

Univ.Ass. Dr. Alexander Tipold  
Institut für Strafrecht und Kriminologie  
Universität Wien  
Schottenbastei 10 - 16  
1010 Wien

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Postfach 63, 1016 Wien  
Museumsstraße 7

und an das  
Bundesministerium für Inneres  
Postfach 100, 1014 Wien

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fremdengesetz 1997 und das StGB ge-  
ändert werden;  
Begutachtungsverfahren  
GZ 708.001/54-II 1/2000  
GZ 76.201/393-SL III /00/Hu

Wien, am 17. April 2000

Auf Grund der Einladung vom 4. April 2000 möchte ich im folgenden zu dem Ent-  
wurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fremdengesetz 1997 und das StGB geändert  
werden, 708.001/54-II 1/2000 = 76.201/393-SL III /00/Hu, Stellung nehmen. Die fi-  
nanziellen Auswirkungen scheinen mir, va im Zusammenhang mit der Untersu-  
chungshaft, uU als zu gering eingeschätzt zu sein.

### **Anmerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes**

*Anmerkung zu*

#### **§ 104 Abs 1 des Entwurfes (FrG)**

1. Die neue Bestimmung beschränkt sich im Gegensatz zur Vorgängerbestimmung  
im FrG nicht auf das österreichische Bundesgebiet - dieses ist nicht einmal ge-  
nannt!-, sondern erfaßt alle Mitgliedstaaten der EU (und daher Österreich) und  
österreichische Nachbarstaaten. Die Schlepperei schützt aber nach allgemeiner  
Ansicht Hoheitsrechte, und mit einer derartigen Formulierung schützt das FrG  
das Wirtschafts- und Sozialgefüge aller EU- Mitgliedstaaten (so zB etwa jenes  
von Portugal und Griechenland) und der österreichischen Nachbarländer sowie

deren Fiskalinteressen. Die rechtswidrige Einreise eines Tunesiers nach Frankreich erfüllt den Tatbestand. Eine Beschränkung ergibt sich dann nur aus dem örtlichen Geltungsbereich, der sich nach den §§ 62 und 67 StGB richtet. Wenn einzelne Bestimmungen des FrG wie vorgeschlagen in § 64 StGB aufgenommen werden, werden tatsächlich Sachverhalte zu verfolgen sein, bei denen weder das österreichische Wirtschafts- und Sozialgefüge noch seine Fiskalinteressen beeinträchtigt werden (siehe dazu unten). Dafür besteht keine Notwendigkeit, und dies ist zu weitgehend; wie die im Anhang angeführten Bestimmungen anderer Länder zeigen, erfassen die meisten Länder nur das Überschreiten der eigenen Staatsgrenze. Auch verlangen weder Schengen (SDÜ) noch sonstige Grundsätze der Europäischen Rechtsgemeinschaft einen derart weiten Tatbestand.

2. Ein solcher Tatbestand hat va auch die praktische Konsequenz, daß österreichische Behörden die Einreisebestimmungen der EU-Staaten und der österreichischen Nachbarländer kennen und anwenden müssen, denn nach ihnen richtet sich - wie auch die Erläuterungen betonen - die Rechtswidrigkeit der Einreise. Damit erscheint auch dieser neue Vorschlag nicht unbedingt als praxisgerecht, insbesondere solange innerhalb der EU das Fremdenrecht noch nicht harmonisiert ist.
3. Die offene Formulierung erfaßt im übrigen alle neu der EU beitretenden Staaten, deren Wirtschafts- und Sozialgefüge und Fiskalinteressen vom österreichischen Schleppereitstand ab Beitritt geschützt werden, zB etwa in ein paar Jahren auch jenes von Polen.
4. Es erscheint daher als sinnvoll, den Tatbestand auf österreichische Hoheitsrechte zu beschränken und daher auf die Einreise nach Österreich. Das würde im übrigen auch das Problem beseitigen, ob ein Österreicher „geschleppt“ werden kann. Die Fremdheit wird wohl im Verhältnis zum Einreisestaat bestimmt. Der Tatbestand des § 104 Abs 1 und 3 des Entwurfes wäre daher erfüllt und auch wegen des Tatorts anwendbar, wenn ein Österreicher, der schon einmal wegen Schlepperei verurteilt wurde, die rechtswidrige Einreise eines Österreichers nach Tschechien fördert. Geschützt würden damit allein das tschechische Wirtschafts- und Sozialgefüge und dessen Fiskalinteressen. Vielleicht ist das ein wenig praktischer Fall, aber er zeigt die Weite der Bestimmung. Nicht umsonst beschränken andere Länder die Strafbarkeit der Schlepperei auf ihr Hoheitsgebiet.

### **§ 104 Abs 2**

1. Z 2 ist eine Ausdehnung gegenüber der bisherigen Rechtslage, welche das Schleppen einer Familie aus der gerichtlichen (nicht der verwaltungsbehördlichen) Strafbarkeit ausnehmen wollte. Dieser Gedanke ist nun aufgegeben worden, es wird nur mehr der Täter ausgenommen, der eigene Familienmitglieder schleppt. Es ist nun aber nicht einsichtig, warum überhaupt noch eine Einschränkung hinsichtlich der Zahl der Geschleppten für den Grundtatbestand des Abs 1 vorgenommen wird. Die Beschränkung auf die Dreiergruppe erfolgt im übrigen auch ohne nähere Begründung.

2. Nach dem Entwurf wäre derjenige, der ein kinderloses Ehepaar schleppt, nach Abs 1 straflos, während der, der eine Kleinfamilie (Ehepaar mit Kind) schleppt, strafbar wäre. Das Kind entscheidet demnach über die Strafbarkeit, was sachlich nicht zu rechtfertigen ist.
3. Fördern drei Fremde gegenseitig ihre rechtswidrige Einreise, so sind sie im Hinblick auf die Schlepperei straffrei. Denn sie sind bloß rechtswidrig eingereist, was den Tatbestand ja nicht erfüllt. Daß sie sich gegenseitig psychisch und physisch dabei auch unterstützt haben, erfüllt nicht das Tatbestandselement des „Förderns“. Falls der Grund für die Beschränkung in dieser Überlegung liegt, so ist sie dafür nicht nötig.

### **§ 104 Abs 3**

1. Im Abs 3 werden sehr unterschiedliche Qualifikationen angeführt und mit derselben Strafdrohung versehen. In dieser Gleichbehandlung liegt ein wesentlicher Unterschied zur bisherigen Rechtslage: Danach bedingt die Vorstrafe die gerichtliche Schlepperei erst und ist nur bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht, während die Gewerbsmäßigkeit schon bisher ein qualifizierender Umstand ist, für den eine bis zu drei Jahre dauernde Freiheitsstrafe vorgesehen ist. Gegen die vorgeschlagene Gleichbehandlung in der Strafhöhe spricht, daß der Schuldgehalt einer Person, die Schlepperei gewerbsmäßig oder in Bandenform begeht, ungleich höher ist als bei einem einmal vorbestraften. Das zeigt auch die sehr zurückhaltend geregelte Rückfallsqualifikation in § 39 StGB im Vergleich zu den häufig auftretenden Qualifikationen wegen Gewerbsmäßigkeit im StGB. Die Qualifizierung aufgrund der Vorstrafe erscheint vor diesem Hintergrund überhaupt entbehrlich und könnte gestrichen werden, ohne dadurch eine Lücke zu schaffen.
2. Im übrigen ist fraglich, ob sich die Vorstrafe auf die Begehung des Grunddeliktes (Abs 1 iZm Abs 2) bezieht, wovon die Erläuterungen auszugehen scheinen, oder ob mit „solcher Tat“ nicht die davor beschriebenen Qualifikationen der Gewerbsmäßigkeit und der Bandenbegehung gemeint sind. Was die Strafdrohung betrifft, führen beide Auslegungen zu unstimmgigen Ergebnissen. Mit der Streichung der Rückfallsqualifikation könnte auch die Anordnung des § 111 Abs 6 Satz 2 entfallen.
3. Die Aufnahme der Bandenqualifikation ist hingegen zu begrüßen, da ihr bisheriges Fehlen in § 105 FrG den Blick der Strafverfolgungsbehörden auf § 104a StGB gelenkt hat, dessen sonstige Voraussetzungen aber einer Verurteilung wohl regelmäßig entgegenstanden.

### **§ 104 Abs 4**

1. Abs 4 täuscht den Leser, denn erst auf den zweiten Blick ist erkennbar, daß diese Bestimmung nicht nur eine Qualifikation enthält, sondern einen eigenen Grundtatbestand. Diese Vermengung sollte der Übersicht und der Verständlichkeit hal-

ber jedenfalls aufgelöst werden, sofern diese Bestimmung überhaupt beibehalten werden soll, denn voraussichtlich wird die Qualifikation erhebliche Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten nach sich ziehen und sich so wohl als wenig praxisgerecht erweisen. Die Bandenqualifikation ist ausreichend, und eine Abgrenzung zwischen Bande und Verbindung kann - etwa im Unterschied zu der Abgrenzung zwischen § 278 StGB und § 279 StGB - nicht mit einer verfassungsrechtlich ausreichenden Bestimmtheit erfolgen. Daher sollte sie mE besser ersatzlos gestrichen werden. Es droht damit keinerlei Strafbarkeitslücke.

2. Die Bedenken gelten im übrigen auch für den neuen Grundtatbestand der „führenden Betätigung in einer Schleppereiverbindung“. Schließlich erfaßt die Strafbestimmung gegen die kriminelle Organisation auch das Schleppereiuwesen. Damit stünden zwei Verbindungsdelikte in Konkurrenz zueinander, deren Abgrenzung wiederum erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Auch ist die Strafdrohung in der Bestimmung des Entwurfes wesentlich höher als jene des § 278a StGB. Das erscheint als sachlich nicht gerechtfertigt, da die größere Gefahr wohl von der kriminellen Organisation ausgeht. Im übrigen wird die Schlepperei ohnedies in den Tatbestand des § 278 StGB aufgenommen. So gesehen erscheint die Schaffung „dieser qualifizierten Form der Strafbarkeit“ weder als „eine notwendige“ noch als eine „wichtige Maßnahme gegen die organisierte Schlepperei“.
3. Mißverständnisse könnte im übrigen, falls den bisherigen Überlegungen nicht gefolgt und die Regelung beibehalten wird, der bestimmte Artikel in der Wortfolge „Begehung der Schlepperei“ verursachen. Damit könnte Bezug auf die konkrete Schlepperei genommen werden, was nicht der Intention des Entwurfes entspricht.

#### **§ 104 Abs 5**

1. Die erste Variante der Qualifikation ist zu Recht ein Vorsatzdelikt. Die Todesqualifikation bezieht sich von ihrem Wortlaut und auch nach den Erläuterungen auf eine qualvolle Schlepperei, somit nicht auf eine Schlepperei iSd Abs 1. Oft werden für Schleppereien gefährliche Wege eingeschlagen, ohne daß die Qualifikation des Abs 5 1.Fall erreicht wird. Führt eine „normale“ Schlepperei zum Tod, kommt zu der Strafbarkeit nach Abs 1 echt konkurrierend - Zurechenbarkeit vorausgesetzt - § 80 StGB dazu. Es fragt sich aber, ob nicht auch für das Grunddelikt eine eigene Todesqualifikation geschaffen werden sollte (etwa im Abs 3, gleichsam ex lege besonders gefährliche Verhältnisse anordnend), mit der der Gefährlichkeit der Schlepperei in der Strafdrohung Ausdruck verliehen wird.
2. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang wie schon bei § 104a StGB, daß sich die Geldwäschereitauglichkeit des Schlepperlohnes erst aus dem Zusammenwirken von Schlepperei und Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern ergibt. Das erscheint als wenig sachgerecht.

#### **§ 104 Abs 6, 7 und 8**

1. Beim an sich begrüßenswerten Absatz 6 - hier ist positiv, daß nicht etwa dem deutschen Vorbild gefolgt wurde - paßt der zweite Satz systematisch nicht zu der Strafbestimmung, denn er richtet sich nicht an die Strafverfolgungsbehörden. Sein Regelungsinhalt sollte bei §§ 52 ff FrG untergebracht werden.
2. Die Zuständigkeit sollte nicht im FrG sondern in der StPO geregelt werden.

### § 105

1. Wie § 104a Abs 2 StGB erfaßt der Entwurf nur die Ausbeutung nach der Schleperei, aber nicht die Ausbeutung durch die Schleperei. Diese ist wohl praktisch der häufigere Fall, während Ausbeutungen danach wohl eher selten vorkommen.
2. Bei den beschriebenen Tathandlungen ist fraglich, ob das „Einschüchtern“ und das „Ausnützen“ erforderlich sind. Beide Handlungen sind wenig konturiert, wie auch die Erläuterungen zeigen, die das „Ausnützen“ gar nicht und das „Einschüchtern“ nur negativ beschreiben. Dies läßt Abgrenzungsschwierigkeiten bei den Tathandlungen erwarten, die negative Auswirkungen in der Effizienz nach sich ziehen könnten.

### Zu den Änderungen im StGB

1. Die Streichung des § 104a StGB und die Zusammenführung der Schlepereitattbestände im FrG entspricht einer oft erhobenen und berechtigten Forderung. Die Anpassung in § 278 StGB ist konsequent.
2. Es wäre darüber hinaus günstig, die Schlepereitattbestände zur Gänze aus § 64 Abs 1 Z 4 StGB zu streichen. Es zeigte sich, daß § 104a StGB allein durch die §§ 62, 67 StGB theoretisch einen sehr und mE zu weiten Anwendungsbereich hätte (vgl StPdG XXVI (1998), 160 ff). Aber auch die Neuformulierung ist sehr weit geraten (siehe dazu oben), was nur erträglich wäre, wenn das Tatortprinzip erhalten bliebe: Gemäß §§ 62, 67 Abs 2 StGB muß der Täter die Förderung im Inland gesetzt haben (womit die Ausreise in die Nachbarländer erfaßt ist), oder der Erfolg seiner Förderung besteht in der Einreise ins Inland. Dann ist österreichisches Recht anzuwenden. Der Tatbestand des § 104 Abs 4 2.Satz verlangt demnach, daß die führende Tätigkeit im Inland stattgefunden hat, damit er gemäß § 62 StGB anzuwenden ist.

Die Aufnahme der Qualifikationen in § 64 StGB führt dazu, daß Österreich folgenden Sachverhalt zu bestrafen hat: Ein Rumäne schleppt gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande (Verbindung) oder in qualvoller Weise einen Pakistani nach Ungarn. Wenn Interessen Österreichs verletzt sind, etwa weil der Pakistani weiter nach Österreich oder durch Österreich durch geschleppt werden soll, oder der Rumäne in Österreich gefaßt wird und nicht ausgeliefert werden kann, dann ist die Tat in Österreich zu verfolgen (siehe dazu StPdG XXVI (1998), 163 ff). Dasselbe gilt, wenn ein Spanier gewerbsmäßig einen Marokkaner nach Spanien schleppt.

Die Schlepperei schützt nach allgemeiner Ansicht Hoheitsrechte, und auf diese Art schützt Österreich ungarische bzw spanische Hoheitsrechte. Dazu besteht einerseits keinerlei Verpflichtung, auch nicht durch Art 27 Schengener Durchführungsübereinkommen, und es ist andererseits sogar völkerrechtlich bedenklich, weil die Schlepperei nicht unter das Weltrechtsprinzip fällt. Darüber hinaus müssen österreichische Strafverfolgungsbehörden ungarisches bzw spanisches Fremden- und Grenzkontrollrecht anwenden, denn diese Bestimmungen sind maßgeblich für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Einreise.

3. Es wäre daher günstig, die Schlepperei aus § 64 StGB zu streichen. Auch diese Änderung wäre „redaktioneller Natur“ iSd Erläuterungen zum Entwurf und würde zu keiner ersichtlichen Lücke führen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold