

Ao.Univ.-Prof. 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 Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizei-
gesetz 2005 erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsge-
setz, das UBASG und das EGVG geändert werden;
Begutachtungsverfahren
BMJ-L708.001/0002-II 1/2005

Wien, am 7. April 2005

Auf Grund der Einladung vom 14. März 2005 möchte ich im Folgenden zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizei-
gesetz 2005 erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsge-
setz, das UBASG und das EGVG geändert werden, BMJ-L708.001/0002-II 1/2005,
Stellung nehmen.

Die Stellungnahme beschränkt sich auf die strafrechtlichen Bestimmungen im Ent-
wurf eines Fremdenpolizeigesetzes 2005. Um das gesamte Änderungsvorhaben seri-
ös bearbeiten zu können, ist die Begutachtungsfrist augenscheinlich zu kurz berech-
net. Eine sachliche Rechtfertigung für eine derartige Eile ist aus den Materialien
nicht ersichtlich. Gerade die Tatsache, dass das geltende Recht viermal vor dem Ver-
fassungsgericht erfolgreich angefochten wurde, sollte doch ausreichen, um auf Über-
eilungen zu verzichten. Aber auch für den Teilbereich der Strafbestimmungen er-
scheint die Begutachtungsfrist als zu kurz, insbesondere um die einzelnen Strafdro-
hungen in ihrem Zusammenspiel miteinander und im Gesamtsystem überprüfen zu
können.

Anmerkungen zu den Strafbestimmungen des Entwurfes eines Fremdenpolizeigesetzes 2005

1. Der Entwurf ist in seinen Strafbestimmungen gekennzeichnet durch eine Erweiterung der Straftatbestände und durch eine Verschärfung der Strafdrohungen bei den bisherigen Tatbeständen. Als Begründung dafür wird vor allem auf generalpräventive Gesichtspunkte hingewiesen. Allerdings wird nicht näher ausgeführt, warum die bisherigen gerichtlichen Strafdrohungen und die bisherigen Verwaltungsstrafatbestände nicht ausgereicht haben, um die entsprechenden Verletzungen des Fremdengesetzes zu verhindern. Es wird auch nicht näher ausgeführt, warum die Umwandlung von Verwaltungsstrafatbeständen in gerichtliche Straftatbestände und warum die Erhöhung der Strafrahmen in den bisherigen Straftatbeständen die Verletzung des neuen Fremdenpolizeigesetzes nunmehr eher verhindern werden. Die Veränderung von Strafrahmen hat wohl eher selten Auswirkungen auf das Verhalten potentieller Täter. Einzig bei der neuen Strafbarkeit von Scheinehe und Adoption im Rahmen der §§ 121 und 122 FPG könnte diese Strafbarkeit für die neu erfassten Täter ins Gewicht fallen. Fraglich ist aber, ob hier nicht auch eine verwaltungsrechtliche Sanktionierung ausreicht.
2. Die Internationalen Vorgaben sind so unbestimmt, dass auch ein weitgehendes Belassen der bisherigen Rechtslage im Bereich der Strafbestimmungen als damit vereinbar anzusehen ist. Die Richtlinie 2002/90/EG des Rates (ABl 328/2002) verlangt angemessene Sanktionen, auch der Rahmenbeschluss 11909/02 enthält nur eine Mindesthöchststrafe im Bereich des geltenden § 104 Abs 4 FremdenG, die mit dem neuen § 118 Abs 3 FPG mehr als erfüllt wird. Hierfür wäre soweit ersichtlich eine Höchstgrenze von sechs Jahren zulässig. Angesichts des Strafrahmens für § 86 StGB (Körperverletzung mit Todesfolge), der für den Todeseintritt denselben Strafrahmen aufweist wie § 118 Entwurf für die Lebensgefahr, liegt wohl ein Fall jener Kohärenz vor, die Art 1 Abs 4 des Rahmenbeschlusses 11909/02 anspricht.
3. Angesichts dieser Unbestimmtheit erscheint eine verwaltungsrechtliche Sanktionierung jener Bereiche, die mit dem Entwurf in das gerichtliche Strafrecht übertragen werden, als europarechtskonform. Fraglich ist, ob das einfachere Verwaltungsstrafverfahren nicht sogar effektiver wirkt. Sind gerichtliche Strafbestimmungen nur nötig, um eine Auslieferung zu ermöglichen, wäre langsam doch zu überlegen, das Auslieferungsrecht als Sitz des Problems zu ändern.
4. Viele Bedenken wurden schon gegen die Strafbestimmungen des geltenden Fremdengesetzes im damaligen Begutachtungsverfahren erhoben. Sie werden hier nicht wiederholt, was nicht bedeutet, dass sie nicht weiterhin zutreffen. So passt etwa der zweite Satz des § 118 Abs 6 (wie auch § 104 Abs 6 2. Satz FremdenG) eigentlich nicht zu den Strafbestimmungen.

Anmerkung zu

§ 118 Abs 1 des Entwurfes (FPG)

1. Wie § 104 Abs 1 FremdenG erfasst der Entwurf die Mitgliedstaaten der EU und österreichische Nachbarstaaten. Durch die letzte Erweiterung der EU fällt nur mehr die Schweiz unter diesen Begriff des Nachbarstaates. Da die Schweiz von EU-Ländern umgeben ist, fällt jede Ausreise aus der Schweiz unter die Strafbestimmung des FPG, wenn gleichzeitig eine Einreise in die EU erfolgt, was nur im Luftweg nicht möglich ist. Da es wohl nicht die Aufgabe Österreichs ist, das Wirtschafts- und Sozialgefüge der Schweiz sowie deren Fiskalinteressen zu schützen, könnte dieser Passus („oder in einen Nachbarstaat Österreichs“) problemlos entfallen, und er sollte es auch. In § 119 FPG wird im Übrigen – zu Recht – nur auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der EU abgestellt; die Schweiz ist hier nicht erfasst.
2. Aufgrund der weiten Formulierung ist es denkbar, dass auch EU-Staatsangehörige innerhalb der EU „geschleppt“ werden, denn die Rechtswidrigkeit richtet sich nach § 15 FPG bzw nach den jeweiligen Fremdengesetzen der Mitgliedstaaten. Der Tatbestand des § 118 Abs 1 FPG wäre etwa erfüllt und im Übrigen auch wegen des Tatorts anwendbar, wenn ein Österreicher die nach tschechischen Fremdenrecht rechtswidrige Einreise eines Österreicher nach Tschechien fördert. Geschützt würden damit allein tschechische Hoheitsrechte. Das ist nicht Aufgabe des österreichischen FPG. § 92a deutsches AusländerG beschränkt seine Anwendbarkeit in Abs 4 auf Ausländer, die nicht die Staatsbürgerschaft eines Staates der EG oder des EWR besitzen (ebenso der dieser Bestimmung nachfolgende § 96 Zuwanderungsgesetz). Eine ähnliche Einschränkung erscheint auch im FPG als sinnvoll und entspräche auch der Richtlinie 2002/90/EG des Rates (ABl 328/2002).
3. Die Erweiterung um die „Durchreise“ erscheint nicht als notwendig. Angesichts der Weite des Tatbestandes erfolgt nach einer Durchreise zwingend eine weitere Einreise in einen anderen Mitgliedsstaat. Da die Tathandlung des Förderns sehr weit ist, ist die Förderung der Durchreise auch eine solche einer weiteren Einreise. Auf den Passus („oder Durchreise“) kann daher verzichtet werden.
4. Die Reform bedeutet gegenüber § 104 Abs 1 FremdenG eine zweifache Verschärfung: Es wird auf den erweiterten Vorsatz verzichtet, ebenso findet sich nicht mehr eine Geldstrafe alternativ angedroht. Ist das wirklich nötig? Weder bieten die Materialien dafür eine Begründung – der Hinweis auf die Generalprävention ist formelhaft nichtssagend und daher keine Begründung – noch erscheint dies europarechtlich gesehen als geboten. Angesichts der Tatsache, dass bereits das Bereitstellen von Information ein Fördern ist, ist die Strafdrohung jedenfalls zu weitgehend, wenn die Information unentgeltlich erfolgt. So wichtig ist dieses Delikt nun auch nicht, dass aus generalpräventiven Gründen eine Gleichstellung etwa mit einer vorsätzlichen Körperverletzung oder einer fahrläs-

sigen Tötung (§§ 83 und 80 StGB) geboten wäre. Wenn das Verhalten schon gerichtlich strafbar sein soll, genügt eine Strafdrohung „von Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen“.

5. Die Möglichkeit, dass durch das Fördern humanitäre Hilfe geleistet wird, ist durch den Entwurf bisher nicht berücksichtigt. Das hätte zur Konsequenz, dass Hilfestellungen durch karitative Organisationen wie wohl sozial adäquat nunmehr strafrechtlich erfasst werden. Auch anwaltliche Tätigkeiten könnten unter diesen Tatbestand fallen. Überlegenswert ist eine darauf bezogene explizite Einschränkung des Tatbestandes.

§ 118 Abs 2 bis 8 FPG-Entwurf

1. Gegenüber dem geltenden Recht wird die Strafdrohung ohne Begründung erhöht und die Geringfügigkeit beim Vorteil beseitigt (§ 118 Abs 2 FPG). Die Materialien, die diesbezüglich zum Teil ident mit RV 110 XXI.GP 9 sind, enthalten noch Gedanken zur Geringfügigkeit – das ist erfreulich, nur gibt es dafür keine Grundlage im Gesetzestext. Die Geringfügigkeit ist jedenfalls in den Gesetzestext aufzunehmen („durch ein dafür geleistetes, nicht bloß geringfügiges Entgelt“). Der bisherige Strafsatz könnte erhalten bleiben, ebenso jener für die Rückfallsqualifikation (§ 118 Abs 3 FPG). Generalpräventive Überlegungen, die für eine Erhöhung sprechen, konnten in den Materialien nicht belegt werden.
2. § 118 Abs 4 und Abs 5 FPG beziehen sich von ihrem Wortlaut nur auf § 118 Abs 2 FPG. Das ist zwar bei der Gewerbsmäßigkeit zwingend und bei der kriminellen Vereinigung sachlich richtig. Der qualvolle Zustand des Geschleppten und die Todesgefahr können aber unabhängig vom Bereicherungsvorsatz eintreten. Diese Wertungsdivergenz würde nicht auffallen, würde die Schlepperei ohne Bereicherungsvorsatz in das Verwaltungsstrafrecht aufgenommen werden. So aber wäre eine Bezugnahme auch auf Abs 1 des § 118 FPG geboten. Da keine Gewinnzwecke bestehen, ergibt sich aus dem Rahmenbeschluss 11909/02 kein Mindeststrafrahmen.
3. Eine Höchststrafe von 6 Jahren bei § 118 Abs 5 genügt europarechtlichen Anforderungen und wäre aus Kohärenz etwa zu § 86 StGB auch geboten, mag dieser Strafrahmen in Österreich auch noch unbekannt sein.
4. Auffallend ist, dass die Materialien jene Bestimmungen eingehend kommentieren, die schon 1997 geschaffen wurden (so auch § 120 FPG). Dies erscheint als unnötig. Ein Nachlesen in RV 110 BlgNR XXI. GP ist zur näheren Auslegung ausreichend.

§ 119 FPG

1. Die Übernahme dieses Verwaltungsstraftatbestandes in das gerichtliche Strafrecht wird nur mit generalpräventiven Erwägungen erklärt. Unklar bleibt, welche Erwägungen dies sind und auf welche Basis sie gestützt werden können.
2. Hält man am Entwurf fest, könnte zumindest die Strafdrohung herabgesetzt werden (sechs Monate oder Geldstrafe).
3. Denkbar wären Abgrenzungsprobleme aufgrund von Beweismängel. Daher ist fraglich, ob nicht das komplette Fremdenpolizeistrafrecht in die Zuständigkeit der Gerichtshöfe erster Instanz übertragen werden sollte.
4. Im Unterschied zu den Materialien, die suggerieren, dass immer ein Bereicherungsvorsatz erforderlich ist, ist dies im Gesetzestext gerade nicht der Fall. Denn es genügt alternativ der Vorsatz, die Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen zu bewirken. Das tun Rechtsanwälte als beauftragte Rechtsvertreter, und sie tun es zu Recht. Es gehört zu ihren Pflichten. Das macht die Caritas und andere Hilfsorganisationen, und sie tun es zu Recht. In diesem Bereich geht die Kriminalisierung weit über den aus den Materialien ersichtlichen Willen hinaus. Es dürfte sich da wohl um ein Redaktionsversehen handeln. Besser wäre: *„Wer mit dem Vorsatz, sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes, nicht bloß geringfügiges Entgelt unrechtmäßig zu bereichern, einem Fremden den unbefugten Erleichtert oder aufenthaltsbeendende Maßnahmen hintanhält, ist ...“*.

§ 121 FPG

1. Fraglich ist, ob nicht für den **Grundtatbestand** das Verwaltungsstrafrecht genügt hätte. Überlegenswert wäre abgesehen davon eine Formulierung mit *„Wer als Österreicher oder als ein ... eine Ehe mit einem Fremden eingeht, ... ist, ... zu bestrafen“*. **Abs 2** könnte verkürzt werden: *„Wer die Tat nach Abs 1 mit dem Vorsatz begeht, sich ...“*.
2. Die Strafdrohung des **Abs 2** sollte auf sechs Monate oder Geldstrafe halbiert werden, um die Relation zu Abs 1 zu wahren. Für **Abs 3** genügte eine Verdoppelung gegenüber dem geltenden Recht. Eine Verdreifachung des Strafrahmens ist nicht nur nicht mit keinem einzigen Wort in den Materialien begründet, sondern erscheint auch etwa im Vergleich mit § 84 StGB als sachlich unzutreffend.
3. Ob ein Fremder beim Eingehen der Scheinehe wirklich als Opfer angesehen werden kann, erscheint fraglich. Er ist Opfer, weil er in der Regel für die Scheinehe finanziell ausgebeutet wird und er ist Opfer ob der sozialen Gegebenheiten in seiner Heimat. Man wird ihm keinen Vorwurf deshalb machen, sich schleppen zu lassen, aber für das Eingehen einer Scheinehe ist das durchaus fraglich. Was spricht dagegen, den Fremden in diesem Bereich zu bestrafen?

4. **§ 121 Abs 5** enthält einen Strafaufhebungsgrund, ohne dass die Materialien Erläuterungen dazu enthalten. Eine Strafaufhebung vorzusehen erscheint als durchaus sinnvoll, nur ist diese Bestimmung dogmatisch völlig unklar: Die Freiwilligkeit entstammt dem Rücktritt vom Versuch (§ 16 StGB), der Wissensstand der Behörde findet sich bei der tätigen Reue des § 167 StGB – mit beiden Bestimmungen (und diesen ähnlichen Bestimmungen) ist diese Regelung nicht verwandt: Weder geht es um Schadensvermeidung (§ 16 StGB) noch um Schadensgutmachung (§ 167 StGB). Vielmehr wird die Mitarbeit bei der Sachverhaltsaufklärung mit Straffreiheit belohnt. So gesehen könnte die Bestimmung als „große Kronzeugenregelung“ angesehen werden. Dann passen aber die Einschränkungen aus § 16 und § 167 StGB erstens gar nicht und zweitens wären sie kontraproduktiv: Nur wenn die Behörde noch nichts weiß, greift diese Bestimmung. Ein Interesse an der Mitwirkung wird die Behörde aber wegen verschiedener Beweisschwierigkeiten auch haben, wenn schon ein Verdacht besteht. Dann wäre aber Abs 5 doppelt (unfreiwillig und Wissensstand) unanwendbar. Insofern handelt es sich nicht um eine Kronzeugenregelung. Ein wenig erinnert die Bestimmung noch an die Selbstanzeige nach § 29 FinStrG – aber auch hier ist eine Vergleichbarkeit wenig offensichtlich. Was soll diese Bestimmung leisten? Je nach Antwort muss sie sachgerecht umformuliert werden.

§ 122 FPG

1. Die zu § 121 erhobenen Bedenken treffen auch auf § 122 zu: Fraglich ist daher, ob nicht für den **Grundtatbestand** das Verwaltungsstrafrecht genügt hätte. Ebenso wäre eine Umformulierung mit „*Wer als Österreicher oder als ein ... einen Fremden an Kindes statt annimmt, ... ist, ... zu bestrafen*“ zu überlegen. **Abs 2** könnte ebenso wie § 121 FPG verkürzt werden: „*Wer die Tat nach Abs 1 mit dem Vorsatz begeht, sich ...*“. Die Strafdrohung des **Abs 2** sollte auch hier auf sechs Monate oder Geldstrafe halbiert werden, um die Relation zu Abs 1 zu wahren. Für **Abs 3** genügte auch hier eine Verdoppelung gegenüber dem geltenden Recht. Eine Verdreifachung des Strafrahmens ist nicht nur nicht mit keinem einzigen Wort in den Materialien begründet, sondern auch hier sachwidrig. Die mE gebetsmühlenartige Wiederholung des Fremden als Opfer gehört in den Materialien beseitigt. Was spricht dagegen, hier auch den Fremden zu bestrafen?
2. Auch § 122 Abs 5 gehört umformuliert. Ein entsprechender Vorschlag kann hier nicht unterbreitet werden, da völlig unklar ist, was mit dieser Bestimmung bezweckt ist, denn die Materialien enthalten keine Erläuterungen dazu. Wenn eine Kronzeugenregelung angestrebt ist, gehören Freiwilligkeit und Wissensstand der Behörde beseitigt. Das gilt letztlich auch dann, wenn durch die verbesserte Beweislage die Adoption gerichtlich widerrufen werden kann und so der „Schaden“ wieder gutgemacht wird. Dann könnte als Einschränkung für die Mitwirkung ihre Wesentlichkeit zur Wahrheitsfindung (vgl § 34 Abs 1 Z 17 StGB) bezogen auf jene Umstände, die zur Aufhebung der Adoption führen, herangezogen

gen werden. Das wäre dann etwas enger als der Entwurf. Wie auch immer – in der Form des Entwurfes erscheint diese Regelung als verunglückt.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold