vorzuweisen, bevor mit der Massnahme begonnen wird. Dies erlaubt der betroffenen

⁴⁰¹ Aus 29 mach 1, S. 116; REIMANN, S. 28: Die Vornahme einer Hausdurchsuchung setzt einen schriftlichen und begründeten Hausdurchsuchungsbefehl voraus.

⁴⁰² ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 354; KELLER, ZK, N 2 f. zu Art. 245 StPO.

⁴⁰³ BURGER-MITTNER/BURGER, S. 308 f.

⁴⁰⁴ Urteil des BGer 1B_94/2022 vom 18.03.2022 E. 4.2; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Art. 245 StPO.

⁴⁰⁵ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 354.

⁴⁰⁶ KELLER, ZK, N 3 zu Art. 245 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 2 zu Art. 245 StPO.

Person einerseits auf allfällige Verwechslungen hinzuweisen. Andererseits wird ihr dadurch ermöglicht, gesuchte Gegenstände freiwillig herauszugeben.⁴⁰⁷

Wenn das Durchsuchungsobjekt vom Inhaber freiwillig geöffnet wird, beginnt die Hausdurchsuchung mit dem Betreten des Objekts durch die Durchsuchenden. Wenn das Durchsuchungsobjekt hingegen nicht freiwillig geöffnet wird und gegen den Willen des Inhabers oder gar unter Gewaltanwendung geöffnet werden muss, so sind, soweit dies überhaupt möglich ist, auch die sich remitent verhaltenden Hausbewohnenden über das Vorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls zu informieren. Muss mit der sofortigen Vernichtung von Beweismaterial oder gewaltsamem Widerstand gerechnet werden und wird die Hausdurchsuchung deshalb aus taktischen Gründen überraschend durchgeführt, so ist der Hausdurchsuchungsbefehl erst nach den erforderlichen Sach- oder Personensicherungsmassnahmen vorzuweisen, dann aber unverzüglich. Ist kein Hausdurchsuchungsbefehl vorhanden, etwa, weil z.B. Gefahr in Verzug liegt, so ist der Inhaber des Hausrechts darüber zu unterrichten. Dieser Umstand ist im Protokoll festzuhalten.⁴⁰⁸

2. INHALT DES HAUSDURCHSUCHUNGSBEFEHLS

In Art. 241 Abs. 2 StPO festgehalten, was der Hausdurchsuchungsbefehl minimal zu bezeichnen hat. In lit. a der Norm ist festgehalten, dass die zu durchsuchenden oder zu untersuchenden Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen zu bezeichnen sind. Im Befehl muss weiter der Zweck der Massnahme umschrieben sein (lit. b). Dieser umfasst den Tatverdacht, den Deliktsvorwurf sowie Ausführungen zum vorgeworfenen Sachverhalt.⁴⁰⁹ In lit. c ist das Erfordernis der Bezeichnung der zur Durchsuchung befugten Behörden oder Personen statuiert. Die Angaben bestimmen den Rahmen, innerhalb dessen die Durchsuchung erfolgen darf. Eingriffe in die

⁴⁰⁷ KELLER, ZK, N 3 zu Art. 245 StPO; THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 6 zu Art. 245 StPO; hierfür spricht auch der Wortlaut, welcher in Art. 261 Abs. 2 VE StPO ursprünglich vorgehsehen war.

⁴⁰⁸ KELLER, ZK, N 3 zu Art. 245 StPO.

⁴⁰⁹ Urteil des BGer 1B_243/2016 vom 06.10.2016, E. 4.4.2; CHEN, S. 210; REIMANN, S. 28: Die auf diese Weise zusammen mit der Begründung verlangten Mindestangaben sollen eine unzulässige Beweisausforschung verhindern. Des Weiteren soll hierdurch eine nachträgliche Überprüfung der Zwangsmassnahme möglich sein.

Rechtsphäre des Betroffenen sollen auf diese Weise begrenzt werden. Hierdurch wird die Hausdurchsuchung kontrollierbar.⁴¹⁰ Schliesslich dient der Hausdurchsuchungsbefehl auch als Informationsgrundlage für die Betroffenen. Demnach kommt dem Schriftstück eine Begrenzungs-, Überprüfungs- und Informationsfunktion zu. Diese gewährleistet die Einhaltung des Gebots der Verdachtssteuerung. Durchsuchungen werden somit nur in dem Ausmass ausgeführt, wie es der Tatverdacht gebietet.⁴¹¹ Im Erlass des Durchsuchungsbefehls hat die Verfahrensleitung darum den hinreichenden Tatverdachts zur Vornahme einer Hausdurchsuchung darzulegen.

Weder im Verwaltungsstrafrecht noch in der eidgenössischen Strafprozessordnung findet sich eine Verpflichtung, den Beginn oder die Dauer der Hausdurchsuchung im Hausdurchsuchungsbefehl anzugeben. Eine entsprechende Praxis des Bundesstrafgerichts oder des Bundesgerichts findet sich ebenfalls nicht. Ein Hausdurchsuchungsbefehl, welcher sich nicht zur Dauer oder den Beginn äussert, ist damit gültig.⁴¹²

3. HEILUNG EINES FEHLERHAFTEN HAUSDURCHSUCHUNGSBEFEHLS

a) Heilung ex post?

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können formelle Fehler insbesondere einer Durchsuchung so lange geheilt werden, als keine Anfechtung erfolgt sei.⁴¹³ Statt die bereits beschlagnahmten Gegenstände freizugeben und diese unmittelbar danach in einwandfreier Form wiederum zu beschlagnahmen, habe die Untersuchungsbehörde die bereits in ihrem Gewahrsam befindlichen Gegenstände erneut förmlich beschlagnahmen können. Im Rahmen dieses Entscheids wurde die Auffassung vertreten, eine mangelhafte Durchsuchung könne durch eine nachträgliche korrekte Anordnung geheilt werden, sofern diese vor der Beschwerdeerhebung erfolge.⁴¹⁴ Das Bundesgericht präzisierte

⁴¹⁰ CHEN, S. 210.

⁴¹¹ CHEN, S. 210.

⁴¹² BANGERTER, S. 97.

⁴¹³ BGE 120 IV 297 E. 3.e.

⁴¹⁴ BANGERTER, S. 119.

seine Rechtsprechung in einem späteren Urteil wie folgt: „Eine bereits durchgeführte rechtswidrige Hausdurchsuchung kann nicht nachträglich verfügt und so gerechtfertigt werden. Das Gleiche gilt auch für die Beschlagnahme; allerdings kann eine solche neu angeordnet werden, wenn im Zeitpunkt der neuen Anordnung die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.“⁴¹⁵ Diese Präzisierung ist sehr begrüßenswert. Ansonsten könnten Schutzmechanismen umgangen werden: Vage Hausdurchsuchungsbefehle könnten einfach im Nachhinein konkretisiert werden. Dies wiederum könnte zur Rechtfertigung problematischer fishing expeditions führen. Auch bei willkürlichen Annahmen von Gefahr in Verzug wären durch im Rahmen eines späteren Hausdurchsuchungsbefehls heikle Korrekturen möglich.⁴¹⁶

b) Heilung im Rechtsmittelverfahren

Rechtsmittelinstanzen treten mangels aktuellen Rechtsschutzzinteresses auf Beschwerden gegen Hausdurchsuchungen nicht ein. Deshalb liegt – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung zur Frage vor, ob ein mangelhaft begründeter Hausdurchsuchungsbefehl im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann.⁴¹⁷ Die Frage der Heilung könnte sich jedoch im Rahmen eines Entziegelungsverfahrens stellen, wenn im damit verbundenen Schriftenwechsel eine mangelhafte Begründung des Hausdurchsuchungsbefehls durch weitere Ausführungen ergänzt wird. BANGERTER führt aus, dass die Anforderungen an die Begründung des Hausdurchsuchungsbefehls nach heutiger Rechtsprechung eher tief sind. Enthält ein Hausdurchsuchungsbefehl jedoch kein Minimum an Informationen zur Begründung der Zwangsmassnahme, so kann er seine Informations- und Begrenzungsfunktion nicht mehr wahrnehmen und es ist seiner Ansicht nach von einem schweren Mangel auszugehen, welcher nicht geheilt werden kann. Andernfalls werde der Schutz vor fishing expeditions illusorisch.⁴¹⁸ Dieser Auffassung ist beizupflichten. Ohne minimal verpflichtende Anforderungen

⁴¹⁵ Urteil des BGer 1P.149/2003 vom 16.03.2003 E. 3.5.

⁴¹⁶ BANGERTER, S. 119.

⁴¹⁷ CHEN, S. 173: Nach der Autorin stünde der betroffenen Person die Anfechtung der Hausdurchsuchung mittels Beschwerde jedoch offen, wenn sie aufgrund einer Täuschung oder Drohung in eine solche eingewilligt habe.

⁴¹⁸ BANGERTER, S. 120 f.

an einen Hausdurchsuchungsbefehl werden Tür und Tor für unzulässige Beweisausfor- schung geöffnet, insbesondere, wenn zudem eine Heilung solcher Mängel zugelassen wird. Sofern jedoch die Anforderungen an die Begründung in Hausdurchsuchungs- befehlen aufgrund einer Änderung der Rechtsprechung wesentlich erhöht werden würden, so könnte tatsächlich ein Spielraum dafür entstehen, dass unzureichende Begründungen nicht gleich als schwerwiegende Mängel zu qualifizieren wären weil die Ausführungen sowieso viel ausführlicher resp. fundierter zu halten wären, wie BANGERTER zutreffend ausführt. Derartige Mängel könnten dann im Rahmen eines Entziegelungsverfahrens geheilt werden.⁴¹⁹

4. PROTOKOLLIERUNG

Im Strafverfahren gilt die Dokumentationspflicht, wobei alle nicht schriftlichen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden und der Parteien zu protokollieren sind. Dabei verfolgt die Protokollierung zwei Ziele: Einerseits kommt dem Protokoll eine Gedächtnis- bzw. Perpetuierungsfunktion zu, d.h. die prozessualen Vorgänge werden für spätere Verfahrensstadien, also für die Entscheidfindung und das Rechtsmittelverfahren, festgehalten resp. verschriftlicht. Andererseits hat das Protokoll Garantiefunktion. Damit kann später festgestellt werden, ob die prozessualen Regeln und Formen eingehalten worden sind.⁴²⁰ Es handelt sich bei der Hausdurchsuchung um eine Verfahrenshandlung, die nicht schriftlich durchgeführt wird. Deshalb ist nach Art. 76 Abs. 1 StPO ein Protokoll aufzunehmen.⁴²¹ Gerade in Bezug auf Hausdurchsuchungen sind denn auch beide genannten Funktionen von Bedeutung. Die Gedächtnis- bzw. Perpetuierungsfunktion tritt in den Vordergrund, wenn es um die Festhaltung des Verhaltens der Betroffenen geht, ob sie sich beispielsweise kooperativ beteiligen, bei der Suche nach bestimmten Gegenständen allenfalls sagen, wo diese sich befinden, bei Bedarf Schlüssel zur Verfügung stellen um Behältnisse zu öffnen usw. Die Garantiefunktion demgegenüber kommt zum Tragen, wenn protokolliert wird, dass bspw. der Inhaber von Papieren über die Möglichkeit der Einsprache orientiert wird und die Behörden

⁴¹⁹ BANGERTER, S. 121, siehe hierzu auch 7 Zulässigkeit der Beschwerde, S. 112.

⁴²⁰ Botschaft StPO, S. 1155.

⁴²¹ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 356; LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 233.

ihrer allgemeinen Aufklärungspflicht nachgekommen sind.⁴²² Über die Durchführung einer Hausdurchsuchung wird namentlich ein Verfahrensprotokoll mit einem genauen Verzeichnis der beschlagnahmten oder sichergestellten Dokumente, Gegenstände usw. erstellt. In Art. 77 StPO ist festgehalten, was das Protokoll beinhalten muss. Nach Art. 77 lit. a StPO müssen konkret Ort, Datum und Zeit der Hausdurchsuchung festgehalten werden. Damit sind die Uhrzeit des Beginns als auch des Endes der Massnahme anzugeben.⁴²³ Zudem müssen die Namen der mitwirkenden Behördenmitglieder, der Parteien, ihrer Rechtsbeistände sowie der weiteren anwesenden Personen im Sinne von Art. 77 lit. b StPO festgehalten werden. Des Weiteren ist die Belehrung über Rechte und Pflichten der von der Durchsuchung betroffenen Person zu dokumentieren, d.h. es ist festzuhalten, dass die Belehrung stattgefunden hat (vgl. Art. 77 lit. d StPO). Ergänzend sind detaillierte Angaben notwendig, wo vorgefundene Gegenstände oder Spuren genau entdeckt wurden. Dies gilt auch für die negative Feststellung, wo gesuchte Gegenstände gerade nicht gefunden wurden.⁴²⁴ Die Polizei erstellt vielfach über das Protokoll hinaus eine Dokumentation, worin mittels Fotos⁴²⁵ und entsprechender Beschriftung oder neuerdings auch mittels informationeller, dreidimensional darstellbarer Aufzeichnungen systematisch ein Überblick über das durchsuchte Objekt gegeben wird. Dies erlaubt es den Behörden, späteren allfälligen Diskussionen oder Einwänden stichhaltig zu begegnen. Der Ablauf der Durchsuchung, die von der Behörde getroffenen Anordnungen sowie Hinweise zur Beachtung der für die einzelnen Verfahrenshandlungen vorgesehenen Formvorschriften sind ebenfalls festzuhalten (Art. 77 lit. f StPO). Das Protokoll ist gemäss Art. 77 StPO durch die protokollführende Person und einen bei Bedarf hinzugezogenen Übersetzer, die Verfahrensleitung, wie auch durch den Hausberechtigten oder seinen Vertreter⁴²⁶ zu unterzeichnen. Betroffenen Personen ist eine Kopie auszuhändigen. Bei Zwangsmassnahmen ist laut Art. 199 StPO den direkt

⁴²² BANGERTER, S. 224 f.

⁴²³ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 356; NÄPFLI, BSK StPO, N 5 zu Art. 77 StPO.

⁴²⁴ PITTELOUD, N 554 zu Art. 244 StPO.

⁴²⁵ So auch JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 197; PITTELOUD, N 554 zu Art. 244 StPO.

⁴²⁶ M.W.H. KELLER, ZK, N 7 zu Art. 245 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 8 zu Art. 245 StPO.

betroffenen Personen generell eine Kopie des Vollzugsprotokolls gegen Empfangsbestätigung zu übergeben.⁴²⁷

Der Protokollierung kommt insbesondere im Falle fehlender Hausdurchsuchungsbefehlen eine besondere Bedeutung zu. Liegt kein derartiger Befehl vor und wird davon ausgegangen, dass dennoch eine rechtsgültige Durchführung einer Hausdurchsuchung aufgrund einer Einwilligung der betroffenen Person möglich ist, so muss mündlich darüber informiert werden, was ansonsten im Hausdurchsuchungsbefehl schriftlich niedergeschrieben wäre. Die mündliche Information übernimmt sodann die Begrenzungsfunktion der Hausdurchsuchung und gibt ihr den Rahmen. Für die Strafverfolgungsbehörden ist es dabei von grundlegender Bedeutung, sämtliche Informationen und den exakten Wortlaut der angeblichen Einwilligung der betroffenen Person genau zu protokollieren. Stellt sich der Betroffene nach der Hausdurchsuchung auf den Standpunkt, er sei unzureichend informiert und seine Einwilligung sei unter Druck erwirkt worden, obliegt der Beweis der Strafverfolgungsbehörde, dass dem nicht so gewesen sei. Andernfalls wird zugunsten des Beschwerdeführers angenommen, er sei ungenügend informiert oder belehrt worden resp. tatsächlich unter Ausübung von Druck o.ä. zur Einwilligung gedrängt worden.⁴²⁸ Liegt keine rechtsgültige Einwilligung vor und auch kein Hausdurchsuchungsbefehl, so sind allenfalls sichergestellte Gegenstände in rechtswidriger Weise erlangt worden, was wiederum zu einer Frage der Beweisverwertung wird. Da dies im Rahmen der Forschungsfrage ebenfalls von Relevanz ist, wird zu einem späteren Zeitpunkt hierauf zurückzukommen sein.

5. ZWISCHENERGEBNIS

Nach der allgemeinen Bestimmung gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO ist die Hausdurchsuchung mit einem schriftlichen Befehl anzurufen. Dieser ist den Betroffenen vor Beginn der Massnahme vorzuweisen und eine Kopie des Hausdurchsuchungsbefehls auszuhändigen. Dies ist nötig, um Verwechslungen vorzubeugen und den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, gesuchte Gegenstände freiwillig herauszugeben. Die Anwendung angemessener Gewalt ist zulässig.

⁴²⁷ RIKLIN, N 3 zu Art. 199.

⁴²⁸ Urteil des Berner Obergerichts BK 19 427 vom 07.01.2020 E. 7.4.

Im Befehl sind die zu durchsuchenden oder zu untersuchenden Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen zu bezeichnen. Weiter muss der Zweck der Massnahme umschrieben sein: Aufzuführen ist der Tatverdacht, der Deliktsvorwurf sowie Ausführungen zum vorgeworfenen Sachverhalt. Ebenfalls sind die zur Durchsuchung befugten Behörden oder Personen zu bezeichnen.

Während der Durchsuchung gilt die Dokumentationspflicht. Der Protokollierung kommt dabei insbesondere eine Gedächtnis- bzw. Perpetuierungsfunktion zu. Das Protokoll beinhaltet vorerst Ort, Datum und Zeit der Hausdurchsuchung. Im Hausdurchsuchungsbefehl muss der Beginn und die Beendigung der Durchsuchung nicht festgehalten werden, anders jedoch im Protokoll. Zudem sind die Namen der mitwirkenden Behördenmitglieder, der Parteien, allfälliger Rechtsbeistände sowie weiterer Anwesender zu erfassen. Die Belehrung über Rechte und Pflichten sowie die dazugehörige Aufklärung sind ebenfalls zu dokumentieren. Wo welche Gegenstände gefunden worden sind, ist gleichsam ins Protokoll aufzunehmen. Der Ablauf der Durchsuchung und Formvorschriften sind festzuhalten. Das Dokument ist von den beteiligten Personen zu unterzeichnen und dem Hausberechtigten oder dessen Vertreter eine Kopie des Vollzugsprotokolls gegen Empfangsbestätigung zu übergeben.

XIII. SONDERFALL „GEFAHR IN VERZUG“

Unter dem 5. Titel Zwangsmassnahmen wird im 3. Kapitel in Art. 213 StPO, die Thematik des Betretens von Räumlichkeiten durch Behörden aufgegriffen. In Abs. 1 wird vorerst auf die Bestimmungen der Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 244 ff. StPO verwiesen. Abs. 2 hält fest, dass bei Gefahr in Verzug das Betreten von Räumlichkeiten durch die Polizei auch ohne Hausdurchsuchungsbefehl erfolgen kann⁴²⁹ – wobei hier Fälle von Gefahr in Verzug bezüglich Anhaltung oder Festnahme von Personen gemeint sind.

Nach Art. 244 Abs. 2 StPO dürfen Wohnungen auch ohne Einwilligung der berechtigten Person durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass in den betreffenden Räumen Tatspuren oder zu beschlagnahmende Gegenstände oder Vermögenswerte vorhanden sind. Im Vorverfahren werden Hausdurchsuchungen von der Staatsanwaltschaft in

⁴²⁹ Ähnlich Aus 29 mach 1, S. 116.

einem schriftlichen Befehl angeordnet. In dringenden Fällen jedoch können sie nach Art. 241 Abs. 1 i.V.m. Art. 198 Abs. 1 StPO auch mündlich angeordnet werden, sind aber nachträglich schriftlich zu bestätigen.

Nach Art. 241 Abs. 3 i.V.m. Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO kann die Polizei im Vorverfahren ohne staatsanwaltlichen Befehl Durchsuchungen vornehmen, sofern Gefahr in Verzug liegt. Sie hat darüber allerdings unverzüglich die Staatsanwaltschaft zu informieren.⁴³⁰ Als unzulässig gelten müssen hingegen Hausdurchsuchungen ohne staatsanwaltschaftliche Anordnung aufgrund der Blanko-Begründung ‚Gefahr in Verzug‘, ohne diese Gefahr näher umschrieben zu haben. Es bedarf demnach auch bei Gefahr in Verzug einer Minimalbegründung, die im Nachgang angemessen auszuformulieren ist. Andernfalls bewegen sich die Behörden in heiklen Grenzüberschreitungen.⁴³¹ BGE 137 I 218 hält konkretisierend fest, dass eine Verurteilung basierend auf einer verdachtslos durchgeführten Zwangsmassnahme gar keinen Bestand haben darf.

Fazit aus dieser zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist, dass es zwar einerseits möglich sein muss, Hinweise auf Straftaten auf der Grundlage von Zufallsfunden auszuwerten. Missbräuchliche verdachtslose Beweisausforschung ist andererseits jedoch nicht zu unterstützen bzw. zu tolerieren. Aus diesem Grund müssen die Rechtsunterworfenen eine anfechtbare Verfügung verlangen können.⁴³² Es ist nachvollziehbar, dass bei Gefahr in Verzug keine in allen Details ausgearbeitete Abhandlung verlangt werden kann, welche umfassend die Notwendigkeit der anstehenden Hausdurchsuchung darlegt. Wenn bei Gefahr in Verzug jedoch nicht einmal eine Minimalbegründung vorgelegt werden muss, ist wiederum die Gefahr übereilter Durchsuchungen gross. Es darf nicht vergessen werden, dass es sich bei der Hausdurchsuchung um eine Zwangsmassnahme handelt, welche die Privatsphäre der Betroffenen sehr stark tangiert respektive verletzt.

KELLER hält fest, wenn bei Gefahr in Verzug noch kein Hausdurchsuchungsbefehl vorläge, so sei der Betroffene davon zu unterrichten und der Umstand im Protokoll festzuhalten.⁴³³ Dieser Haltung kann nicht gefolgt werden, da sie zu kurz greift. Es die

⁴³⁰ Urteil des BGer 1B_519/2017 vom 27.03.2018 E. 3.3; s.a. Art. 263 Abs. 3 StPO.

⁴³¹ Ähnlich GFELLER/BIGLER, S. 108 f.

⁴³² Ähnlich GFELLER/BIGLER, S. 109.

⁴³³ KELLER, ZK, N 3 zu Art. 245 StPO.

unverzichtbare Pflicht der Behörden im Sinne des Verhältnismässigkeitsgebots, auch unter dem Lichte von Gefahr in Verzug, im Minimum eine Kurzbegründung vorzulegen. Die Behörden sind damit gefordert, sich trotz der Eile mit den massgebenden Zielsetzungen und Rahmenbedingungen auseinanderzusetzen. Damit kann einem nicht ausreichend reflektierten, und allenfalls folgenschwer überstürzten Handeln entgegengewirkt werden. Die Schwere des Eingriffs in die Privatsphäre der betroffenen Person erfordert dies gerade auch, wenn Gefahr in Verzug ist.

XIV. DURCHFÜHRUNG DER HAUSDURCHSUCHUNG

Eine Hausdurchsuchung ist mit der gebotenen Zurückhaltung durchzuführen, was noch verstärkt zum Tragen kommt, wenn Räume von nicht beschuldigten Personen zu durchsuchen sind.⁴³⁴ Auch hierbei sei erneut erwähnt, dass die Anwendung von Gewalt, wie bspw. das gewaltsame Öffnen von Türen, nur dann in Frage kommt, wenn keine milderer Mittel zur Verfügung stehen. Wenn keine zeitliche Dringlichkeit besteht, soll ein Schlüssel beschafft oder ein Schlüsseldienst gerufen werden.⁴³⁵ Entsteht bei der Hausdurchsuchung ein Schaden, bspw. wenn Türen oder Schlosser trotzdem aufgebrochen werden müssen, so ist nach den Grundsätzen der Strafprozessordnung eine Entschädigung für den entstandenen Schaden zu leisten.⁴³⁶ Die Entschädigung erfolgt grundsätzlich nach Art. 429 und 434 StPO, wenn dies nach den Umständen gerechtfertigt ist.⁴³⁷ Die Anwendung von Gewalt im Sinne des Aufbrechens der Wohnung o.Ä. ist demnach als äusserstes Mittel zulässig, jedoch nur unter strenger Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.⁴³⁸

Eindrücklich ist, dass Art. 245 StPO keine Hinweise darauf enthält, dass zu gewissen Uhrzeiten (im Sinne von Sperrstunden) von Hausdurchsuchungen abgesehen werden muss. Hierbei sei aber darauf verwiesen, dass bei der Wahl des Zeitpunktes der Durchführung einer Hausdurchsuchung selbstredend ebenfalls das Prinzip der Verhältnis-

⁴³⁴ KELLER, ZK, N 12 zu Art. 244 StPO.

⁴³⁵ KELLER, ZK, N 12 zu Art. 244 StPO; PITTELOUD, N 556 zu Art. 244 StPO.

⁴³⁶ Art. 429 ff. und Art. 434 StPO; KELLER, ZK, N 12 zu Art. 244 StPO.

⁴³⁷ PITTELOUD, N 556 zu Art. 244 StPO.

⁴³⁸ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 3 zu Art. 245 StPO.

mässigkeit zu beachten ist.⁴³⁹ Weiter sei zu erwähnen, dass bei der Durchführung einer Hausdurchsuchung auch das nötige Mass an Diskretion an den Tag zu legen ist. Das Vorverfahren ist nicht öffentlich. Demnach und auch unter dem Lichte des Persönlichkeitsschutzes geht es bspw. nicht an, insbesondere die Medien über eine beabsichtigte Hausdurchsuchung bei einer prominenten Person im Vornherein zu informieren.⁴⁴⁰

1. BEGINN

Da es im Normalfall dem Sicherungszweck der Massnahme widerspräche, wird eine Hausdurchsuchung grundsätzlich nicht vorher angekündigt. Andernfalls entstünde die Möglichkeit, Belastungsbeweise wegzuschaffen. Die Hausdurchsuchung beginnt deshalb meist unangekündigt in den frühen Morgenstunden. Erfahrungsgemäss ist die Wahrscheinlichkeit dann am grössten, eine Person zu Hause anzutreffen.⁴⁴¹ Grundsätzlich haben die ausführenden Behördenvertreter (i.d.R. die Polizei) den Hausdurchsuchungsbefehl vorzuweisen bevor sie mit der eigentlichen Durchsuchung beginnen.⁴⁴² Die betroffene Person erhält damit die Chance, auf Verwechslungen (im Objekt) hinzuweisen oder gesuchte Gegenstände allenfalls freiwillig herausgeben zu können. Vertreter der Auffassung, es gäbe freiwillige Hausdurchsuchungen, sehen den Beginn derselben im Betreten des Objekts durch die Durchsuchenden. Wird ein Objekt nicht freiwillig geöffnet und muss gegen den Willen des Inhabers oder unter Gewaltanwendung geöffnet bzw. darin eingedrungen werden, so sind, sofern dies möglich ist, auch renitente Betroffene über das Vorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls zu informieren.⁴⁴³ Dabei hat auch eine Belehrung über die Rechte und Pflichten zu erfolgen, namentlich über das Recht, die Siegelung im Sinne von Art. 248 StPO zu verlangen.⁴⁴⁴ Ausnahmsweise kann ein Hausdurchsuchungsbefehl auch erst nach den erforderlichen Sach- oder Personensicherungsmassnahmen vorgewiesen werden. Namentlich wenn der Zugriff

⁴³⁹ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 3 f. zu Art. 245 StPO.

⁴⁴⁰ KELLER, ZK, N 13 zu Art. 244 StPO, ähnlich PITTELOUD, N 555 zu Art. 244 StPO.

⁴⁴¹ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 196 f.

⁴⁴² ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 354.

⁴⁴³ KELLER, ZK, N 3 zu Art. 245 StPO.

⁴⁴⁴ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 197.

aus taktischen Gründen überraschend durchgeführt werden muss, weil etwa mit der sofortigen Vernichtung von Beweismitteln (bspw. Drogen) oder gewaltsamem Widerstand zu rechnen ist.⁴⁴⁵

2. STELLUNG DES BETROFFENEN

Art. 245 Abs. 2 StPO sieht eine Pflicht des anwesenden Wohnungsinhabers (subsidiär eines volljährigen Familienmitglieds oder einer anderen geeigneten Person gemäss Abs. 2) zur Präsenz während der Hausdurchsuchung vor. Diese Anwesenheitspflicht stützt sich insbesondere auf vier Überlegungen: Es wird dem rechtlichen Gehör Rechnung getragen, soweit die Wohnungsinhabenden anwesend sind. Die Präsenz von Bewohnenden kann der Effizienz der Hausdurchsuchung dienen, wenn die Personen kooperativ sind und sagen, wo Gegenstände sich befinden. Die Präsenz liegt auch im Interesse der Bewohnenden zum Schutz ihrer Privatsphäre, wenn sie dabei sein können, wenn die eigenen Räumlichkeiten durchsucht werden und dies nicht in ihrer Abwesenheit geschieht. Schliesslich vermindert es das Risiko von späteren Vorwürfen, Gegenstände seien verschwunden, die nicht im Hausdurchsuchungsprotokoll erwähnt sind.⁴⁴⁶ So hat der Inhaber auch das Recht, die mit der Durchsuchung betrauten Beamten bei der Ausführung der Amtshandlung zu begleiten.⁴⁴⁷ Gibt es mehrere Inhaber, so haben alle ein Anwesenheitsrecht. Von der Polizei kann in der Regel verlangt werden, eine kurze Zeit zuzuwarten, wenn ein abwesender Inhaber leicht erreichbar und es ihm möglich ist, in nützlicher Frist zu erscheinen; dies natürlich nur, soweit dadurch der Zweck der Massnahme nicht beeinträchtigt oder gar vereitelt wird.⁴⁴⁸ Bei verspätetem Eintreffen eines Anwesenheitsberechtigten wird die Durchsuchung fortgeführt, bisherige Handlungen müssen selbstredend nicht wiederholt werden. Gemäss Botschaft darf eine Hausdurchsuchung nötigenfalls auch ohne Präsenz des Inhabers oder einer anderen Person, sofern auch eine solche unerreichbar ist, durchgeführt werden. Das ist

⁴⁴⁵ KELLER, ZK, N 3 zu Art. 245 StPO.

⁴⁴⁶ RIKLIN, N 3 zu Art. 245 StPO.

⁴⁴⁷ Ebenso JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 196 f.; PIQUEREZ/MACALUSO, S. 471.

⁴⁴⁸ Nach JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 197 kann ein Hausrechtsinhaber, der nicht zur Durchsuchung erscheinen kann oder will auch via Telekommunikation gefragt werden, wer als Urkunds-person beizuziehen sei.

etwa wegen eines aufgrund zeitlicher Dringlichkeit notwendigen Zugriffs zu Unzeiten denkbar.⁴⁴⁹ Demnach dürfte das stipulierte Recht bzw. die Pflicht zur Anwesenheit bzw. Teilnahme wohl lediglich dem Rang einer Ordnungsvorschrift entsprechen.⁴⁵⁰

Dem Betroffenen steht es frei, ob beschuldigt oder nicht, zur Durchsuchung einen Rechtsanwalt beizuziehen. Auf dessen Eintreffen muss nicht oder maximal kurze Zeit gewartet werden, wobei das Zuwarten auch nur dann angemessen ist, wenn der Zweck der Massnahme dadurch nicht vereitelt wird. Demgegenüber haben beschuldigte Personen, die nicht Inhaber der Räume oder Gegenstände sind, und deren Verteidiger keinen Anspruch auf Anwesenheit bei der Durchsuchung.⁴⁵¹

3. ANWESENHEITSRECHTE BZW. -PFLICHTEN DRITTER

Wenn der Inhaber abwesend ist, er sich also weder im Durchsuchungsobjekt noch in der Nähe befindet, so ist ein volljähriges Familienmitglied oder eine andere geeignete Person beizuziehen.⁴⁵² Die Anwesenheit des Inhabers bzw. der Bezug eines nicht am Verfahren beteiligten Dritten, wobei auch an einen Hauswart, einen Vertreter der Gemeinde etc. zu denken ist, soll eine korrekte Durchführung gewährleisten. Insbesondere Urkundspersonen sind dazu geeignet. Personen, von denen die Polizei die Öffnung des Objekts verlangt, ist der Hausdurchsuchungsbefehl mindestens auszugsweise vorzuweisen. Es ist nötig, dass sich auch Dritte darüber vergewissern können, dass tatsächlich eine Hausdurchsuchung angeordnet wurde.⁴⁵³

Dies spricht abermals dafür, dass Hausdurchsuchungen grundsätzlich nur durchgeführt werden sollten, wenn ein entsprechender Hausdurchsuchungsbefehl vorliegt. Ansonsten gefährden die durchführenden Behörden allenfalls deren rechtmäßige Durchführung. Dies wiederum ist mit vermeidbarem Aufwand verbunden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dem Bezug einer Amts- resp. Urkundsperson aufgrund der Schweigepflicht gegenüber dem Einsatz etwa eines Hauswärts der Vorzug zu geben. Diskretion

⁴⁴⁹ Botschaft StPO, S. 1238.

⁴⁵⁰ Zum Ganzen KELLER, ZK, N 4 zu Art. 245 StPO.

⁴⁵¹ KELLER, ZK, N 6 zu Art. 245 StPO.

⁴⁵² Urteil des BGer 1B_94/2022 vom 18.03.2022 E. 4.2.

⁴⁵³ KELLER, ZK, N 5 zu Art. 245 StPO.

und Persönlichkeitsrechte von betroffenen Person können damit besser gewahrt werden. Im Alltag ist der Beizug etwa eines Hauswärts für einen Betroffenen auch insofern unangenehm, als er mit diesem im Alltag immer wieder im Kontakt steht. Es ist demnach verhältnismässiger, bei Bedarf auf eine Person zurückzugreifen, die der betroffenen Person möglichst wenig nahesteht.

4. SIEGELUNG

Die Siegelung ist im Rahmen der Hausdurchsuchung ein Instrument zum Schutz der Betroffenen. Mit Blick auf den Einleitungsfall gewinnt diese Möglichkeit eine besondere Bedeutung. Werden in der Praxis Hausdurchsuchungen auf Grundlage von Art. 244 Abs. 1 StPO auf freiwilliger Basis durchgeführt, ohne dass die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsmassnahmen vorliegen und sind sich die Betroffenen beim überraschenden Vorgehen der Behörden dabei nicht vollends darüber im Klaren, wie ihnen geschieht, ist es umso wichtiger, dass sie nach der Durchsuchung die Möglichkeit haben, den weiteren Verlauf bei Bedarf zumindest temporär zu unterbrechen. Die damit verbundenen Fragen werden anschliessend vertieft geprüft und dabei das Entsiegelungsverfahren in den Grundzügen skizziert.

Zu Beginn der Hausdurchsuchung ist der Hausrechtsinhaber bzw. dessen Stellvertreter unter Vorweisung des schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehls über seine Rechte und Pflichten zu belehren.⁴⁵⁴ Dazu gehört namentlich das Recht, die Siegelung im Sinne von Art. 248 StPO zu verlangen.⁴⁵⁵ Damit kann die betroffene Person die Durchsuchung von sichergestellten, potentiell beweisrelevanten Aufzeichnungen und Gegenständen vorläufig verhindern.⁴⁵⁶ Die Siegelung kann dabei auch bei einer freiwilligen Herausgabe von Papieren o.ä. verlangt werden.⁴⁵⁷ Damit ist klar: Selbst wenn eine betroffene Person etwas freiwillig herausgibt, ist seitens Behörden dennoch auf die Möglichkeit der Siegelung aufmerksam zu machen; es trifft sie also in jedem Fall eine behördliche Informationspflicht.

⁴⁵⁴ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 354.

⁴⁵⁵ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 197.

⁴⁵⁶ LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 235; REIMANN, S. 1.

⁴⁵⁷ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 361.

Im Sinne des Zürcher Kommentars handelt es sich bei der Siegelung dogmatisch um einen Rechtsbehelf im engeren Sinne. Die Siegelung bewirkt ein suspensiv bedingtes Verwertungsverbot. Somit stellt sie eine strafprozessuale Sofortmassnahme dar.⁴⁵⁸ Solange die Siegelung nicht rechtsgültig aufgehoben ist, dürfen versiegelte Aufzeichnungen nicht zur Kenntnis genommen, nicht ausgewertet und nicht für die weiteren Beweiserhebungen oder die Beweisführung verwendet werden. Aufgehoben werden kann die Siegelung durch eine nachträgliche Freigabe durch den ursprünglichen Antragssteller oder aufgrund eines richterlichen Entsiegelungsentscheids. Die Siegelung ist als rechtlicher wie auch als physischer Vorgang zu verstehen. Die Strafverfolgungsbehörden verpacken sichergestellte Unterlagen, Computer, Festplatten und dergleichen in einer Art und Weise, die den Zugriff auf diese Aufzeichnungen ohne Brechen des Siegels verunmöglicht. Es können auch ganze Räume versiegelt werden.⁴⁵⁹ Ein Zugriff ist bis zum Entsiegelungsentscheid rechtlich untersagt. Eine Verletzung des Siegels kann als Siegelbruch nach Art. 290 StGB strafbar sein.⁴⁶⁰

Insbesondere bei Wirtschaftsstrafverfahren geniesst die Siegelung einen zweifelhaften Ruf, zumal sie, je nach Beschaffenheit und Menge der versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände, den Fortgang des Strafverfahrens erheblich erschweren kann.⁴⁶¹ Ein Kernproblem dabei liegt in der Dauer des Entsiegelungsverfahrens. Lange Verfahren bringen die Gefahr der Verjährung mit sich und bergen entsprechendes Missbrauchs-potential, wenn Verfahren über Rechtsverteilter durch Siegelungsanträge verzögert und allenfalls ausgehebelt werden können.⁴⁶²

Der eigentliche Zweck der Siegelung liegt insbesondere im Schutz der Geheim- und Privatsphäre.⁴⁶³ Die Siegelung hat nach REIMANN ein Verwendungsverbot zur Folge, was sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 248 Abs. 1 StPO ergibt.⁴⁶⁴ Alternativ zur Sie-

⁴⁵⁸ ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 361.

⁴⁵⁹ Ähnlich REIMANN, S. 60.

⁴⁶⁰ KELLER, ZK, N 2 ff. zu Art. 248 StPO.

⁴⁶¹ REIMANN, S. 1.

⁴⁶² Ähnlich REIMANN, S. 2.

⁴⁶³ REIMANN, S. 13.

⁴⁶⁴ REIMANN, S. 19.

gelung, welche eine Durchsuchung und damit die Kenntnisnahme von sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenständen ad hoc zu verhindern vermag, kann eine betroffene Person die einzelnen im Zusammenhang mit der Beweismittelbeschlagnahme stehenden Zwangsmassnahmen nach Massgabe von Art. 393 StPO grundsätzlich in jedem Stadium des Beweismittelbeschlagnahmeverfahrens auch mit Beschwerde anfechten.⁴⁶⁵ Faktisch wird die Beschwerdemöglichkeit jedoch durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung erheblich eingeschränkt. Die restriktive Praxis des Bundesgerichts erscheint nicht unproblematisch, zumal die weitreichenden Beschwerdebefugnisse vom Gesetzgeber eigentlich bewusst als Gegengewicht zu der dominanten Stellung der Staatsanwaltschaft im Vor- und Zwischenverfahren etabliert wurden.⁴⁶⁶ Dies erhöht wiederum die Bedeutung der Siegelung für den Rechtsschutz der von einer Zwangsmassnahme betroffenen Person.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Legitimation, sich gegen eine Durchsuchung von Aufzeichnungen zu wehren, über den Kreis der Gewahrsamsinhaber hinaus ausgedehnt. Legitimiert sind Personen, die unabhängig von Besitzverhältnissen ein geschütztes Recht an den Unterlagen oder der Geheimhaltung des Inhalts haben können.⁴⁶⁷

Der Gesetzestext gibt in Bezug auf die Frist zur Stellung eines Siegelungsantrags keine Auskunft. Die Rechtsprechung hingegen verlangt, dass ein Siegelungsbegehr unverzüglich gestellt wird.⁴⁶⁸ Das Begehr muss jedenfalls in zeitlicher Hinsicht mit der erfolgten Sicherstellung in einem nahen Zusammenhang stehen.⁴⁶⁹ Ein Begehr, das erst drei Wochen nach der Hausdurchsuchung gestellt wird, gilt als verspätet.⁴⁷⁰ Demgegenüber ist ein Siegelungsgesuch innert fünf Arbeitstagen rechtzeitig, zumindest

⁴⁶⁵ HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 40 zu Art. 244 StPO.

⁴⁶⁶ Siehe dazu Begleitbericht VE-StPO, S. 262; REIMANN, S. 49.

⁴⁶⁷ BGE 140 IV 28 E. 4.3; HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 2 ff. zu Art. 248 StPO; KELLER, ZK, N 6 zu Art. 248 StPO; OBERHOLZER, Rz. 1414; REIMANN, S. 55.

⁴⁶⁸ HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 6 zu Art. 248 StPO; LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 235; REIMANN, S. 57.

⁴⁶⁹ Urteil des BGer 1B_320/2012 vom 14.12.2012 E. 4 ff.

⁴⁷⁰ Urteil des BGer 1B_454/2016 vom 24.01.2017 E. 3.1.

bei komplexen Sicherstellungen, welche entsprechende Abklärungen von Seiten des Berechtigten erfordern.⁴⁷¹

Gleich wie bei der Siegelungsfrist besteht auch hinsichtlich der Antragsform der Siegelung keine gesetzliche Vorschrift. Demnach ist der Betroffene hierbei an keine bestimmte Form gebunden.⁴⁷² Im Rahmen des Siegelungsantrags ist es jedoch nötig, dass zumindest glaubhaft gemacht wird, inwiefern Schutzinteressen einer Durchsuchung bzw. einer Beschlagnahme entgegenstehen.⁴⁷³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Siegelungsgründe allerdings lediglich sinngemäss anzurufen und müssen noch nicht detailliert begründet sein.⁴⁷⁴ Dabei bezieht sich dem Wortlaut von Art. 248 Abs. 1 StPO zufolge das Siegelungsrecht auf Gegenstände und Aufzeichnungen, die entweder wegen eines Aussage- oder eines Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen. Während sich das Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 113 sowie Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO primär auf die beschuldigte Person bezieht, ist das Zeugnisverweigerungsrecht auf die in den Art. 168 ff. StPO aufgeführten Kategorien gerichtet.⁴⁷⁵

Festzuhalten ist weiter, dass gemäss Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit ihrer Verteidigung nicht beschlagnahmt werden dürfen. Das Zeugnisverweigerungsrecht von Anwältinnen und Anwälten, das bereits gemäss Art. 170 i.V.m. Art. 264 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 248 Abs. 1 StPO ein Beschlagnahmeverbot und damit einen Siegelungsgrund begründet, erfährt dabei einen qualifizierten Schutz. Dieser lässt sich primär aus dem in Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK sowie in dem in Art. 32 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf freien Verkehr mit der Verteidigung ableiten.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ Urteil des BGer 1B_91/2016 vom 04.08.2016 E. 5.3.

⁴⁷² REIMANN, S. 59.

⁴⁷³ Botschaft StPO, S. 1239.

⁴⁷⁴ Urteil des BGer 1B_219/2017 vom 23.08.2017 E. 3.1; 1B_382/2017 vom 22.12.2017 E. 3.1 f.; ähnlich LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 235.

⁴⁷⁵ REIMANN, S. 65.

⁴⁷⁶ REIMANN, S. 67.

In Bezug auf persönliche Aufzeichnungen und Korrespondenz ist festzuhalten, dass Unterlagen und Gegenstände, welche der Intimsphäre der beschuldigten Person zuzuordnen sind, nur mit grösstmöglicher Zurückhaltung als Beweismittel in das Strafverfahren einfließen sollten. Dabei sind Aufzeichnungen gemeint, die den höchstpersönlichen Bereich der beschuldigten Person betreffen, wie bspw. von der beschuldigten Person selbst verfasste oder an diese gerichtete Nachrichten.⁴⁷⁷

In Art. 264 Abs. 1 lit. c StPO ist sodann ein Beschlagnahmeverbot für Gegenstände und Unterlagen verankert, die aus dem Verkehr des Beschuldigten mit einer Person stammen, die über ein Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund eines Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses verfügt. Dies gilt jedoch nicht, wenn die zeugnisverweigerungsberechtigte Person im gleichen Sachzusammenhang selber beschuldigt ist.⁴⁷⁸ Dies wiederum betrifft insbesondere das Anwaltsgeheimnis, wobei es sich hierum um einen Sonderfall handelt.

Die Regelungen betreffend das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund eines Berufsgeheimnisses stehen gemäss Art. 171 Abs. 4 StPO unter dem Vorbehalt des Anwaltsge setzes. Mitunter von Interesse ist dabei Art. 13 Abs. 1 BGFA, wonach Anwältinnen und Anwälte zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann über alles, was ihnen infolge ihres Berufs von ihren Klienten anvertraut worden ist, dem Berufsgeheimnis unterstehen. Dies gilt nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BGFA auch im Falle einer Entbindung von der Geheimhaltungspflicht. Folglich erlangt Art. 171 Abs. 2 lit. b StPO für Anwältinnen und Anwälte keine Geltung. Da auch keine Anzeigepflichten nach Art. 171 Abs. 2 lit. a StPO bestehen, gilt für den Anwaltsstand ein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht. Dies wirkt sich entsprechend auf das in Art. 264 Abs. 1 lit. c StPO enthaltene Beschlagnahmeverbot sowie auf den in diesem Zusammenhang gestellten Siegelungsantrag aus.⁴⁷⁹ Das Anwaltsgeheimnis bezieht sich dabei grundsätzlich auf sämtliche Informationen, die Anwältinnen und Anwälten im Hinblick auf die bzw. im Rahmen der Ausübung ihrer Berufstätigkeit zur Kenntnis gebracht werden.⁴⁸⁰ Nicht vom Schutz erfasst sind jedoch Gegenstände und Unterlagen, welche beim Anwalt hinterlegt werden, um

⁴⁷⁷ REIMANN, S. 69 f.

⁴⁷⁸ Vgl. e contrario BGE 140 IV 108 E 6.5; REIMANN, S. 71.

⁴⁷⁹ Zum Ganzen REIMANN, S. 75 f.

⁴⁸⁰ BGE 143 IV 462 E. 2.2.

diese der Beweiserhebung durch die Strafbehörde zu entziehen.⁴⁸¹ Hier bedarf es der Ergänzung: Da ein Anwalt sich auch mit Bezug auf Gegenstände, die an sich der Beschlagnahme unterliegen, auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen muss, sind an die Vermutung, er könnte im Besitz der gesuchten Gegenstände sein, strenge Anforderungen zu stellen. Vage Hinweise, der Angeschuldigte könnte etwas bei seinem Anwalt deponiert haben, genügen hierbei nicht.⁴⁸² Kommt es zur Durchsuchung der Kanzlei, muss dem Anwalt zuerst die Möglichkeit gegeben werden, die verlangten Unterlangen herauszugeben. Immerhin stellt die Hausdurchsuchung einen schweren Eingriff in seine eigene Sphäre dar und könnten durchaus auch Interessen weiterer Klienten tangiert werden. Hat der betroffene Klient einer Herausgabe nicht vorbehaltlos zugestimmt, so hat der Anwalt die Siegelung der Akten zu verlangen.⁴⁸³ Besonders wichtig ist, dass die Hausdurchsuchung von Anwaltskanzleien verhältnismässig ist und die Schwere des Delikts eine derartige Massnahme tatsächlich rechtfertigt. Die gezielte Beschränkung der Hausdurchsuchung auf die gesuchten Gegenstände ist dabei unerlässlich.⁴⁸⁴ Wenn die begründete Gefahr besteht, dass Interessen unbeteiligter Klienten tangiert sein könnten, ist der Bezug eines neutralen Beobachters empfehlenswert. Ein Mitglied der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte wäre beispielsweise für diese Aufgabe geeignet.⁴⁸⁵

Demgegenüber können sich Anwältinnen und Anwälte, die als Unternehmensjuristen tätig sind, nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen. Dies ergibt sich daraus, dass Unternehmensjuristen aufgrund arbeitsrechtlicher Treuepflichten zur Verschwiegenheit verpflichtet sind und keinem Mandatsverhältnis unterliegen, bei dem eine aufgrund öffentlicher Interessen besonders schutzbedürftige Vertrauensbeziehung begründet wird.⁴⁸⁶

⁴⁸¹ Vgl. BGE 102 IV 210.

⁴⁸² ERNI, S. 22.

⁴⁸³ ERNI, S. 22.

⁴⁸⁴ ERNI, S. 22 f.

⁴⁸⁵ ERNI, S. 23.

⁴⁸⁶ REIMANN, S. 77.

Schliesslich können noch andere Gründe eine Siegelung auslösen. In Betracht kommen namentlich Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse oder die diplomatische Immunität des Inhabers als andere Gründe im Sinne von Art. 248 Abs. 1 StPO.⁴⁸⁷

Grosse Relevanz hat in der Praxis die Tatsache, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens auch Rügen betreffend die Zulässigkeit der Durchsuchung bzw. der vorgelagerten Zwangsmassnahme vorgebracht werden können.⁴⁸⁸ Hierbei ist zusammenfassend festzuhalten: Sofern die von der Zwangsmassnahme betroffene Person neben allfälliger Geheimhaltungsinteressen auch die Unrechtmässigkeit der Vornahme der Zwangsmassnahme geltend machen will, hat sie diese Rügen im Rahmen des Siegelungs- bzw. Entsiegelungsverfahrens vorzubringen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht für eine neben dem Siegelungsantrag vorgebrachte Beschwerde gegen die entsprechende Zwangsmassnahme kein Raum. Beruft sich die betroffene Person jedoch ausschliesslich auf die Unrechtmässigkeit der Zwangsmassnahme, wird zumindest das Bundesgericht auf eine entsprechende Beschwerde in der Regel nicht eintreten. Dies unabhängig davon, ob die besagte Rüge im Rahmen eines Siegelungsantrags oder einer Beschwerde vorgebracht wurde.⁴⁸⁹

Zu betonen ist, dass die Strafbehörde grundsätzlich nicht verpflichtet ist, einem Siegelungsgesuch Folge zu leisten. Mittels Verfügung kann eine Abweisung des Gesuchs erfolgen. Gegen diese Verfügung wiederum kann sich eine betroffene Person mittels StPO-Beschwerde zur Wehr setzen. Sichtet und verwertet die Strafbehörde die betroffenen Aufzeichnungen jedoch in der Zwischenzeit, trägt sie das Risiko einer allfälligen Unverwertbarkeit.⁴⁹⁰

Es kann festgehalten werden, dass Personen, die in eine Hausdurchsuchung einwilligen, weil sie von der aussergewöhnlichen Situation schlicht überrumpelt wurden, im Zweifelsfalle gut beraten sind, umgehend ein Siegelungsbegehr zu stellen. Dazu ist es unerlässlich, dass die Behörden ihrer Informationspflicht nachkommen und aktiv

⁴⁸⁷ HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 1c zu Art. 248 StPO; REIMANN, S. 81.

⁴⁸⁸ Urteil des BGer 1B_109/2010 vom 14.09.2010 E. 2.3; 1B_310/2012 vom 22.08.2012 E. 2; 1B_394/2017 vom 17.01.2018 E. 3.1; REIMANN, S. 81.

⁴⁸⁹ REIMANN, S. 83.

⁴⁹⁰ REIMANN, S. 59.

orientieren. Besonders problematisch bleiben dabei Fälle von Betroffenen, die von der Situation in einer Art Schock überfordert sind und die Frist zur Stellung eines Begehrens verwirkt ist, bis sie die für sie relevanten Zusammenhänge und Konsequenzen der Hausdurchsuchung ausreichend erkannt haben. Die Fünftagesfrist kommt zudem erst zum Tragen, wenn es sich um komplexe Fälle handelt. Der Rechtsbehelf der Siegelung ist folglich für Situationen wie die eingangs geschilderte zwiespältig. Er führt nicht nur zu Rechtssicherheit, sondern auch zu Verzögerungen des Verfahrens und bringt damit die Gefahr eines Rechtsmissbrauchs durch Betroffene mit sich, wie auch aus den nachfolgenden Überlegungen erkennbar ist: Angenommen, es wird auf freiwilliger Basis eine Hausdurchsuchung bei einer Person durchgeführt, die effektiv etwas zu verbergen hat. Nach der Beschlagnahmung von Dokumenten und Gegenständen stellt der Betroffene fristgerecht einen Antrag auf Siegelung und verzögert das Verfahren bis zur Verjährung des Strafverfahrens. In diesem Falle könnte ihm die eigentlich unangenehme Hausdurchsuchung und der damit verbundene erhebliche Eingriff in seine Rechte letztlich Vorteile bringen.

5. ENT SIEGELUNGSVERFAHREN

Sofern die Staatsanwaltschaft trotz der Siegelung an der Durchsuchung der versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände festhalten will und ein einvernehmliches informelles Entsiegelungsverfahren nicht möglich resp. zeitlich nicht zielführend erscheint, kann sie durch die Stellung eines entsprechenden Gesuchs das förmliche Entsiegelungsverfahren einleiten.⁴⁹¹ Die Staatsanwaltschaft hat darin einerseits darzulegen, dass die der Siegelung vorangehende Zwangsmassnahme rechtmässig erfolgt ist. Sie muss begründen, weshalb sie die in Frage stehenden Gegenstände für untersuchungsrelevant und beschlagnahmefähig erachtet.⁴⁹² Es steht der Person die den Siegelungsantrag gestellt hat im Rahmen des rechtlichen Gehörs dabei zu, sich zum Entsiegelungsgesuch zu äussern.⁴⁹³

Das Zwangsmassnahmengericht beurteilt daraufhin gestützt auf das Entsiegelungsge-
such und die Stellungnahmen in einem ersten Schritt die Zulässigkeit der vorgelager-

⁴⁹¹ HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 10 zu Art. 248 StPO; ähnlich LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 236.

⁴⁹² HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 10a zu Art. 248 StPO.

⁴⁹³ REIMANN, S. 108 f.

ten Zwangsmassnahme. Sofern sich diese als zulässig erweist, folgt in einem zweiten Schritt die Prüfung der Zulässigkeit der Durchsuchung. Dabei sind die versiegelten Unterlagen zu triagieren und auf ihre Untersuchungsrelevanz bzw. ihre Beschlagnahmefähigkeit zu untersuchen. Hierbei handelt es sich abhängig von der Anzahl der versiegelten Unterlagen unter Umständen um ein sehr aufwändiges Unterfangen, bei dem sich das Entsiegelungsgericht jedoch durch sachverständige Personen unterstützen lassen kann. Wenn die Zulässigkeit der Zwangsmassnahme bejaht wird und auch die Untersuchungsrelevanz erhärtet werden kann, ordnet das Gericht die Durchsuchung der Aufzeichnungen und Gegenstände an. Andernfalls bleibt die Siegelung bestehen und die Unterlagen und Gegenstände werden dem Betroffenen wieder ausgehändigt.⁴⁹⁴

In Bezug auf die Zulässigkeit von freiwilligen Hausdurchsuchungen ohne Hausdurchsuchungsbefehl steht die Frage im Raum, wie im Entsiegelungsverfahren ein Gericht zum Schluss gelangen kann, dass eine vorgelagerte Zwangsmassnahme rechtmässig gewesen ist, wenn dessen Voraussetzungen nach einem Teil der Lehre gar nicht eingehalten werden müssen. Dies würde in der Konsequenz allenfalls bedeuten, dass die Siegelung nie aufgehoben werden könnte, was wiederum den Einsatz von freiwilligen Hausdurchsuchungen in Frage stellt. Zielführender wäre, eine Hausdurchsuchung auf der Grundlage der rechtlich vorgegebenen Voraussetzungen konsequent vorzubereiten. Dies käme nicht nur den Betroffenen, sondern auch den Strafbehörden zugute, indem später etwa eine von ihr gewollte Entsiegelung nicht daran scheitern kann, dass formelle Fehler begangen wurden. Dieses Vorgehen entspricht ergänzend auch dem gesellschaftlichen Anliegen an einen verantwortungsvollen Umgang der Behörden mit den zur Verfügung stehenden zeitlichen und finanziellen Ressourcen.

6. ENDE DER DURCHSUCHUNG

Die Dauer einer Hausdurchsuchung ist nicht gesetzlich umschrieben. Der Zeitpunkt der Beendigung ist daher im Voraus unbestimmt. Eine Hausdurchsuchung gilt erst als beendet, wenn der Zweck der Massnahme erreicht ist, d.h. wenn die Suche nach Beweismitteln abgebrochen werden kann, wobei die Behörde festzulegen hat, wann dies soweit ist. Dies dürfte regelmässig dann der Fall sein, wenn sämtliche zur Durch-

⁴⁹⁴ Siehe dazu auch ARMBRUSTER, Polizeiliche Ermittlung, S. 362 f.; REIMANN, S. 109.

suchung vorgesehenen Räumlichkeiten tatsächlich durchsucht worden sind. Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass eine Hausdurchsuchung bereits früher abgebrochen werden kann, weil bereits genügend Beweismittel gefunden worden sind oder sich herausstellt, dass nichts zu finden ist,⁴⁹⁵ wobei letzteres nicht ganz leicht festzustellen sein dürfte. Der tatsächliche Schlusspunkt der Hausdurchsuchung bildet die Unterzeichnung des Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokolls, woraufhin die durchsuchenden Beamten die Räumlichkeiten verlassen und der Eingriff in die geschützte räumliche Sphäre ebenfalls beendet wird.⁴⁹⁶

7. ZULÄSSIGKEIT DER BESCHWERDE

Die Hausdurchsuchung ist eine Verfahrenshandlung i.S.v. Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO der Polizei oder der Staatsanwaltschaft. Als solche unterliegt sie grundsätzlich der Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO. Nach bisheriger Rechtsprechung stellt sich dabei regelmässig die Frage nach dem aktuellen Rechtsschutzinteresse, da die Zwangsmassnahme im Zeitpunkt der Beurteilung abgeschlossen ist und der davon Betroffene aus diesem Grund an sich nicht mehr beschwert ist.⁴⁹⁷ Dies führt regelmässig zu einem Nichteintreten auf eine Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung und deren Modalitäten.⁴⁹⁸ Diese Praxis führt zu Problemen mit dem Rechtsschutz nach Art. 13 EMRK und Art. 29a BV. Der EGMR verlangt eine wirksame nationale Rügемöglichkeit zur Feststellung der Rechtmässigkeit von Eingriffen ins Privatleben, welche als verletzt erachtet werden.⁴⁹⁹ Zwar bietet die StPO in Art. 431 Abs. 1 für die beschuldigte Person, die sich einer Hausdurchsuchung unterziehen musste, bei rechtswidriger Zwangsmassnahme die Möglichkeit einer Entschädigung und Genugtuung. Die Überprüfung erfolgt jedoch nachträglich zu einem nicht weiter definierten Zeitpunkt. Als Rechtsschutz für Eingriffe in grundlegende Persönlichkeitsrechte und mit allenfalls negativer Publizität verbundenen Zwangsmassnahme ist dies problematisch. Nach KELLER ist „eine

⁴⁹⁵ BANGERTER, S. 226.

⁴⁹⁶ BANGERTER, S. 227.

⁴⁹⁷ BGE 103 IV 115; HOHL-CHIRAZI, Commentaire, N 40 ff. zu Art. 244 StPO; KELLER, ZK, N 14 zu Art. 244 StPO.

⁴⁹⁸ KELLER, ZK, N 14 zu Art. 244 StPO.

⁴⁹⁹ KELLER, ZK, N 15 zu Art. 244 StPO.

nachträgliche Feststellung der Unrechtmässigkeit im Rahmen einer Entschädigung im Lichte der Praxis des EGMR nicht ausreichend“.⁵⁰⁰ Das Bundesgericht befindet sich damit in einem Dilemma zwischen dem unbedingten Willen zum Festhalten am Kriterium der Aktualität des Rechtsschutzinteresses zum Einen und dem Wissen um die Unhaltbarkeit zum Anderen, den gerichtlichen Rechtsschutz auf einen unbestimmten Zeitpunkt zu verschieben. Das Bundesgericht löst dies damit, dass zwar weiterhin mangels Rechtsschutzinteresses auf Beschwerden gegen Hausdurchsuchungen in der Regel dann nicht einzutreten ist, wenn anstelle der Beschwerde (aufgrund der kurzen Fristen) just darauf ein Entsiegelungsverfahren stattfindet. Im Entsiegelungsverfahren können jedoch auch Rügen gegen die den streitigen Zwangsmassnahmen zugrundeliegende Hausdurchsuchung erhoben werden. Offen ist, wie es sich verhält, wenn die Hausdurchsuchung einen anderen Zweck hatte, z.B. das Auffinden einer Person und es deshalb gar kein Entsiegelungsverfahren gibt. Sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, gibt es in solchen Fällen ein grosses Rechtsschutzinteresse daran, eine Hausdurchsuchung mittels Beschwerde überprüfen zu können. Somit ist festzuhalten, dass die Beschwerdeinstanz bei Geltendmachung der Verletzung der EMRK unabhängig von dem nicht mehr aktuellen Rechtsschutzinteresse auf Beschwerden gegen die Hausdurchsuchung einzutreten hat, sofern nicht zeitnah eine gerichtliche Überprüfung der Voraussetzungen der Hausdurchsuchung in einem anderen Verfahren erfolgen kann.⁵⁰¹

8. ZWISCHENERGEBNIS

Hausdurchsuchungen sind aufgrund der Eingriffsintensität in die Privatsphäre der Betroffenen stets mit der nötigen Zurückhaltung durchzuführen. Dennoch ist der Einsatz von angemessener Gewalt zulässig, wenn keine mildernden Mittel zur Verfügung stehen.

Eine Hausdurchsuchung beginnt in der Praxis üblicherweise unangekündigt in den frühen Morgenstunden, da dann die betreffende Person am ehesten zu Hause angekommen wird. Bevor eingetreten wird, ist der Hausdurchsuchungsbefehl vorzuzeigen und eine Kopie abzugeben. Das Gesetz sieht eine Pflicht des anwesenden Inhabers

⁵⁰⁰ KELLER, ZK, N 16 zu Art. 244 StPO.

⁵⁰¹ Ähnlich GFELLER, BSK StPO, N 60 und 60a zu Vor Art. 241-254 StPO; m.w.Verw. KELLER, ZK, N 16 zu Art. 244 StPO.

des Hausrechts zur Präsenz während der Hausdurchsuchung vor. Dabei steht es Betroffenen frei, zur Durchsuchung einen Anwalt beizuziehen. Bei Abwesenheit des Inhabers des Hausrechts ist eine geeignete Drittperson beizuziehen. Zu denken ist dabei insbesondere an ein volljähriges Familienmitglied, eine Amts- resp. Urkundsperson oder einen Hauswart. Dieses Vorgehen dient dazu, eine korrekte Durchführung zu gewährleisten.

Im Rahmen von Hausdurchsuchungen steht Betroffenen die Möglichkeit offen, ein Siegelungsgesuch zu stellen. Das Begehr ist innert Frist zu stellen. Festzuhalten ist, dass der Rechtsbehelf der Siegelung insbesondere für Situationen wie im Eingangsfall geschildert, an Grenzen stösst. Ein Rechtsbehelf ist unbefriedigend, wenn er weniger zu Rechtssicherheit als vielmehr zu Verzögerungen des Verfahrens führt; wenn er Betroffene zu letztlich rechtsmissbräuchlichem Handeln verleitet. Will die Staatsanwaltschaft trotz Siegelung an der Durchsuchung von versiegelten Aufzeichnungen und Gegenständen festhalten, kann sie ein förmliches Entsiegelungsverfahren einleiten. Das Entsiegelungsgesuch wird seitens Zwangsmassnahmengericht beurteilt.

Als beendet gilt die Hausdurchsuchung dann, wenn der Zweck der Massnahme erreicht ist. Dabei hat die Behörde darzulegen, wann dies der Fall ist.

Weil die Hausdurchsuchung eine Verfahrenshandlung der Polizei resp. Staatsanwaltschaft ist, unterliegt sie grundsätzlich der Beschwerde. Nach bisheriger Rechtsprechung stellt sich dabei regelmäßig die Frage nach dem aktuellen Rechtsschutzinteresse: Da die vorgenommene Zwangsmassnahme im Zeitpunkt der Beurteilung abgeschlossen ist, sind die Betroffenen an sich nicht mehr beschwert. Dies führt zu einem Nichteintreten auf die Beschwerde. Damit kann auch der Rechtsschutz nicht gewährleistet werden.

Fraglich ist im weiteren Verlauf, inwiefern Beweise im Strafverfahren verwertbar sind. Es stellt sich insbesondere die Frage danach, wie mit Beweisen umzugehen ist, die durch eine Hausdurchsuchung erhoben wurden, welcher die betroffene Person zugestimmt hat und deshalb seitens Strafverfolgungsbehörden darauf verzichtet wurde, die einschlägigen Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen einzuhalten, wenn die Person im Nachhinein ihre Einwilligung zurückzieht resp. Willensmängel o.Ä. geltend macht. Im Rahmen der Forschungsfrage ist deshalb die Thematik der Beweisverwertung gerade auch in diesem Zusammenhang von fundamentaler Bedeutung. Nachfolgend wird

deshalb zuerst die Basis gelegt, um den Rahmen der Beweisverwertung abzustecken. Anschliessend wird es unerlässlich sein, den Bogen zu den Zufallsfunden zu schliessen.

XV. BEWEISVERWERTUNG

In Art. 139 ff. StPO sind die Bestimmungen der Beweiserhebung und -verwertung normiert. Diese Beweisverwertungsverbote schränken den Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 10 Abs. 2 StPO ein. Art. 10 Abs. 2 StPO kann keine absolute Geltung beanspruchen, was sich aus dem Schutz der Grundrechte ergibt, der sich ansonsten nicht verwirklichen liesse.⁵⁰² Könnten rechtswidrig erlangte Beweise bei der Beweiswürdigung immer berücksichtigt werden, würde dies selbstredend einen Anreiz schaffen, auf jede erdenkliche Weise Beweise zu beschaffen; selbst dann, wenn derartige Verstösse auf andere Art und Weise sanktioniert würden. Aus präventiven Gründen sind Beweisverwertungsverbote demnach unerlässlich. Der Zweck heiligt eben nicht alle Mittel.⁵⁰³ Ziel muss sein, die Legalität des Strafverfahrens zu gewährleisten. Dieses hat in den gesetzlich vorgesehenen Bahnen abzulaufen.⁵⁰⁴

1. ABSOLUTE UNVERWERTBARKEIT

In Art. 140 Abs. 1 StPO sind die absolut verbotenen Beweiserhebungsmethoden festgehalten. Nach Art. 141 Abs. 1 StPO gelten die auf diese Art erhobenen Beweise durch das Gesetz als ausdrücklich unverwertbar. Es besteht in diesem Falle ein absolutes Verwertungsverbot.⁵⁰⁵ Die Norm unterscheidet dabei nicht zwischen Verwertungsverbeten zugunsten und zulasten des Beschuldigten.⁵⁰⁶

⁵⁰² HEIMGARTNER, S. 339.

⁵⁰³ GLESS, S. 399.

⁵⁰⁴ WOHLERS/BLÄSI, S. 159.

⁵⁰⁵ ILL, Textausgabe, S. 124; OBERHOLZER, Rz. 1102; VETTERLI, S. 102 f.

⁵⁰⁶ HÄRING, S. 234 f.: Demgegenüber wird in Art. 147 Abs. 4 StPO betreffend die Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen explizit erwähnt, dass Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen des Artikels erhoben wurden, nicht zulasten der Partei verwertet werden dürfen. Somit dürfen sie jedoch zugunsten der Partei verwendet werden.

2. AUSSCHEIDUNG VON BEWEISEN

Gemäss Art. 141 Abs. 5 StPO sind Beweise, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, nicht unverzüglich zu vernichten. Sie sind aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens unter separatem Verschluss zu halten und erst nach Eintritt der Rechtskraft zu vernichten. Damit wird einerseits sichergestellt, dass die unverwertbaren Beweise schnell aus den Akten entfernt werden. Andererseits wird gewährleistet, dass ein Sachgericht über die Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines Beweises befinden kann. Es steht den Parteien offen, im gerichtlichen Hauptverfahren Anträge auf die Nichtverwertbarkeit von Beweisen geltend zu machen, Einwendungen gegen die erhobenen Beweise zu erheben (Art. 339 Abs. 1 lit. d StPO) und die Wiederholung von Beweisabnahmen zu beantragen (Art. 343 Abs. 1 StPO). Die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot bildet demnach unmittelbaren Bestandteil der gerichtlichen Beweiswürdigung.⁵⁰⁷

Es ist hierunter erneut festzuhalten, dass das Bundesgericht auf Beschwerden gegen die Hausdurchsuchung mangels aktuellem Rechtsschutzinteresse in der Regel nicht eintritt. Es liege in der Natur der Sache, dass die Anordnung und Durchführung einer Hausdurchsuchung erst im Nachhinein gerichtlich überprüft werden könne, weil ein Betroffener den Eingriff zunächst zu erdulden habe. Hingegen stehe dem Betroffenen im weiteren Verfahren der volle gerichtliche Rechtsschutz zu, indem er Beschwerde gegen die anlässlich der Hausdurchsuchung erfolgte Beschlagnahme erheben oder die Siegelung sichergestellter Aufzeichnungen verlangen könne.⁵⁰⁸ Somit ist seitens der betroffenen Partei spätestens im Hauptverfahren der Antrag auf Nichtverwertbarkeit der Beweise zu stellen, wenn die Hausdurchsuchung unrechtmässig vonstatten gegangen ist.

3. RELATIVE UNVERWERTBARKEIT

Beweise, die unter Verletzung von materiellem Strafrecht, d.h. in strafbarer Weise, erhoben wurden, unterliegen einem relativen Verwertungsverbot: Sie dürfen nicht ver-

⁵⁰⁷ HÄRING, S. 254; OBERHOLZER, Rz. 1115 f.

⁵⁰⁸ Urteil des BGer 1B_310/2012 vom 22.08.2012 E. 2.

wertet werden, es sei denn, dies ist zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.⁵⁰⁹ Soweit das strafbare Verhalten jedoch zugleich eine nach Art. 141 Abs. 1 StPO absolut verbotene Beweiserhebungsmethode darstellt, gilt ein absolutes Verwertungsverbot.⁵¹⁰ Bei relativen Beweisverwertungsverboten ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Es ist im konkreten Einzelfall abzuwegen, was schwerer wiegt: das Bedürfnis nach Durchsetzung des staatlichen Strafanpruchs oder das Interesse der beschuldigten Person an einer gesetzmässigen Beweiserhebung. Je schwerer dabei die zu beurteilende Straftat zu gewichten ist, umso eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse einer beschuldigten Person daran, dass ein fraglicher Beweis unverwertet bleibt.⁵¹¹

Beweise, die unter Verletzung prozessualer Vorschriften erhoben worden sind, unterliegen ebenfalls einem relativen Verwertungsverbot (Art. 141 Abs. 2 StPO)⁵¹², sofern es sich um Gültigkeitsvorschriften⁵¹³ handelt. Sie dürfen gleichermaßen nicht verwertet werden, ausser wenn dies zur Aufklärung von schweren Straftaten unerlässlich ist. Als Beispiel erwähnt sei die Beweiserhebung unter Einschränkung des rechtlichen Gehörs nach Art. 108 StPO oder Art. 149 Abs. 2 StPO.

Beweise, die unter Verletzung prozessualer Vorschriften erhoben worden sind, dürfen nach Art. 141 Abs. 3 StPO verwertet werden, sofern es sich um Ordnungsvorschriften handelt.⁵¹⁴ Als Beispiel dient hier die Beweiserhebung aus einer Vorladung, die bezüglich inhaltlicher Angaben nicht vollständig Art. 201 Abs. 2 StPO entspricht.⁵¹⁵

⁵⁰⁹ Urteil des BGer 6B_786/2015 vom 08.02.2016 E. 1.3.2; OBERHOLZER, Rz. 1104.

⁵¹⁰ Botschaft StPO, S. 1183.

⁵¹¹ Urteil des BGer 6B_786/2015 vom 08.02.2016 E. 1.3.2; BGE 143 I 377 E 5.1.1; OBERHOLZER, Rz. 1104.

⁵¹² Zur Entstehung ausführlich GLESS, S. 399 ff. und S 408 f.

⁵¹³ BGE 96 I 437; HEIMGARTNER, S. 345: Gültigkeitsvorschriften liegen vor, wenn bei deren Missachtung gewichtige Interessen des Beschuldigten unmittelbar bedroht werden, siehe dazu kritisch DONATSCH/CAVEGN, S. 165 f.

⁵¹⁴ OBERHOLZER, Rz. 1107; VETTERLI, S. 93.

⁵¹⁵ Zum Ganzen RIKLIN, N 1 ff. zu Vorbem. Art. 140-141 StPO.

4. OHNE DURCHSUCHUNGSBEFEHL ERLANGTE BEWEISE

Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, ob es sich bei der Vorschrift von Art. 241 Abs. 1 StPO, wonach die Hausdurchsuchung grundsätzlich eines schriftlichen Befehls bedarf (es sei denn, es liege eine rechtsgültige Einwilligung vor), um eine Gültigkeits- oder um eine Ordnungsvorschrift handelt.

Ob im Einzelfall eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet) primär nach dem Schutzzweck der Norm. Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betroffenen Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung der Norm die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor.⁵¹⁶

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich, dass dieselbe Vorschrift im einen Fall eine Gültigkeits-, im anderen jedoch eine Ordnungsvorschrift sein kann. In BGE 139 IV 128 wird ausdrücklich festgehalten, dass die Frage, ob die Notwendigkeit eines schriftlichen Befehls (betreffend Durchsuchung von Aufzeichnungen im Sinn von Art. 246 StPO) eine reine Ordnungsvorschrift oder eine Gültigkeitsvorschrift darstelle, nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beantworten sei.⁵¹⁷ Haben Strafverfolgungsbehörden Beweise unter Verletzung weniger grundlegender Vorschriften erhoben, ist deren Verwertung nicht absolut ausgeschlossen. In diesem Falle unterliegt sie einem relativen Verwertungsverbot und ist unter gewissen Voraussetzungen zulässig. In der Botschaft selbst wird aufgeführt, dass hierunter Fälle zu verstehen sind, bei denen nur eine Strafnorm verletzt worden ist, ohne dass zugleich eine verbotene Methode der Beweiserhebung angewandt worden wäre. Dies sei zum Beispiel bei der Hausdurchsuchung ohne gültigen Befehl der Fall. Das wiederum bedeutet, dass Beweise, die durch eine Hausdurchsuchung ohne gültigen Befehl zu Tage gefördert werden, verwertbar sind, da sie lediglich einem relativen Verwertungsverbot unterliegen.⁵¹⁸

⁵¹⁶ BGE 139 IV 128 E. 1.6; Urteil des BGer 6B_56/2014 vom 16.12.2014 E. 3.2.

⁵¹⁷ BGE 139 IV 128 E. 1.7; so auch das Obergericht des Kantons Bern in seinem Beschluss BK 15 350 vom 22.12.2015, wobei es aber gestützt auf die konkreten Umstände zu einem anderen Ergebnis gelangte.

⁵¹⁸ Botschaft StPO, S. 1183.

Ein Hausdurchsuchungsbefehl ist beispielsweise dann nicht gültig, wenn die Signatur fehlt. Hierbei handelt es sich lediglich um die Verletzung einer Ordnungsvorschrift, welche zur Wahrung der äusseren Ordnung des Verfahrens dienlich ist. Aufgrund eines formellen Fehlers ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen, wäre freilich stossend und ist folglich abzulehnen. Fraglich ist, ob das komplette Nichtvorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls (ausgenommen dringende Fälle in denen eine mündliche Anordnung im Sinne von Art. 241 Abs. 1 StPO zulässig ist) ebenfalls hierunter fällt.

Mit Blick auf die Begrenzungs- und Überprüfungsfunktion eines Hausdurchsuchungsbefehls gelangte die Beschwerdekommission des Obergerichts des Kantons Bern in ihrem Beschluss BK 17 99 vom 11. Mai 2017 (E. 3.4) zum Ergebnis, dass die vorgeschriebene Form der Schriftlichkeit des Hausdurchsuchungsbefehls zweifellos als Gültigkeitsvorschrift zu qualifizieren sei. Sie führte aus, dass die zentrale Schutzfunktion des Hausdurchsuchungsbefehls nicht erreicht werden könne, wenn die Schriftlichkeit als fakultativ erachtet und davon ausgegangen werde, sie regle nur die äussere Ordnung des Verfahrens. Art. 241 Abs. 1 i.V.m. Art. 198 StPO als blosse Ordnungsvorschrift zu qualifizieren, würde der rechtstaatlichen Bedeutung der Zuständigkeitsbeschränkung für die Anordnung dieser Zwangsmassnahme in keiner Weise gerecht werden.⁵¹⁹

In der Lehre wird vertreten, dass Art. 241 Abs.1 StPO eine Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO darstellt. Bei der Abgrenzung von Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften darf einzig auf den Schutzzweck der infrage stehenden Norm abgestellt werden. Art. 241 Abs. 1 StPO soll eine angemessene Begrenzung der Durch- und Untersuchung, welche Zwangsmassnahmen darstellen, sicherstellen. Somit muss die Folgerung die einleitend genannte sein.⁵²⁰

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es aus den nachfolgenden Gründen richtig, davon auszugehen, dass eine Gültigkeitsvorschrift vorliegt. Aus der Botschaft zur StPO geht in Bezug auf Gültigkeitsvorschriften hervor: „Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung

⁵¹⁹ Urteil des Berner Obergerichts BK 19 427 vom 07.01.2020 E. 8.2.

⁵²⁰ WOHLERS/BLÄSI, S. 166.

die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor“.⁵²¹ Sinn und Zweck des Hausdurchsuchungsbefehls wurde bereits an früherer Stelle ausführlich erläutert. Die Notwendigkeit desselben liegt nicht nur in der Wahrung der äusseren Ordnung des Verfahrens. Es geht nicht lediglich um Formalitäten, sondern auch um den Schutz der betroffenen Person vor staatlichem Machtmissbrauch. Wie sonst, wenn nicht durch dieses Mittel, soll dieser Schutz sichergestellt werden können? Das Argument, die mündige betroffene Person gewährleiste mittels freiwilliger Einwilligung den Schutz selbst, ist nicht stichhaltig. Es wurde bereits aufgezeigt, wie ungenau die Lehre die Voraussetzungen für das Vorliegen der Freiwilligkeit definiert. Weiter bleibt sie die Antwort darauf schuldig, wie in einem konkreten Fall im Nachhinein plausibel nachgewiesen werden soll, dass tatsächlich eine echte Freiwilligkeit vorlag. Die Problematik betrifft innere, menschliche Vorgänge, welche schwer zu erfassen sind. Die Abwälzung auf die Betroffenen, sich selbst vor staatlichem Machtmissbrauch schützen zu müssen, ist abzulehnen. Vielmehr liegt es an den Behörden, ein justizförmiges Verfahren zu gewährleisten. Weiter kann nicht von echter Freiwilligkeit die Rede sein, da in den meisten Fällen keine echte Wahlfreiheit für die betroffene Person besteht. Solange die Strafverfolgungsbehörden zulässig androhen dürfen, im Verweigerungsfalle die Massnahme unter Zwang durchzuführen, liegt keine Wahlmöglichkeit vor. Sofern es also nicht um die Aufdeckung von schweren Delikten geht, ist die Abwägung dahingehend vorzunehmen, dass bei Nichtvorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls ohne Vorliegen einer Ausnahme im Sinne von Art. 241 Abs. 1 StPO, bei welcher eine mündliche Anordnung zulässig ist, ein Beweisverwertungsverbot greifen soll.

5. FERNWIRKUNG

Die ‚fruits of the poisonous tree-doctrine‘ stammt aus der anglo-amerikanischen Strafprozessrechtsdiskussion. Ziel dieser Lehre ist die Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane. Damit sollen die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staates erhalten bleiben.⁵²² Unter Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten wird verstanden, dass ein Folgebeweis, der lediglich aufgrund des ersten unverwertbaren

⁵²¹ Botschaft StPO, S. 1183 f.

⁵²² KÜHNE, § 54 N 912; ähnlich WOHLERS/BLÄSI, S. 158 f.

Beweises erhoben werden konnte, für das Urteil nicht verwendet werden darf.⁵²³ Damit wird das Subjekt der Beweisverbotslehre ausgeweitet, indem der unmittelbar unverwertbare Beweis alle nachkommenden verhindert. Die Amerikaner verwenden hierfür den Ausdruck ‚fruit of the poisonous tree‘: Das verseuchte Wasser vergiftet den Baum und der Baum bringt deshalb giftige Früchte hervor, welche daher nicht verwendet werden dürfen.⁵²⁴

In Art. 141 Abs. 4 StPO wird die Fernwirkung gesetzlich geregelt, womit der Gesetzgeber eine Frage entschieden hat, die in der Rechtsprechung als auch in der Lehre diskutiert worden ist.⁵²⁵ Die Gesetzesregelung ordnet grundsätzlich eine Fernwirkung an. Es wird festgelegt, dass bei unverwertbaren Beweisen auch die Folgebeweise nicht verwendet werden dürfen, es sei denn, deren Erhebung wäre auch auf anderem Weg möglich gewesen. Unklar ist, weshalb die Anwendung von Abs. 4 auf Abs. 2 beschränkt wurde. Der Gesetzesstext ist auslegungsbedürftig, da nicht definiert wird, was unter der Bedingung, dass die Beweiserhebung auf anderem Wege ‚möglich gewesen‘ wäre, verstanden wird. Bedarf es eines tatsächlichen Nachweises der Möglichkeit? Genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit? Oder ist lediglich eine abstrakte gesetzliche Möglichkeit gemeint, den Beweis auf anderem Wege zu erbringen?⁵²⁶

Das Bundesgericht liess die Frage der Fernwirkung vorerst in einigen Entscheiden offen.⁵²⁷ In BGE 133 IV 329 nahm es zur Fernwirkung von Zufallsfunden nach Art. 9 Abs. 3 BÜPF Stellung. Es ging darin um einen Drogenkonsumenten, der mittels Telefonüberwachung und Observation beschattet wurde. Durch ein abgehörtes Telefongespräch wurde die Polizei auf die Lieferantin B aufmerksam. Bei der festgenommen B wurden in der Wohnung Drogen gefunden. Die Telefonprotokolle waren gegenüber B Zufallsfunde, die hätten genehmigt werden müssen, was die Polizei jedoch zu beantragen versäumte. Das Bundesgericht stellte fest, dass das Gesetz es verbiete, nicht genehmigte Zufalls-

⁵²³ Urteil des BGer 6B_417/2018 vom 18.04.2019 E. 2.4; OBERHOLZER, Rz. 1109; VETTERLI, S. 295.

⁵²⁴ HÄRING, S. 248 f.; VETTERLI, S. 295.

⁵²⁵ M.w.H. HÄRING, S. 248 ff.

⁵²⁶ VETTERLI, S. 332 f.

⁵²⁷ Etwa BGE 132 IV 70 E. 6.5; Urteil des BGer 1P.286/2004 vom 1.10.2004 E. 2; 6A.113/2006 vom 30.04.2007 E.6.5; VETTERLI, S. 320.

funde zu verwenden, die Ergebnisse müssten sofort vernichtet werden. Es könne aus dem Wortlaut „nicht zu verwenden“ jedoch nicht abgeleitet werden, ob damit nur die primären Beweismittel oder auch weitere gemeint seien. Abwägend wurde ausgeführt: „Während für eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten spricht, dass andernfalls die Regeln über die Beweiserhebung unterminiert würden, können indirekte Beweisverbote auf der anderen Seite der Ermittlung der materiellen Wahrheit hinderlich sein.“ Deshalb sei der von SCHMID vertretenen Lehrmeinung den Vorzug zu geben, welche propagiere, dass Unverwertbarkeit einzig dort anzunehmen sei, „wo der ursprüngliche, ungültige Beweis Bestandteil sine qua non des mittelbar erlangten Beweises“ sei. Damit werde, so die bundesgerichtliche Rechtsprechung, ein angemessener Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen erzielt. So könne, ohne die Beweisverwertungsverbote ihres wesentlichen Inhaltes zu entleeren, verhindert werden, dass es im Ergebnis zu stossenden Freisprüchen offenkundig schuldiger Personen komme.⁵²⁸ Damit akzeptiert das Bundesgericht den Einbezug alternativer Ermittlungsabläufe und bekennt sich zur Fernwirkung. Demnach stellt es den Grundrechtsschutz über Effizienzerwägungen der Strafverfolgung.⁵²⁹

In einem anderen Entscheid stellte das Bundesgericht klar, dass die Fernwirkung gelte: „L'invalidité de la preuve originaire ne déploie d'effets sur les preuves subséquentes que si ces dernières n'en sont pas dissociables.“ Die Formel des Beweises als Bestandteil sine qua non aus BGE 133 IV 329 ist also dahingehend zu verstehen, dass Beweise unverwertbar sind, wenn sie nicht vom Ursprungsbeweis abgetrennt werden können.⁵³⁰ Auch in der Lehre wird die Fernwirkung überwiegend befürwortet.⁵³¹

Unklarheiten bereitet gemäss VETTERLI die zitierte Lehrmeinung von SCHMID. Der Sine-qua-non-Bestandteil seiner Lösung sei nicht aus sich selbst heraus verständlich. Als Beispiel, um SCHMIDS Haltung zu verstehen, kann hier der Fall aufgeführt werden, in dem ein ungültiges Zeugnis zum Auffinden der Tatwaffe führt. Hier soll nach SCHMID

⁵²⁸ BGE 133 IV 329 E. 4.5; HÄRING, S. 249 f.; VETTERLI, S. 320 f.

⁵²⁹ GL.M. VETTERLI, S. 321.

⁵³⁰ Urteil des BGer 6B_211/2009 vom 22.06.2009 E. 1.4.2.1; VETTERLI, S. 322 f.

⁵³¹ Vgl. statt vieler VETTERLI, S. 326.

keine Fernwirkung gelten. Seine Ansicht ist demnach der Haltung zuzurechnen, welche die Fernwirkung ablehnt.⁵³²

Nach VETTERLI muss die Wendung in Abs. 1 von Art. 141 StPO, die dort erwähnten Beweise seien in keinem Fall verwertbar, so verstanden werden, dass sie weder zu Beweiszwecken noch zur Rechtfertigung von Zwangsmassnahmen oder als Spurenansatz für ein neues Ermittlungsverfahren verwendet werden dürfen.⁵³³ VETTERLI plädiert dafür, dass der Gesetzgeber sich hätte klarer ausdrücken müssen. Statt nur Abs. 4 zu ergänzen, hätte er ihrer Meinung nach auch in Abs. 1 einen eindeutigen Ausschluss von mittelbaren Beweisen normieren sollen, zumal der Wortlaut „auf keinen Fall“ auch so verstanden werden könne, dass damit nicht nur belastende, sondern auch entlastende Beweise ausgeschlossen seien.⁵³⁴ VETTERLI kritisiert an der Regelung der Grundproblematik in Art. 141 Abs. 2 StPO, der Gesetzgeber habe die Grundrechtsverwirklichung zugunsten von Strafverfolgungsinteressen zu sehr vernachlässigt, indem er Ausnahmen bei schweren Delikten zugelassen hat. Bei der Frage der Fernwirkung hingegen sei er übers Ziel hinausgeschossen.⁵³⁵ VETTERLI geht davon aus, dass eine Fernwirkung gelten soll, die auch alternative Ermittlungsverläufe ausschliesst. Dies gehe zu weit und würde eine willkürliche Bevorzugung des Beschuldigten bedeuten.⁵³⁶

HÄRING erläutert, dass die Regelung versuche, einen Ausgleich zwischen den sich widerstreitenden Interessen herzustellen. Auf der einen Seite steht die konsequente Fernwirkung, für die die Folgerichtigkeit und die Befürchtung sprechen, dass sonst die Verwertungsverbote ausgehöhlt werden. Auf der anderen Seite spricht gegen eine strenge Fernwirkung das Prinzip der materiellen Wahrheit und das Verbot des über spitzen Formalismus. In krassen Situationen kann eine konsequente Fernwirkung dazu führen, dass ein unzweifelhaft Überführter freigesprochen werden muss.⁵³⁷ Die Wertungsproblematik wird aber auf die Frage verlagert, ob der unmittelbare Beweis

⁵³² VETTERLI, S. 328 f.

⁵³³ VETTERLI, S. 334.

⁵³⁴ VETTERLI, S. 334.

⁵³⁵ VETTERLI, S. 335.

⁵³⁶ VETTERLI, S. 339.

⁵³⁷ BGE 133 IV 329 E. 4.5; Begleitbericht VE-StPO, S. 108 f.; Botschaft StPO, S. 1184; HÄRING, S. 251 f.

conditio sine qua non für die Erhebung des mittelbaren Beweises war, womit ein erheblicher Ermessensspieldraum einhergeht. Hier einen mehr oder weniger plausiblen hypothetischen Kausalverlauf zu kreieren, dürfte nicht besonders schwer sein, sofern die Behörden denn wollen.⁵³⁸

Klar ist, dass Beweisverwertungsverbote mit Fernwirkung auszustatten sind, da ansonsten der Schutzzweck der Beweiserhebungs norm vereitelt wäre. Der Ausschluss bestimmter Beweise aus dem Verfahren ist aufgrund der Justizförmigkeit des Verfahrens gerade nötig und Sinn und Zweck jedes Verwertungsverbotes. Aufgrund der Tatsache, dass alternative Ermittlungsabläufe zugelassen werden, ist sichergestellt, dass alle Beweise des Verfahrens, die nicht durch illegal erworbene kontaminiert sind, weiterhin verwendet werden können. An die Hypothesenbildung sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen: Die Entdeckung des Beweises muss bereits in den Ermittlungen angelegt oder sonst höchstwahrscheinlich gewesen sein.⁵³⁹

In Bezug auf sog. freiwillige Hausdurchsuchungen muss das bedeuten, dass bei einer ungültigen Einwilligung, wodurch das Beweisverwertungsverbot greift, im Grundsatz auch die Fernwirkung greifen sollte. Wieder ist klar, dass an die Hypothesenbildung strenge Anforderungen zu stellen sind. Ein bestimmter Beweis hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit auch anders als durch die freiwillige Hausdurchsuchung entdeckt werden können. Zu denken ist hierbei allenfalls an ein misshandeltes Kind, das im Rahmen der freiwilligen Hausdurchsuchung entdeckt wird. Hier kann argumentiert werden, dass dieses auch anderweitig, allenfalls durch Lehrkräfte an der Schule oder im Schwimmunterricht, hätte entdeckt werden können. Eine gewisse Wertebewägung ist zudem in solchen Fällen unerlässlich. Wird bei einer Hausdurchsuchung, welche lediglich aufgrund einer Einwilligung der betroffenen Person durchgeführt wurde, tatsächlich ein misshandeltes Kind entdeckt und greift eigentlich das Beweisverwertungsverbot, geht es in solchen Fällen wohl nur schon aus moralisch und ethischen Gründen nicht an, wegzuschauen. Das Kindwohl steht im Grundsatz an oberster Stelle, weshalb auch hier die Abwägung zu dessen Gunsten erfolgen muss.

⁵³⁸ HÄRING, S. 251 f.

⁵³⁹ VETTERLI, S. 338 f.

6. EINWILLIGUNG BEI GÜLTIGKEITSVORSCHRIFTEN UND ABSOLUT UNVERWERTBAREN BEWEISEN

Beweise, die unter der Anwendung von Drohungen, Gewalt, Zwang, Versprechungen, Täuschungen und Mitteln, die die Denkfähigkeit und Willensfähigkeit beeinträchtigen, erbracht wurden, können gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO in keinem Fall verwendet werden. Für Beweise, welche die StPO an anderer Stelle als unverwertbar bezeichnet, gilt dasselbe.⁵⁴⁰

Im Begleitbericht VE-StPO wird festgehalten, es könne der Praxis überlassen bleiben, inwieweit rechtswidrig erlangte Beweise zugunsten der Beschuldigten verwendet werden könnten.⁵⁴¹

In der Botschaft wird dargelegt, dass eine Verwertung gar dann ausgeschlossen ist, wenn sie zu Gunsten des Beschuldigten erfolgen würde.⁵⁴² Hierbei handelt es sich um die logische Konsequenz aus Art. 140 StPO. Diese Bestimmung verbietet die erwähnten Mittel bei der Einvernahme, auch wenn der Beschuldigte ihrer Verwendung zustimmt. Würden solche Methoden zugelassen werden, bestünde die Gefahr eines indirekten Zwangs, weil die Ablehnung als Verdachtsmoment verstanden werden könnte.⁵⁴³

Für Art. 141 Abs. 1 StPO ist in der Botschaft keine Begründung enthalten. Es wird jedoch explizit aufgeführt, dass die Verwertung generell, „also insbesondere auch zu Gunsten der beschuldigten Person“ verboten sei.⁵⁴⁴

Nach der Botschaft dürfte als Rechtfertigung für die Einwilligungsfeindlichkeit am ehesten der Schutz des Staates vor sich selbst, angesichts der Machtfülle der Versuchung zu widerstehen, rechtsstaatlich verwerfliche Mittel zu verwenden, in Frage kommen.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ VETTERLI, S. 276.

⁵⁴¹ Begleitbericht VE-StPO, S. 108; HÄRING, S. 251 f.

⁵⁴² Botschaft StPO, S. 1183.

⁵⁴³ Botschaft StPO, S. 1183; VETTERLI, S. 277.

⁵⁴⁴ Botschaft StPO, S. 1183; HÄRING, S. 235.

⁵⁴⁵ Ähnlich KÜHNE für die deutsche Auffassung in Bezug auf § 136a Abs. 3 StPO, § 54 N 903: Selbst die Einwilligung des Beschuldigten kann die Aussage nicht verwertbar machen; PUTZHAMMER, S. 136; VETTERLI, S. 278.

In Bezug auf die Verwertung entlastender Beweise, welche durch verbotene Vernehmungsmethoden erhoben wurden, vermag dies nach VETTERLI jedoch nicht zu überzeugen. Wenn die Polizei weiss, dass entlastende Beweise auch aus verbotenen Methoden zugelassen werden resp. die betroffene Person in deren Verwendung einwilligen kann, wird das kaum dazu führen, dass sie sich bei der Beweiserhebung mehr Freiheiten leistet. Des Weiteren kann nicht nachvollzogen werden, weshalb eine beschuldigte Person verurteilt werden sollte, obschon entlastende Beweise vorliegen, welche aber schlichtweg nicht verwendet werden dürfen. Fraglich ist, ob eine solche Interpretation denn überhaupt mit dem Grundsatz von *in dubio pro reo* vereinbar ist. Ferner beziehen sich Beweisverwertungsverbote nach allgemeiner Auffassung sowie dem Bundesgericht immer nur auf die Verwertung gegen den Beschuldigten.⁵⁴⁶ Das spricht wiederum dafür, dass Beweise, welche den Beschuldigten entlasten, auch dann zugelassen werden müssen, wenn sie rechtswidrig erhoben wurden. Dies sowieso dann, wenn der Betroffene noch in die Verwendung einwilligt. Eine solche Auslegung, dass verbotenen Beweiserhebungsmethoden erlangte entlastende Beweise trotz Einwilligung der betroffenen Person nicht verwendet werden dürfen, ist stossend und daher abzulehnen.⁵⁴⁷

Konsequenterweise sind aber an die Einwilligung der betroffenen Person in die Verwendung von entlastenden Beweisen Anforderungen zu stellen. VETTERLI argumentiert wie folgt: Um zu gewährleisten, dass der Einzelne zwangs- und irrtumsfrei und wohlüberlegt auf seine Ansprüche verzichtet, ist es wichtig, dass der Staat seine Aufklärungspflicht umfassend wahrnimmt. Weiter ist die Einhaltung der Schriftlichkeit unerlässlich. Diese muss sich auf die Einwilligung beziehen, aber auch die Zusicherung beinhalten, dass eine Nichteinwilligung in freiwillige Zwangsmassnahmen nicht zu Ungunsten des Beschuldigten ausgelegt wird.⁵⁴⁸

Illegal erworbene, auf Grundrechtsverletzungen beruhende Beweismittel sind von einem Gericht unverzüglich auszuschliessen. Dies verlangt die Untersuchungsmaxime

⁵⁴⁶ Urteil des BGer 1A.303/2000 vom 5.3.2001 E. 2b; Urteil des Kassationsgerichts Zürich vom 05.07.1974, in: SJZ 1975, S. 60 und S. 62; statt vieler HÄRING, S. 235.

⁵⁴⁷ VETTERLI, S. 279 f.

⁵⁴⁸ VETTERLI, S. 280.

und der Grundsatz, nach dem alle mit staatlichen Aufgaben bedachten Behörden die Grundrechte zu wahren haben. Die Entscheidung über eine allfällige Zulassung der Ergebnisse in Fällen von Beweisverwertungsverboten im Prozess liegt trotz Illegalität in der Hand des Beschuldigten. Das Interesse des Beschuldigten geht dem öffentlichen Interesse an der Makellosigkeit des Prozesses vor. Sein Interesse an einem Freispruch aufgrund günstiger Beweisergebnisse wiegt schwerer als dasjenige der Öffentlichkeit an einem Verfahren ohne jegliche Fehler.⁵⁴⁹ Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Beschuldigte bei der Einwilligung in die Verwendung eines entlastenden Beweises unter Druck stehen soll. Wer die Wahl hat zwischen einer offensichtlich vorzugswürdigen und einer unzweifelhaft nachteiligen Alternative, der ist doch gerade nicht in einer Zwangslage, weil die Entscheidung bei vernünftiger Abwägung auf der Hand liegt.⁵⁵⁰ Des Weiteren ist eine Einwilligung widerrufbar, sollte sich die Bedeutung des Beweises ändern. Das die Beweisverwertung betreffende Verbot kann demzufolge nach VETTERLI als verzichtbares Recht angesehen werden.⁵⁵¹

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Argumentation in Bezug auf die Möglichkeit des Beschuldigten, in die Verwendung illegal erhobener Beweise, welche für ihn entlastend wirken, einwilligen zu können, zu folgen. Einen Beschuldigten wissenden Auges zu verurteilen, obschon Beweise vorlägen, mit welchen allenfalls gar seine Unschuld bewiesen werden könnte, diese aber nicht in den Prozess einzubeziehen, ist abzulehnen. Vielmehr dürfte es nicht nur im Interesse des Beschuldigten liegen, in die Verwendung solcher Beweise einwilligen zu können, sondern auch im Interesse der Öffentlichkeit, dass sie verwendet werden. Das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz könnte konkret auch dadurch enttäuscht werden, dass jemand verurteilt wird, obwohl andere Beweise vorlägen. Natürlich geht es grundsätzlich darum, das Vertrauen der Bevölkerung in ein rechtstaatliches Verfahren zu gewährleisten. Das Vertrauen der Bevölkerung, dass Verfahren auf Basis der vorliegenden Beweise und somit so nahe an der materiellen Wahrheit wie möglich durchgeführt werden, ist aber mindestens so bedeutend. Der Justizförmigkeit des Verfahrens ist eine enorme

⁵⁴⁹ Ähnlich PUTZHAMMER, S. 139; VETTERLI, S. 279.

⁵⁵⁰ Siehe dazu CHEN, S. 145.

⁵⁵¹ VETTERLI, S. 280 f.

Wichtigkeit zuzusprechen. Überspitzter Formalismus darf keinen Eingang in den Strafprozess finden, wo es unfair für den Betroffenen wird. Wir brauchen den Grundsatz der Justizförmigkeit in seiner Funktion als Schutz des Einzelnen vor staatlichem Machtmissbrauch, nicht aus reinem Formalismus. Die exakte Bindung ans Gesetz verfolgt das eigentliche Ziel, ein faires Verfahren zu garantieren. Fairness lässt sich nicht erkennen, wenn Beschuldigte verurteilt werden sollen, wenn zugleich entlastende Beweismittel vorliegen, in deren Verwendung lediglich eingewilligt werden müsste. Es kann nicht angehen, dass ein Teil der Lehre sich bei Hausdurchsuchungen auf freiwilliger Basis, bei denen negative Folgen für den Betroffenen resultieren können, für eine Einwilligungsmöglichkeit aussprechen und in einem Bereich, in welchem es positive Folgen für den Betroffenen haben könnte, wenn er denn einwilligt, dagegen. Der Auffassung von VETTERLI ist somit zuzustimmen. Das Prinzip der materiellen Wahrheit muss hier massgebend sein. Weiter obliegt dem Staat eine umfassende Aufklärungspflicht gegenüber betroffenen Personen, die Schriftlichkeit im Verfahren ist einzuhalten und es bedarf der Erläuterung, welche Konsequenzen eine Einwilligung mit sich bringt. Die anwaltliche Unterstützung ist in dieser Situation hilfreich, kann ein Anwalt doch einschätzen, ob die Einwilligung in einen illegal erlangten Beweis sinnvoll ist oder nicht. Er kann den Beschuldigten auch darauf hinzuweisen, wenn es nötig sein sollte, eine Einwilligung zu widerrufen.⁵⁵² Diese unterstützende anwaltliche Vertretung hat die betroffene Person bei einer Hausdurchsuchung in der Regel gerade nicht. Die betroffene Person musste schon die negativen Folgen der illegalen Erhebung des Beweises auf sich nehmen. Quasi das Glück im Unglück – die Entdeckung eines entlastenden Beweises – nun zu verwehren, da hier eine Einwilligungsfeindlichkeit bestehen soll, ist geradezu stossend.

Unbestritten ist, dass fehlbare beweiserhebende Personen aufsichtsrechtlich und/oder strafrechtlich verfolgt werden müssen. Nur weil ein Beweis strafprozessual trotz rechtswidriger Erhebung allenfalls zugelassen werden kann, bedeutet das nicht, dass die rechtswidrige Erlangung folgenlos bleiben darf.⁵⁵³

⁵⁵² Ähnlich VETTERLI, 276 ff.

⁵⁵³ HÄRING, S. 235 f.

7. ZWISCHENERGEBNIS

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird durch die Bestimmungen über die Beweiserhebung und Beweisverwertung eingeschränkt. Einerseits legt das Gesetz absolut verbotene Beweiserhebungsmethoden fest. Beweise, welche auf diese Art erhoben wurden, gelten als absolut unverwertbar. Andererseits unterliegen Beweise, welche unter Verletzung von materiellem Strafrecht erhoben wurden, einem relativen Verwertungsverbot. Sie dürfen nicht verwendet werden, es sei denn, dies ist zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Beweise, die unter Verletzung prozessualer Vorschriften erhoben wurden, sofern es sich dabei um Gültigkeitsvorschriften handelt, unterliegen ebenfalls einem relativen Verwertungsverbot. Handelt es sich um Ordnungsvorschriften, ist eine Verwertung zulässig.

Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, ob es sich bei der Vorschrift von Art. 241 Abs. 1 StPO um eine Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift handelt. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um eine Gültigkeitsvorschrift. Damit greift im Minimum das relative Verwertungsverbot. Sollten freiwillige Hausdurchsuchungen gesetzeswidrig sein, so dürfen auf diese Weise erlangte Beweismittel nicht verwertet werden.

In Bezug auf die Fernwirkung ist festzuhalten, dass das Gesetz grundsätzlich von einer Fernwirkung aus geht. So wird in Art. 141 Abs. 4 StPO festgelegt, dass bei unverwertbaren Beweisen auch die Folgebeweise nicht verwendet werden dürfen, es sei denn, deren Erhebung wäre auch auf anderem Weg möglich gewesen. Dieser Artikel ist auslegungsbedürftig, da nicht definiert wird, was unter „auf anderem Wege“ verstanden wird. Klar ist, dass Beweisverwertungsverbote mit Fernwirkung auszustatten sind, da ansonsten der Schutzzweck der Beweiserhebungsnorm vereitelt wäre.

Beweise, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, sind nicht unverzüglich zu vernichten, jedoch aus den Strafakten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens unter separatem Verschluss zu halten. Nach Eintritt der Rechtskraft ist die Vernichtung angezeigt.

Als stossend wird die Konsequenz betrachtet, dass in die Verwendung illegal erworbener Beweismittel, welche einen Betroffenen jedoch entlasten würden, durch denselben nicht eingewilligt werden kann. So kann ein Betroffener gemäss einem

Teil der Lehre zwar in eine Hausdurchsuchung ohne Hausdurchsuchungsbefehl auf sog. freiwilliger Basis einwilligen, obschon er hieraus zu befürchten hat, dass belastende Beweismittel gegen ihn gefunden werden könnten. Nicht aber ist es ihm möglich, in die Verwendung entlastender Beweismittel einzuwilligen, wenn diese illegal erworben worden sind. Hier wird mit der Justizförmigkeit des Verfahrens argumentiert, im Falle der Hausdurchsuchung scheint dies kein Thema zu sein und auf Formvorschriften wird verzichtet. Dies erscheint willkürlich und ist deshalb nicht nachvollziehbar.

XVI. ZUFALLSFUNDE

Der Umgang mit Zufallsfunden aus Durch- und Untersuchungen ist in Art. 243 StPO geregelt. Gemäss Art. 243 Abs. 1 StPO handelt es sich bei Zufallsfunden um zufällig entdeckte Spuren oder Gegenstände, die mit der abzuklärenden Straftat nicht in Zusammenhang stehen, aber auf eine andere Straftat hinweisen.⁵⁵⁴ Solche Zufallsfundene werden oftmals im Rahmen von Hausdurchsuchungen gemacht. Fraglich ist indessen, wie mit Zufallsfundene umzugehen ist und ob es Unterschiede gibt, wenn eine Hausdurchsuchung auf Basis einer Einwilligung ohne Hausdurchsuchungsbefehl oder auf Basis eines Hausdurchsuchungsbefehls durchgeführt wurde. Insbesondere diesen Fragen ist im Folgenden nachzugehen.

1. GRUNDLAGEN UND VERWERTBARKEIT VON ZUFALLSFUNDEN

Die Unter- bzw. Durchsuchung wird aufgrund eines hinreichenden und im Durchsuchungsbefehl umschriebenen Tatverdachts für ein oder mehrere, vom Sachverhalt her konkrete Delikte angeordnet und ausgeführt. Der Gegenstand der Massnahme ist damit definiert und soll mit Bezug auf diesen Tatverdacht Indizien oder Beweise erbringen. Während der Ausführung der Massnahme kommt es vor, dass Beweise oder Indizien vorgefunden werden, die auf andere mögliche Straftaten des Beschuldigten oder gar

⁵⁵⁴ LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 230; OBERHOLZER, Rz. 1396.

auf Straftaten von bislang nicht Beschuldigten hinweisen. Bei solchen Funden ist die Rede von Zufallsfunden.⁵⁵⁵

In Art. 243 StPO werden die ausführenden Behördenvertreter ausdrücklich angewiesen, Gegenstände sicherzustellen, die in keinem direkten Zusammenhang mit der abzuklärenden Straftat stehen und als Zufallsfunde einzustufen sind. Damit bildet der Artikel die gesetzliche Grundlage für die vorläufige Sicherstellung von Zufallsfunden. Art. 243 Abs. 2 StPO äussert sich jedoch nicht über die Verwertbarkeit solcher Zufallsfunde.⁵⁵⁶ Die Norm sieht lediglich vor, dass Zufallsfunde mit einem Bericht der Verfahrensleitung übermittelt werden, welche dann über das weitere Vorgehen entscheidet. Das Gesetz stellt damit, anders als bei Zufallsfunden aus Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, keine zusätzlichen materiellen oder formellen Anforderungen für deren Verwertbarkeit aus Durchsuchung und Untersuchung auf. Aus der Botschaft geht des Weiteren deutlich hervor, dass Zufallsfunde aus Durchsuchungen ohne weitere Einschränkungen verwertet werden können, d.h. die Zufallsfunde können je nach Situation zur Einleitung eines neuen Verfahrens oder im Rahmen einer bereits hängigen Untersuchung verwendet werden.⁵⁵⁷ Daraus ergibt sich, dass diese gegen den Beschuldigten oder in einem Strafverfahren gegen Dritte verwendet werden können.⁵⁵⁸ Voraussetzung für die Verwertbarkeit ist selbstredend die hypothetische Zulässigkeit der Zwangsmassnahme:⁵⁵⁹ Eine nachträgliche Überprüfung muss ergeben, dass die Durchsuchung für das (zufällig gefundene) Delikt und gegen die betroffene Person zulässig gewesen wäre und keine besonderen Umstände wie etwa ein Berufsgeheimnis dagegengesprochen hätten. Es ist offenkundig, dass die Natur des Zufallsfundes einerseits und dessen grundsätzliche Verwertbarkeit andererseits es mit sich bringen, dass das Erfordernis des vorbestehenden Tatverdachts bei Zwangsmassnahmen nach Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO gerade nicht gelten kann. Anders verhält es sich bei Zufalls-

⁵⁵⁵ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 194; KELLER, ZK, N 1 f. zu Art. 243 StPO; ähnlich auch Botschaft StPO, S. 1237.

⁵⁵⁶ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 2 zu 243 StPO.

⁵⁵⁷ Botschaft StPO, S. 1237.

⁵⁵⁸ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 194.

⁵⁵⁹ HEIMGARTNER, S. 58: Die Zwangsmassnahme muss auf eine gesetzeskonforme Weise durchgeführt worden sein.

fundene, die aus einer rechtswidrigen Durchsuchung oder Untersuchung stammen. Hier greift die allgemeine Regel des Art. 141 StPO betreffend Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise. Aus Art. 141 StPO folgt jedoch keineswegs immer die Unverwertbarkeit, wie an früherer Stelle aufgezeigt wurde.⁵⁶⁰

Damit kann festgehalten werden, dass Zufallsfunde aus rechtmässigen Hausdurchsuchungen stets verwertbar sind. Rechtmässige Hausdurchsuchungen sind nach der hier vertretenen Auffassung solche, welche insbesondere den Voraussetzungen nach Art. 197 StPO Genüge tun, womit im Regelfall einhergeht, dass ein schriftlicher Hausdurchsuchungsbefehl vorliegt. Andernfalls hat auch für Zufallsfunde ein Beweisverwertungsverbot zu gelten.⁵⁶¹

Bei Hausdurchsuchungen auf freiwilliger Basis, bei denen sämtliche allgemeine Voraussetzungen fehlen resp. gemäss gewisser Lehrmeinungen aufgrund der Einwilligung ‚rechtmässig‘ auf ihr Vorliegen verzichtet wurde, stellt sich die Frage, ob nicht alle Funde Zufallsfunde im weiteren Sinne darstellen. Da nach einem Teil der Lehre auf den Hausdurchsuchungsbefehl verzichtet wird sofern eine Einwilligung vorliegt, liegt demnach auch keine Umschreibung dessen vor, was gesucht wird, womit die Abgrenzung zu den Zufallsfunden schwierig wird. Da den Voraussetzungen nach Art. 197 StPO in dieser Konstellation nicht Genüge getan wird, ist weiter fraglich, ob die Einwilligung als Ersatz fungieren kann. Nach obigen Ausführungen wären an die Einwilligung hohe Anforderungen zu stellen. Wie dargelegt wurde, handelt es sich hierbei um einen sehr unbefriedigenden Anspruch, zumal die Definition von ‚hohe Anforderungen‘ sehr auslegungsbedürftig ist. Weiter ist nicht überzeugend, wie der Beweis erbracht werden soll, dass die Einwilligung tatsächlich freiwillig gewesen ist. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich bei der Einwilligung nie um eine tatsächliche Freiwilligkeit handelt, da keine echte Wahl im engeren Sinne für den Betroffenen gegeben ist. Dies fusst auf dem Gedanken, dass die Behörden zulässig damit drohen dürfen, bei Nicht-einwilligung einen Hausdurchsuchungsbefehl einzuholen und die Massnahme dann unter Zwang vornehmen können und dürfen. Wie im Einführungsfall dargelegt wurde, ist der Inhalt dieser Androhung aber nicht in jedem Fall auch der Realität entsprechend,

⁵⁶⁰ KELLER, ZK, N 4 zu Art. 243 StPO.

⁵⁶¹ Urteil des BGer 6B_860/2018 vom 18.12.2018 E. 2.3.2; OBERHOLZER, Rz. 1397.

da dort gerade kein Hausdurchsuchungsbefehl zugestanden worden ist. Tendenziell sollte demnach das Beweisverwertungsverbot bevorzugt werden.

Art. 243 StPO definiert weiter indirekt das Verbot einer fishing expedition, womit die Beweisaufschwung durch Durchsuchung oder Untersuchung ohne einen vorbestehenden hinreichenden Tatverdacht gemeint ist,⁵⁶² worauf vertieft einzugehen ist.⁵⁶³ Dies ist im Rahmen der Forschungsfrage von zentraler Bedeutung, da aufgrund von freiwilligen Hausdurchsuchungen, bei denen auf den begrenzenden Hausdurchsuchungsbefehl verzichtet wird, die Schwelle zu einer unzulässigen Beweisaufschwung in problematischer Weise niedrig wird. Es bedarf nachfolgend deshalb einer abgrenzenden Auslegung.

2. ABGRENZUNG ZUR FISHING EXPEDITION

Nicht von Zufallsfunden, sondern von unzulässiger Beweisaufschwung (fishing expedition) wird gesprochen, wenn aufs Geratewohl Beweisaufnahmen getätigt werden;⁵⁶⁴ bzw. wenn Beweise an Orten gesucht werden, wo solche in Bezug auf das abzuklärende Delikt mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht anzutreffen sind.⁵⁶⁵ Art. 243 StPO erwähnt es zwar nicht explizit, definiert jedoch indirekt auch das Verbot einer fishing expedition einer Beweisaufschwung durch Durchsuchung oder Untersuchung ohne einen vorbestehenden hinreichenden Tatverdacht.⁵⁶⁶ Ergebnisse aus solchen Beweisaufschwungen sind nicht verwertbar.⁵⁶⁷ Im Gegensatz zum reinen Zufallsfund bezwecken fishing expeditions Zufallsfunde gewissermassen.⁵⁶⁸ Dem Durchsuchungsbefehl kommt insbesondere unter diesem Gesichtspunkt eine besondere Bedeutung zu: Er hat eine Begrenzungsfunktion inne.⁵⁶⁹ Die durchführende Behörde hat damit bei der konkreten

⁵⁶² LIPS-AMSLER, Textausgabe, S. 231.

⁵⁶³ Zum Ganzen KELLER, ZK, N 1 ff. zu Art. 243.

⁵⁶⁴ SCHMID/JOSITSCH, PK, N 8 zu 243.

⁵⁶⁵ BGE 103 Ia 206 E. 6; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 748.

⁵⁶⁶ BGE 139 IV 128 E. 2.1; HEIMGARTNER, S. 59; KELLER, ZK, N 4 zu Art. 243 StPO.

⁵⁶⁷ Urteil des BGer 6B_191/2016 vom 05.08.2016 E. 1.3; BGE 137 I 218 E. 2.3.2; Botschaft StPO, S. 1237; zum Ganzen KELLER, ZK, N 5 zu Art. 241; PITTELOUD, N 540 zu Art. 242 StPO.

⁵⁶⁸ GFELLER/THORMANN, BSK StPO, N 15 zu Art. 243 StPO.

⁵⁶⁹ Siehe Art. 241 Abs. 2 lit. b StPO, Art. 269 Abs. 1 StPO.

Zwangsmassnahme stets das Durchsetzungsziel zu beachten.⁵⁷⁰ Bei der fishing expedition existiert keine solche Begrenzungsfunktion, vielmehr wird bewusst nach Beweismitteln gesucht, für die kein Tatverdacht vorliegt.⁵⁷¹ Damit wird durch die Massnahme – die fishing expedition – der Tatverdacht erst produziert und begründet.⁵⁷²

Obschon Beweise, die aus fishing expeditions zu Tage gefördert wurden, nicht verwertbar sind, wird aufgrund der vorangehenden Überlegungen erneut deutlich, dass die Begrenzungsfunktion des Hausdurchsuchungsbefehls durchaus seine Wichtigkeit hat. Weiter gilt es, auch die restlichen einschlägigen Voraussetzungen im Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen zu beachten, gerade wenn es um den nötigen Tatverdacht geht. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint es falsch, von einem Hausdurchsuchungsbefehl abzusehen, selbst wenn der Betroffene in die Zwangsmassnahme einwilligt. Es stellt sich erneut die Frage, inwiefern eine Einwilligung in die Hausdurchsuchung überhaupt sinnvollerweise eingesetzt werden sollte. Vielmehr bedarf es aus Gründen der Justizförmigkeit des Verfahrens und der unerlässlichen Begrenzungs- und Schutzfunktionen stets eines Hausdurchsuchungsbefehls. Eine Einwilligung kann höchstens als zusätzliche, optionale Voraussetzung betrachtet werden; im Sinne von ‚nice to have‘. Allenfalls kann die Möglichkeit, der betroffenen Person eine Einwilligungsoption zu geben, zur besseren Kooperation bei der Umsetzung von Massnahmen beitragen. Es darf aber keine Fälle geben, bei denen weder ein gültiger Hausdurchsuchungsbefehl vorliegt noch ein ausreichender Tatverdacht gegeben ist und eine Hausdurchsuchung nur unter der Voraussetzung durchgeführt wird, dass eine betroffene Person dazu einwilligt, wie die obigen Ausführungen erneut zeigen.

3. ZWISCHENERGEBNIS

Im Rahmen von Hausdurchsuchungen kommt es u.U. zu Zufallsfunden. Es handelt sich dabei um zufällig entdeckte Spuren oder Gegenstände, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem Zusammenhang stehen. Gemäss Gesetz sind solche Gegenstände durch die Behördenvertreter sicherzustellen. Die Verfahrensleitung entscheidet in

⁵⁷⁰ Urteil des BGer 1B_726/2012 vom 26.2.2013.

⁵⁷¹ GFELLER/THORMANN, BSK StPO, N 19 zu Art. 243 StPO.

⁵⁷² RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 748.

der Folge über das weitere Vorgehen. Zufallsfunde aus rechtmässigen Hausdurchsuchungen sind stets verwertbar. Dabei werden nach hier vertretener Auffassung unter rechtmässigen Hausdurchsuchungen solche verstanden, welche den Voraussetzungen nach Art. 197 ff. StPO Genüge tun, womit im Regelfall einhergeht, dass ein schriftlicher Hausdurchsuchungsbefehl vorliegt. In Bezug auf sog. freiwillige Hausdurchsuchungen, welche lediglich aufgrund einer Einwilligung der betroffenen Person stattfinden konnten, sollte ein Beweisverwertungsverbot von Zufallsfunden greifen, sofern derartige Hausdurchsuchungen überhaupt zugelassen werden wollen.

Im Zusammenhang mit Zufallsfunden ist das Thema sog. fishing expeditions unumgänglich. Dabei handelt es sich um unzulässige Beweisaufnahmen. Aufs Geratewohl werden Beweisaufnahmen getätigt. Im Gesetz wird indirekt ein Verbot solcher fishing expeditions stipuliert. Gerade in diesem Zusammenhang ist die Wichtigkeit eines schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehls hervorzuheben. Dieser begrenzt die Massnahme und zwingt die durchführende Behörde, stets das angemessene Durchsetzungsziel zu beachten. Bei Hausdurchsuchungen auf freiwilliger Basis, bei denen von einem Hausdurchsuchungsbefehl sowie mitunter dem Vorliegen des nötigen Tatverdachts abgesehen wird, ist die Schwelle zu fishing expeditions sehr niedrig. Dort wo staatliche Macht missbraucht werden kann, ist es dringend nötig, solchen Risiken vorzubeugen. Deshalb ist abermals dafür zu plädieren, die Voraussetzungen im Sinne von Art. 197 ff. StPO einzuhalten und damit einhergehend stets einen Hausdurchsuchungsbefehl vorliegend zu haben – auch wenn eine Einwilligung in die Massnahme seitens betroffener Person abgegeben wird.

Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass eine einvernehmliche Hausdurchsuchung keine Zwangsmassnahme darstelle und deshalb auch ihm Rahmen selbstständiger polizeilicher Ermittlung zulässig sei. Damit einhergehend wird vertreten, da aufgrund der Einwilligung keine Zwangsmassnahme vorläge, sei auch kein Hausdurchsuchungsbefehl nötig. Dem kann aus mitunter oben genannten Gründen nicht gefolgt werden.

Im Allgemeinen kann nach dem bereits Erarbeiteten festgehalten werden, dass Hausdurchsuchungen durch die Behörden Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechte darstellen. Es liegt dann eine Hausdurchsuchung vor, wenn in das Freiheitsrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung eingegriffen wird. Da es sich bei der Hausdurchsuchung

um eine sehr einschneidende und weitgreifende Zwangsmassnahme handelt, gebietet es der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass sie grundsätzlich mit Einwilligung der berechtigten Person zu erfolgen hat, wie in Art. 244 Abs. 1 StPO festgehalten ist. Die Einwilligung der betroffenen Person ist dabei nach der hier vertretenen Auffassung lediglich als Kooperationsbereitschaft zu deuten und öffnet dem Staat nicht Tür und Tor, dass auf die Voraussetzungen nach Art. 197 ff. StPO verzichtet werden kann. Es ist mit Hausdurchsuchungen in jedem Fall ein Eingriff in verfassungsmässige Rechte verbunden, weshalb sie als Zwangsmassnahmen zu behandeln sind.⁵⁷³ Insbesondere die grammatischen Auslegung von Art. 244 StPO erlaubt den Verzicht auf einen Hausdurchsuchungsbefehl gerade nicht. Weiter beziehen sich die Allgemeinen Bestimmungen nach der Systematik des Gesetzes auf die verschiedenen Formen der Durchsuchung und damit auch auf die Hausdurchsuchung. Damit wird klar: Ein schriftlicher (spätestens nachträglicher) Hausdurchsuchungsbefehl ist zwingend. Dem Hausdurchsuchungsbefehl kommt sodann eine Informations- und Begrenzungsfunktion zu. Somit läuft ein Verzicht auf einen Hausdurchsuchungsbefehl der Justizförmigkeit des Verfahrens zuwider. Eine andere Auslegung hingegen läuft Gefahr zu staatlichem Machtmissbrauch und Aushöhlung des Gesetzes.

Die Notwendigkeit des Vorliegens eines Hausdurchsuchungsbefehls ergibt sich auch aus der Analyse betreffend die Beweisverwertungsverbote. Das Vorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls ist nach hier vertretener Auffassung keine Ordnungs- sondern eine Gültigkeitsvorschrift. Aufgrund des damit einhergehenden relativen Beweisverwertungsverbots ist eine Interessenabwägung vonnöten. Diese sollte, sofern keine schweren Delikte betroffen und keine Ausnahmen im Sinne von Art. 241 Abs. 1 StPO vorliegend sind, für die Nichtverwertbarkeit der Beweise ausfallen, wenn kein Durchsuchungsbefehl vorliegt.

In Bezug auf die Zufallsfunde ist eine Verwertung zulässig, sofern die Zwangsmassnahme der Hausdurchsuchung rechtmässig erfolgte. Dies ist dann der Fall, wenn die einschlägigen Voraussetzungen eingehalten wurden. Ansonsten ist die Unverwertbarkeit die logische Konsequenz.

⁵⁷³ So auch Urteil des Berner Obergerichts BK 19 427 vom 07.01.2020 E. 7.2.

Gerade in Bezug auf die Abgrenzung zur unerlaubten Beweisausforschung konnte dargelegt werden, weshalb der Durchsuchungsbefehl, trotz Einwilligung des Betroffenen, derart wichtig ist. Die Schwelle zum staatlichen Machtmissbrauch ist in diesem äussert heiklen Bereich der Zwangsmassnahmen zu niedrig. Mittels Hausdurchsuchungsbefehl kann die nötige Begrenzungsfunktion jedoch sichergestellt werden.

Die bisherige Analyse macht deutlich: Der Verzicht auf einen Durchsuchungsbefehl ist nicht sinnvoll. Gleichwohl ist nachfolgend die Freiwilligkeit der Einwilligung unter dem Blickwinkel der Hausdurchsuchung zu analysieren. Es wird aufgezeigt, inwiefern eine betroffene Person gemäss einem Teil der Lehre in die Hausdurchsuchung einwilligen kann und welche Konsequenzen dies hat.

F. FREIWILLIGKEIT BEI DER HAUSDURCHSUCHUNG

In der Praxis der Strafverfolgung grundlegend ist die Frage der Verzichtbarkeit von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsvorschriften. Kann eine beschuldigte Person freiwillig in eine Hausdurchsuchung einwilligen, obwohl die Voraussetzungen einer solchen nicht oder nicht vollständig gegeben sind?⁵⁷⁴

Nach Art. 244 Abs. 1 StPO dürfen Häuser, Wohnungen und andere nicht allgemein zugängliche Räume nur mit Einwilligung der berechtigten Person durchsucht werden. Die Einwilligung muss vor der Hausdurchsuchung erklärt werden, die berechtigte Person über das Rechtsgut (hier das Hausrecht im Sinne des Rechts auf Achtung der Wohnung), verfügen können, sie sich des Wesens und der Tragweite ihrer Einwilligung bewusst sein und es dürfen keine relevanten Willensmängel vorliegen.⁵⁷⁵

Wie an früherer Stelle ausgeführt, ist eine Einwilligung in eine Zwangsmassnahme nach allgemeiner Meinung und Rechtsprechung nur dann rechtsgültig, wenn sie irrtumsfrei, freiwillig und ernsthaft erfolgt, damit auf ihre Rechtsgültigkeit geschlossen werden kann.⁵⁷⁶ Oftmals wird hierzu der Hinweis gemacht, dass strenge Anforderungen gelten, da es um einen Verzicht auf grundrechtlich geschützte Positionen geht und eine betroffene Person nicht unter Druck gesetzt werden darf.⁵⁷⁷ VEST vertritt die Ansicht, es handle sich hierbei um Floskeln, die sicherlich nicht falsch seien, jedoch in der Sache auch nichts Substantielles bringen würden.⁵⁷⁸ Weiter führt er aus, dass die Schweiz offenbar auch im Strafprozessrecht eine Sonderstellung einnehme, zumal die deutsche, französische, italienische, liechtensteinische sowie die österreichische Strafprozessordnung allesamt deutlich formstrenger ausgestaltet sind. Da der Strafprozess schlicht die schärfste Form der Eingriffsverwaltung darstellt, ist es seiner Auffassung

⁵⁷⁴ BURGER-MITTNER/BURGER, S. 307 ff., CHEN, S. 3.

⁵⁷⁵ Ähnlich in der deutschen Literatur PUTZHAMMER, S. 21 f.; THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 13 zu Art. 244 StPO.

⁵⁷⁶ Urteil des Berner Obergerichts BK 19 427 vom 07.01.2020 E. 7.3; THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 13 ff. zu Art. 244 StPO.

⁵⁷⁷ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 13 ff. zu Art. 244 StPO.

⁵⁷⁸ VEST, S. 464.

nach aber richtig, juristisch dort eine Grenze zu ziehen, wo aufgrund Entformalisierung und Flexibilisierung Machtmissbrauch droht. Auch wenn strafprozessuale Formerfordernisse jedweder Art offenbar wenig beliebt seien, so hätten sie insbesondere in derart eingreifenden Situationen durchaus ihre Berechtigung. Einerseits sollte die Einführung der eidgenössischen StPO zur Effizienzsteigerung beitragen, andererseits sollten aber auch Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gestärkt werden. Es bedürfe also der Gewaltenteilung – gerade im polizeilichen Alltag. Er plädiert für die Möglichkeit der Kontrolle der Akteure des staatlichen Gewaltmonopols. Auf die Justizförmigkeit sowie die Formbedürftigkeit des Strafprozesses sei zu pochen.⁵⁷⁹

Die durchsuchende Behörde hat eine berechtigte Person vorgängig über den Namen der beschuldigten Person zu informieren und mit den Angaben nach Art. 241 Abs. 2 lit. a-c StPO zu bedienen, wobei die durchsuchende Behörde stets das strafprozessuale Täuschungsverbot zu beachten hat. Ebenso wenig darf eine betroffene Person überrumpelt oder unter Druck gesetzt werden. Vielmehr ist im Sinne eines fairen Verfahrens darauf hinzuweisen, dass die betroffene Person nicht dazu verpflichtet ist, der durchsuchenden Behörde Zutritt zu gewähren resp. ihre Einwilligung ohne Grundangabe verweigern kann.⁵⁸⁰ Die mündliche Information steckt damit den Rahmen ab, in welchem sich die Hausdurchsuchung bewegen darf und hat damit nicht nur eine Informations- sondern auch Begrenzungsfunktion. Im Interesse der Strafverfolgungsbehörde ist gründlich zu protokollieren, was gegenüber einer betroffenen Person in welcher Form mündlich informiert wurde.

Je nach psychischer oder physischer Verfassung einer betroffenen Person können sich Zweifel an der Rechtsgültigkeit der Einwilligung ergeben. Steht eine Person unter dem Einfluss von Alkohol oder Betäubungsmitteln, kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass ihre Einwilligung frei von Willensmängeln erfolgte. Gerade bei Hausdurchsuchungen zur Auffindung von Betäubungsmitteln oder in Fällen häuslicher Gewalt, wo Alkohol im Spiel ist, sollte die physische bzw. psychische Verfassung der betroffenen Person dringend einbezogen werden. Einwilligungen, welche im Zustand

⁵⁷⁹ Ähnlich zum Ganzen VEST, S. 465 ff.

⁵⁸⁰ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 14 zu Art. 244 StPO.

von Urteilsunfähigkeit abgegeben wurden, sind nichtig. Solche, welche mit Willensmängeln behaftet sind, sind anfechtbar.

Ein Betroffener muss die Konsequenzen seiner Einwilligung verstanden haben; es bedarf einer informierten Freiwilligkeit. Dieses Kriterium ist der oben genannten Trias der Voraussetzungen ausdrücklich hinzuzufügen.⁵⁸¹ Die berechtigte Person darf nicht überrumpelt oder unter Druck gesetzt werden, wie bereits aus verschiedenen Perspektiven dargelegt wurde.⁵⁸² Zudem sind Kontrolle und Aktenförmigkeit unerlässlich. Es handelt sich nur dann um eine informierte Freiwilligkeit, wenn einer betroffenen Person die geltenden Rahmenbedingungen sowie die Konsequenzen ihres Handelns ausreichend klar sind. „Wenn also die Durchsuchung nicht gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet werden darf, ist die freiwillige Einwilligung ungültig, soweit die betroffene Person nicht über die Unzulässigkeit der Massnahme im Verweigerungsfall aufgeklärt wurde“⁵⁸³ Es bedarf also der Aufklärung des Betroffenen, dass eine Durchsuchung nicht ohne Weiteres (vor allen Dingen nicht ohne [staatsanwaltschaftliche] Anordnung) stattfinden darf, wenn er nicht zustimmt. Folglich bedarf es auch der Mitteilung an den Betroffenen, dass keine Verpflichtung zur Zustimmung oder Duldung der Hausdurchsuchung besteht.⁵⁸⁴ Es wäre rechtsmissbräuchlich, zur Begründung des hinreichenden Tatverdachts und der Notwendigkeit der Hausdurchsuchung nachträglich die Verweigerung der Zustimmung heranzuziehen. Klar ist, dass eine Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn jemand nur einwilligt, weil er die Massnahme als unvermeidbar erachtet, sich ausdrücklich oder konkludent zur Duldung aufgefordert sieht und somit über seine Abwehrrechte irrt.⁵⁸⁵ Verstöße gegen die skizzierten Voraussetzungen einer informierten freiwilligen und irrtumsfreien Zustimmung könnten nach Art. 140 Abs. 1 StPO zu einem absoluten Beweisverwertungsverbot führen.⁵⁸⁶ Daraus folgt, dass eine Einwilligung nur dann als gültig zu erachten ist, wenn die betroffene Person informiert freiwillig einwilligt. Keine unzulässige Druckausübung ist nach

⁵⁸¹ VEST, S. 464.

⁵⁸² THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 14 zu Art. 244 StPO.

⁵⁸³ GFELLER, BSK StPO, N 4a zu Art. 241 StPO.

⁵⁸⁴ BURGER-MITTNER/BURGER, S. 309 f.

⁵⁸⁵ GFELLER, BSK StPO, N 4a zu Art. 241 StPO.

⁵⁸⁶ Zum Ganzen VEST, S. 464 ff.

Auffassung von GFELLER der Hinweis einer ausführenden Person darauf, dass sie im Weigerungsfall bei der zuständigen Behörde (Staatsanwaltschaft oder Gericht) einen schriftlichen Befehl beantragen werde, wie dies im Durchsuchungsfall ohne Einwilligung ohnehin üblich ist. Gleiches gelte allgemein für den Hinweis auf anwendbare Gesetzesbestimmungen. Willigt eine zu durchsuchende Person nicht freiwillig ein, so entsteht nicht bereits hieraus ein Fall von Dringlichkeit i.S.v. Art. 241 Abs. 3 StPO.⁵⁸⁷

MALACRIDA weist darauf hin, dass auch bei höflicher Bitte um Einlass durch die Behörden ohne das Vorliegen der nötigen Voraussetzungen und ohne das Hinweisen der privaten Person auf die Freiwilligkeit ihrer Erklärung die Irrtumsgefahr evident sei. Eine Bitte werde in solch einem Fall schnell als Befehl missverstanden. Damit ist für MALACRIDA klar, dass die Polizei Betroffene entsprechend aufzuklären hat, sofern sie deren Privatsphäre mangels rechtsverbindlicher Ermächtigung nicht in widerrechtlicher Weise beeinträchtigen wolle.⁵⁸⁸ Er spricht sich hingegen nicht dafür aus, dass absolute Gewissheit über die Folgen einer Entscheidung bestehen müsse. Vielmehr genüge es, wenn das Wissen um die Risiken vorlage.⁵⁸⁹

THORMANN/BRECHBÜHL gehen davon aus, dass die Verfahrenshandlung keine Zwangsmassnahme darstellt, sofern die betroffene Person in deren Vornahme aufgrund der oben dargelegten Kriterien rechtsgültig einwilligt. Ihrer Auffassung nach kann bei Vorliegen einer rechtsgültigen Einwilligung der berechtigten Person somit zum einen auf die gesetzlichen Voraussetzungen nach Abs. 2 lit. a-c StPO verzichtet werden. Zum anderen führe die auf Verfassungsstufe erfolgte Einwilligung in strafrechtlicher Hinsicht dazu, dass die Verfahrenshandlungen mit Art. 186 StGB im Einklang stünden, zumal im Strafrecht strenge Anforderungen an die Einwilligung bestünden.⁵⁹⁰

HANSJAKOB stellt fest, dass Voraussetzung für sämtliche Zwangsmassnahmen das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts sei. Bei den besonders schweren Eingriff bedürfe es eines dringenden Tatverdachts.⁵⁹¹ Es sei dabei besondere Zurückhaltung bei

⁵⁸⁷ GFELLER, BSK StPO, N 4a zu Art. 241 StPO.

⁵⁸⁸ MALACRIDA, S. 31.

⁵⁸⁹ MALACRIDA, S. 32.

⁵⁹⁰ THORMANN/BRECHBÜHL, BSK StPO, N 17 zu Art. 244 StPO.

⁵⁹¹ HANSJAKOB, S. 90.

Zwangsmassnahmen gegenüber nicht beschuldigten Personen geboten, da es dort am Kriterium des Tatverdachts fehle.⁵⁹² Obschon der Zwangsmassnahmencharakter der Hausdurchsuchung aufgrund der Einwilligung nicht dahinfällt: Soll nun dennoch auf derart wichtige Voraussetzungen wie das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts verzichtet werden können, wie in einigen Lehrmeinungen vertreten wird? Sollte nicht vielmehr die Auffassung von HANSJAKOB zum Tragen kommen und per se das Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts eine Voraussetzung für Zwangsmassnahmen sein, welche unter den 5. Titel des 1. Kapitels der StPO fallen?⁵⁹³

PIQUEREZ/MACALUSO verstehen den in Art. 244 Abs. 1 StPO festgelegten Grundsatz, es sei die Einwilligung der betroffenen Person einzuholen dahingehend, dass er damit das Verbot von Durchsuchungen mit fishing expedition-Charakter festschreibe.⁵⁹⁴

Um Freiwilligkeit und Irrtumsfreiheit gewährleisten zu können, ist nach der Rechtsprechung zu beachten, dass die Informationen der Strafverfolgungsbehörde rechtzeitig und inhaltlich ausreichend zu erfolgen haben. Dies ist besonders bei juristischen Laien zu beachten.⁵⁹⁵ Namentlich beinhaltet dies sämtliche Informationen, die auch aus einem Hausdurchsuchungsbefehl ergehen würden.⁵⁹⁶

Unverzichtbar ist das Kriterium der informierten Freiwilligkeit, wenn es denn überhaupt zulässig sein soll eine Freiwilligkeit anzunehmen. Vielmehr handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung bei den vermeintlich strengen Anforderungen an die strafrechtliche Einwilligung um Floskeln. Dementsprechend ist die Argumentation von VEST vorzuziehen, der einen anderen Ansatz wählt. Auf Basis seiner Überlegungen ergibt sich der Schluss, dass gerade im Bereich verfassungsmässig geschützter Grundrechte nicht aus Effizienz- und Bequemlichkeitsgründen auf Formerfordernisse (das Einholen eines Hausdurchsuchungsbefehls) verzichtet werden darf. Eine konsequente Einhaltung der Formerfordernisse ist für die Strafbehörde insbesondere für die Argumentation im Falle von allfälligen Beschwerden oder Siegelungsverfahren wichtig. Somit dient die

⁵⁹² Botschaft StPO, S. 1216; HANSJAKOB, S. 90.

⁵⁹³ HANSJAKOB, S. 90 f.

⁵⁹⁴ Piquerez/Macaluso, S. 470.

⁵⁹⁵ Urteil des Berner Obergerichts BK 19 427 vom 07.01.2020 E. 7.3.

⁵⁹⁶ Urteil des Berner Obergerichts BK 19 427 vom 07.01.2020 E. 7.3.

Einhaltung der Voraussetzungen den Behörden wie auch betroffenen Personen. Es ist stossend, zusätzlich zum umstrittenen Vorgehen über eine Einwilligung der Betroffenen auch noch auf das Erfordernis eines hinreichenden Tatverdachts zu verzichten. Es ist der Auffassung von HANSJAKOB zu folgen, wonach das Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts per se eine Voraussetzung für Zwangsmassnahmen darstellt, was die Hausdurchsuchung nur schon aufgrund ihrer systematischen Einordnung ins Gesetz ist. Ohne hinreichenden Tatverdacht besteht ist das Risiko von unzulässiger Beweis- ausforschung übermäßig hoch.

Weiter ist festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Auffassung davon ausgegangen wird, dass auch als ‚freiwillig‘ protokolierte Einverständniserklärungen nicht immer tatsächlich freiwillig im eigentlichen Sinne abgegeben wurden. Insbesondere der sach- bezogen notwendige überraschende Auftritt bei Hausdurchsuchungen und die damit zusammenhängende Drucksituation kann die Freiwilligkeit – allenfalls auch über das Unterbewusstsein – wesentlich beeinträchtigen. Dabei sind Ängste zu berücksichtigen, die gerade auch juristische Laien vor Repressalien haben, besonders, wenn sie Behörden eine Zustimmung verweigern. Selbst bei informierter Freiwilligkeit, bei der einer be- troffenen Person mitgeteilt wird, dass ihr bei einer Nichteinwilligung keine negativen Konsequenzen drohen, ist damit zu rechnen, dass Verunsicherung und Skepsis der Be- troffenen Auswirkungen darauf haben, ob und wie eine erwartete Einwilligung gegeben wird. Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn erkennbar ist, dass die Behörde dazu bereit ist, die vorgesehenen Massnahmen bei Bedarf mittels Zwang durchzuführen. Diesen inneren Konflikt und allfällig damit zusammenhängende Willensmängel im Nachhinein angemessen darzulegen, ist nur schwierig möglich. Dies spricht wiederum dafür, dass es problematisch ist, bei freiwilligen Einwilligungen in Hausdurchsuchungen diese nicht mehr als Zwangsmassnahme zu betrachten.

Ist es nun paternalistisch, wenn die geäusserte Einwilligung einer betroffenen Person, auf (vermeintlich) freiwilliger Basis, keine Wirkung entfalten soll? M.E. folgt diese Fragestellung einem unzutreffenden Ansatz und ist zu verneinen, da von einer Freiwilligkeit i.e.S. bei sog. freiwilligen Hausdurchsuchungen gerade nicht ausgegangen werden kann. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass situativer Druck, Unsicherheiten, damit verbundene Ängste und innere Zwänge im Rahmen einer Einwilligung die postulierte Freiwilligkeit in Frage stellen resp. Verhältnisse schaffen können, die mit eigentlichen

Zwangsmassnahmen vergleichbar sein können. Druck entsteht dabei nicht nur durch die eigentliche Hausdurchsuchung selbst und deren direkte Konsequenzen. Er entsteht insbesondere auch, wenn Betroffene ihre Reputation in der Gesellschaft gefährdet sehen. Dazu gehört bereits, wenn etwa Nachbarn und Passanten auf eine Hausdurchsuchung aufmerksam werden, können Rufschädigungen das Leben einer Person doch nachhaltig beeinträchtigen. Unter Druck entstanden ist eine Einwilligung als solche mit Mängeln verbunden. Mit verbindlichen Hausdurchsuchungsbefehlen schützt der Staat entsprechend nicht nur betroffene Personen vor sich selbst, sondern auch sich selbst vor allfälligem machtmisbräuchlichem Verhalten. Eine ergänzende Einwilligung von Betroffenen kann als Ausdruck der Kooperationsbereitschaft kommunikativ unterstützenden Charakter haben. Sie entbindet die Behörden hingegen nicht davon, sich entsprechend gesetzes- und verfahrenskonform zu verhalten.

Zusammenfassend zeigt sich, dass eine Hausdurchsuchung stets entweder eine Zwangsmassnahme darstellt oder zumindest den Charakter einer Zwangsmassnahme hat und eine Einwilligung durch die betroffene Person dies nicht aufzuheben vermag. Damit wird notwendig, dass trotz einer etwaigen Einwilligung der Betroffenen sämtliche rechtlichen Voraussetzungen seitens der Behörden zu erfüllen sind und Hausdurchsuchungsbefehle generell vorzuliegen haben.

Unter freiwillig i.e.S. soll vorliegend die feste innere Überzeugung verstanden sein, aus freien Stücken und tatsächlichem Willen, irrtumsfrei und bei vollem geistigen Bewusstsein eine Durchsuchung zu wollen oder zumindest gänzlich hinter ihr stehen zu können. Hierbei ist die Qualität einer Einwilligung von massgebender Bedeutung.

Zum Vergleich: Die Bedeutung der Qualität einer Einwilligung zeigt sich auch in Art. 182 StGB. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt ein Schulterspruch wegen Menschenhandels voraus, dass eine betroffene Person in ihrem sexuellen Selbstbestimmungsrecht verletzt wurde. Dabei schliesse eine in Kenntnis der konkreten Sachlage erfolgte und ihrem tatsächlichen Willen entsprechende Zustimmung der betroffenen Person diesen Tatbestand jedoch aus. Ob eine Person im Einzelfall selbstbestimmt gehandelt habe, sei anhand der konkreten Umstände zu beurteilen.⁵⁹⁷ Das faktische Einverständnis allein sei nicht massgebend, weil die Tathandlung auch

⁵⁹⁷ Urteil des BGer 6B_1006/2009 vom 26.03.2010 E. 4.2.2.

nur formal mit dem Willen der Betroffenen erfolgt sein könne.⁵⁹⁸ Zu prüfen sei hingegen, ob die Willensäusserung dem tatsächlichen Willen entsprochen habe.⁵⁹⁹ Dabei verfüge ein Betroffener nicht über die erforderliche Entscheidungsfreiheit, wenn die Einwilligung in die Tätigkeit als Prostituierte und in die (illegale) Überführung in die Schweiz im Zusammenhang mit schwierigen wirtschaftlichen oder sozialen Umständen oder in einschränkenden persönlichen und/oder finanziellen Abhängigkeiten im Herkunftsland einhergehe.⁶⁰⁰ Es ist davon auszugehen, dass der Hintergrund in den meisten Fällen einer betroffenen Person ein derartiger sein dürfte, womit die nötige Entscheidungsfreiheit in der Folge kaum je gegeben sein dürfte. Eine ähnliche Problematik besteht bei Hausdurchsuchungen: Der Wille zum Einverständnis dürfte, wie dargelegt, in den wenigsten Fällen frei von Druck und Ängsten vorliegen. Erschwerend hinzu kommt, dass durch eine Hausdurchsuchung staatliche Macht ausgeübt wird, während im Bereich von Art. 182 StGB der Staat nicht involviert ist. Gerade dort, wo ein Machtgefälle zwischen Privatem und Staat vorliegt und damit Missbrauchsgefahr besteht, ist besondere Zurückhaltung in Bezug auf die Abstützung alleine auf Einwilligungen geboten.

Eine weitere Grundlage bildet in diesem Zusammenhang das EGMR-Urteil i.S. Chowdury und andere v. Griechenland.⁶⁰¹ In diesem wegweisenden Urteil zum Menschenhandel zwecks Ausbeutung der Arbeitskraft wird festgehalten, dass die Betroffenen ihre Arbeit nicht freiwillig anbieten, wenn der Arbeitgeber seine Macht missbraucht oder von der Verletzlichkeit seiner Arbeiter profitiert, um sie auszubeuten.⁶⁰² Der EGMR stellt damit klar, dass die Einwilligung des Betroffenen irrelevant ist, wenn dessen Verletzlichkeit ausgenutzt wird. Ob eine Person ihre Arbeit freiwillig anbietet, muss unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände eines Falls geprüft werden. Im Sinne des Explanatory

⁵⁹⁸ BGE 129 IV 81 E. 3.1; Urteil des BGer 6B_1006/2009 vom 26.03.2010 E. 4.2.2.

⁵⁹⁹ BGE 126 IV 225 E. 1d; Urteil des BGer 6B_1006/2009 vom 26.03.2010 E. 4.2.2.

⁶⁰⁰ BGE 128 IV 117 E. 4a; 129 IV 81 E. 31; Urteil des BGer 6B_1006/2009 vom 26.03.2010 E. 4.2.2.

⁶⁰¹ Urteil des EGMR *Chowdury u. andere v. Griechenland* (Nr. 21884/15) vom 30.3.2017; m.w.H. SCHULTZ, S. 200 ff.

⁶⁰² Vgl. zum Ganzen Urteil des EGMR *Chowdury u. andere v. Griechenland* (Nr. 21884/15) vom 30.3.2017 § 96; SCHULTZ, S. 202 f.

Report zur Europaratskonvention gegen Menschenhandel⁶⁰³ wird eine Situation dann missbraucht, wenn die betroffene Person keine wirkliche und akzeptable Wahl hat, als sich zu fügen. Darunter fällt jede Art von Verwundbarkeit, sei diese physisch, psychisch, emotional, familiär, sozial oder wirtschaftlich. Dabei kann die Verletzlichkeit aufgrund einer prekären oder illegalen Situation bestehen, auf einer wirtschaftlichen Abhängigkeit beruhen oder wegen eines fragilen Gesundheitszustands vorliegen. Nach der Auffassung des EGMR begehen Personen, die eine solche Situation missbrauchen, eine eklatante Verletzung der Menschenrechte und einen Angriff auf die Würde und Integrität des Menschen, auf die nicht rechtsgültig verzichtet werden kann.⁶⁰⁴ Wiederum sind Parallelen zur vorliegenden Arbeit erkennbar: Drohen die Beamten etwa vor Ort damit, bei Nichteinwilligung mit einem Hausdurchsuchungsbefehl zurückzukommen, was gemäss einem Teil der Lehre eine zulässige Androhung darstellt, so hat die betroffene Person letztlich keine wirkliche und akzeptable Wahl, als sich zu fügen. Die Person ist des Weiteren einer Verwundbarkeit ausgesetzt, befindet sie sich doch in einer psychischen und emotionalen Stresssituation mit ungewissen Auswirkungen auf ihr soziales, familiäres und wirtschaftliches Umfeld. Da durch das aufgezeigte Verhalten eine Verletzung der Menschenrechte sowie ein Angriff auf die Würde und Integrität der Betroffenen einhergeht und auf diese nicht rechtsgültig verzichtet werden kann, ist auch unter diesem Aspekt fraglich, ob eine Einwilligung bei Hausdurchsuchungen überhaupt Bestand haben kann. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies aufgrund der genannten Gründe zu verneinen.

Ergänzend stellt sich die Frage, inwiefern eine Durchsuchung bei unbeteiligten Drittpersonen auf Grundlage einer Einwilligung beschuldigter Personen möglich ist; also eine Hausdurchsuchung auf freiwilliger Basis nach Art. 244 Abs. 1 StPO ausgeweitet auf die Durchsuchung von Gegenständen unbeteiliger Drittpersonen. Unter Berücksichtigung der vorangehenden Erwägungen bedürfte es in diesen Fällen, die es beispielsweise in Wohngemeinschaften resp. Familien regelmässig geben dürfte, ebenfalls einer Einwilligung – jedoch von diesen betroffenen unbeteilgten Dritten. Nach der hier

⁶⁰³ Vgl. Council of Europe, Explanatory Report to the Council of Europe on Action against Trafficking in Human Beings, <<https://rm.coe.int/16800d3812>> (besucht am 13.04.2023).

⁶⁰⁴ Vgl. zum Ganzen Urteil des EGMR *Chowdury u. andere v. Griechenland* (Nr. 21884/15) vom 30.3.2017 § 97; SCHULTZ, S. 203.

vertretenen Auffassung geht eine solche Konstellation sehr weit, handelt es sich doch um einen Eingriff in verfassungsmässig geschützte Rechte. Es ist zu bedenken, dass unbeteiligte Drittpersonen besonders stark unter Druck stehen, ihre Einwilligung zur Durchsuchung ebenfalls zu geben, wenn die beschuldigte Person zuvor bereits eine Einwilligung erteilt hat.

G. ZUSAMMENFASSUNG UND FOLGERUNGEN

Der erste Teil der vorliegenden Arbeit beschäftigte sich vorerst mit den Grundlagen des schweizerischen Strafprozesses, um die Einordnung der Zwangsmassnahmen in denselben zu gewährleisten. Nachdem auch im Bereich der Zwangsmassnahmen das Fundament gelegt wurde, wurde konkret auf die Hausdurchsuchung eingegangen. Insbesondere wurde am Beispiel der Hausdurchsuchung aufgezeigt, welche Probleme sich beim Einsatz von Zwangsmassnahmen ergeben, wenn diese auf Einwilligungen der betroffenen Personen aufbauen.

Inwiefern eine beschuldigte Person diese Einwilligung auch tatsächlich freiwillig erteilt, ist generell vorsichtig zu beurteilen. Dafür sprechen kann, dass sich eine Person kooperativ verhalten und eine Durchsuchung möglichst schnell hinter sich bringen will. Dagegen spricht, wenn sie sich von den Behörden überrumpelt fühlt, von Unsicherheit, Angst und Stress geleitet nicht richtig weiss, wie ihr geschieht, allenfalls aufgrund der staatlichen Übermacht kapituliert und die Durchsuchung einfach über sich ergehen lässt. Auch wenn Vertrauen in einen korrekten Einsatz des Rechts besteht, ist davon auszugehen, dass die psychologische Komponente bei einem derart schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre eine bedeutende Rolle im Verhalten der Betroffenen spielt. Stark emotional belastete Situationen erschweren ein klares Denken. Gemütszustände und damit zusammenhängende subjektive Befindlichkeiten haben Einflüsse auf Vorgänge wie Wahrnehmung, Antrieb, Willen, Denken, Handlungen und Entschlüsse. Aus juristischer Perspektive ist es entsprechend von Relevanz, ob eine Einwilligung aus echt freiem Willen und fester innerer Überzeugung heraus erteilt wird oder unter situationsbezogenem Druck.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass eine Einwilligung einer betroffenen Person in eine Hausdurchsuchung nicht dazu geeignet ist, den Zwangsmassnahmencharakter einer Hausdurchsuchung aufzuheben. Entscheidend für diesen Charakter ist vielmehr, dass Zwang möglich und bei Nichteinwilligung auch mit Zwangsmassnahmen zu rechnen ist. Wie die Ausführungen gezeigt haben, ist Freiwilligkeit nach dem wirklichen inneren Willen nur schon dadurch in Frage gestellt, dass es für die Behörden zulässig ist, damit zu drohen, eine vorgesehene Massnahme bei Nichteinwilligung unter Zwang durchzu-

führen. Eine echte Wahl für die Betroffenen ist damit nicht nachvollziehbar. Es kann dabei nicht davon ausgegangen werden, dass betroffene Bürger und juristische Laien die Verfahren wie auch die für sie geltenden Rechte und Pflichten in ausreichendem Masse kennen und situationsgerecht argumentieren können, wenn sie bspw. frühmorgens von Behörden überrascht werden, die sich Eintritt in ihre Räumlichkeiten verschaffen wollen. Ihnen dürfte i.d.R. nicht ausreichend bewusst sein, dass ein Nein zur angefragten Einwilligung keine negativen Konsequenzen haben darf. Situationsangepasste, aktive Information ist entsprechend unerlässlich, auch wenn sie die Problematik nur bedingt zu verbessern vermag.⁶⁰⁵

Art. 244 Abs. 1 StPO soll nicht dazu führen können, dass auf die Voraussetzungen nach Art. 197 ff. StPO verzichtet werden kann, wie durch einen Teil der Lehre vertreten wird. Dies wäre nur schon deshalb stossend, weil dadurch auch auf das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts verzichtet werden könnte, ist damit doch die Gefahr von folgenschwerem staatlichem Machtmissbrauch verbunden. Die Schwelle zu sog. fishing expeditions, also unzulässiger Beweisauforschung, erweist sich wie dargelegt als niedrig. Es ist demzufolge wichtig, diese zu stärken. Dies ist möglich durch Mechanismen wie dem Erfordernis, Hausdurchsuchungen durch das zuständige Gericht (resp. die Staatsanwaltschaft) genehmigen zu lassen und generell einen Hausdurchsuchungsbefehl vorlegen zu müssen. Dieser hat eine Begrenzungsfunktion inne, was massgeblich zur Aufrechterhaltung der Schwelle zur unerlaubten Beweisauforschung beitragen kann. Hausdurchsuchungsbefehle konsequent zu verlangen ist zudem mit dem Vorteil verbunden, dass sich die Strafverfolgungsbehörden an festgesetzte Durchsetzungsziele zu halten haben. Halten sie die formellen Erfordernisse ein, so haben die Behörden bei allfälligen späteren Beschwerden oder Siegelungsverfahren zudem eine wichtige Beweisbasis.

Wie dargelegt, bringt es grundlegende Folgeprobleme mit sich, wenn eine Hausdurchsuchung auf freiwilliger Basis durchgeführt wird und wenn darauf verzichtet werden darf, die einschlägigen Voraussetzungen konsequent einzuhalten. Folglich ist es auch abzulehnen, aufgrund einer Einwilligung, deren Ausmass an Freiwilligkeit nicht wirklich eingeschätzt werden kann, auf einen schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehl zu

⁶⁰⁵ Analog sog. Miranda Warning.

verzichten. Der Hausdurchsuchungsbefehl erfüllt eine Begrenzungs- und Schutzfunktion. Betroffene sollen aufgrund solcher Befehle zumindest die Chance haben, das staatliche Handeln im Rahmen einer Zwangsmassnahme besser einordnen und die für sie relevanten Konsequenzen besser abschätzen zu können. Der Hausdurchsuchungsbefehl nimmt zudem eine Kontrollfunktion wahr: Die Strafverfolgungsbehörden sind gefordert, sich bereits im Vorfeld fallbezogen strukturiert mit der relevanten Situation, den Zielen, dem Vorgehen sowie damit zusammenhängend mit den rechtlich einzuhaltenden Voraussetzungen und Rahmenbedingungen auseinanderzusetzen.

Gerade in einem solch heiklen Bereich, wo es um Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechte geht, ist es unabdingbar, die Justizförmigkeit des Verfahrens zu wahren, wozu auch eine einwandfreie Aufklärung der betroffenen Personen mittels schriftlichem Hausdurchsuchungsbefehl gehört. Diese Auffassung fußt insbesondere auf der Feststellung, dass ‚Freiwilligkeit‘ bei Einwilligungen gerade im psychisch ausgesprochen belastenden Umfeld einer Hausdurchsuchung mit grosser Vorsicht zu betrachten ist. Erschwerend wirkt dabei, dass Betroffene damit rechnen müssen, dass eine behördlich angestrebte Hausdurchsuchung zwangsweise erfolgen wird, wenn sie ihre Einwilligung nicht freiwillig geben. Wenn die Einwilligung von Betroffenen faktisch dazu dient, rechtlich definierte Voraussetzungen zu umgehen, so ist diese abzulehnen. Hierbei sei der Fall in der Einleitung in Erinnerung gerufen. Trotz dieser kritischen Einwände ist davon auszugehen, dass es als ergänzende Massnahme wertvoll ist, wenn gleich beim Start der Massnahme eine Einwilligung oder zumindest Verständnis der Betroffenen erwirkt werden kann.

Ein Blick in die systematische Einordnung der Norm im Gesetz unterstützt die dargelegten Überlegungen. Er zeigt, dass es sich bei der Hausdurchsuchung per se um eine Zwangsmassnahme handelt, was bedeutet, dass die allgemeinen Voraussetzungen einzuhalten sind.

Ergänzend zu den vorangehenden Erwägungen kommt hinzu, dass die Voraussetzungen an die Freiwilligkeit seitens Lehre wenig präzise definiert werden. Die freiwillige Einwilligung mitunter nochmals mit dem Gebrauch des Wortes ‚freiwillig‘ zu definieren, ist unbefriedigend. Zudem ist es im Nachhinein schwierig nachzuweisen, ob eine Einwilligung tatsächlich freiwillig erfolgt ist, zumal es die ausführenden Behörden

selbst sind, welche die Protokollführung innehaben. Es ist davon auszugehen, es für Betroffene, gerade auch für Nichtjuristen, in der Unsicherheit und Stresssituation einer Hausdurchsuchung und im Bewusstsein der möglichen persönlichen Konsequenzen ausgesprochen schwierig ist, ausreichend Übersicht und Ruhe zu bewahren. Dies ist bspw. der Fall, wenn für Laien schwierig einschätzbare Protokolle zu unterzeichnen sind, die möglicherweise folgenschwere Wirkungen mit sich bringen. Es stellt sich die Frage, wie aufnahmefähig betroffene Personen in derartigen Ausnahmesituationen überhaupt sind, insbesondere bezüglich mündlichen Informationen. Gerade für Situationen, in denen Betroffene überrascht und überrumpelt werden, ist das Legalitätsprinzip und als Ausfluss davon die Justizförmigkeit des Verfahrens als Schutz entsprechend besonders wichtig.

Ergänzende Erwägungen zu Haustürgeschäften: Werden die Regelungen der freiwilligen Hausdurchsuchung mit Haustürgeschäften verglichen, zeigt sich, dass das Obligationenrecht restriktiver ausgerichtet ist. Die Problematik, dass Konsumenten von Verkäufern in ihren eigenen vier Wänden überrumpelt und zu kaufen überredet werden, die sie im Nachhinein bereuen, wurde erkannt und ein vierzehntägiges Widerrufsrecht statuiert.⁶⁰⁶ Damit besteht unter den definierten Bedingungen ein gesetzlicher Schutz für die Betroffenen. Bei staatlichen Eingriffen in Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen, welche viel weitergehen und erheblich in persönliche Rechte eingreifen, soll demgegenüber gemäss einem Teil der Lehre ein entsprechender Schutz der Betroffenen nicht gewährt werden – hätten sie ja ihre Einwilligung auf freiwilliger Basis gegeben. Auch bei Haustürgeschäft kann argumentiert werden, dass die Betroffenen ihre Einwilligung auf freiwilliger Basis gegeben haben. Im Vergleich gesehen ist davon auszugehen, dass Hausdurchsuchungen für die Betroffenen mit besonders tiefgreifenden Konsequenzen und entsprechend grossem Druck verbunden sind (Belastung durch überraschend auftauchende uniformierte Beamte, Ängste bezüglich der rechtlichen Folgen, Gefahren der Schädigung des persönlichen Rufs etc.). Der Einwand, ein Betroffener habe im Rahmen von Hausdurchsuchungen ähnlich dem Widerrufsrecht beim Haustürgeschäft nachträglich die Möglichkeit der Siegelung und der Beschwerde, ist nur teilweise zutreffend. Beim Haustürgeschäft erfolgt eine Rückabwicklung. Die

⁶⁰⁶ Art. 40a ff. OR.

Sache kann zurückgegeben und bezahltes Geld rückerstattet werden, so als hätte kein Haustürverkauf stattgefunden. Eine Hausdurchsuchung mit all ihren Folgen kann nicht mehr in dieser Weise ungeschehen gemacht werden. Umso wichtiger ist es, dass die Strafverfolgungsbehörden im Vorfeld einer Hausdurchsuchung sämtliche Voraussetzungen im Sinne des Gesetzes einzuhalten haben und die Grundlage derselben auf einem schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehl fußt, nicht lediglich auf einer Einwilligung der betroffenen Person. Andernfalls müsste die Unverwertbarkeit der Beweise aus einer solchen Hausdurchsuchung die Konsequenz sein.

Der vorliegende Vergleich unterstreicht, dass die Auffassung, mittels Einwilligung der betroffenen Person handle es sich bei einer Hausdurchsuchung nicht mehr um eine Zwangsmassnahme, weshalb die nötigen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sein müssen, nicht haltbar ist. Die Hausdurchsuchung ist ein Eingriff in verfassungsmässig geschützte Rechte und damit eine Zwangsmassnahme weshalb die Voraussetzungen auch aus dieser vergleichenden Perspektive einzuhalten sind.

In Bezug auf sog. freiwillige Hausdurchsuchungen ist eine Einwilligung, welche unter Urteilsunfähigkeit abgegeben wurde widerrechtlich, bei Willensmängeln anfechtbar. Problematisch hierbei ist, dass bei einer Hausdurchsuchung ein Eingriff in die Privatsphäre im Nachhinein nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann. Deshalb ist die Anfechtbarkeits- resp. Nichtigkeitsfolge nur teilweise befriedigend. Dies spricht wiederum dafür, dass sog. freiwillige Hausdurchsuchungen in Frage zu stellen sind.

Im zweiten Teil der Arbeit wird der Fokus auf diesen Eingriff in die Grundrechte selbst gelegt. Die Analyse erfolgt einerseits unter dem Blickwinkel der Schweizerischen Bundesverfassung und andererseits unter demjenigen der EMRK. Wieder werden jeweils vorab die nötigen Grundlagen betrachtet, um darauf aufbauend die Konsequenzen für die Hausdurchsuchung im Konkreten abzuleiten. Es soll untersucht werden, ob die These der Lehre, es benötige keinen Hausdurchsuchungsbefehl und die Voraussetzungen nach Art. 197 StPO seien nicht einzuhalten, wenn die betroffene Person in die Hausdurchsuchung einwilligt, mit der Wahrung der Grundrechte vereinbar ist oder nicht.

H. ZWANGSMASSNAHMEN UND FREIHEITSRECHTE

Freiheitsrechte, statuiert in der Bundesverfassung sowie im Völkerrecht, schützen den Einzelnen in seiner Freiheitssphäre gegenüber Eingriffen des Staates.⁶⁰⁷ Da Zwangsmassnahmen im Allgemeinen und Hausdurchsuchungen im Konkreten staatliche Eingriffe in die Sphäre der Freiheitsrechte des betroffenen Individuums darstellen, bedarf es einer besonderen Betrachtung der tangierten Grundrechte.

Die Freiheitsrechte bilden eine der Kategorien der Grundrechte.⁶⁰⁸ Die Freiheitsrechte stehen in einem sozialen Kontext und werden begrenzt durch die Freiheit der anderen.⁶⁰⁹ Im Wesentlichen schützen die Freiheitsrechte bestimmte Manifestationen des menschlichen Lebens, der Freiheit und des Eigentums vor staatlichen Eingriffen.⁶¹⁰ Dabei stehen sie grundsätzlich jedem Menschen zu. Nur ausnahmsweise knüpfen sie an die Staatsangehörigkeit an.⁶¹¹ Der Staat ist Adressat der in den Grundrechten liegenden Verpflichtung zu einem Dulden oder Unterlassen.⁶¹² Sofern Private keine staatliche Aufgabe wahrnehmen, sind sie nicht an die Grundrechte gebunden.⁶¹³

Zwangsmassnahmen im Strafverfahren tangieren namentlich die in Art. 7 ff. BV, Art. 2 ff. EMRK und Art. 6 ff. IPBPR gewährleisteten Grundrechte.⁶¹⁴ Da es sich bei Zwangsmassnahmen damit um Eingriffe in verfassungsmässige und nach den Konventionen garantierte Freiheitsrechte handelt, bedürfen diese in Anwendung von Art. 36 BV⁶¹⁵ einer gesetzlichen Grundlage (Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO).

⁶⁰⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 209 und 257; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1057.

⁶⁰⁸ BANGERTER, S. 23; m.w.H. zu den Grundrechten HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 205 ff.; so auch TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 100.

⁶⁰⁹ Vgl. Art. 36 Abs. 2 zweiter Halbsatz BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 211.

⁶¹⁰ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1096, TSCHANNEN, Rz. 271.

⁶¹¹ M.w.H. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1111 ff.; m.w.H. TSCHANNEN, Rz. 282 ff.

⁶¹² HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1120; m.w.H. TSCHANNEN, Rz. 285 ff.

⁶¹³ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1121.

⁶¹⁴ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 2 zu Art. 196 StPO; SCHMID/JOSITSCH, PK, N 1 zu Art. 196 StPO.

⁶¹⁵ Siehe hierzu auch Botschaft StPO, S. 1216.

Die Hausdurchsuchung ist im abschliessenden Zwangsmassnahmenkatalog in Art. 244 f. StPO gesetzlich vorgesehen.⁶¹⁶ Damit handelt es sich um eine gesetzlich zulässige Zwangsmassnahme, die in geschützte Freiheitsrechte eingreift. Namentlich handelt es sich um einen Eingriff in das Hausrecht, das durch Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK, Art. 17 IPBPR und Art. 186 StGB geschützt ist.⁶¹⁷ Art. 244 f. i.V.m. Art. 241-243 StPO schaffen die gesetzliche Grundlage für strafprozessual erforderliche Eingriffe in dieses Freiheitsrecht (Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO).

Inwiefern insbesondere Art. 13 BV durch die Hausdurchsuchung tangiert wird, ist nachfolgend aufzuzeigen. Des Weiteren ist eine Überprüfung vorzunehmen, inwiefern Art. 26 und 27 BV tangiert sind.

I. **TANGIERTE RECHTE NACH SCHWEIZERISCHER BUNDESVERFASSUNG**

1. **SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE**

In der Bundesverfassung dienen verschiedene Bestimmungen dem Schutz einzelner Aspekte der persönlichen Freiheit. Art. 10 Abs. 2 BV schützt die persönliche Freiheit als grundlegendes Freiheitsrecht, während Art. 13 BV als lex specialis die Privatsphäre gegen bestimmte Bedrohungen schützt.⁶¹⁸ Der Umfang des Schutzes der Privatsphäre deckt sich mit jenen Ansprüchen, die aus Art. 8 EMRK fliessen.⁶¹⁹ Aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung des Art. 13 BV mit Art. 8 EMRK kann Lehre und Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK bei der Auslegung von Art. 13 BV herangezogen werden.⁶²⁰ Die Grundlagen zu Art. 8 EMRK werden im nächsten Teil der vorliegenden Arbeit untersucht.

⁶¹⁶ HUG/SCHEIDECKER, Komm. StPO, N 3 f. zu Art. 197 StPO.

⁶¹⁷ Siehe dazu auch DELLAGANA-SABRY, S. 90 ff.

⁶¹⁸ BGE 127 I 6 E. 5a; 133 I 77 E. 3.2.

⁶¹⁹ Vgl. Botschaft BV, S. 152; HEIMGARTNER, S. 19.

⁶²⁰ BANGERTER, S. 24; BIAGGINI, Komm. BV, N 1 zu Art. 13 BV; siehe dazu auch KIENER, Beitrag, S. 70.

Art. 13 BV, die Bestimmung zum Schutz der Privatsphäre, lautet wie folgt:

¹ Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post und Fernmeldeverkehrs.

² Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

In Abs. 2 geht es um den Anspruch auf Datenschutz, worauf in vorliegender Arbeit mangels Relevanz nicht eingegangen wird.

In Abs. 1 ist die Vertraulichkeit der eigenen Lebensweise geschützt.⁶²¹ Teilgehalt der Privatsphäre ist das Privat- und Familienleben. Ein weiterer Schutzbereich von Art. 13 BV ist die Unverletzlichkeit der Wohnung.⁶²² In Bezug auf den persönlichen Schutzbereich kann festgehalten werden, dass das Recht auf Privatsphäre allen natürlichen Personen zusteht.⁶²³ Juristische Personen können sich auf jene Teilgehalte der Garantie berufen, deren Schutzziel nicht untrennbar an die Existenz einer natürlichen Person gebunden ist. Hierunter fällt insbesondere die Achtung der Wohnung.⁶²⁴ Der Träger des Grundrechts in Bezug auf die Wohnung ist der Inhaber des Hausrechts resp. sind die Bewohnenden einer Wohnung. Aufgrund der Abwehrfunktion des Grundrechts ist deren Adressat in der Regel der Staat. Es bindet also dessen Organe: Gesetzgeber, Justiz, Regierung und Verwaltung. Hausdurchsuchungen im Speziellen werden durch staatliche Behörden durchgeführt. Das bedeutet, dass sie Adressaten des Grundrechts sind. Die Abwehrfunktion im Konkreten bezieht sich dabei auf das Betreten als auch Durchsuchen von Wohnungen. Das Betreten stellt die erste Stufe der physischen Eingriffe in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung dar. Das Eindringen hat das Ziel, zumindest eine kurze Zeit im Raum zu verweilen, ihn zu besichtigen, sich umzuschauen. Dabei wird die räumlich abgegrenzte Sphäre beeinträchtigt und das Grundrecht tangiert.⁶²⁵ Das Durchsuchen besteht in einem ziel- und zweckgerichteten Suchen nach Personen und Gegenständen oder Sachverhalten. Das Durchsuchen ist in seiner Intensität

⁶²¹ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 265.

⁶²² JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 36 f.

⁶²³ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 170.

⁶²⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 171.

⁶²⁵ VON GUNTEL, S. 73.

stärker als das reine Betreten. An die Voraussetzungen für die Durchsuchung müssen demnach aufgrund des stärkeren Tangierens des Grundrechts höhere Anforderungen gestellt werden.⁶²⁶

a) Achtung des Privat- und Familienlebens

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird der Anspruch auf Achtung des Privatlebens in allgemeiner Weise als das Recht umschrieben, „de choisir son mode de vie, d’organiser ses loisirs et d’avoir des contacts avec autrui“.⁶²⁷ Unter den Schutzbereich des Privatlebens fallen damit Tatsachen, die nicht öffentlich sind und welche die physische oder psychische Integrität oder den Freiraum als elementare Ausdrucksmöglichkeiten menschlicher Persönlichkeit betreffen.⁶²⁸ Nach der Botschaft bedeutet ‚Privatleben‘ den Anspruch jeder Person, vom Staat nicht an der freien Gestaltung ihres Lebens und ihres Verkehrs mit anderen Personen gehindert zu werden, sowie die Respektierung eines persönlichen Geheimbereichs. Das Privatleben ist dabei innerhalb privater und geschlossener Räume geschützt, aber auch im Freien oder in öffentlichen Räumen.⁶²⁹ Als Teilgehalt des Privatlebens garantiert ist die Geheim- und Intimsphäre.⁶³⁰ Darunter fallen mitunter Informationen, die der Mensch grundsätzlich geheim hält und höchstens seinen engsten Angehörigen anvertraut. Zu denken ist hierbei an gewisse persönliche Gedanken, Erinnerungen, Gefühle, Intimitäten sowie charakterliche oder medizinische Mängel.⁶³¹ Besondere Bedeutung kommt hierbei auch der Freiheit des Beziehungslebens zu, wobei die sexuelle Selbstbestimmung mitumfasst ist.⁶³² Hierauf ist in der vorliegenden Arbeit nicht vertieft einzugehen.

Wenn jedoch im Rahmen von Hausdurchsuchungen in Wohn- und Geschäftsräume eingedrungen wird, wird die physische und psychische Integrität des Rechts auf Pri-

⁶²⁶ VON GUNTEN, S. 74 f.

⁶²⁷ BGE 137 V 334 E. 6.1.1.

⁶²⁸ HEIMGARTNER, S. 19.

⁶²⁹ Botschaft BV, S. 152.

⁶³⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 172 f.

⁶³¹ HEIMGARTNER, S. 20 f.

⁶³² M.W.H. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 173.

vatsphäre tangiert.⁶³³ Durch eine Hausdurchsuchung werden selbst intimste Gegenstände durch die durchsuchenden Behörden in Augenschein genommen und in der Folge allenfalls beschlagnahmt. Damit wird hierdurch regelmässig die Geheimsphäre als Teilgehalt der Privatsphäre tangiert. Das Tangieren liegt dabei unabhängig davon vor, ob die betroffene Person in die Hausdurchsuchung eingewilligt hat oder nicht. Immerhin dürfte ein Eingriff und damit die Tangierung des Rechts weniger intensiv sein, wenn ein Hausdurchsuchungsbefehl vorliegt, welcher die Massnahme von Beginn weg auf das Nötigste beschränkt.

b) Achtung der Wohnung

Dem menschlichen Bedürfnis nach einem räumlichen Rückzugsgebiet wird mit dem Grundrecht auf Achtung der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 BV begegnet.⁶³⁴ Primäres Schutzobjekt ist die Wohnung.⁶³⁵ Grundsätzlich ist unter dem Begriff ‚Wohnung‘ eine Räumlichkeit zu verstehen, die eine gewisse Privatsphäre sichert und auf einen bestehenden oder künftigen, dauernden oder vorübergehenden Lebensmittelpunkt schliessen lässt.⁶³⁶ Nach herrschender Lehre bezieht sich der Anspruch auf Respektierung der Wohnung einerseits auf die Privatwohnung von natürlichen Personen, andererseits Räume von juristischen Personen.⁶³⁷ Der Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung umfasst nach der Botschaft auch Geschäftsräume, umzäunte Außenräume und vorübergehend bewohnte Räume.⁶³⁸ Der Schutz von Geschäftsräumen ist unbestritten, was sich daraus ergibt, dass der Arbeitsbereich eine Stätte der Persönlichkeitsentfaltung darstellt,⁶³⁹ wobei die Eingriffsbefugnisse des Staates hier jedoch weitergehen als bei

⁶³³ BGE 126 I 50.

⁶³⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 180; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 272.

⁶³⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 180.

⁶³⁶ BREITENMOSER/SCHWEIZER, SG Komm. BV, N 61 zu Art. 13 BV; BREITENMOSER, St. Galler Kommentar, N 69 zu Art. 13 BV.

⁶³⁷ Urteil des EGMR *Stés Colas Est et autres v. Frankreich* (Nr. 37971/97) vom 16. 04.2002, § 30 ff.; BREITENMOSER/SCHWEIZER, SG Komm. BV, N 61 zu Art. 13 BV; HEIMGARTNER, S. 19 f.; ähnlich TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 272.

⁶³⁸ Botschaft BV, S. 153.

⁶³⁹ VON GUNTEL, S. 46.

privaten Räumlichkeiten.⁶⁴⁰ Eine Trennung von Wohn- und Arbeitsbereich ist teilweise jedoch nur schwierig möglich. Zu denken ist hierbei etwa an Büroräumlichkeiten in einer Wohnung aufgrund der vermehrten Arbeit von zuhause aus (Covid-19 und Homeoffice als aktuelles Beispiel).⁶⁴¹ Eine ausschliessliche Nutzung von Geschäftsräumlichkeiten zu Produktionszwecken hingegen kann nicht vom Schutz durch Art. 13 BV und Art. 8 EMRK erfasst sein.⁶⁴² Bei solchen Stätten fehlt das wesentliche Element der Persönlichkeitsentfaltung. Im Hinblick auf Hausdurchsuchungen von zentraler Bedeutung ist der Schutz von Geschäftsräumen, die nicht ausschliesslich Produktionsstätten darstellen. Werden beispielsweise Büroräumlichkeiten in der eigenen Wohnung einer Psychologin, eines Anwaltes oder unterdessen vielen Arbeitnehmenden in Homeoffice-Tätigkeiten durchsucht, sind Abgrenzungen zwischen Privat- und Geschäftsbereich schwierig. Gerade deshalb ist es von zentraler Bedeutung, dass sich der Grundrechtsschutz bis in den Geschäftsbereich erstreckt.

In der schweizerischen Lehre geht der Wohnungsbumpriff weiter als in der Rechtsprechung zur EMRK.⁶⁴³ Die Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung wird denn auch als eigenständiges Grundrecht mit spezifischem Schutzgehalt qualifiziert.⁶⁴⁴ Das Schutzgut selbst ist hingegen das gleiche wie in Art. 8 EMRK: Es geht um die persönliche Sicherheit und Freiheit des Menschen in ihrer räumlichen Ausprägung.⁶⁴⁵ Konkret sind nach der schweizerischen Auffassung jedoch nicht lediglich die Haupträume einer Wohnung geschützt, sondern auch Nebenräume wie Keller, Treppen, Flure, Waschküchen, Lifte, Garagen usw. Diese dienen nicht primär dem Wohnen, sind aber ergänzend dazu nötig und wichtig für die Persönlichkeitsentfaltung. So sind auch Balkone eine Wohnung im grundrechtlichen Sinn, obschon sie oftmals gegen oben hin nicht abgegrenzt sind. Dennoch sind sie untrennbar mit der Wohnung verbunden und gewähren Raum für das Privatleben. Weiter gehören umfriedete Höfe und Gärten zu den geschützten Objekten des Grundrechts. Zentral ist hierbei das direkte Angrenzen an eine Wohnung und die

⁶⁴⁰ BANGERTER, S. 26; VON GUNTE, S. 46 ff.

⁶⁴¹ Ähnlich bereits VON GUNTE, S. 47.

⁶⁴² HEIMGARTNER, S. 20.

⁶⁴³ BANGERTER, S. 25; VON GUNTE, S. 57.

⁶⁴⁴ MÜLLER/SCHEFER, S. 183 ff.

⁶⁴⁵ MÜLLER/SCHEFER, S. 183.

erkennbare Abgrenzung, die den Willen des Grundrechtsträgers zum Ungestörtsein anzeigt.⁶⁴⁶ Auch Hotelzimmer, Zelte oder Wohnwagen fallen unter den Begriff.⁶⁴⁷ Demnach ist es nicht nötig, dass ein Bauwerk im eigentlichen Sinne vorliegt, um den Schutz zu begründen. Es bedarf lediglich einer erkennbaren räumlichen Abgrenzung mit dem Zweck der individuellen Persönlichkeitsentfaltung.⁶⁴⁸

Eine gewisse Uneinigkeit besteht darüber, ob Fahrzeuge in der Form von Autos unter den Schutzbereich fallen. Gewisse Stimmen sprechen sich dagegen aus, da Autos die Ruhe und Geborgenheit, welche von einer Wohnung zu erwarten sei, fehle und sie typischerweise lediglich als Mittel zur raschen Fortbewegung dienen würden.⁶⁴⁹ Diese grundrechtliche Auffassung hat Konsequenzen: Die formellen Voraussetzungen, die für eine Hausdurchsuchung bestehen, sind für die Durchsuchung von Fahrzeugen damit nicht einschlägig. Da die Durchsuchung von Fahrzeugen gleichwohl das Privatleben tangiert, müssen immerhin die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein.⁶⁵⁰ Andere sehen durchaus Elemente der Wohnungsdefinition und sprechen sich deshalb für den Schutz des Grundrechts aus: Die räumliche Abgrenzung ist vorhanden und der Wille zur Ausgrenzung u.U. ebenfalls erkennbar.⁶⁵¹

Nach der hier vertretenen Auffassung kann in Einzelfällen davon ausgegangen werden, dass auch Autos unter den Grundrechtsbegriff fallen. Zu denken ist beispielsweise an temporäre Wohnungen in Autos von Fahrenden. In solchen Fällen muss gewährleistet sein, dass die formellen Voraussetzungen, die für eine Hausdurchsuchung bestehen, einschlägig sind. Ähnlich wie bei Geschäftsräumen in Wohnungen oder Häusern kann es auch hier schwierig sein, klar abzugrenzen, ob es sich tatsächlich um einen Fall handelt, bei dem das Fahrzeug unter den Wohnungsbeispiel fällt oder nicht. Da die mit einer (Haus-)Durchsuchung verbundenen Eingriffe erheblich sind, ist es auch hier wichtig, im Zweifelsfall die Abwägung zugunsten des Grundrechtsschutzes ausfallen zu lassen.

⁶⁴⁶ VON GUNTEN, S. 50.

⁶⁴⁷ BANGERTER, S. 25; VON GUNTEN, S. 44 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 187 f.

⁶⁴⁸ VON GUNTEN, S. 51.

⁶⁴⁹ BIAGGINI, Komm. BV, N 4 und 9 zu Art. 13 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 191.

⁶⁵⁰ HEIMGARTNER, S. 20.

⁶⁵¹ VON GUNTEN, S. 52.

Gerade die Diskussion in Bezug auf die Frage, ob nun Fahrzeuge als Wohnung gelten können oder nicht, zeigt wiederum, dass die formellen Voraussetzungen, welche für Hausdurchsuchungen gelten, eine enorme Wichtigkeit haben. Sie auf Grundlage einer simplen Einwilligung der Betroffenen auszuhebeln, welche schlimmstenfalls auf Basis einer unter Druck entstandenen oberflächlichen Freiwilligkeit erteilt wurde, erscheint sehr problematisch. Es bleibt ein massiver Eingriff in die Grundrechte. Dazu nachfolgende Gedanken:

Nach Art. 196 StPO handelt es sich bei Zwangsmassnahmen um Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in Grundrechte der betroffenen Personen eingreifen. Ein Grundrechtseingriff bedingt keine Anwendung von Zwang. Die Beeinträchtigung durch blosse Realakte erfüllt bereits den Tatbestand des Grundrechtseingriffs. Durch das Betreten von Geschäftsräumen unter den erwähnten Voraussetzungen, der Wohnung oder anderen privaten Räume im Rahmen von Hausdurchsuchungen, worunter nach hier vertretener Auffassung unter Umständen auch Fahrzeuge zählen, ist der Schutzbereich des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 BV ohne Weiteres tangiert. Eine Hausdurchsuchung stellt in jedem Fall einen materiell-rechtlichen Grundrechtseingriff dar, unabhängig davon, ob eine Einwilligung vorliegt oder nicht. Liegt materiell-rechtlich ein Grundrechtseingriff vor, so ist eine strafprozessuale Zwangsmassnahme gegeben. Das wiederum bedeutet, dass eine Einwilligung den Charakter einer staatlichen Eingriffshandlung als Zwangsmassnahme nicht aufzuheben vermag, wie in gewissen Lehrmeinungen vertreten wird.⁶⁵² Folglich darf auch nicht darauf verzichtet werden, die (allgemeinen) Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen zu erfüllen.

2. EIGENTUMSGARANTIE

Die Eigentumsgarantie wiederum ist in Art. 26 BV verankert und schützt in ihrer Ausprägung als Individualrecht das Privateigentum.⁶⁵³ Auf die Eigentumsgarantie berufen können sich natürliche und juristische Personen.⁶⁵⁴ Der verfassungsrecht-

⁶⁵² CHEN, Einwilligung, S. 299 f.

⁶⁵³ DELLAGANA-SABRY, S. 92; VALLENDER/HETTICH, SG Komm. BV, N 15 zu Art. 26 BV; VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar, N 15 ff. zu Art. 26 BV.

⁶⁵⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 350.

liche Schutz erfasst das sachenrechtliche Eigentum, andere vermögenswerte Rechte wie die beschränkten dinglichen Rechte, den Besitz, die obligatorischen Rechte, die Immaterialgüterrechte und die wohlerworbenen Rechte.⁶⁵⁵ Einerseits schützt die Eigentumsgarantie in ihrer Funktion als Bestandessgarantie die konkreten vermögenswerten Rechte vor staatlichen Eingriffen.⁶⁵⁶ Der Bürger hat aufgrund der Eigentumsgarantie gegenüber dem Staat ein grundrechtlich gesichertes Abwehrrecht gegen Beeinträchtigungen der Ausschliessungs- und Verfügungsgewalt.⁶⁵⁷ Andererseits beinhaltet die Wertgarantie eine volle Entschädigungspflicht des Staates bei zulässigen formellen Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen.⁶⁵⁸ Weniger schwerwiegende Eigentumsbeschränkungen sind entschädigungslos zu dulden.⁶⁵⁹ Dabei beurteilt das Bundesgericht selbst deutliche Nutzungsbeschränkungen als nicht besonders schwere und daher nicht nach Art. 26 BV entschädigungspflichtige Eingriffe.⁶⁶⁰ Weiter gelten zeitlich befristete Eingriffe nach gerichtlicher Rechtsprechung als minder schwere Eingriffe, welche entschädigungslos hinzunehmen sind.⁶⁶¹

Bei der Hausdurchsuchung kann eine betroffene Person für einen begrenzten Zeitraum nur beschränkt oder gar nicht auf ihre Habseligkeiten zugreifen. Dabei handelt es sich um eine Eigentumsbeschränkung, jedoch um einen Eingriff, der zeitlich stark befristet ist. Solche Eingriffe sind entschädigungslos hinzunehmen. Demnach können aus Art. 26 BV aufgrund einer Hausdurchsuchung keine Ansprüche geltend gemacht werden.

⁶⁵⁵ BANGERTER, S. 29 f.; MALACRIDA, S. 113 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 1013 ff.

⁶⁵⁶ BANGERTER, S. 31; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 50 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 352; MÜLLER/SCHEFER, S. 1021 ff.

⁶⁵⁷ MALACRIDA, S. 114.

⁶⁵⁸ M.W.H. BANGERTER, S. 31; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 51 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 353.

⁶⁵⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 611.

⁶⁶⁰ BGE 123 II 481 E. 6d; VALLENDER/HETTICH, SG Komm. BV, N 60 zu Art. 26 BV; m.w.Verw. VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar, N 61 zu Art. 26 BV.

⁶⁶¹ VALLENDER/HETTICH, SG Komm. BV, N 63 zu Art. 26 BV; Sogar eine drei bis vier Jahre dauernde faktische Bausperre vermochte keinen Entschädigungsanspruch zu begründen: BGE 123 II 481 E. 9; m.w.Verw. VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar, N 62 zu Art. 26 BV.

3. WIRTSCHAFTSFREIHEIT

In Art. 27 BV gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit das Recht des Einzelnen, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben. Insbesondere wird auch die Freiheit der selbstständigen Erwerbstätigkeit mit sämtlichen Implikationen wie etwa die freie Wahl der Mittel garantiert.⁶⁶² Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet keinen Anspruch auf staatliche Leistungen, schützt aber vor Eingriffen des Staates.⁶⁶³ Der persönliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erstreckt sich sowohl auf natürliche als auch juristische Personen des Privatrechts;⁶⁶⁴ Schweizer wie Ausländer mit Niederlassungsbewilligung können sich auf sie berufen.⁶⁶⁵ Der sachliche Schutzbereich erstreckt sich einzig auf privatwirtschaftlich tätige Personen. Wer Staatsaufgaben erfüllt, kann sich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen.⁶⁶⁶ Von Art. 27 Abs. 2 BV ausdrücklich gewährleistet ist konkret die freie Wahl des Berufs, der freie Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbs- bzw. Geschäftstätigkeit und deren freie Ausübung.

Obschon es sich um einen zeitlich sehr begrenzten Eingriff handelt, liegt bei einer Hausdurchsuchung von Geschäftsräumen ein Eingriff in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit vor. Während der Dauer der Durchsuchung der Räumlichkeiten kann der Geschäftstätigkeit nicht oder nur in einer eingeschränkten Weise nachgegangen werden. Der Zugang zu Arbeitsplätzen, Gerätschaften oder Unterlagen bzw. Informatiksystemen und dergleichen kann dabei eingeschränkt oder gänzlich unmöglich sein.⁶⁶⁷ Da es sich um einen Eingriff durch den Staat handelt, gilt der Schutz durch die Wirtschaftsfreiheit für Schweizer wie auch für Ausländer mit Niederlassungsbewilligung.

⁶⁶² BGE 141 V 557 E. 7.1; HEIMGARTNER, S. 21; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 367 f.

⁶⁶³ Urteil des BGer 9C_132/2021 vom 15.09.2021 E. 5.1.3; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 375.

⁶⁶⁴ DELLAGANA-SABRY, S. 93; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 372.

⁶⁶⁵ JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 53; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 316.

⁶⁶⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 372.

⁶⁶⁷ BANGERTER, S. 30.

4. ZWISCHENERGEBNIS

Es ist offensichtlich, dass Hausdurchsuchungen typische Eingriffe in die sowohl durch die EMRK als auch die BV geschützte Wohnung darstellen.⁶⁶⁸

Hausdurchsuchungen tangieren verfassungsmässig geschützte Rechte der BV. Dabei sind zwei verfassungsmässig geschützte Rechte betroffen. Art. 13 BV ist in Teilgehalte zu unterteilen, wobei durch Hausdurchsuchungen sowohl der Teilgehalt des Privat- und Familienlebens als auch der Teilgehalt der Unverletzlichkeit der Wohnung tangiert wird. Bei ersterem ist vor allem die Geheimsphäre durch den Akt des Durchsuchens betroffen. Bei zweitem ist bereits der Akt des Betretens der Wohnung ausschlaggebend. Ansprüche aus Art. 26 BV sind aufgrund der zeitlichen Begrenzung einer Hausdurchsuchung nicht ableitbar, obschon gewisse Eigentumsbeschränkungen mit ihr einhergehen. Art. 27 BV ist zumindest dahingehend tangiert, als dass während der Dauer der Hausdurchsuchung von Geschäftsräumen der Geschäftstätigkeit nicht oder lediglich in eingeschränktem Masse nachgegangen werden kann.

Im Rahmen einer Durchsuchung wird die räumliche Sphäre des Betroffenen erheblich gestört. Er findet, zumindest für eine gewisse Zeit, in seinen Räumlichkeiten, seien dies Privat- oder Geschäftsräume, keinen Schutz mehr gegen den Staat. Durch die Tätigkeit des Durchsuchens erhalten die Behörden einen umfassenden Einblick in die persönliche Sphäre des Betroffenen.⁶⁶⁹ Aufgrund dessen ist es unbestritten, dass Hausdurchsuchungen regelmässig schwere Eingriffe in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung darstellen.⁶⁷⁰ Hieran ändert die Tatsache nichts, dass Betroffene keine Ansprüche aus Art. 26 BV aufgrund der Eigentumsbeschränkung geltend machen können. Als wichtigste Vorsichtsmassnahme, die das Grundrecht gegen unrechtmässiges Durchsuchen von Wohnräumen aufstellt, erachten MÜLLER/SCHEFER die vorgängige Genehmigung durch ein Gericht.⁶⁷¹ Dem ist beizupflichten. Durch diese Massnahme kann gleichzeitig davon ausgegangen werden, dass das Erstellen eines Hausdurch-

⁶⁶⁸ BANGERTER, S. 26; FROWEIN/PEUKERT, N 45 zu Art. 8 EMRK; MÜLLER/SCHEFER, S. 193.

⁶⁶⁹ BANGERTER, S. 26 f.

⁶⁷⁰ VON GUNTEN, S. 73 und S. 167 f.

⁶⁷¹ So auch FROWEIN/PEUKERT, N 45 zu Art. 8 EMRK; MÜLLER/SCHEFER, S. 193.

suchungsbefehls, zumindest in rudimentären Zügen, möglich ist: Wenn ein Gericht eine vorgängige Genehmigung ausstellen soll, braucht es gewisse Anhaltspunkte und Grundlagen um darüber entscheiden zu können. Am besten werden diese darum gleich in einen Hausdurchsuchungsbefehl gegossen. Auf diese Weise gehen eine Begrenzungs- und Schutzfunktion einher, welche für die Justizförmigkeit des Verfahrens und damit die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns für die Betroffenen unerlässlich sind. Aus dem Blickwinkel des Grundrechtschutzes sind freiwillige Hausdurchsuchungen ohne das Vorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls auch aus dieser Perspektive abzulehnen. Die Gefahr unrechtmässiger Durchsuchungen von Wohnräumen und der damit einhergehenden Verletzung von Grundrechten ist anderenfalls zu gross.

Fraglich ist, inwiefern Eingriffe in Grundrechte rechtlich zulässig sind. Nachfolgend sind darum die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür zu prüfen.

II. DIE ZULÄSSIGKEIT VON EINGRIFFEN

Sollen Grundrechte ihre Funktion erfüllen, so müssen sie grundsätzlich eingeschränkt sein.⁶⁷² Kein Grundrecht kann jedoch uneingeschränkt gelten. Auch die Ausübung der Freiheitsrechte stösst an Grenzen.⁶⁷³ Einerseits ergibt sich das aus der Einbettung des Individuums in die Gesellschaft und der daraus resultierenden Notwendigkeit, auf Mitmenschen Rücksicht zu nehmen. Andererseits formuliert die Verfassung neben den Freiheitsrechten auch Aufgaben, die der Staat zu erfüllen hat. Um diesen nachgehen zu können, müssen dem Individuum oftmals Beschränkungen seiner Rechtspositionen auferlegt werden. Um diesen Herausforderungen gerecht zu werden und ein Gleichgewicht zwischen den Ansprüchen der Bürger und denjenigen der Gemeinschaft schaffen zu können, ist eine umfassende Abwägung aller in Frage stehenden Interessen vonnöten. Grundrechtseingriffe sind deshalb nur unter gewissen, genau bestimmten Voraussetzungen möglich.⁶⁷⁴ Nachfolgend werden die massgebenden Voraussetzungen systematisch aufgearbeitet. Alsdann folgt eine

⁶⁷² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 87.

⁶⁷³ JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 21.

⁶⁷⁴ VON GUNTEL, S. 163; ähnlich KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 87 f.

Subsumtion in Bezug auf die Eingriffe in die einschlägigen Grundrechte betreffend die vorliegende Arbeit.

1. VORAUSSETZUNGEN IM SCHWEIZERISCHEN RECHT

Die gewährleisteten Grundrechte im 1. Kapitel (Art. 7 ff. BV) der Bundesverfassung gelten nicht absolut.⁶⁷⁵ Nach Art. 36 BV sind Eingriffe in die Freiheitsrechte zulässig, wenn folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind: Die Einschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, sie muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Zudem ist der Kerngehalt zu respektieren.⁶⁷⁶

a) Gesetzliche Grundlage

Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.⁶⁷⁷ Zunächst bedarf es eines Rechtssatzes, d.h. einer genügend bestimmten generell-abstrakten Norm,⁶⁷⁸ in welcher die Freiheitsbeschränkung vorgesehen ist (Erfordernis des Rechtssatzes).⁶⁷⁹ Weiter muss sich dieser Rechtssatz auf der korrekten Rechtssetzungsstufe befinden. Nach Art. 36 Abs. 1 BV ist es erforderlich, dass eine Norm, welche schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten begründet, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist (Erfordernis der Gesetzesform).⁶⁸⁰ Eine Grundlage auf Verordnungsstufe ist für weniger schwerwiegende Eingriffe ausreichend. Dies allerdings nur dann, wenn eine ausreichende Delegationsnorm vorhanden ist.⁶⁸¹ Eine Vorschrift muss zudem so

⁶⁷⁵ BIAGGINI, Komm. BV, N 2 zu Art. 36 BV; TSCHANNE, Rz. 271.

⁶⁷⁶ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1137; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 22 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 87 f.; TSCHANNE, Rz. 350.

⁶⁷⁷ Art. 36 Abs. 1 BV, vgl. auch Art. 5 Abs. 1 BV; BGE 118 Ia 305 E. 2a; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 5 und S. 22.

⁶⁷⁸ Vgl. BGE 125 I 361 E. 4a; 128 I 327 E. 2.1; VON GUNTEN, S. 164.

⁶⁷⁹ BIAGGINI, Komm. BV, N 9 f. zu Art. 36 BV: rechtssatzmässige Grundlage meint sog. Gesetz im materiellen Sinn (BGE 108 Ia 33, E. 3a); HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1141; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 22.

⁶⁸⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 97; TSCHANNE, Rz. 358.

⁶⁸¹ BANGERTER, S. 32; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 307 ff.

präzise formuliert sein, „dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann“.⁶⁸² Dieses Bestimmtheitsgebot ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip und steht im Dienste der Rechtssicherheit. Es soll die Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns gewährleisten. Zudem steht es im Dienste der rechtsgleichen Rechtsanwendung sowie, in Verbindung mit dem Gesetzesvorbehalt, im Dienste der Demokratie.⁶⁸³ Obschon diese Vorgabe wichtig und nicht vernachlässigbar ist, kann der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festgelegt werden, womit das Bestimmtheitsgebot selbst zur Familie der vagen und unbestimmten Kriterien gehört. Die Anforderungen an die Normbestimmtheit dürfen nicht überspannt, aber auch nicht vorschnell herabgesetzt werden. Als Faustregel wird deshalb stets der Grundsatz herangezogen, dass je gewichtiger die Einschränkung ist, desto klarer die Ermächtigung dazu aus der Rechtsgrundlage zu resultieren hat.⁶⁸⁴ So benötigen schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen eine klare und eindeutige, d.h. hinreichend bestimmte Grundlage im Gesetz selbst, also in einem Gesetz im formellen Sinn.⁶⁸⁵ Ob es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt, bestimmt sich nach objektiven Kriterien und der einzelgrundrechtsbezogenen Rechtsprechung.⁶⁸⁶

b) **Öffentliches Interesse resp. Schutz von Grundrechten Dritter**

Zusätzlich zu einer gesetzlichen Grundlage ist das Vorhandensein eines hinreichenden öffentlichen Interesses eine weitere Voraussetzung für Grundrechtseingriffe.⁶⁸⁷ Dieses Prinzip ist als Rechtsgrundsatz in Art. 5 Abs. 2 BV verankert. In Art. 36 Abs. 2 BV wird diese allgemeine, für jedes Staatshandeln geltende Regel aufgenommen und als Schranke

⁶⁸² BGE 117 Ia 472 E. 3e; 136 I 87 E. 3.1; BIAGGINI, Komm. BV, N 11. zu Art. 36 BV; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 22; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, S. 98 f.

⁶⁸³ Vgl. BGE 128 I 327 E. 4.2; 135 I 169 E. 5.4.1; Urteil des EGMR *Gross v. Schweiz* (Nr. 67810/10) vom 14.05.2013; BIAGGINI, Komm. BV, N 11. zu Art. 36 BV.

⁶⁸⁴ M.W.H. BIAGGINI, Komm. BV, N 12 zu Art. 36 BV.

⁶⁸⁵ BGE 130 I 360 E. 14.2; 139 I 280 E. 5.1; BIAGGINI, Komm. BV, N 13 zu Art. 36 BV.

⁶⁸⁶ BIAGGINI, Komm. BV, N 14 zu Art. 36 BV.

⁶⁸⁷ VON GUNTEM, S. 179.

für die Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen konkretisiert.⁶⁸⁸ Der Begriff des öffentlichen Interesses ist zeitlich und örtlich wandelbar. Er umfasst eine Reihe von sogenannten Polizeigütern (Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Sitte, öffentliche Ruhe und dergleichen) aber auch soziale, kulturelle, geschichtliche, ökologische und wissenschaftliche Werte.⁶⁸⁹ Es gibt keine abschliessende Liste der möglichen Interessen. Aus dem in Abs. 2 verwendeten Verb („gerechtfertigt“, „justifiée“, „giustificate“) ergibt sich, dass in der Abwägung mit den betroffenen Grundrechtsinteressen das öffentliche Interesse überwiegen muss.⁶⁹⁰ TSCHANNEN äussert sich hierzu jedoch gegensätzlich und führt an, Art. 36 Abs. 2 BV verlange bloss eine Interessenselektion, nicht aber schon eine Interessenabwägung. Zu beantworten sei vorerst nur die Frage, ob das einschlägige Grundrecht aus den vom Gemeinwesen angeführten Gründen überhaupt eingeschränkt werden dürfe. Ob hingegen das Eingriffsmotiv die entgegenstehenden privaten Interessen überwiege, sei eine Frage der Verhältnismässigkeit, konkret der Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs.⁶⁹¹ Diese Argumentation ist nachvollziehbar, weshalb dafür plädiert wird, die Interessenabwägung erst unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu prüfen.

Die Verfassung anerkennt den Grundrechtsschutz Dritter ausdrücklich als Rechtserstellungsgrund.⁶⁹² Es ist festzuhalten, dass der Schutz von Grundrechten Dritter dem klassischen Gedanken Ausdruck gibt, dass die Freiheit eines jeden da ihre Schranke findet, wo die Freiheit des anderen beginnt.⁶⁹³ Diese Idee ist zwar bereits im öffentlichen Interesse enthalten, wird hier aber aufgrund ihrer Wichtigkeit explizit hervorgehoben.⁶⁹⁴ Grundrechte Dritter stellen bei der Rechtfertigung von Einschränkungen erst dann ein legitimes Interesse dar, wenn die Massnahme dem Schutz konkret gefährdeter Grund-

⁶⁸⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 113.

⁶⁸⁹ BGE 106 Ia 267 E. 3; Botschaft BV, S. 195; BIAGGINI, Komm. BV, N 18 f. zu Art. 36 BV; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1143; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 23; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 204.

⁶⁹⁰ Vgl. Botschaft BV, S. 195; BIAGGINI, Komm. BV, N 19 zu Art. 36 BV.

⁶⁹¹ TSCHANNEN, Rz. 366.

⁶⁹² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 115.

⁶⁹³ Botschaft BV, S. 196; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 115.

⁶⁹⁴ Botschaft BV, S. 196; BIAGGINI, Komm. BV, N 21 zu Art. 36 BV.

rechtspositionen dient. Ein Beispiel dazu: Die medikamentöse Zwangsbehandlung von psychisch Kranken kann mit dem Schutz von Grundrechten Dritter begründet werden, insbesondere wenn andernfalls Drittgefährdungen konkret zu befürchten sind.⁶⁹⁵ Wenn jedoch lediglich abstrakt die Möglichkeit besteht, ein Mensch könnte für seine Mitmenschen gefährlich werden, so reicht dies nicht aus.⁶⁹⁶

c) Verhältnismässigkeit

Einschränkungen von Freiheitsrechten müssen verhältnismässig sein.⁶⁹⁷ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist in Art. 36 Abs. 3 BV festgehalten. Es umfasst drei Elemente, die kumulativ erfüllt sein müssen: Die staatliche Massnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse verfolgte Ziel zu erreichen (Geeignetheit).⁶⁹⁸ Es muss zudem erforderlich sein, d.h. sie muss den geringstmöglichen Eingriff darstellen, welcher für die Erreichung des bezeichneten Erfolgs notwendig ist (Erforderlichkeit).⁶⁹⁹ Dabei darf der Eingriff in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen.⁷⁰⁰ Schliesslich bedarf es eines vernünftigen Verhältnisses zwischen dem Eingriffszweck und der Eingriffswirkung (Zumutbarkeit; Verhältnismässigkeit im engeren Sinn).⁷⁰¹ Dabei werden die verfolgten öffentlichen Interessen und die betroffenen privaten Interessen gegeneinander abgewogen.⁷⁰² Unter dem Titel der Zumutbarkeit muss nun, in Anknüpfung an oben Gesagtes, besonders geprüft werden, ob ein Eingriffsinteresse des Gemeinwesens die entgegenstehenden Grundrechtsinteressen des Privaten überwiegt. Hierunter ist eine Gewichtung zwischen dem Eingriffs-

⁶⁹⁵ BGE 127 I 6 E. 8.

⁶⁹⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 115.

⁶⁹⁷ Art. 36 Abs. 3 BV; vgl. auch Art. 5 Abs. 2 BV; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 7 und S. 24.

⁶⁹⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 118.

⁶⁹⁹ JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 24; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 118 f.

⁷⁰⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 119 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 210.

⁷⁰¹ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1144; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 24; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 121.

⁷⁰² M.W.H. BIAGGINI, Komm. BV, N 23 zu Art. 36 BV; TSCHANNEN, Rz. 368 ff.

zweck der Staatsaufgabe und dem Schutzzweck des Grundrechts und eine Abwägung derselben vorzunehmen.⁷⁰³

Oder mit den Worten des Bundesgerichts: „Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar und verhältnismässig erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann“.⁷⁰⁴

Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist naturgemäß stark situationsgeprägt.⁷⁰⁵ Bei der Würdigung von Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinn scheint sich das Bundesgericht auf die allgemeine Lebenserfahrung zu verlassen. Demgegenüber verlangt die EMRK, dass der Grundrechtseingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ ist, worauf später vertieft einzugehen ist.⁷⁰⁶

d) Kerngehalt

Der Kerngehalt von Grundrechten ist unantastbar.⁷⁰⁷ Das bedeutet, er ist gegen Eingriffe absolut geschützt; die Kerngehaltsgarantie soll die Grundrechte vor einer vollen Aushöhlung durch den Gesetzgeber bewahren.⁷⁰⁸ Dies gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1-3 BV erfüllt wären.⁷⁰⁹ In der Praxis wird dies wohl kaum je der Fall sein, weil eine Massnahme, welche den Kerngehalt verletzt, der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht standhalten dürfte.⁷¹⁰ Der Inhalt des Kerngehalts

⁷⁰³ TSCHANNEN, Rz. 370; ähnlich TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 211.

⁷⁰⁴ BGE 132 I 49 E. 7.2.

⁷⁰⁵ ÄHNLICH KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 116.

⁷⁰⁶ BIAGGINI, Komm. BV, N 23 zu Art. 36 BV.

⁷⁰⁷ Art. 36 Abs. 4 BV.

⁷⁰⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 123 f.; TSCHANNEN, Rz. 371; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 214.

⁷⁰⁹ BGE 131 I 166 E. 5.3; 142 I 1 E. 7.2.4.

⁷¹⁰ BIAGGINI, Komm. BV, N 26 zu Art. 36 BV.

ergibt sich nicht aus Art. 36 BV, sondern aus der Analyse der einzelnen Grundrechtsgarantien.⁷¹¹ Der Kerngehalt umfasst die zentralen, unverzichtbaren Elemente eines Grundrechts. Zur Bestimmung des Kerngehalts ist mitunter Art. 7 BV heranzuziehen.⁷¹²

2. EINSCHRÄNKUNGEN DES PRIVATLEBENS RESP. DER ACHTUNG DER WOHNUNG DURCH HAUSDURCHSUCHUNGEN

Einschränkungen des Rechts auf Achtung des Privatlebens resp. Achtung der Wohnung haben die Anforderungen von Art. 36 BV zu erfüllen.⁷¹³

a) Gesetzliche Grundlage

Das Betreten eines Raums besteht im Eindringen in eine geschützte Sphäre mit dem Ziel, darin für einen bestimmten Zweck zu verweilen. Die private Sphäre wird hierdurch gestört. Das reine Betreten kann noch nicht als schwerer Eingriff gewertet werden, da es sich lediglich um ein Umschauen handelt. In der Regel genügt hierfür demnach bereits ein Gesetz im materiellen Sinn.⁷¹⁴

Das Durchsuchen einer Wohnung hingegen besteht im Betreten mit zusätzlichem ziel- und zweckgerichtetem Suchen nach Personen, Spuren oder Gegenständen. Dadurch wird die räumliche Sphäre eines Berechtigten stark gestört. Für zumindest eine kurze Zeit besteht kein Schutz mehr, mit dem sich der Grundrechtsträger gegen aussen abgrenzen könnte. Es können aufgrund der Menge der festgestellten Tatsachen und gesammelten Eindrücke genaue Rückschlüsse auf das Privatleben gezogen werden. Durchsuchungen sind demnach schwere Eingriffe und bedürfen deshalb einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn.⁷¹⁵

⁷¹¹ BIAGGINI, Komm. BV, N 24 zu Art. 36 BV.

⁷¹² JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 25.

⁷¹³ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 174.

⁷¹⁴ GL.M. VON GUNTEN, S. 167 f.

⁷¹⁵ GL.M. VON GUNTEN, S. 168.

Art. 244 StPO ist ein Gesetz im formellen Sinn. Einen Richtervorbehalt kennt das Gesetz nicht. Abs. 1 der Bestimmung erfüllt das Erfordernis des Bestimmtheitsgebots nur teilweise. Der Wortlaut ist vermeintlich eindeutig. Das Verhalten kann wohl danach gerichtet werden. Nicht eindeutig sind jedoch die Folgen daraus. Die Berechenbarkeit des staatlichen Handelns ist unzureichend. Es ist unklar, ob durch die Einwilligung die Behörden dennoch einen Hausdurchsuchungsbefehl vorweisen müssen oder nicht; ob sie dennoch die allgemeinen Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen einzuhalten haben oder nicht. Nicht einmal in der Lehre herrscht Einigkeit über die Folgen der Einwilligung. So kann eine betroffene Person auch mit einem erheblichen Mehraufwand im Sinne von Abklärungen und Recherchen in Bezug auf die Freiwilligkeit der Einwilligung dieselben nicht abschätzen, wobei ein derartiger Mehraufwand gar nicht gefordert werden darf. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Die Rechtsgrundlage in Art. 244 Abs. 1 StPO ist damit unzureichend und unbefriedigend.

Abs. 2 der Bestimmung hingegen fügt abschliessend an, in welchen Fällen keine Einwilligung der betroffenen Person nötig ist. Es handelt sich dabei um Zwangsmassnahmen, weshalb folgerichtig ist, dass die Behörden einen Hausdurchsuchungsbefehl vorzuweisen und sich an die allgemeinen Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen zu halten haben. Damit liegt in Bezug auf Abs. 2 die nötige Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns vor.

In Bezug auf die Normdichte ist festzuhalten, dass im Gesetz die Voraussetzungen des Eingriffs festgelegt sein müssen, damit dieser voraussehbar wird. Weiter sind die Zielsetzung sowie die Anordnungskompetenz für die Massnahme festzulegen.

Die einzelnen Handlungen der Betretung und der Durchsuchung der Räumlichkeiten sowie der Ablauf und die Modalitäten der Durchführung sind zumindest in rudimentärer Form zu bestimmen. Der Zeitrahmen (Tag oder Nacht etc.) ist festzuhalten.⁷¹⁶ Hier wäre es begrüssenswert, wenn gewisse Anhaltspunkte im Gesetz selbst vorgesehen wären. Die im Vorentwurf zur neuen StPO angedachten Konkretisierungen, zu welchen Tages- und Nachtzeiten Hausdurchsuchungen zulässig sein sollten, hätten also durchaus die Normdichte erhöht und zu mehr Rechtssicherheit geführt. Es ist bedauerlich, dass sie keinen Eingang ins Gesetz gefunden haben.

⁷¹⁶ VON GUNTEN, S. 173 f.

Bei einer Durchsuchung sollte auch bestimmt werden, in welchem Umfang Gewaltanwendung zulässig ist. VON GUNTEN geht hier noch weiter und verlangt, dass auch die Anzahl der normalerweise beteiligten Personen und deren Funktion festgehalten werden soll, wie auch die Art der Teilnahme von betroffenen Bewohnenden. Er schlägt vor, um die Flexibilität im Einzelfall zu gewährleisten, sei darzutun, wann von diesen Grundsätzen abgewichen werden dürfe. Dies könnte durch unbestimmte Formulierungen erfolgen.⁷¹⁷ Aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs bei Hausdurchsuchungen ist dem zuzustimmen.

b) Öffentliches Interesse resp. Schutz von Grundrechten Dritter

Mittels Hausdurchsuchungen im Sinne von Art. 244 StPO sollen insbesondere Beweismittel und/oder gesuchte Personen aufgefunden und gesichert werden. Sie dienen also mitunter der Aufklärung von Straftaten. Es besteht in der Folge ein öffentliches Interesse an der Möglichkeit, Hausdurchsuchungen bei Bedarf durchführen zu können. Aus Gründen der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit kann es sich rechtfertigen, eine Wohnung zu betreten resp. zu durchsuchen. Wichtig sind dabei insbesondere eine korrekte Durchsetzung des Straf- und Vollstreckungsrechts, im öffentlichen Interesse auf eine Weise, dass die Eigentumsordnung garantiert bleibt. Verschiedene weitere Vorschriften des Verwaltungsrechts ermöglichen im Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Bedarfsfall ein Betreten oder gar Durchsuchen von Räumlichkeiten. Zu denken ist hierbei insbesondere an entsprechende Vorschriften der Zoll- und Steuerverwaltung. Es gibt auch in Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Gesundheit Fälle, die ein Betreten von Räumlichkeiten rechtfertigen können. Dies ist etwa im Bereich der Gewerbe- oder Lebensmittelpolizeivorschriften der Fall, um mittels Durchsuchungen gewährleisten zu können, dass geltende Hygienevorschriften eingehalten werden. Wenn ein Haus als weiteres Beispiel einsturzgefährdet ist und die Öffentlichkeit damit an Leib und Leben bedroht sein könnte, kann ein situativ angemessenes Betreten der Beschaffung von notwendigen Informationen und somit wiederum dem öffentlichen Interesse dienen. Beim Durchsetzen der Nachtruhe

⁷¹⁷ VON GUNTEN, S. 174.

und einem damit einhergehenden Betreten einer Wohnung geht es ebenfalls um das öffentliche Interesse, eine vorliegende Nachtruhestörung zu unterbinden.⁷¹⁸

Durchsuchungen zur Aufrechterhaltung der Polizeigüter können sich im Zusammenhang mit Strafverfolgungen rechtfertigen. Für die Durchsetzung des Strafrechts und der Vermögensvollstreckung können sich Eingriffe in die räumlich geschützte Privatsphäre als notwendig erweisen.⁷¹⁹

Die vorangehenden Erwägungen zeigen, dass Betretungen und Durchsuchungen hauptsächlich zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig sind. Betretungen im Besonderen können auch zum Schutz der öffentlichen Ruhe vorgenommen werden.

c) **Verhältnismäßigkeit**

Bei der Klärung von Straftaten können sich Hausdurchsuchungen eignen, Beweismittel in Privat- oder Geschäftsräumen zu finden. Ob eine Hausdurchsuchung unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses der geringstmögliche Eingriff ist um die angestrebten Zielen zu erreichen, ist einzelfallbezogen zu prüfen, unter Einbezug massgebender Faktoren wie die Schwere der zugrunde liegenden Straftat, vorliegenden Indizien resp. bisherigen Beweismittel usw. Durchsuchungen sollte grundsätzlich zur Tageszeit und in Gegenwart des Betroffenen oder eines Vertreters erfolgen und sich auf die minimal notwendigen Räumlichkeiten und Erhebungen beschränken. Eine richterliche Anordnung garantiert die Rechtsstaatlichkeit und eine umfassende Interessenabwägung.⁷²⁰ Wird eine Hausdurchsuchung schriftlich angeordnet, kann besser gewährleistet werden, dass Verdacht, Ziele, Vorgehen, wie auch etwa die Erforderlichkeit vorerst angemessen geprüft werden, bevor folgenschwere Massnahmen eingeleitet werden. Deshalb wird unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung abermals dafür plädiert, dass die Durchführung von Hausdurchsuchungen ohne Hausdurchsuchungsbefehl allein auf Grundlage einer Einwilligung des Betroffenen abzulehnen ist. Diese Feststellung wird

⁷¹⁸ VON GUNTEN, S. 182 f.

⁷¹⁹ VON GUNTEN, S. 183.

⁷²⁰ GL.M. VON GUNTEN, S. 188 f.

insbesondere mit Blick auf Durchsuchungen von Anwaltskanzleien und die damit einhergehende bundesgerichtliche Rechtsprechung untermauert: Das Bundesgericht hielt mit Blick auf die Durchsuchung der Räumlichkeiten eines Anwalts in allgemeiner Weise fest, diese müsse gesetzlich vorgesehen und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen notwendig sein. Weiter müsse sie unter Einhaltung der Verfahrensgarantien ausgeführt werden sowie verhältnismässig in Bezug auf den verfolgten Zweck bleiben.⁷²¹ Ein wesentliches Element der Verhältnismässigkeit liegt dabei im Vorbehalt der richterlichen Genehmigung der Durchsuchung.⁷²²

Damit zeigt sich wiederum, dass ohne eine vorgängige richterliche Ermächtigung der Durchsuchung die Verhältnismässigkeit im Sinne der Grundrechtsprüfung in Bezug auf das Recht der Achtung der Wohnung nicht bejaht werden kann – nach hier vertretener Auffassung weder bei der Durchsuchung von Anwaltskanzleien noch anderen Räumlichkeiten von Nichtanwälten. Auch unter diesem Blickwinkel sind Hausdurchsuchungen ohne schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehl entsprechend abzulehnen.

In Bezug auf die Zumutbarkeit ist festzuhalten, dass gerade bei rechtmässigen Massnahmen der Aufklärung von Straftaten und der Gewährleistung von Ordnung und Sicherheit öffentliche Interessen resp. Strafverfolgungsinteressen die betroffenen privaten Interessen überwiegen können, insbesondere auch wenn etwa das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre nur eine begrenzte Zeitspanne tangiert werden muss.

d) Kerngehalt

Im Kern geht es in Art. 13 BV darum, die Privatsphäre eines jeden Menschen dauerhaft zu gewährleisten. Eingriffe durch Hausdurchsuchungen sind nur kurzer, vorübergehender Natur und stellen die Privatsphäre resp. das Privat- und Familienleben nicht grundlegend in Frage. Der Kerngehalt des Artikels wird durch eine Hausdurchsuchung entsprechend nicht in Frage gestellt.

⁷²¹ Urteil des BGer 1P.64/1996 vom 11.04.1996 E. 3a, in: SJ 1996, S. 453–459; KIENER/KÄLIN/WYTTEBNACH, S. 181.

⁷²² KIENER/KÄLIN/WYTTEBNACH, S. 181.

3. EINSCHRÄNKUNGEN DER WIRTSCHAFTSFREIHEIT DURCH HAUSDURCHSUCHUNGEN

Die Zulässigkeit von Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit richtet sich nach Art. 36 BV. Hier sei auf die obigen Ausführungen verwiesen. Zusätzlich ist die Konformität der Einschränkung mit dem in Art. 94 Abs. 1 BV verankerten Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu prüfen.⁷²³

Es genügt nicht, dass eine gesetzlich erlaubte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Sie muss gleichzeitig wettbewerbsneutral sein.⁷²⁴

Hausdurchsuchungen, welche die formellen Voraussetzungen erfüllen, dürften der Prüfung im Sinne von Art. 36 BV unter dem Blickwinkel der Wirtschaftsfreiheit regelmässig standhalten. Grund dafür ist, dass Hausdurchsuchungen in der Regel nur über einen sehr begrenzten Zeitraum hinweg stattfinden und polizeiliche Interessen überwiegen.

4. ZWISCHENERGEBNIS

Grundrechte sollen grundsätzlich eigriffresistent sein, damit sie ihre Funktion erfüllen können. Eine uneingeschränkte Gültigkeit gibt es jedoch nicht. Grundrechtseingriffe sind deshalb unter gewissen, genau bestimmten Voraussetzungen möglich. Eingriffe in die gewährleisteten Grundrechte der Bundesverfassung sind nach Art. 36 BV zulässig. Dafür müssen vier Kriterien kumulativ erfüllt sein. Es bedarf für die Einschränkung einer gesetzlichen Grundlage, sie muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein und der Kerngehalt muss respektiert werden.

Eine Prüfung von Art. 244 Abs. 1 StPO führte in der vorliegenden Arbeit zum Schluss, dass dieser den Voraussetzungen von Art. 36 BV nicht zu genügen vermag. Grund dafür sind die mangelnde Berechenbarkeit des staatlichen Handelns und der Voraussehbarkeit.

⁷²³ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 380.

⁷²⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 381.

Ein Betroffener kann die Folgen aus der Norm ohne klärenden Hausdurchsuchungsbefehl nicht abschätzen. Nicht einmal die Lehre ist sich der Folgen einer Einwilligung in eine Hausdurchsuchung einig. Ein Teil geht davon aus, dass in diesem Falle der Zwangsmassnahmencharakter dahinfällt, die (allgemeinen) Voraussetzungen damit nicht einzuhalten sind und von einem Hausdurchsuchungsbefehl abgesehen werden kann. Ein anderer Teil der Lehre spricht sich dafür aus, dass stets eine Zwangsmassnahme vorliegt und damit sämtliche Voraussetzungen, inkl. Vorzeichen eines Hausdurchsuchungsbefehls, erfüllt werden müssen. Damit liegt aufgrund der unklaren Gesetzesbestimmung eine erhebliche Rechtsunsicherheit vor. Die Normdichte erweist sich für die Schaffung klarer Verhältnisse als noch nicht ausreichend.

Geht es um schwere Eingriffe in Grundrechte der Bürger so ist es unerlässlich, dass diese auf Gesetzesstufe geregelt sind und entsprechend demokratisch legitimiert auf parlamentarischer Basis entstehen. Dieser Legitimationsprozess kann nicht durch eine blosse Einwilligung eines einzelnen Bürgers in staatliche Massnahmen kompensiert werden.⁷²⁵ Nur weil Betroffene über die Folgen der Einwilligung in eine Hausdurchsuchung durch die Behörden aufgeklärt werden, bedeutet dies nicht, dass das damit verbundene staatliche Handeln gerade auch für Laien ausreichend erfass- und berechenbar wird. Gerade bei Hausdurchsuchungen haben die Behörden zudem die Möglichkeit eine Durchsuchung zwangswise durchzusetzen, wenn keine freiwillige Einwilligung erfolgt. So ist davon auszugehen, dass für Laien der Unterschied zwischen Einwilligung und Nichteinwilligung wie auch die Rechte und Pflichten der ausübenden Behörden wie von sich selbst in einem Umfeld von Stress, Unsicherheiten und Ängsten kaum angemessen erfassbar ist. Dies führt zu Rechtsunsicherheit⁷²⁶ und einer Wahlfreiheit, die eigentlich keine wirkliche ist.

In Bezug auf das öffentliche Interesse bestehen bei Hausdurchsuchungen, welche die Voraussetzungen von Art. 197 ff. StPO erfüllen, keine Schwierigkeiten. Betretungen und Durchsuchungen dienen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Allenfalls können Betretungen auch zum Schutz der öffentlichen Ruhe vorgenommen

⁷²⁵ Ähnlich BGE 125 II 369; m.w.Verw. CHEN, S. 86.

⁷²⁶ Anders CHEN, S. 87 f.

werden. Im Falle einer Einwilligung in eine Hausdurchsuchung, bei der die Verantwortlichen davon ausgehen, dass weder ein Hausdurchsuchungsbefehl nötig ist noch die Voraussetzungen nach Art. 197 ff. StPO einzuhalten sind, ist fraglich, ob die öffentlichen Interessen die Interessen des Privaten wirklich überwiegen. Vielmehr handelt es sich bei einer Hausdurchsuchung um einen schweren Eingriff in die Privatsphäre von Betroffenen, wobei die öffentlichen Interessen auch anderweitig – mittels Einhaltung des justizförmigen Verfahrens – befriedigt werden könnten.

Es ist davon auszugehen, dass Hausdurchsuchungen in der Regel geeignet sind, die im öffentlichen Interesse verfolgten Ziele zu erreichen. Ob sie stets erforderlich sind, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Klar ist, dass Hausdurchsuchungsbefehle massgeblich dazu beitragen, die notwendige Erforderlichkeit zu fundieren, findet doch im Rahmen der Ausarbeitung derartiger Befehle eine vertiefende und klärende Auseinandersetzung mit dem Fall und den massgebenden Verhältnissen statt. Eine Schlüsselfrage dabei ist, ob eine angedachte Hausdurchsuchung auch wirklich den geringstmöglichen Eingriff darstellt um den angestrebten Zweck zu erreichen. Anders sieht dies aus, wenn der Massnahme kein Hausdurchsuchungsbefehl zugrunde liegt und lediglich aufgrund einer Einwilligung der Betroffenen in deren Privatsphäre eingedrungen wird. Eine Einwilligung kann den Interessen des Strafverfahrens dienen. Bei den Betroffenen sind wie bereits aus verschiedenen Perspektiven dargelegt, grosse Vorbehalte angebracht (Überrumpelung, Unsicherheiten, Ängste, effektiver innerer Wille, drohende negative Folgen etc.). So ist denn eine Hausdurchsuchung mittels Einwilligung gerade nicht eine mildere Massnahme, da mit einem fehlenden Hausdurchsuchungsbefehl insbesondere auch die damit verbundene Begrenzungs-, Schutz- und Kontrollfunktion wegfällt.

Mit Blick auf das Kriterium der Zumutbarkeit dürfte in konkreten Strafverfahren bei einem Durchsuchungsbedarf regelmäßig das Strafverfolgungsinteresse gegenüber den Interessen und dem Grundrechtsschutz des Betroffenen überwiegen, sofern eine Hausdurchsuchung im ordentlichen Verfahren vollzogen wird. Nur mittels Einwilligung betroffener Personen und ohne das Vorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls ist es jedoch fraglich, ob eine Zumutbarkeit der Massnahme bejaht werden kann. Hier ist nach den Erwägungen der vorliegenden Arbeit davon auszugehen, dass die Interessen betroffener Personen und diejenigen der Strafverfolgungsbehörden einander teilweise

entgegenstehen. Wenn durch dieses Vorgehen wesentliche private Interessen tangiert werden, ist die Zumutbarkeit in der Folge zu verneinen.

In Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit konnte dargelegt werden, dass aufgrund der zeitlichen Beschränkung von Hausdurchsuchungen wohl keine unrechtmässige Verletzung dieses Rechts vorliegen dürfte.

Nach erfolgter Prüfung im Sinne der Schweizerischen Bundesverfassung drängt sich nun die Öffnung des Blicks in Richtung EMRK auf. Insbesondere ist fraglich, ob der EGMR die Lehrmeinung stützt, bei einer Einwilligung betroffener Personen in eine Hausdurchsuchung falle deren Zwangsmassnahmencharakter dahin und es werde kein Hausdurchsuchungsbefehl benötigt. Nachfolgend wird deshalb zunächst geprüft, welche Rechte der EMRK durch Hausdurchsuchungen tangiert sind. Anschliessend folgt die Aufarbeitung der Voraussetzungen für zulässige Eingriffe in Freiheitsrechte bevor wiederum eine Subsumtion vorgenommen werden kann.

III. TANGIERTE RECHTE NACH EMRK

1. DIE BEDEUTUNG DER EMRK FÜR DIE SCHWEIZ IM ALLGEMEINEN

Als völkerrechtlicher Vertrag ist die EMRK in der Schweiz auf derselben Stufe wie Bundesgesetze und referendumspflichtige allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse anzusiedeln und somit diesen gleichrangig.⁷²⁷ Damit geht sie kantonalem Recht jeder Stufe und nichtreferendumspflichtigen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen, einfachen Bundesbeschlüssen und Verordnungen des Bundes vor.⁷²⁸ Neben der BV ist die EMRK folglich die wichtigste Rechtsgrundlage für Grundrechte. Die Garantien der EMRK sind in der Schweiz unmittelbar anwendbar und wurden vom Bundesgericht als verfassungsmässige Rechte qualifiziert.⁷²⁹

⁷²⁷ VON GUNten, S. 31.

⁷²⁸ VON GUNten, S. 31.

⁷²⁹ BGE 117 I^b 367 E. 2c; 124 III 205 E. 3; JAAG/BUCHER/HÄGGI FURRER, S. 16; KIENER, Beitrag, S. 55; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 114.

Im Hinblick auf die zu klärenden Fragen im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen ist Art. 8 EMRK einschlägig,⁷³⁰ weshalb im Nachfolgenden vorerst diese Bestimmung einer genaueren Betrachtung unterzogen wird.

2. PRIVAT- UND FAMILIENLEBEN

Art. 8 EMRK lautet:

¹ Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

² Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Damit garantiert Art. 8 EMRK den Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz und dient somit dem Schutz der Privatsphäre.⁷³¹ Aus Art. 8 EMRK folgen in erster Linie Abwehrrechte des Individuums gegen den Staat;⁷³² dies allgemein im Sinne des Rechts auf Erhalt eines staatsfreien Bereichs.⁷³³ Im Konkreten fliessen daraus Abwehrrechte gegen störende Eingriffe des Staates in beispielsweise die Berufsausübungsfreiheit durch unverhältnismässige Durchsuchungen einer Anwaltskanzlei.⁷³⁴ Die Bestimmung begründet jedoch auch Leistungsansprüche im Sinne von Schutzmassnahmen gegen den Staat,⁷³⁵ so zum

⁷³⁰ Siehe dazu auch DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, S. 282.

⁷³¹ CARONI, S. 5; ähnlich VON GUNTEN, S. 8; FISCHER, N 1 zu Art. 8 EMRK; m.w.A. NETTESHEIM, EMRK Komm, N 2 f. zu Art. 8 EMRK; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 3 zu Art. 8 EMRK; SATZGER, SSW, N 1 zu Art. 8 EMRK; SCHABAS, S. 366; LOHSE/JAKOBS, Karlsruher Komm., N. 2 zu Art. 8 EMRK.

⁷³² CARONI, S. 7; FISCHER, N 18 zu Art. 8 EMRK; GRABENWARTER/PABEL, S. 294; SATZGER, SSW, N 6 zu Art. 8 EMRK.

⁷³³ PÄTZOLD, C.H. BECK, N 4 zu Art. 8 EMRK.

⁷³⁴ FISCHER, N 1 zu Art. 8 EMRK.

⁷³⁵ LOHSE/JAKOBS, Karlsruher Komm., N. 3 zu Art. 8 EMRK.

Beispiel die Verpflichtung des Staates, im Bereich des Familienrechts einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.⁷³⁶

Im Zuge einer Hausdurchsuchung wird in die Privatsphäre eingedrungen und der Schutz der Wohnung tangiert. Für diese Arbeit sind deshalb insbesondere Eingriffe in die Privatsphäre bedeutsam, welche im Rahmen des Polizeirechts, des Strafverfahrens und des Strafvollzugs stattfinden.

Art. 8 EMRK schützt mitunter die Privatheit umfassend und sichert dem Einzelnen einen Bereich, innerhalb dessen er seine Persönlichkeit frei entfalten kann. Dazu gehören u.a. die Verfügung über den eigenen Körper, das Sexualverhalten oder die Kontakte mit engen Bezugspersonen. Dabei ist ausserhalb des häuslichen Bereichs insbesondere von Bedeutung, ob Betroffene die Achtung ihrer Privatsphäre erwarten können.⁷³⁷ Damit wird der Anspruch auf Achtung des Privatlebens automatisch beschränkt, da der Einzelne mit seinem Privatleben auch Teil des öffentlichen Lebens ist.

Art. 8 EMRK garantiert insbesondere den Schutz der Wohnung – den staatsfreien Lebensraum des Bürgers schlechthin.⁷³⁸ Diesen Bereich soll der Einzelne ungestört nutzen können.⁷³⁹ Die Achtung der Wohnung verlangt, dass staatliche Organe die Nutzung dieses geschützten Raums nicht einschränken oder zerstören und auch nicht ohne Einwilligung in diesen eindringen.⁷⁴⁰ Dabei legt der EGMR den Begriff der Wohnung autonom aus und stellt nicht auf die Definition im staatlichen Recht ab.⁷⁴¹ Der Begriff ist weit auszulegen.⁷⁴² Der Begriff der Wohnung umfasst zunächst jene Räume eines

⁷³⁶ Ähnlich CARONI, S. 8 f.; FISCHER, N 2 zu Art. 8 EMRK; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 4 zu Art. 8 EMRK; SATZGER, SSW, N 7 zu Art. 8 EMRK.

⁷³⁷ Ähnlich GRABENWARTER/PABEL, S. 299; NETTESHEIM, EMRK Komm, N 31 zu Art. 8 EMRK.

⁷³⁸ FISCHER, N 277 zu Art. 8 EMRK; GRABENWARTER/PABEL, S. 308; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 57 zu Art. 8 EMRK.

⁷³⁹ Vgl. Urteil des EGMR *Moreno Gómez v. Spanien* (Nr. 4143/02) vom 16.11.2004; MEYER, Band X, EMRK, N 54 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁴⁰ MEYER, Band X, EMRK, N 54 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁴¹ MEYER, Band X, EMRK, N 55 zu Art. 8 EMRK; NETTESHEIM, EMRK Komm, N 89 zu Art. 8 EMRK, SCHABAS, S. 399; VILLIGER, S. 394.

⁷⁴² FISCHER, N 277 zu Art. 8 EMRK; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 57 zu Art. 8; SATZGER, SSW, N 15 zu Art. 8 EMRK.

Hauses, in denen eine Person lebt,⁷⁴³ also umfasst es einen räumlich abgegrenzten Bereich, in dem das Privat- und Familienleben stattfindet.⁷⁴⁴ Überdies umfasst er auch die beruflichen Arbeitsräume einer Person. Geschützt sind allgemein Miet- und Eigentumswohnungen, Büros und gewerbliche Räume, auch einer juristischen Person und ferner Wohnwagen.⁷⁴⁵ Erforderlich ist eine tatsächliche Nutzung der Räumlichkeiten in der Vergangenheit oder Gegenwart. Wenn Räumlichkeiten aufgrund von Eigentum lediglich genutzt werden könnten, reicht dies nicht aus.⁷⁴⁶ Um ein konkretes Beispiel für genutzte Räumlichkeiten anzuführen, können die Büroräumlichkeiten eines Anwalts genannt werden. Eine Hausdurchsuchung solcher Räume bedarf einer besonders sorgfältigen Prüfung der Voraussetzungen, insbesondere auch der Verhältnismäßigkeit und Korrektheit des Verfahrens.⁷⁴⁷ Eine besonders aufmerksame Prüfung ist nötig, weil das Berufsgeheimnis zu beachten ist, ebenso wie das Recht des Mandanten, sich nicht selbst zu belasten.⁷⁴⁸ Art. 8 EMRK schützt gegen jede Art von Eindringen oder Verweilen in einer Wohnung gegen den Willen des Wohnungsinhabers. Eingriffe in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung der Wohnung müssen gesetzlich vorgesehen sein, einem der in Art. 8 Abs. 2 EMRK angeführten legitimen Ziele dienen (hier Verhinderung von strafbaren Handlungen) und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Der EGMR prüft dabei insbesondere, ob ein Richter die Massnahme angeordnet hat und ob sie danach einer richterlichen Überprüfung unterlag, ob ein hinreichender Tatverdacht bestand und die Anordnung angemessen begrenzt worden ist (Prüfung von Eignung, Angemessenheit und Erforderlichkeit).⁷⁴⁹ Eine besondere Sorgfalt ist hier jedoch nicht zuletzt auch aufgrund der allgemein schwierigen Abgrenzbarkeit zwischen Geschäfts-

⁷⁴³ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 89 zu Art. 8 EMRK; ähnlich SCHABAS, S. 399: „The notion of home is defined with respect to factual circumstances, in particular the existence of sufficient, continuous links with a given location“.

⁷⁴⁴ VILLIGER, S. 394.

⁷⁴⁵ GRABENWARTER/PABEL, S. 308; NETTESHEIM, EMRK Komm, N 89 zu Art. 8 EMRK; WIEDERIN, S. 41 f.

⁷⁴⁶ FISCHER, N 278 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁴⁷ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 93 und 115 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁴⁸ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 115 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁴⁹ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 115 zu Art. 8 EMRK.

und Privaträumen voneinander trennen. Der EGMR hielt im Fall *Niemietz v. Deutschland*⁷⁵⁰ zu dieser Frage fest, dass es oftmals schwierig ist, eine Abgrenzung zwischen Wohn- und Geschäftsräumen zu ziehen,⁷⁵¹ was insbesondere mit Blick auf Hausdurchsuchungen von zentraler Bedeutung ist:

[...] since activities which are related to a profession or business may well be conducted from a person's private residence and activities which are not so related may well be carried on in an office or commercial premises. A narrow interpretation of the words „home“ and „domicile“ could therefore give rise to the same risk of inequality of treatment as a narrow interpretation of the notion of „private life“ [...] More generally, to interpret the words „private life“ and „home“ as including certain professional or business activities or premises would be consonant with the essential object and purpose of Article 8 (art. 8), namely to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities [...] Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to „interfere“ to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2); that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case.⁷⁵²

In Bezug auf Geschäftsräumlichkeiten war lange strittig, ob sie vom Wohnungsbegegnung erfasst sind. Obschon der EuGH unter Berufung darauf, dass Art. 8 EMRK nur für die Privatwohnung natürlicher Personen und nicht auch für Unternehmungen und deren Geschäftsräume gelte,⁷⁵³ verneinte, dass Geschäftsräumlichkeiten vom Wohnungsbegegnung erfasst sind, subsumiert der EGMR nach vorerst differenzierten Äusserungen Geschäftsräumlichkeiten generell unter den Wohnungsbegegnung.⁷⁵⁴

⁷⁵⁰ Urteil des EGMR *Niemietz gegen Deutschland* (Nr. 13710/88) vom 16.12.1992.

⁷⁵¹ VILLIGER, S. 395.

⁷⁵² Urteil des EGMR *Niemietz gegen Deutschland* (Nr. 13710/88) vom 16.12.1992, § 30-31.

⁷⁵³ Urteil des EuGH vom 21.09.1989, verb Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst/Kommission*, Slg 1989 I-2919, Rz 17 f.; WIEDERIN, S. 42.

⁷⁵⁴ Urteil des EGMR *Stés Colas Est et autres v. Frankreich* (Nr. 37971/97) vom 16.04.2002; m.w.A. BREITENMOSER, S. 257 ff.; WIEDERIN, S. 43; MEYER, Band X, EMRK, N 80 zu Art. 8 EMRK.

Zudem sind auch Wohnungen auf Zeit unter den Begriff zu subsumieren. Ein Gast wohnt im Gästezimmer, ein Reisender im Hotelzimmer. Die Dauer und die Intensität der Nutzung der Räumlichkeiten alleine kann hier keine Rolle spielen. Vielmehr muss darauf abgestützt werden, ob das Individuum sich von der Aussenwelt abschirmen wollte.⁷⁵⁵

Weiter beinhaltet das Recht auf Achtung der Wohnung, dass man eine Wohnung ungestört nutzen kann. Ein Eingriff in dieses Recht stellen einerseits sichtbare Verfehlungen wie bspw. das unbefugte Betreten dar.⁷⁵⁶ So äusserte sich an der ersten Session der beratenden Versammlung im Jahre 1949 James Everett aus Irland bereits kritisch, als es um den Schutz der ‚heiligen Wohnung‘ ging. Er stellte fest, dass Regierungen diverser Länder Durchsuchungen von Wohnungen von Bürgern ohne Durchsuchungsbefehl durchführen würden. Dies könne mit dem Schutz der ‚heiligen Wohnung‘ nicht einhergehen.⁷⁵⁷ Demgegenüber stellen andererseits auch nicht sichtbare, nicht körperliche Eingriffe, wie sie z.B. durch Lärm, Gerüche oder andere Einwirkungen entstehen, Eingriffe in das Recht auf Achtung der Wohnung dar. Das konkrete Ausmass der Verletzung des Rechts hängt davon ab, wie gewichtig derartige unsichtbare Eingriffe sind.⁷⁵⁸

Beim Recht auf Achtung der Wohnung bildet die Wohnung als persönlicher Entfaltungs- und Rückzugsraum das geschützte Rechtsgut.⁷⁵⁹ Das Grundrecht schützt gegen unerwünschtes Eindringen oder Verweilen in einer Wohnung.⁷⁶⁰ Es kommt jedoch nicht entscheidend darauf an, ob in die geschützte räumliche Sphäre körperlich eingedrungen wird. Jede staatliche Massnahme, die diese Funktion empfindlich beeinträchtigt, stellt einen Eingriff dar. Das Grundrecht auf Achtung der Wohnung schützt davor, dass staatliche Organe ohne Einwilligung des Betroffenen den geschützten Bereich der Wohnung betreten, diesen Bereich anderweitig einschränken oder gar zerstören.⁷⁶¹

⁷⁵⁵ BREITENMOSER, S. 257.

⁷⁵⁶ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 90 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁵⁷ SCHABAS, S. 360.

⁷⁵⁸ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 90 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁵⁹ GRABENWARTER/PABEL, S. 309.

⁷⁶⁰ WIEDERIN, S. 49.

⁷⁶¹ GRABENWARTER/PABEL, S. 316.

Als sichtbare Eingriffe qualifizieren insbesondere das Betreten und anschliessende Durchsuchen aufgrund von Hausdurchsuchungen.⁷⁶² Auch das Betreten von Geschäftsräumen sowie die Beschlagnahme von elektronischen Daten stellen Eingriffe in das Recht auf Achtung der Wohnung dar.⁷⁶³

Demgemäss kann festgehalten werden, dass bei der Betretung und Durchsuchung von Wohnungen, Büros und dergleichen ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK vorliegt, weil der Betroffene die Achtung ihrer Privatsphäre erwarten können.⁷⁶⁴ Hausdurchsuchungen aller Art, zu welchen Zwecken auch immer, greifen daher fraglos in das Grundrecht ein.⁷⁶⁵ Das Betreten und Durchsuchen ist mit einer Störung der Privatheit sowie des Schutzes der Wohnung verbunden. Die erwähnte Durchsuchung eines Anwaltsbüros stellt somit einen Eingriff in das Privatleben, die Wohnung und die Korrespondenz dar.⁷⁶⁶ Durchsuchungen als typische Eingriffe in eine Wohnung sind im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 EMRK zulässig, sofern die sorgfältige Prüfung ergibt, dass die Voraussetzungen dafür vorliegen, ob sie insbesondere verhältnismässig sind und ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist.⁷⁶⁷ Haus- oder Wohnungsdurchsuchungen müssen der Abwehr oder Verfolgung von Straftaten und dem Schutz von öffentlichen oder privaten Rechtsgütern dienen.⁷⁶⁸

Obwohl die Bestimmung in der EMRK ausdrücklich keinen richterlichen Durchsuchungsbefehl verlangt, kann davon ausgegangen werden, dass eine richterliche Durchsuchungsanordnung aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips zu verlangen ist. Dies bestätigen Urteile des EGMR aus dem Jahr 1993: Der EGMR hat Durchsuchungen durch die französischen Zollbehörden, die ohne richterliche Anordnung aufgrund weitgefasster Ermächtigungen zulässig waren, als unverhältnismässig und somit als Verstoss gegen

⁷⁶² GRABENWARTER/PABEL, S. 317; NETTESHEIM, EMRK Komm, N 91 f. zu Art. 8 EMRK.

⁷⁶³ GRABENWARTER/PABEL, S. 317.

⁷⁶⁴ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 92 zu Art. 8 EMRK; SATZGER, SSW, N 21 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁶⁵ VILLIGER, S. 395; WIEDERIN, S. 49.

⁷⁶⁶ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 93 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁶⁷ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 93 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁶⁸ FISCHER, N 290 zu Art. 8 EMRK.

Art. 8 EMRK angesehen.⁷⁶⁹ Jedoch kann auch ein Verstoss gegen Art. 8 EMRK vorliegen, wenn der Durchsuchung eine richterliche Anordnung zugrunde liegt. Im erwähnten Fall Niemietz⁷⁷⁰ wurde die richterlich angeordnete Durchsuchung der Arbeitsräume des Anwalts durch den EGMR als unverhältnismässig eingestuft. Die Durchsuchung wurde angeordnet, weil die Polizei den Verdacht hegte, dass der Rechtsanwalt die Interessen einer weiteren Person vertrat.⁷⁷¹ Der EGMR hielt fest, dass die Person insbesondere verdächtigt worden sei, Urheber eines beleidigenden Schreibens zu sein. Von der Durchsuchung der Arbeitsräume habe sich die Polizei Aufschlüsse über die Identität dieser Person erhofft. Der Gerichtshof habe in der Massnahme eine „Verhinderung von strafbaren Handlungen“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK gesehen, was jedoch unverhältnismässig und daher die EMRK verletzend sei. Zu berücksichtigen sei die geringfügige Schwere der strafbaren Handlung, die privilegierte Stellung des Rechtsanwaltes sowie die weitreichenden Durchsuchungskompetenzen der Behörden.⁷⁷²

Anders beantwortete der EGMR die Frage in Bezug auf Art. 8 EMRK im Fall Camenzind v. Schweiz.⁷⁷³ Dieser Fall betraf einerseits die Frage der Rechtmässigkeit der Durchsuchung der Wohnung und andererseits die Wirksamkeit des in Frage stehenden Beschwerdemittels. Der EGMR stellte fest, dass Art. 8 EMRK nicht in jedem Fall eine richterliche Anordnung für eine Durchsuchung verlangt. Gegen den Beschwerdeführer Camenzind war ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet worden, da er verdächtigt wurde, ein Telefongespräch auf einer für zivile und militärische Zwecke reservierten Funkfrequenz durchgeführt zu haben. Daraufhin durchsuchten zwei Beamte seine Wohnung. Camenzind rügte die Unrechtmässigkeit der Wohnungsdurchsuchung mittels Beschwerde bei der Anlagekammer des Bundesgerichts (Art. 25 VstrR). Aufgrund mangelnden Rechtsschutzinteresses wurde die Beschwerde abgewiesen, da das

⁷⁶⁹ FROWEIN/PEUKERT, N 45 zu Art. 8 EMRK; Urteile des EGMR *Funke v. Frankreich* (Nr. 10588/83) vom 25.02.1993, § 57; *Crémieux v. Frankreich* (Nr. 11471/85) vom 25.02.1993, § 40.

⁷⁷⁰ Urteil des EGMR *Niemietz v. Deutschland* (Nr. 13710/88) vom 16.12.1992.

⁷⁷¹ Urteil des EGMR *Niemietz v. Deutschland* (Nr. 13710/88) vom 16.12.1992, § 37 ff.

⁷⁷² Zum Ganzen FREI-SIPONEN, S. 262.

⁷⁷³ Urteil des EGMR *Camenzind v. Schweiz* (Nr. 21353/93) vom 16.12.1997, Reports 1997-VIII.

Bundesgericht die Ansicht vertritt, dass die angefochtene Massnahme abgeschlossen sei und den Beschwerdeführer damit nicht länger betreffe. Der Gerichtshof sah darin demgegenüber eine Verletzung von Art. 13 in Verbindung mit Art. 8 EMRK, weil das Rechtsmittel nicht hinreichend wirksam war.⁷⁷⁴ Somit wurde nicht die Massnahme der Hausdurchsuchung, sondern das fehlende wirksame Rechtsmittel nach Art. 13 EMRK als konventionswidrig bezeichnet.⁷⁷⁵

3. EINFLUSS AUF DAS STRAFPROZESSRECHT?

Da der EGMR im Urteil Camenzind v. Schweiz⁷⁷⁶ eine Verletzung des Art. 13 i.V.m. Art. 8 EMRK wegen eines fehlenden Rechtsmittels in Bezug auf eine Hausdurchsuchung feststellte, informierte der Bundesrat u.a. die Anklagekammer des Bundesgerichts über das Resultat des Strassburger Verfahrens, um einer wiederholten Verletzung der EMRK vorzubeugen.⁷⁷⁷

Im Beschluss vom 4. September 2018⁷⁷⁸ befasste sich das Bundesstrafgericht einmal mehr mit der immer wiederkehrenden Frage nach der Zulässigkeit von Beschwerden gegen Hausdurchsuchungen. Abermals wurde auf die Beschwerde mangels Rechtsschutzbedürfnis nicht eingetreten. Die Beschwerde gegen Zwangsmassnahmen erfordert ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 1 VStrR. Nach bundesstrafgerichtlicher Rechtsprechung fehlt dieses bei Hausdurchsuchungen regelmäßig dann, wenn die Hausdurchsuchung bereits abgeschlossen ist.⁷⁷⁹ Dabei stellt das Bundesstrafgericht im konkreten Fall auf den formellen Durchsuchungsbegriff ab, wonach die Hausdurchsuchung mit der Unterzeichnung des Durchsuchungs- und Be- schlagnahmekontrollen, in welchem die Uhrzeit der Beendigung der Hausdurchsuchung festgehalten wird, endet. Darauffolgend verlassen die durchsuchenden Beamten die

⁷⁷⁴ FREI-SIPONEN, S. 263.

⁷⁷⁵ Urteil des EGMR *Camenzind v. Schweiz* (Nr. 21353/93) vom 16.12.1997, Reports 1997-VIII, §§ 51-57.

⁷⁷⁶ Urteil des EGMR *Camenzind v. Schweiz* (Nr. 21353/93) vom 16.12.1997, Reports 1997-VIII.

⁷⁷⁷ Siehe Beschluss [DH (99) 128] des Ministerkomitees; FREI-SIPONEN, S. 269.

⁷⁷⁸ Urteil des BStGer BV.2018.8, BP.2018.42 vom 04.09.2018.

⁷⁷⁹ Urteil des BStGer BV.2017.93 vom 03.07.2017 E. 2.2; Urteil des BStGer BV.2010.54 vom 05.10.2010 E. 1.3.

Räumlichkeiten und damit die durch das Recht auf Achtung der Wohnung geschützte räumliche Sphäre. Dies beendet, nach zitierter bundesstrafgerichtlicher Rechtsprechung, nicht nur die Hausdurchsuchung, sondern auch den damit verbundenen Eingriff in die Freiheitsrechte.⁷⁸⁰ Die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung könne schliesslich im Entsiegelungsverfahren geprüft werden, was im konkreten Fall auch beantragt wurde.⁷⁸¹

Diese Auslegung stellt eine sehr formalistische Sicht der Dinge dar. Sie übersieht, dass der mit der Hausdurchsuchung einhergehende Zwang weiterhin als eine Art Damoklesschwert über den eventuell noch herauszugebenden Beweismitteln wie beispielsweise Daten, die nun unter Siegelung stehen, lastet. Werden diese nicht zur Verfügung gestellt, so stehen die Beamten direkt wieder im Haus – im Falle einer (freiwilliger) Einwilligung selbst ohne Durchsuchungsbefehl. Des Weiteren steht die Überprüfung im Entsiegelungsverfahren im alleinigen Ermessen der Untersuchungsbehörde: Beantragt diese keine Entsiegelung oder wartet sie mit diesem Antrag lange zu, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁷⁸² möglich ist, so bleibt der Rechtsschutzgedanke zumindest für diese entsprechend lange Zeit wirkungslos. Die allenfalls gar rechtswidrige Hausdurchsuchung mit den damit zusammenhängenden Wirkungen bleiben in dieser Zeit zum Schaden der Betroffenen unüberprüfbar.⁷⁸³ Die teilweise gelebte Praxis „es geht ja auch mittels freiwilliger Einwilligung“ erweist sich aus dieser Perspektive als besonders folgenschwer. Selbst für Hausdurchsuchungen mit Hausdurchsuchungsbefehl fehlen hinreichende Möglichkeiten, um sie auf ihre Rechtsgültigkeit hin zu überprüfen. Erst im Rahmen des Siegelungsverfahrens bestehen Überprüfungsmöglichkeiten. Bis dahin sind die Betroffenen dem behördlichen Vorgehen ausgeliefert – ohne Hausdurchsuchungsbefehl, also ohne jedwedes Dokument, das eine begrenzende und schützende Funktion innehaltet, gleich doppelt. Auch wenn im Grundsatz davon ausgegangen werden kann, dass sich die Verfahren

⁷⁸⁰ Urteil des BStGer BV.2018.8, BP.2018.42 vom 04.09.2018 E. 2.2.3.

⁷⁸¹ Urteil des BStGer BV.2018.8, BP.2018.42 vom 04.09.2018 E. 2.3.2.

⁷⁸² BGE 139 IV 246.

⁷⁸³ FRANK FRIEDRICH, Rechtsschutzinteresse bei Beschwerde gegen Hausdurchsuchung (Art. 48 f. VStrR), in: www.verwaltungsstrafrecht.ch/v.03.10.2018 <<https://verwaltungstrafrecht.ch/de/kategorien/verfahrensrecht/rechtsschutzinteresse-bei-beschwerde-gegen-hausdurchsuchung>> (besucht am: 06.06.2022).

im Rahmen der Kompetenzen bewegen, sind die Auswirkungen auf die Betroffenen doch problematisch. Recht und Unrecht werden nicht von jedermann gleich beurteilt und gerade auch im Rahmen anspruchsvoller strafrechtlicher Massnahmen, können im Alltag seitens der Behörden Fehler passieren. Das unbedingte Bestreben, Wahrheit zu ermitteln, ist zudem mit der Gefahr verbunden, zulasten von Betroffenen über das Ziel hinaus zu schiessen. Es ist darum gerade in einem solch grundlegenden, intimen Bereich wie der Privatsphäre besonders wichtig, dass die Justizförmigkeit des Verfahrens konsequent eingehalten wird, bei derart eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeiten ohnehin. Aufgrund der vorangehenden Erwägungen ist es auch aus diesem Blickwinkel nicht angemessen, eine Freiwilligkeit in Form einer Einwilligung in eine Hausdurchsuchung anzunehmen und auf die substanzielien allgemeinen Voraussetzungen von Zwangsmassnahmen, insbesondere auch Hausdurchsuchungsbefehle, zu verzichten. Gefahren einer möglichen Aushöhlung, Willkür und eines Missbrauchs stehen einem derartigen Verzicht entgegen.

4. ZWISCHENERGEBNIS

In Bezug auf Art. 8 EMRK ist festzuhalten, dass das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen, Büros o.ä. (gemäß autonomer Auslegung des Begriffs ‚Wohnung‘ durch den EGMR) den Schutzbereich dieser Norm tangiert. Das Betreten sowie Durchsuchen stellen Störungen der Privatheit sowie des Schutzes der Wohnung dar.

Art. 8 EMRK garantiert den Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz. Somit dient die Norm dem Schutz der Privatsphäre. Insbesondere fliessen daraus Abwehrrechte gegen störende Eingriffe des Staates. Hausdurchsuchungen fallen unter diese Kategorie.

Auch unter der EMRK ist ein umfassender Schutz der Wohnung garantiert. Privat- wie Geschäftsräume von natürlichen wie juristischen Personen fallen etwa unter den Begriff.

Bei der Überprüfung auf Rechtmäßigkeit einer Hausdurchsuchung prüft der EGMR insbesondere, ob ein Richter die Massnahme angeordnet hat und ob diese danach einer richterlichen Überprüfung unterlag, ob ein hinreichender Tatbestand vorlag und die Anordnung angemessen begrenzt worden ist. Dabei verlangt die EMRK einen richterlichen Durchsuchungsbefehl nicht ausdrücklich. Es kann jedoch davon ausgegangen

werden, dass eine richterliche Durchsuchungsanordnung aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips wie auf Basis von Urteilen des EGMR zu verlangen ist.

Nachfolgend ist aufgrund der Erkenntnis, dass Freiheitsrechte durch die Hausdurchsuchung tangiert werden, zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen Einschränkungen der Freiheitsrechte im Rahmen der EMRK zulässig sind.

IV. DIE ZULÄSSIGKEIT VON EINGRIFFEN

1. VORAUSSETZUNGEN IM SINNE DER EMRK

In der EMRK gibt es keine mit Art. 36 BV vergleichbare Bestimmung, welche die Kriterien für Eingriffe in die von der EMRK garantierten Freiheitsrechte generell regelt. Es wird für jedes Freiheitsrecht selbstständig festgelegt, ob und unter welchen Voraussetzungen Eingriffe und Beschränkungen möglich sind.⁷⁸⁴

Im Rahmen von Hausdurchsuchungen wird in die durch Art. 8 EMRK geschützten Freiheitsrechte eingegriffen.

Ein Eingriff in das in Art. 8 EMRK stipulierte Recht verstösst gegen die EMRK, es sei denn, er ist gesetzlich vorgesehen, verfolgt eines oder mehrere der in Abs. 2 genannten berechtigten Ziele und ist in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, um diese Ziele zu erreichen.⁷⁸⁵

a) Gesetzliche Grundlage

Vorab ist notwendig, dass ein Eingriff eine ausreichende gesetzliche Grundlage im staatlichen Recht hat; also über eine Grundlage im Landesrecht verfügt.⁷⁸⁶ Dabei wird ‚Gesetz‘ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK im materiellen, nicht im formellen Sinne

⁷⁸⁴ BANGERTER, S. 32.

⁷⁸⁵ FISCHER, N 3 zu Art. 8 EMRK; GRABENWARTER/PABEL, S. 318; NETTESHEIM, EMRK Komm, N 101 zu Art. 8 EMRK; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 90 zu Art. 8.

⁷⁸⁶ BANGERTER, S. 33; CARONI, S. 39; Urteil des EGMR *Camenzind v. Schweiz* (Nr. 21353/93) vom 16.12.1997, Reports 1997-VIII; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 91 zu Art. 8 EMRK.

verstanden.⁷⁸⁷ Der Begriff umfasst damit auch untergesetzliches sowie ungeschriebenes Recht und Richterrecht.⁷⁸⁸ Der EGMR sieht als Gesetz die Vorschrift an, wie sie die staatlichen Gerichte auslegen. Besteht hingegen lediglich eine Kompetenz, ohne dass diese auch ausgefüllt wurde, so reicht dies zur Rechtfertigung eines Eingriffs nicht aus.⁷⁸⁹ Aufgrund des Erfordernisses ‚gesetzlich vorgesehen‘, was als Ausfluss des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips verstanden werden kann, stellt der Gerichtshof nicht nur formale, sondern auch qualitative Anforderungen. Dies findet Ausdruck im Kriterium der Vorhersehbarkeit. Weiter darf das Gesetz nicht willkürlich und muss für den Bürger zugänglich sein.⁷⁹⁰ Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit erfüllt ein Gesetz, wenn es mit hinreichender Bestimmtheit gefasst ist, sodass der Bürger sein Verhalten danach richten kann.⁷⁹¹ Des Weiteren muss das Gesetz rechtsstaatlichen Anforderungen genügen und eine gewisse Garantie gegen behördliche Willkür bieten. Demnach hat das Gesetz einen gerichtlichen Rechtsschutz zu bieten. Der EGMR prüft u.a. Art, Umfang und Dauer der möglichen staatlichen Massnahmen, die Gründe, aus denen sie angeordnet werden dürfen, das Verfahren der Genehmigung, Durchführung und Überwachung solcher Massnahmen und die Art des nach innerstaatlichem Recht vorgesehenen Rechtsbehelfs.⁷⁹² Der Betroffene muss, wenn nötig unter sachkundiger Hilfe, in einem nach den Umständen angemessenen Aufwand die Folgen vorhersehen können, die eine bestimmte Handlung hat, wobei eine absolute Sicherheit hierbei nicht erreicht bzw. nicht verlangt werden kann.⁷⁹³ In Bezug auf das Bestimmtheitsgebot ist festzuhalten, dass ein Gesetz freilich nicht jede mögliche Gestaltung regeln kann.⁷⁹⁴ Der Grad der Bestimmtheit hängt vom Inhalt der Regelung, ihrem Anwendungsbereich,

⁷⁸⁷ SATZGER, SSW, N 27 zu Art. 8 EMRK; VILLIGER, S. 358.

⁷⁸⁸ MEYER, Band X, EMRK, N 132 zu Art. 8 EMRK; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 92 zu Art. 8 EMRK; VILLIGER, S. 359.

⁷⁸⁹ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 102 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁹⁰ MEYER, Band X, EMRK, N 135 zu Art. 8 EMRK; NETTESHEIM, EMRK Komm, N 104 zu Art. 8 EMRK; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 93 f. zu Art. 8 EMRK; SATZGER, SSW, N 27 zu Art. 8 EMRK; VILLIGER, S. 359.

⁷⁹¹ CARONI, S. 41; MEYER, Band X, EMRK, N 136 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁹² Urteil des EGMR *Uzun v. Deutschland* (Nr. 35623/05) vom 02.09.2010, § 63; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 95 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁹³ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 105 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁹⁴ MEYER, Band X, EMRK, N 137 zu Art. 8 EMRK.

der Zahl und der Rechtsstellung der Personen ab, an die sie gerichtet ist.⁷⁹⁵ Demgegenüber dürfen die Behörden keinen unbeschränkten Ermessensspielraum haben. Das Gesetz hat mit ausreichender Bestimmtheit den Anwendungsbereich, den Umfang des Ermessens und die Art seiner Ausübung zu regeln.⁷⁹⁶ Des Weiteren bedarf es darin ausreichender Garantien gegen Missbrauch, um den Bürgern einen Mindestschutz zu sichern, auf den sie nach dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit Anspruch haben. Dies kann etwa durch die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung gewährleistet sein.⁷⁹⁷ Die Rechtsgrundlagen müssen zudem vor dem Eingriff zugänglich sein, damit sich potenziell Betroffene wirksam Kenntnis über deren Voraussetzungen und Reichweite verschaffen können. Dabei ist die Zugänglichkeit gewahrt, wenn die Vorschrift in der gesetzlich vorgeschriebenen amtlichen Publikation veröffentlicht wurde oder der Allgemeinheit anderweitig angemessen bekannt gemacht worden ist.⁷⁹⁸

Der Rahmen, innerhalb dessen eine Durchsuchung zum Einsatz kommen darf, muss durch die rechtliche Grundlage klar und vorhersehbar abgesteckt sein. Das betrifft Angaben zu den massgebenden Straftaten, der erforderlichen Grads des Tatverdachts sowie ggf. zu dessen Beweisbasis und einzelnen Einsatzsituationen.⁷⁹⁹ Der EGMR verlangt, dass zumindest ein nachvollziehbarer Verdacht existieren muss.⁸⁰⁰ Zudem müssen die konkreten Vorgaben der nationalen Rechtsgrundlage erfüllt sein.⁸⁰¹ Unverzügliches Handeln bei Gefahr in Verzug durch Polizeikräfte oder Staatsanwälte toleriert der EGMR, wenn der Ermittlungserfolg andernfalls gefährdet wäre.⁸⁰² Der Gesetzeswortlaut muss dabei aber Willkürschutz bieten und nachträglich muss eine wirksame Kontrolle erfolgen können. Dazu hat die Gesetzterminologie hinreichend vorhersehbar diejenigen Einsatzlagen zu umreissen, in denen eine Durchsuchung ohne Bewilligung ausgeführt

⁷⁹⁵ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 106 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁹⁶ MEYER, Band X, EMRK, N 138 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁹⁷ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 107 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁹⁸ MEYER, Band X, EMRK, N 139 zu Art. 8 EMRK.

⁷⁹⁹ MEYER, Band X, EMRK, N 284 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁰⁰ Urteil des EGMR *Wieser und Bicos Beteiligungen GmbH v. Österreich* (Nr. 74336/01) vom 16.10.2007, § 57.

⁸⁰¹ MEYER, Band X, EMRK, N 284 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁰² Urteil des EGMR *Trabajo Rueda v. Spanien* (Nr. 32600/12) vom 30.05.2017, § 36 f.

werden darf. Standardfloskeln wie ‚dringend‘ nimmt der EGMR dabei hin, er überprüft die Begründung einer Gefahr in Verzug im konkreten Fall jedoch.⁸⁰³

b) Verfolgung eines oder mehrerer Ziele aus Art. 8 Abs. 2 EMRK

Zusätzlich zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ist von wesentlicher Bedeutung, ob ein durchgeföhrter Eingriff notwendig war.⁸⁰⁴ Ein Eingriff muss notwendig sein, um mindestens eines der in Abs. 2 genannten Ziele zu erreichen, wobei die Mitgliedstaaten frei bestimmen können, welche Ziele sie konkret verfolgen wollen.⁸⁰⁵ Den innerstaatlichen Behörden kommt hier ein relativ grosses Ermessen zu.⁸⁰⁶ Die Aufzählung der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Eingriffszwecke ist jedoch abschliessend; die Ableitung weiterer Eingriffszwecke ist nicht zulässig.⁸⁰⁷

c) Verhältnismässigkeit

Liegt eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Eingriff vor und wird ein legitimes Ziel verfolgt, ist die Notwendigkeit des Eingriffs zu prüfen. Ein Eingriff ist dann notwendig, wenn es für ihn ein dringendes soziales Bedürfnis gibt und er insbesondere in Bezug auf das rechtmässig verfolgte Ziel verhältnismässig ist.⁸⁰⁸ Eingriffe in die Schutzgüter müssen damit verhältnismässig sein und sind im Zweifel unzulässig.⁸⁰⁹ Die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Zielerreichung orientiert sich an den Elementen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit.⁸¹⁰ Auch die EMRK führt damit

⁸⁰³ MEYER, Band X, EMRK, N 286 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁰⁴ GRABENWARTER/PABEL, S. 321 f.; NETTESHEIM, EMRK Komm, N 109 zu Art. 8 EMRK; SATZGER, SSW, N 31 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁰⁵ PÄTZOLD, C.H. BECK, N 96 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁰⁶ VILLIGER, S. 362.

⁸⁰⁷ CARONI, S. 42.

⁸⁰⁸ Urteil des EGMR *Uzun v. Deutschland* (Nr. 35623/05) vom 02.09.2010, § 78; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 97 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁰⁹ FISCHER, N 9 zu Art. 8 EMRK; LOHSE/JAKOBS, Karlsruher Komm., N. 6 zu Art. 8 EMRK.

⁸¹⁰ MEYER, Band X, EMRK, N 157 zu Art. 8 EMRK.

das Verhältnismässigkeitsprinzip in die Prüfung ein, wenn sie die Zulässigkeit einer Einschränkung an das Kriterium der ‚Notwendigkeit‘ einer freiheitsbeschränkenden Massnahme knüpft.⁸¹¹ Bei grundsätzlicher Eignung des Eingriffs zur Zielerreichung ist das Kriterium der Geeignetheit erfüllt. Die Einschätzungsprärogative überlässt der EGMR den Mitgliedstaaten. Seine Prüfung beschränkt sich auf die Angemessenheit im Einzelfall. Der Eingriff hat in einem angemessenen Verhältnis zum legitimen Ziel zu stehen. Dabei wird die Verfügbarkeit milderer Mittel in Abwägung gestellt.⁸¹² Es ist der Massstab einer ‚demokratischen Gesellschaft‘ anzulegen,⁸¹³ wobei sich der Begriff als ‚Schrankenschanke‘ darstellt.⁸¹⁴ Der behördliche Eingriff muss in einer demokratischen Gesellschaft notwendig gewesen sein, wobei Strassburg diesen Rechtfertigungsgrund in ständiger Rechtsprechung so ausgelegt hat, dass die Massnahme einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis entsprechen und verhältnismässig erscheinen muss.⁸¹⁵ Die demokratische Gesellschaft stützt sich dabei auf vier Säulen: Eine freiheitlich-rechtsstaatliche Staatsordnung, eine freie Marktwirtschaft, eine Anerkennung natürlicher Elementarrechte und eine gewaltfreie Erziehung.⁸¹⁶ Ein Eingriff ist dann notwendig, wenn er einem dringenden sozialen Bedürfnis entspricht, um das berechtigte Ziel zu erreichen und die angewandten Mittel verhältnismässig sind.⁸¹⁷ Unter ‚dringendem sozialen Bedürfnis‘ wird impliziert, dass die gesetzlich vorgesehene Massnahme zur Erreichung des beabsichtigten Ziels geeignet sein muss, wobei sich die Eignung einer Massnahme nach objektiven Kriterien bestimmt.⁸¹⁸ Die Konvention verlangt dabei eine Notwendigkeit, nicht bloss eine Nützlichkeit oder Zweckmässigkeit. Berücksichtigt werden dabei vom Gerichtshof die wesentlichen Merkmale der demokratischen Gesellschaft: Pluralismus, Toleranz und offene Geisteshaltung.⁸¹⁹ Der Gerichtshof verlangt bei

⁸¹¹ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 117.

⁸¹² MEYER, Band X, EMRK, N 157 zu Art. 8 EMRK.

⁸¹³ CARONI, S. 46; MEYER, Band X, EMRK, N 158 zu Art. 8 EMRK; VILLIGER, S. 363.

⁸¹⁴ FISCHER, N 10 zu Art. 8 EMRK.

⁸¹⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 117.; SATZGER, SSW, N 30 f. zu Art. 8 EMRK.

⁸¹⁶ FISCHER, N 10 zu Art. 8 EMRK.

⁸¹⁷ CARONI, S. 46; ähnlich FISCHER, N 11 zu Art. 8 EMRK; VILLIGER, S. 363.

⁸¹⁸ CARONI, S. 47.

⁸¹⁹ CARONI, S. 50.

seiner Prüfung unter bestimmten Umständen besonders triftige Gründe, beispielsweise wenn ein fraglicher Eingriff einen sehr intimen Bereich des Privatlebens der betroffenen Person betrifft. Dies ist regelmässig bei Fragen die Sexualität betreffend oder bei der geheimen Telefonüberwachung der Fall.⁸²⁰ Als unverhältnismässig erachtete der EGMR bspw. die Durchsuchung von Privat- und Geschäftsräumlichkeiten zur Aufklärung einer Geschwindigkeitsübertretung.⁸²¹

Ein Grundrechtseingriff ist dann geeignet, wenn er zur Herbeiführung des verfolgten Zwecks tauglich ist.⁸²²

Für Durchsuchungen gelten die Schranken des Art. 8 Abs. 2 EMRK. Die Norm stellt dabei eine richterliche Anordnung nicht als unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Durchsuchung dar.⁸²³ Die massgeblichen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Vollzugspraktiken müssen jedoch einen angemessenen und wirksamen Schutz vor Missbrauch bieten.⁸²⁴ Die Anordnung einer Hausdurchsuchung durch einen Richter stellt ein wesentliches Element der Absicherung des Verfahrens dar. Die Verhältnismässigkeit der Durchsuchung wird also dort besonders streng geprüft, wo es an einem Richtervorbehalt fehlt.⁸²⁵ So ist der in Deutschland bestehende Richtervorbehalt zwar ein Missbrauchsschutz, dies führt aber nicht automatisch dazu, dass eine Verletzung von Art. 8 EMRK damit ausgeschlossen wäre. Der EGMR hat bspw. eine richterlich angeordnete Durchsuchung in Deutschland u.a. deshalb als unverhältnismässig angesehen, weil die Anordnung nicht hinreichend beschränkt war.⁸²⁶

⁸²⁰ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 110 zu Art. 8 EMRK.

⁸²¹ Urteil des EGMR *Buck v. Deutschland* (Nr. 41604/98) vom 28.04.2005.

⁸²² VON GUNTEL, S. 188.

⁸²³ M.W.A. BREITENMOSER, S. 296: Er hält fest, dass eine primäre richterliche Anordnungszuständigkeit über den Wortlaut von Art. 8 EMRK hinausgeht und so nicht auf diesem Weg in das Recht auf Achtung der Wohnung einfließen kann. Doch er ergänzt, diese Aussage stünde einer von den Strassburger Organen selbst vorgenommenen Präzisierung aufgrund sachlicher Überlegungen nicht unüberwindbar entgegen.

⁸²⁴ PÄTZOLD, C.H. BECK, N 123 zu Art. 8 EMRK.

⁸²⁵ GRABENWARTER/PABEL, S. 337.

⁸²⁶ Urteile des EGMR *Niemietz v. Deutschland* (Nr. 13710/88) vom 16.12.1992; *Sher u. andere v. Grossbritannien* (Nr. 5201/11) vom 20.10.2015; MEYER, Band X, EMRK, N 85 zu Art. 8 EMRK; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 123 zu Art. 8 EMRK.

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR können die Mitgliedstaaten Wohnungsdurchsuchungen für notwendig halten, um Beweise für bestimmte Straftaten zu erhalten.⁸²⁷

Die Beurteilung, ob ein Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, bietet im Normalfall keine Schwierigkeiten.⁸²⁸

Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind u.a. die Schwere der Straftat, wegen der die Durchsuchung vorgenommen wird, die Art und Weise und die Umstände, unter denen die Anordnung erging, Inhalt und Umfang derselben, wie auch die Auswirkungen auf den Ruf des Betroffenen.⁸²⁹ Ein Eingriff in die Grundrechtsposition muss erforderlich sein. Es muss damit das mildeste aller geeigneten Mittel angewendet werden. Ein Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher wie personeller Hinsicht nicht weitergehen als notwendig.

2. EINSCHRÄNKUNGEN VON ART. 8 EMRK DURCH HAUSDURCHSUCHUNGEN

Die klassischen Eingriffsfälle sind Hausdurchsuchungen zur Ermittlung, Gefahrenabwehr oder Gefahrerforschung.⁸³⁰ Schon das unerlaubte Betreten der Wohnung (ohne Einwilligung des Betroffenen) ist ein Eingriff.⁸³¹ Die frei erklärte, auch konkludente, Einwilligung des Hausrechtsinhabers beseitigt die Eingriffsqualität bei offenen Massnahmen. Hierbei kann jedoch die Freiwilligkeit fehlen, wenn im Weigerungsfall unmittelbarer Zwang droht, etwa bei Gestattung der Durchsuchung nach Vorzeigen eines Durchsuchungsbefehls.⁸³² Kooperiert der Betroffene bei einer Durchsuchung mit den Behörden, entfällt damit weder die Eingriffswirkung noch kann daraus auf

⁸²⁷ PÄTZOLD, C.H. BECK, N 124 zu Art. 8 EMRK.

⁸²⁸ VON GUNTEN, S. 188.

⁸²⁹ Urteil des EGMR *K.S. und M.S. v. Deutschland* (Nr. 33696/11) vom 06.10.2016, § 44; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 124 zu Art. 8 EMRK.

⁸³⁰ MEYER, Band X, EMRK, N 275 zu Art. 8 EMRK.

⁸³¹ Urteil des EGMR *Gutsanovi v. Bulgarien* (Nr. 34529/10) vom 15.10.2013, § 217; MEYER, Band X, EMRK, N 275 und 280 zu Art. 8 EMRK.

⁸³² Urteil des EGMR *Camenzind v. Schweiz* (Nr. 21353/93) vom 16.12.1997, Reports 1997-VIII, § 35.

eine stillschweigende Einwilligung geschlossen werden.⁸³³ Wie bereits an früherer Stelle erwähnt, sind Hausdurchsuchungen grundsätzlich zulässig, um Beweise für Strafverfahren zu erhalten.⁸³⁴ Dabei bedarf die Durchsuchung einer hinreichenden rechtlichen Grundlage. Auf dieser Grundlage hat sie EMRK-konform angeordnet und durchgeführt zu werden. Weiter ist das nationale Verfahrensrecht einzuhalten.⁸³⁵ Den betroffenen Personen muss ein wirksamer Schutz gegen Missbrauch zukommen und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist Rechnung zu tragen.⁸³⁶ Der EGMR berücksichtigt dabei die Schwere der Straftat, aufgrund derer eine Durchsuchung veranlasst wurde, prüft ob ein hinreichender Tatverdacht bestand und klärt die Art und Weise der Durchsuchung sowie die Umstände, unter denen eine Anordnung erging. Insbesondere bezieht es dabei das bereits vorhandene Beweismaterial mit ein, wie auch Inhalt und Umfang der Anordnung unter Berücksichtigung der Art der durchsuchten Räume sowie die getroffenen Schutzvorkehrungen, um den Eingriff auf das vernünftige Mass beschränken zu können. Weiter einbezogen wird, ob eine Anordnung von einem Richter getroffen worden ist, wie auch der Umfang möglicher Auswirkungen auf den Ruf von betroffenen Personen.⁸³⁷ Dabei fordert der EGMR einen zwingenden Richtervorbehalt für Durchsuchungen zwar nicht ausdrücklich, hebt ihn aber als taugliches Schutzinstrument hervor.⁸³⁸ In jedem Fall ist eine vorherige oder nachträgliche justizielle Überprüfung vorzusehen, die in ähnlicher Weise wirksam ist. Als zu ungenau wurde bspw. eine richterliche Anordnung bezeichnet, in welcher lediglich festgehalten wurde, es sei nach Urkunden und Sachen zu suchen, die für die Ermittlungen von Bedeutung seien.⁸³⁹

⁸³³ MEYER, Band X, EMRK, N 280 zu Art. 8 EMRK.

⁸³⁴ Urteil des EGMR *Colon v. Niederlande* (Nr. 49458/06) vom 15.02.2012.

⁸³⁵ MEYER, Band X, EMRK, N 282 zu Art. 8 EMRK.

⁸³⁶ MEYER, Band X, EMRK, N 283 zu Art. 8 EMRK.

⁸³⁷ Urteil des EGMR *Buck v. Deutschland* (Nr. 41604/98) vom 28.04.2005, § 45; zum Ganzen NETTESHEIM, EMRK Komm, N 114 zu Art. 8 EMRK; PÄTZOLD, C.H. BECK, N 124 zu Art. 8 EMRK; SATZGER, SSW, N 32 zu Art. 8 EMRK.

⁸³⁸ Urteil des EGMR *Wieser und Bicos Beteiligungen GmbH v. Österreich* (Nr. 74336/01) vom 16.10.2007, § 57; MEYER, Band X, EMRK, N 283 zu Art. 8 EMRK.

⁸³⁹ Urteil des EGMR *Aleksanyan v. Russland* (Nr. 46468/06) vom 22.12.2008, § 216.

a) Gesetzliche Grundlagen in der Schweiz

Hausdurchsuchungen sind als Zwangsmassnahmen im schweizerischen Landesrecht gesetzlich vorgesehen (Art. 244 StPO). Die gesetzlichen Grundlagen finden sich insbesondere in der Strafprozessordnung. Das Gesetz ist für den Bürger wie verlangt zugänglich, da es in der gesetzlich vorgeschriebenen amtlichen Publikation veröffentlicht worden ist. Fraglich ist, inwiefern die Anwendung vorhersehbar und nicht willkürlich ist. Hier stellt sich wiederum insbesondere die Frage nach Art. 244 Abs. 1 StPO in Bezug auf die Freiwilligkeit der Einwilligung in eine Hausdurchsuchung. Dies ist insbesondere deshalb von Relevanz, weil der vom EGMR als hilfreich empfundene Richtervorbehalt fehlt.

Wie bereits an früheren Stellen dargelegt, ist sich die Lehre uneinig, inwiefern eine Hausdurchsuchung im engeren Sinne freiwillig sein kann. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass bei aufgeklärter freiwilliger Einwilligung ein Hausdurchsuchungsbefehl obsolet ist. Dies mitunter mit der Begründung, dass bei Nichteinwilligung die Voraussetzungen für die Einholung eines Durchsuchungsbefehls gegeben sein dürften und es für die zuständigen Behörden damit ein Leichtes ist, die Hausdurchsuchung dennoch mit geringem Mehraufwand durchführen zu können. Eine Begründung, weshalb dies in jedem Fall gegeben sein soll, bleibt dieser Teil der Lehre schuldig.

Ein anderer Teil der Lehre spricht sich dafür aus, dass eine Einwilligung der betroffenen Person stets einzuholen ist, auch wenn ein Durchsuchungsbefehl vorhanden ist. Dies aus der Erwartung, dass damit die Kooperationsbereitschaft erhöht werden kann und das Art. 244 Abs. 1 StPO so gebietet. Allenfalls muss auch von einem ungünstigen Wortlaut in Art. 244 Abs. 1 StPO ausgegangen werden.

Wenn sich demnach nicht einmal die Lehre sicher ist, wie die Bestimmung exakt zu verstehen ist, darf dann angenommen werden, dass der durchschnittliche Bürger die mit der Norm verbundenen Folgen angemessen vorhersehen und einschätzen kann? Weiter ist fraglich, inwiefern die geltende Bestimmung in der Anwendung nicht zu Willkürlichkeit verleiten. Der zu Beginn dieser Arbeit aufgezeigte Einführungsfall, bei dem Polizisten eine Hausdurchsuchung trotz mangelndem Verdachtes und ohne

Durchsuchungsbefehl auf freiwilliger Basis durchgeführt haben,⁸⁴⁰ veranschaulicht, inwiefern Willkür im Alltag auch bei vermeintlich gutem Antrieb Platz finden kann. Im Hinblick auf die damit verbundene Frage, inwieweit die vorhandene gesetzliche Grundlage entsprechend ausreichend ist, werfen wir nochmals einen Blick in den Einführungsfall: Die betroffene, schlecht deutschsprechende Frau, wurde im Morgen grauen von mehreren Polizisten zuhause überrascht. Es ist davon auszugehen, dass sie in einer derartigen Situation von Unsicherheit und Druck kaum wusste, wie ihr geschah, als sie zu einer Hausdurchsuchung einwilligte. Angemessenes Verständnis der Geschehnisse, der relevanten rechtlichen Abläufe, Zusammenhänge und Folgen, wie auch der damit verbundenen Rechte und Pflichten etc. sind entsprechend in Frage gestellt und in der Folge auch eine echte Freiwilligkeit, die dem wirklichen inneren Willen entspricht. Dies insbesondere auch in einem Umfeld, in dem sie damit rechnen musste, dass die Hausdurchsuchung, wenn nötig zwangswise erfolgen würde.

Aus diesem Blickwinkel erscheint es zumindest fraglich, ob die gesetzliche Grundlage aus Art. 244 Abs. 1 StPO hinreichend ist, da die Vorhersehbarkeit der Folgen aus der Bestimmung nicht klar sind⁸⁴¹ und die Frage nach der Willkürlichkeit nicht gänzlich beantwortet werden kann.

b) **Verfolgung eines oder mehrerer Ziele aus Art. 8 EMRK**

Hausdurchsuchungen dienen nach Landesrecht gemäss Art. 244 StPO der Auffindung von gesuchten Personen, Tatsspuren, zu beschlagnahmenden Gegenständen oder Vermögenswerten oder der Verhinderung von Straftaten. Demnach dienen sie zu einem gewissen Grad dem wirtschaftlichen Wohl des Landes sowie der Verhütung und Verfolgung von Straftaten. Sie verfolgen somit Ziele gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK.

⁸⁴⁰ Siehe hierzu Einleitungsfall in Einführung, S. 1.

⁸⁴¹ Hierbei sei daran zu erinnern, dass Hausdurchsuchungen i.d.R. in frühen Morgenstunden oder spät am Abend durchgeführt werden, um das Überraschungsmoment zu nutzen. Inwiefern hier ein Mehraufwand betrieben werden kann, um so die Folgen aus der Bestimmung vorhersehen zu können, ist fraglich.

c) Verhältnismässigkeit

Die Frage nach der Verhältnismässigkeit einer Massnahme ist stets einzelfallabhängig. Probleme dürften vor allem bei der Frage nach der Erforderlichkeit einer Massnahme entstehen. Betretungen und Durchsuchungen sind schwere Eingriffe. Sie sollen deshalb nicht leichtthin vorgenommen werden. Deshalb ist es unerlässlich, Massnahmen auf das absolut nötige Mass zu reduzieren. Es sind lediglich diejenigen Räume zu betreten und zu durchsuchen, bei denen dies zwingend notwendig ist, um in der Sache weiterzukommen. Eine Hausdurchsuchung sollte zur Tageszeit durchgeführt werden. Eine Anordnung sollte nur von einem richterlichen Organ erfolgen, weil so die Rechtsstaatlichkeit und eine umfassende Interessenabwägung gewährleistet werden können.⁸⁴² VON GUNTEN spricht sich dafür aus, dass in Notfällen, wenn der Zweck der Durchsuchung sonst nicht erreicht werden könnte, von einer richterlichen Anordnung abgesehen werden können.⁸⁴³ Diese Überlegung ist nachvollziehbar und entspricht der Praxis. Es sollte jedoch bedacht werden, dass VON GUNTEN seine Überlegungen im Jahr 1992 gemacht hat. Die Anforderungen haben sich in diesen dreissig Jahren entwickelt. Aufgrund der Digitalisierung und der Vernetzung hat heute ein derartiger Notfall, wie ihn VON GUNTEN vor Augen hatte, nicht mehr dieselbe Bedeutung. Nach hier vertretener Auffassung sollte darum stets eine richterliche Anordnung vorliegen, die ein Mindestmass an Eckwerten enthält. Bei Bedarf haben wir heute die technischen Möglichkeiten, in kurzer Zeit bspw. ergänzende Dokumente zu übermitteln. Bei schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte haben richterliche Anordnungen eine bedeutende Begrenzungs-, Schutz- und Informationsfunktion, die gerade auch bei Hausdurchsuchungen nicht verwässert werden sollte.

Damit ein Grundrechtseingriff zulässig ist, muss auch überprüft werden, ob die Mittel, die eingesetzt werden, zum konkret zu erreichenden Ziel nicht in einem Missverhältnis stehen.⁸⁴⁴ Ausschlaggebend zur Bestimmung der zulässigen Zweck-Mittel-Relation ist die Persönlichkeitsrelevanz der betroffenen räumlich abgegrenzten Bereiche. Offenkundig sind Privatwohnungen sehr persönlichkeitsbezogen, während Geschäftsräume

⁸⁴² GL.M. VON GUNTEN, S. 188 f.

⁸⁴³ VON GUNTEN, S. 189.

⁸⁴⁴ VON GUNTEN, S. 191 f.

dies weniger sind. Die Antwort auf die Frage nach der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn bei Eingriffen in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung ist aufgrund dessen höchst unterschiedlich.⁸⁴⁵

Schliesslich sind Einschränkungen unzulässig, wenn sie den Kerngehalt der betroffenen Grundrechtsgarantien verletzen. Damit sollen die Grundrechte nicht ihres Sinngehaltes entleert werden. Wenn ein Eingriff in ein Grundrecht gesetzmässig ist, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist, ist er dennoch unzulässig, wenn er den Kerngehalt verletzt.⁸⁴⁶ Einerseits ist es schwierig, den Kerngehalt des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung überhaupt erst zu definieren. Andererseits sind Eingriffe in eben diesen Kerngehalt kaum vorstellbar.⁸⁴⁷

Der Gerichtshof überlässt es den staatlichen Gerichten, wie eine innerstaatliche gesetzliche Regelung auszulegen ist. Die Konventionsstaaten haben nach ständiger Rechtsprechung denn auch einen gewissen Ermessensspielraum bei der Beurteilung, ob eine Massnahme in einer demokratischen Gesellschaft notwendig im Sinne eines dringenden sozialen Bedürfnisses ist.⁸⁴⁸ Der Gerichtshof überprüft unter dem Gesichtspunkt der Konvention die Entscheidung, die die staatlichen Gerichte in Wahrnehmung ihres Ermessensspielraums getroffen haben. Er beschränkt seine Prüfung aber nicht darauf, ob der beklagte Staat sein Ermessen angemessen, sorgfältig und in gutem Glauben ausgeübt hat, sondern prüft vielmehr den Eingriff im Lichte aller Umstände des Falles und entscheidet, ob er verhältnismässig zu dem verfolgten berechtigen Ziel ist und ob die von den staatlichen Behörden und Gerichten zur Rechtfertigung angeführten Gründe stichhaltig und ausreichend sind.⁸⁴⁹ Von zentraler Bedeutung ist, dass der Eingriff verhältnismässig war. Der Gerichtshof prüft deshalb insbesondere, ob die staatlichen Stellen eine Interessenabwägung vorgenommen haben.⁸⁵⁰

⁸⁴⁵ VON GUNTEN, S. 192.

⁸⁴⁶ VON GUNTEN, S. 193.

⁸⁴⁷ GL.M. VON GUNTEN, S. 194 f.

⁸⁴⁸ MEYER, Band X, EMRK, N 159 f. zu Art. 8 EMRK.

⁸⁴⁹ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 111 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁵⁰ NETTESHEIM, EMRK Komm, N 113 zu Art. 8 EMRK.

1) Anordnung

Die rechtlichen Vorgaben sind für die Durchführungsebene wie dargestellt nicht eindeutig. Eine Durchsuchung muss in jedem Fall einem legitimen Ziel wie der Verhinderung von Gefahren und Straftaten dienen und im konkreten Fall verhältnismässig zum verfolgten Zweck sein.⁸⁵¹ In die Waagschale fallen dabei die Schwere einer Straftat, die Schwere des Verdachts, die Verfügbarkeit anderer Beweismittel, die Bandbreite der Ermittlungen, die Art der durchsuchten Gebäude und gesuchten Objekte, die Identität und Funktion der betroffenen Personen, die Weite und Genauigkeit der Durchsuchungsanordnung wie auch die Konsequenzen der Massnahme für Arbeit und Reputation der Adressaten.⁸⁵²

Hauptansatzpunkt für den effektiven Schutz von Wohnungen sind die Anforderungen an den Inhalt und die Detailliertheit der Durchsuchungsanordnungen.⁸⁵³ Eine Genehmigung muss allgemein sowohl hinsichtlich der gesuchten Objekte als auch der Art und Weise der Durchführung hinreichend beschränkt und konkret sein.⁸⁵⁴ Dazu sind die Anlassstat sowie die gesuchten Beweismittel zu benennen. Weiter müssen Inhalt und Umfang der Anordnung in Relation zum vorliegenden Beweismaterial und zum Ziel der Ermittlungen gesetzt werden. Es muss daraus hervorgehen, wie die Massnahme auf angemessene Weise zur Aufklärung der Straftat beitragen soll. Ein Durchsuchungsbefehl muss bei der Ausführung aktuell sein, da ansonsten nicht gesichert wäre, dass auch die tatsächlichen und rechtlichen Annahmen, welche die Massnahme stützen, noch aktuell sind. Es dürfen auch keine Durchsuchungen auf Vorrat durchgeführt werden.⁸⁵⁵ Die EMRK verlangt indessen kein zwingendes Mass an Detailliertheit für den Anordnungsbeschluss. Ein Beschluss muss aber gewisse Schutzfunktionen erfüllen (Begrenzung, Anleitung, Information).⁸⁵⁶ Kennt das

⁸⁵¹ Urteil des EGMR *Modestou v. Griechenland* (Nr. 51693/13) vom 16.03.2017, § 42.

⁸⁵² MEYER, Band X, EMRK, N 287 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁵³ Urteil des EGMR *Chappell v. Grossbritannien* (Nr. 10461/83) vom 30.03.1989, § 60.

⁸⁵⁴ Urteil des EGMR *Van Rossem v. Belgien* (Nr. 41872/98) vom 09.12.2004, § 45.

⁸⁵⁵ MEYER, Band X, EMRK, N 288 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁵⁶ Urteil des EGMR *Modestou v. Griechenland* (Nr. 51693/13) vom 16.03.2017, § 45 ff.

nationale Recht keinen Richtervorbehalt, müssen zum Schutz der Freiheit höhere Anforderungen an die Genauigkeit des Beschlusses gestellt werden.⁸⁵⁷ Insbesondere der Möglichkeit des nachträglichen Rechtschutzes misst der EGMR zur Kontrolle der Notwendigkeit von Durchsuchungen ein erhebliches Gewicht zu.⁸⁵⁸ Ein effektiver Grundrechtsschutz muss ex ante ansetzen. Nachträgliche Sicherungen sind kein Allheilmittel, um übermässige Beeinträchtigungen zu kurieren.⁸⁵⁹

Der EGMR differenziert bei den Anforderungen an den Durchsuchungsbeschluss nach Delikten. Er macht bspw. Zugeständnisse bei Terrorismus. Dessen besondere Komplexität und Dringlichkeit können nachvollziehbar mehr Flexibilität bei Durchsuchungen erforderlich machen.⁸⁶⁰

2) Durchführung

Die Art und Weise der Durchführung von Massnahmen muss mit Art. 8 EMRK vereinbar sein.⁸⁶¹ Eine richterliche Genehmigung als solche führt nicht bereits zur Rechtfertigung. Das geltende nationale Verfahrensrecht und die spezifischen Vorgaben nach Art. 8 EMRK sind einzuhalten. Dazu sind die formellen Anforderungen für alle durchsuchten Objekte gleichermaßen zu beachten. So sind insbesondere bestehende Anwesenheitsrechte einzuräumen und Dokumentationspflichten einzuhalten. Auch die Durchführung in ihrer Art selbst hat verhältnismässig zu sein.⁸⁶² Mitunter hat sie den Konsequenzen für die Reputation der Betroffenen Rechnung zu tragen.⁸⁶³ Der Umgang mit Zufallsfunden und die Fernwirkung einer rechtswidrigen Durchsuchung für die Verwendung der dar-

⁸⁵⁷ Urteil des EGMR *Modestou v. Griechenland* (Nr. 51693/13) vom 16.03.2017, § 49.

⁸⁵⁸ Siehe auch Urteil des EGMR *Robathin v. Österreich* (Nr. 30457/06) vom 03.07.2012, § 50 ff.

⁸⁵⁹ MEYER, Band X, EMRK, N 289 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁶⁰ Urteil des EGMR *Sher u. andere v. Grossbritannien* (Nr. 5201/11) vom 20.10.2015, § 171 ff.; MEYER, Band X, EMRK, N 290 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁶¹ Urteil des EGMR *Chappell v. Grossbritannien* (Nr. 10461/83) vom 30.03.1989, § 58 ff.

⁸⁶² MEYER, Band X, EMRK, N 292 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁶³ Urteil des EGMR *Ratushna v. Ukraine* (Nr. 17318/06) vom 02.12.2010.

aus resultierenden Erkenntnisse richten sich nach nationalem Recht und allgemeinen konventionsrechtlichen Verwertungsregeln.⁸⁶⁴

Es muss eine nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit (von Anordnung und Durchführung) auf Geheimnisschutz, Verfahrensrelevanz, Verhältnismässigkeit und Einhaltung nationalen Verfahrensrechts durch eine höhere unabhängige Instanz bestehen.⁸⁶⁵

3) Durchsuchung von Anwaltskanzleien

Aufgrund des Anwaltsgeheimnisses bedarf es bei der Durchsuchung von Anwaltskanzleien besonderer Verfahrensgarantien und Schutzvorkehrungen. Dem ist durch ein erhöhtes Mindestmass an Begründungsarbeit sowie durch genaue Konkretisierung der gesuchten Objekte in der Anordnung Rechnung zu tragen.⁸⁶⁶ Gleichwohl lässt der EGMR relativ allgemeine Formulierungen und stichwortartige Beschreibungen („payments“, „funding“) genügen.⁸⁶⁷ Die Durchführung ist unter hinreichender Aufsicht vorzunehmen, damit der Beschlagnahme und Verwendung von Unterlagen bereits während der Massnahme entgegengewirkt werden kann. Tauglich erscheint die Anwesenheit eines Vertreters der Rechtsanwaltskammer.⁸⁶⁸ Weiter ist ein wirksamer nachträglicher Rechtsschutz zu garantieren. Fehlt ein solcher, ist auch Art. 13 EMRK verletzt.⁸⁶⁹ Bei der Durchführung ist jede Form der Schikane oder Einschüchterung zu unterlassen.⁸⁷⁰

⁸⁶⁴ MEYER, Band X, EMRK, N 293 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁶⁵ Urteil des EGMR *Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. Frankreich* (Nr. 63629/10 u.a. 60567/10) vom 02.04.2015, § 78 ff.

⁸⁶⁶ Urteil des EGMR *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL u.a. v. Portugal* (Nr. 27013/10) vom 03.09.2015.

⁸⁶⁷ Urteil des EGMR *Sommer v. Deutschland* (Nr. 73607/13) vom 27.04.2017.

⁸⁶⁸ MEYER, Band X, EMRK, N 298 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁶⁹ Urteil des EGMR *Iliya Stefanov v. Bulgarien* (Nr. 65755/01) vom 22.05.2008; MEYER, Band X, EMRK, N 296 zu Art. 8 EMRK.

⁸⁷⁰ MEYER, Band X, EMRK, N 298 zu Art. 8 EMRK.

3. ZWISCHENERGEBNIS

Es gibt in der EMRK keine mit Art. 36 BV vergleichbare Bestimmung, welche die Kriterien für Eingriffe in von der EMRK garantierte Freiheitsrechte regelt. Jedes Freiheitsrecht wird gesondert geregelt. Ein Eingriff in Art. 8 EMRK verstößt damit gegen die EMRK, ausser der Eingriff ist gesetzlich vorgesehen, verfolgt eines oder mehrere der in Abs. 2 genannten berechtigten Ziele und ist in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, um diese Ziele zu erreichen.

In Bezug auf die in der Schweiz geltende gesetzliche Grundlage ist auch unter dem Blickwinkel der EMRK festzuhalten, dass die Kriterien der Vorhersehbarkeit und Willkürfreiheit unzureichend berücksichtigt sind. Gerade weil der Richtervorbehalt fehlt, ist fraglich, ob der EGMR den Verzicht auf einen Hausdurchsuchungsbefehl mit dem Argument, es läge eine Einwilligung der betroffenen Person und damit keine Zwangsmassnahme mehr vor, tolerieren würde. Vielmehr hat der EGMR eine richterliche Anordnung als zu ungenau bezeichnet, in welcher festgehalten wurde, es sei nach Urkunden und Sachen zu suchen, die für die Ermittlung von Bedeutung seien. Dies war der Fall, obwohl ein Durchsuchungsbefehl vorlag. Wie würde der EGMR wohl darauf reagieren, wenn gar keine Anordnung mit Begrenzungs- und Schutzfunktion vorhanden ist?

In Bezug auf die Verfolgung der berechtigten Ziele sind keine Schwierigkeiten erkennbar. Anders als bei der Verhältnismässigkeitsprüfung. Hier ergeben sich Probleme im Rahmen der Frage nach der Erforderlichkeit von Massnahmen. Aufgrund der Schwere des Eingriffs sind Hausdurchsuchungen auf das absolut nötigste Mass zu reduzieren. Wie kann dies gewährleistet werden, wenn Räume auf Basis einer allenfalls bloss oberflächlich freiwilligen Einwilligung aufs Geratewohl betreten und durchsucht werden? Ein Hausdurchsuchungsbefehl bietet gerade dadurch Vorteile, dass Untersuchungsziel und Untersuchungsgegenstand bezeichnet werden.

Hauptansatzpunkt für den EGMR für einen effektiven Wohnungsschutz sind die Anforderungen an den Inhalt und die Detailliertheit der Durchsuchungsanordnung. Kennt das nationale Recht keinen Richtervorbehalt, müssen zum Schutz der Freiheit höhere Anforderungen an die Genauigkeit des Beschlusses gestellt werden. Wenn nun der

Richtervorbehalt⁸⁷¹ im nationalen Recht fehlt und zudem die Möglichkeit besteht, auf einen Hausdurchsuchungsbefehl verzichten zu können, dürfte der EGMR wohl seine Vorbehalte haben. Es ist davon auszugehen, dass beim Fehlen eines Richtervorbehalts der Anspruch des EGMR darin besteht, dass der jeweilige Hausdurchsuchungsbefehl besonders sorgfältig auszuformulieren ist. Dies spricht dafür, dass der Verzicht auf einen Hausdurchsuchungsbefehl nicht im Sinne des EGMR sein kann, auch nicht bei einer Einwilligung der betroffenen Person in die Massnahme.

⁸⁷¹ Beispiel für einen Richtervorbehalt: Art. 13 Abs. 2 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG): *Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter*, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden.

I. ZUSAMMENFASSUNG

Zwangsmassnahmen im Allgemeinen und Hausdurchsuchungen im Konkreten stellen Eingriffe in die Sphäre der Freiheitsrechte betroffener Personen dar. Die Freiheitsrechte sind statuiert in der Bundesverfassung sowie im Völkerrecht und schützen den Einzelnen gegenüber Eingriffen des Staates.

Durch Hausdurchsuchungen werden verfassungsmässig geschützte Rechte der BV tangiert. Dies gilt namentlich für Art. 13 BV zum Schutz der Privatsphäre, wobei durch den Akt des Betretens und Durchsuchens sowohl der Teilgehalt des Privat- und Familienlebens als auch der Teilgehalt der Unverletzlichkeit der Wohnung betroffen ist. Tangiert wird auch Art. 27 BV zur Wirtschaftsfreiheit, wobei die Prüfung ergeben hat, dass der Eingriff hinnehmbar ist.

Im Grundsatz sollen Grundrechte eindriffsresistent sein, damit sie ihre Funktion erfüllen können. Eine uneingeschränkte Gültigkeit gibt es jedoch nicht, weshalb Grundrechte-eingriffe unter gewissen Voraussetzungen möglich sind. Eingriffe in die gewährleisteten Grundrechte der Bundesverfassung sind unter den in Art. 36 BV definierten Voraussetzungen zulässig. Es müssen vier Kriterien kumulativ erfüllt sein. Eine Einschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, sie muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein und der Kerngehalt muss respektiert werden.

Die Prüfung nach Art. 36 BV ergab, dass die vorhandene gesetzliche Grundlage in Art. 244 Abs. 1 StPO in Bezug auf die Durchführung von Hausdurchsuchungen mangels Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns nicht ausreichend ist. Weiter wurde festgestellt, dass im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung unter dem Kriterium der Erforderlichkeit Probleme entstehen können, wenn kein Hausdurchsuchungsbefehl vorhanden ist und die Massnahme auf Basis einer Einwilligung durchgeführt wurde.

Die Analyse der betroffenen Grundrechte der EMRK ergab, dass durch Hausdurchsuchungen Art. 8 EMRK tangiert wird. Durch das Betreten und Durchsuchen entsteht eine Störung der Privatheit wie des Schutzes der Wohnung. Eine vergleichbare Bestim-

mung wie Art. 36 BV, welche die Kriterien für Eingriffe der von der EMRK garantierten Freiheitsrechte regelt, existiert nicht. Ein Eingriff in Art. 8 EMRK verstösst gegen die EMRK, ausser der Eingriff ist gesetzlich vorgesehen, verfolgt eines oder mehrere der in Abs. 2 genannten berechtigten Ziele und ist in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, um diese Ziele zu erreichen.

In Bezug auf die gesetzliche Grundlage von Hausdurchsuchungen ist auch unter dem Blickwinkel der EMRK festzuhalten, dass die Kriterien der Vorhersehbarkeit und Willkürfreiheit unzureichend eingehalten sind. Gerade weil ein Richtervorbehalt fehlt, ist fraglich, ob der EGMR den Verzicht auf einen Hausdurchsuchungsbefehl mit dem Argument, es läge eine Einwilligung der betroffenen Person und damit keine Zwangsmassnahme mehr vor, tolerieren würde. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der EGMR bei fehlendem Richtervorbehalt den Grad an Sorgfalt und Detailliertheit des Durchsuchungsbefehls höher ansetzt.

Bei der Prüfung auf Rechtmässigkeit einer Hausdurchsuchung prüft der EGMR insbesondere, ob ein Richter eine Massnahme angeordnet hat und ob diese danach einer richterlichen Überprüfung unterlag, ob ein hinreichender Tatbestand vorlag und die Anordnung angemessen begrenzt worden ist. Die EMRK verlangt zwar nicht ausdrücklich einen Hausdurchsuchungsbefehl, im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie aufgrund von Urteilen des EGMR darf jedoch davon ausgegangen werden, dass ein solcher vorzuliegen hat.

J. FAZIT UND WÜRDIGUNG

Hausdurchsuchungen durch die Behörden sind Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechte. Sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und die angestrebten Ziele dürfen nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können. Tangiert wird das Grundrecht des Hausrechts. Freiwillige Hausdurchsuchungen ohne Hausdurchsuchungsbefehl erweisen sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit als mit den Grundrechten nicht vereinbar und entsprechend rechtsstaatlich bedenklich. Sie sind vor dem Hintergrund eines fairen Verfahrens abzulehnen, sind sie doch für Betroffene weder ausreichend berechenbar noch angemessen voraussehbar. Im ausgesprochen stark belastenden Umfeld einer Hausdurchsuchung ist davon auszugehen, dass eine Einwilligung auf der Basis einer freien und unverfälschten Willensbildung, die dem wirklichen inneren Willen entspricht, nur schwierig möglich ist. Dies ist bedenklich, da betroffene Personen durch eine Einwilligung auf die Geltendmachung eines Verfahrensrechts verzichten resp. die Zustimmung zur Beeinträchtigung eines solchen geben. Die Voraussetzungen an eine mit einer Einwilligung einhergehende Freiwilligkeit werden in Literatur und Rechtsprechung ungenau formuliert und bringen in der Sache nichts Substanzielles. Es kann nach hier vertretener Auffassung insbesondere keine echte Freiwilligkeit im Bereich der Zwangsmassnahmen geben, solange Strafverfolgungsbehörden mit einer zwangsweisen Durchsetzung drohen können und dürfen. Wird bei einer Hausdurchsuchung von den Strafverfolgungsbehörden eine echte Freiwilligkeit angenommen, kann die Verteidigung im Nachhinein genau dies als Ausgangspunkt nehmen und hierauf plädieren, dass diese doch nicht wirklich frei und unverfälscht erfolgt sei, ein jeder Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c StPO habe und dieses im vorliegenden Fall nicht auseichend gewährleistet sei. Die Verteidigung hat dabei wohl eine gute Position, da Hausdurchsuchungen einen strafrechtlichen Hintergrund haben, in der Regel frühmorgens stattfinden, ein Überraschungsmoment ausnutzen und damit für die Betroffenen eine akute Stresssituation schaffen. Voraussetzung einer fundierten Einwilligung ist, dass diese dem echten inneren Willen entspricht, irrtumsfrei erfolgt und die betroffene Person der Tiefe des Eingriffs angemessen fundiert informiert worden ist, insbesondere auch über den Fortgang des Verfahrens, die Verantwortlichkeiten und die massgebenden Rechte. Dies im Nachhinein nachzuweisen ist situationsgemäß

schwierig und das (von den Behörden verfasste) Protokoll entsprechend lediglich ein Anhaltspunkt. Ausserdem gilt der Grundsatz in *dubio pro reo*. Freiwillige Hausdurchsuchungen erweisen sich also unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit als problematisch und ungeeignet. Zu beachten ist dabei, dass es sich bei Hausdurchsuchungen um Massnahmen mit Zwangscharakter handelt, wie dies bereits die systematische Einordnung in der StPO im 4. Kapitel des 5. Titels Zwangsmassnahmen zeigt. Hieran ändert auch eine situativ eingeholte Einwilligung nichts. Somit sind die Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen einzuhalten. Der Hausdurchsuchungsbefehl ist dabei ein unerlässliches Instrument mit Begrenzungs- und Schutzfunktion für die betroffene Person. Art. 241 StPO verlangt für Durchsuchungen ausdrücklich einen schriftlichen Befehl. In dringenden Fällen ist eine mündliche Anordnung möglich. Diese muss jedoch nachträglich schriftlich bestätigt werden. Art. 244 StPO erwähnt mit keinem Wort, dass auf diese Schriftlichkeit verzichtet werden könnte. Daraus ergibt sich, dass es nicht im Sinne des Gesetzgebers war, Tür und Tor für sog. freiwillige Hausdurchsuchungen zu öffnen. Von einem schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehl kann in der Konsequenz weder im Fall von Abs. 1 noch Abs. 2 von Art. 244 StPO abgesehen werden. Der Unterschied zwischen Art. 244 Abs. 1 und Abs. 2 liegt einzig darin, dass die betroffene Person keine Wahl hat, eine Einwilligung zu verweigern. Von einem hinreichenden Tatverdacht abzusehen ist bei Hausdurchsuchungen in jedem Falle unzulässig. Auch in Fällen von tatsächlicher Freiwilligkeit ist ein solcher unumgänglich. Andernfalls muss mit verbotener Beweisausforschung gerechnet werden. Solche Hürden, wie das Erfordernis des hinreichenden Tatverdachts einzuhalten, sind aufgrund der enormen Machtfülle, welche seitens Staat im Strafverfahren vorherrscht, zwingend nötig.

Die vorliegende Arbeit kommt zum Schluss, dass freiwillige Hausdurchsuchungen gesetzeswidrig sind. Auf diese Weise erlangte Beweismittel dürfen entsprechend nicht verwertet werden. Dies gilt konsequenterweise auch für Zufallsfunde. Im Zusammenhang mit der Thematik von fishing expeditions zeigt sich, dass das Instrument des schriftlichen Hausdurchsuchungsbefehls dazu geeignet ist, Grenzüberschreitungen der Behörden entgegenzutreten. Es ist jedoch nicht nur zur Eindämmung staatlicher Übermacht nötig, auf der Schriftlichkeit von Hausdurchsuchungsbefehlen zu beharren. Auch für die Behörden selbst ist dies mit Vorteilen verbunden. So können Behörden im Falle nachträglicher Beschwerde leichter beweisen, dass sie sich justizkonform ans vor-

gegebene Verfahren gehalten haben. Wenn betroffene Personen eine Siegelung verlangen, haben sie zudem bessere Grundlagen um wiederum eine Entsiegelung zu erwirken.

Auch unter dem Blickwinkel der EMRK ist davon auszugehen, dass freiwillige Hausdurchsuchungen unzulässig sind, auch im Falle einer Einwilligung stets ein schriftlicher Hausdurchsuchungsbefehl vonnöten ist und die aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

Die abschliessende Würdigung zeigt, dass dem Teil der Lehre, welcher sich dafür ausspricht, dass freiwillige Hausdurchsuchungen gemäss Art. 244 Abs. 1 StPO zulässig sind, die allgemeinen Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen sich in diesen Fällen nicht als einschlägig erweisen und damit auch ein Verzicht auf schriftliche Hausdurchsuchungsbefehle möglich ist, nicht gefolgt werden kann. Vielmehr führt diese Auffassung zu einer Aushöhlung des Gesetzes und widerspricht denn auch dem eigentlichen Willen des Gesetzgebers. Eine derartige Interpretation des Gesetzestextes ist zudem weder mit der grammatischen Auslegung der Norm noch mit der systematischen Einordnung derselben vereinbar und steht dem Grundsatz der Justizförmigkeit des Verfahrens entgegen, weshalb sie abzulehnen ist.

