



Der Leiter  
der Oberstaatsanwaltschaft Wien

Wien, am 8.4.2005  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Justizpalast, Postfach 51  
Telefon 01/52 1 52-0\*  
Telefax 01/52 1 52-3800  
Sachbearbeiter Mag. Karesch  
Klappe 3408  
e-mail ostawien.leitung@justiz.gv.at

Jv 1462-2/05

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden;  
Begutachtungsverfahren.

An das

Bundesministerium für Justiz

i n W i e n

zu GZ BMJ-L708.001/0002-21/2005

Unter Bezugnahme auf den Erlass vom 14.3.2005 wird zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden sollen, wie folgt Stellung genommen:

Voranzustellen ist, dass die Oberstaatsanwaltschaft Wien generell bindende Regelungen in den im Bezug genannten Bereichen begrüßt. In Anbetracht der durch den Zeitplan des BMI veranlassten kurzen Fristen kann inhaltlich nur kursorisch auf die Strafbestimmungen der §§ 118 bis 122 Fremdenpolizeigesetz 2005 eingegangen werden. Die - mit politischer Argumentation begründete - Ausdehnung der (gerichtlichen) Strafbarkeit (§§ 118 Abs. 1, 119, 121 und 122 Fremdenpolizeigesetz 2005) auf weitere Tathandlungen und die Erhöhung der Strafraumen bewegt sich aus kriminalpolitischer Sicht in einem tolerablen Rahmen und wird auch generalpräventiven Erwägungen durchaus gerecht. Ob die gewünschte Abschreckung präsumtiver Täter durch eine Erhöhung der Strafraumen wirksam bekämpft werden kann, muss hingegen fraglich scheinen, da unerwünschte Migration - auch im internationalen Rahmen - durch flankierende politische Maßnahmen eher zu verhindern wäre als mit strafrechtlichen Mitteln, die auch in diesem Bereich nur ultima ratio darstellen sollten.

Von den Staatsanwaltschaften des ha. Amtsbereiches verfassten die Staatsanwaltschaften St. Pölten mit Bericht vom 4.4.2005 (Jv 348-2/05) und Korneuburg mit Bericht vom 5.4.2005 (Jv 346-2/05) Stellungnahmen, welche angeschlossen sind.

25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme wurden unter einem dem Präsidium des Nationalrates übermittelt ebenso wie eine Ausfertigung der Stellungnahme an das Bundesministerium für Inneres.

2 Beilagen

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Leitold', written in a cursive style.

**REPUBLIK ÖSTERREICH****Der Leiter  
der Staatsanwaltschaft St. Pölten**Schießstattring 6  
A-3100 St. Pölten  
Telefon:  
(02742) 809-315Telefax:  
(02742) 809-345

St. Pölten, am 4.4.2005

An den

Herrn Leiter der  
Oberstaatsanwaltschaft WIEN

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Asylgesetz und das **Fremdenpolizeigesetz** erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden;  
Begutachtungsverfahren;

Bezug: GZ: L 708.001/0002 - II.1/2005 des Bundesministeriums für Justiz.

Zum Entwurf des **Fremdenpolizeigesetzes** (Art. 2 des Gesetzesentwurfes) wird die nachstehende

## **Stellungnahme**

abgegeben:

Einleitend wird bemerkt, dass wegen der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit keine eingehende, detailliert ausgewogene Stellungnahme möglich war und daher Einzelheiten auch in den Zusammenhängen übersehen worden sein könnten.

Vorweg wird darauf hingewiesen, dass die Staatsanwaltschaft nicht nur durch die Strafbestimmungen betroffen wird, sondern mit Rücksicht auf die nach § 26 EheG zustehende



ausschließlichen Berechtigung zur Erhebung einer Klage wegen Nichtigkeit einer Ehe nach § 23 EheG auch durch weitere fremdenrechtliche Regelungen des Entwurfes.

In diesem Punkt erweist sich der Entwurf als ungenügend, weil er die bisherige Unsicherheit der Rechtslage nicht beseitigt.

Schon § 23 EheG sollte an die Ziele der fremdenrechtlichen Regelungen angepasst werden, weil sein Wortlaut nur auf die Frau und nur auf die Erlangung des Familiennamens des Mannes und dessen Staatsangehörigkeit abstellt, und die Anpassung an die gegenwärtig gegebene Notwendigkeit, die Bestimmung auf beide Ehepartner und auf die Erlangung einer Aufenthaltbewilligung und den Zugang zum österreichischen (und europäischen) Arbeitsmarkt anzuwenden, lediglich durch Auslegung der Bestimmung im Wege der Judikatur des Obersten Gerichtshofes erfolgt, die zwar gefestigt, aber dennoch abänderbar ist, und daher durch eine entsprechende gesetzlich einwandfreie Regelung ersetzt werden sollte.

§ 26 EheG enthält darüber hinaus lediglich die, wenn auch ausschließliche Ermächtigung des Staatsanwaltes zur Einbringung einer entsprechenden Klage, nicht aber Grundsätze für die Ausübung dieser Ermessensentscheidung.

Eine Klage in jedem Fall - zur Herstellung der Personensandswahrheit - einzubringen, kann vom Gesetzgeber nicht gemeint sein, weil ansonsten die Verpflichtung des Staatsanwaltes zur Erhebung der Klage bei entsprechender Verdachtslage festgeschrieben sein müsste.

Auch die oft als Entscheidungsgrundlage herangezogenen möglichen Auswirkungen auf den fremdenrechtlichen Status der Ehepartner stellt kein wirklich taugliches Kriterium dar, weil § 8 Abs. 4 FrG Ehegatten, die ein gemeinsames Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK nicht führen, verbietet, sich für die Erteilung und Beibehaltung von Aufenthaltstiteln auf die Ehe zu berufen. Der Umstand, ob es sich um eine Scheinehe im Sinne



dieser Bestimmung handelt, muss von der Behörde als Vorfrage der fremdenrechtlichen Entscheidung beurteilt werden, wenn keine gerichtliche Entscheidung über die Nichtigkeit der Ehe vorliegt. Tatsächlich wird in vielen Fällen eine gerichtliche Entscheidung auch nicht abgewartet, sondern die Entscheidung, ob eine Scheinehe vorliegt, selbständig getroffen, weil diese mit den Mitteln des Verwaltungsverfahrens, auf die auch im gerichtlichen Verfahren zu einem guten Teil zurückgegriffen wird, ausreichend sicher, aber doch wesentlich schneller als Lösung einer Vorfrage möglich ist.

Nur am Rande sei angemerkt, dass die Berufung auf Art. 8 EMRK als Definitionsgrundlage für ein *gemeinsames Familienleben* als problematisch beurteilt werden muss, weil in dessen Absatz 1 lediglich das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs ausgesprochen, aber keine nähere Beschreibung gegeben wird, welche Lebensform als Familienleben anzusehen ist, und dies auch nicht aus der gleichzeitigen Anführung von *Wohnung und Briefverkehr* als geschützte Rechtsgüter jedes Einzelnen abgeleitet werden kann.

Die rechtlich verbindliche Wirkung der mit dem die Ehe wegen Nichtigkeit aufhebenden Urteil verbundenen Personensstandsentscheidung ist somit keine notwendige Voraussetzung für eine sachgerechte fremdenrechtliche Entscheidung und kann daher unter diesem Aspekt ebenso gut unterbleiben.

Die Einbringung einer Ehenichtigkeitsklage letztlich vom Willen oder der persönlichen Situation eines der Betroffenen abhängig zu machen, stellt keinen wirklich tauglichen Ansatzpunkt für eine Objektivierung der Ermessensentscheidung dar.

Es sollte daher eine ausdrückliche Regelung erfolgen, unter welchen Voraussetzungen vom Staatsanwalt eine Ehenichtigkeitsklage einzubringen ist und ob allenfalls fremdenrechtliche Entscheidungen in irgendeiner Form von der verbindlich gestaltenden gerichtlichen Entscheidung abhängig zu machen sind. Einen Ansatz dazu würden die neuen Bestimmungen im



Personenstandsgesetz (Z. 12. und Z. 13. zu Art. 4 des Entwurfes) bieten.

Aber auch den Strafbestimmungen muss eine grundsätzliche Bemerkung vorangestellt werden.

Nach § 15 Abs. 2 erfordert die *rechtmäßige Einreise* das Vorliegen eines Visums.

Schon bisher war umstritten, ob ein erschlichesenes Visum als ein zwar aufhebbarer, aber dennoch gültiger Einreisetitel anzusehen ist.

Lediglich durch die - auch kritisierten - Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (10 Os 79/03; 14 Os 153/03) wurde der Begriff dahin ausgelegt, dass eine *Einreise rechtswidrig* erfolgt, wenn sie gegen eine (verwaltungsbehördliche) Rechtsvorschrift verstößt, und festgestellt, dass die Berufung auf eine Scheinehe wegen der falschen Behauptung eines gemeinsamen Familienlebens eine Verletzung des § 8 Abs. 4 FrG darstellt.

Nunmehr entfällt die Bestimmung des § 8 Abs. 4 FrG, mithin auch die Möglichkeit, die Berufung auf eine *Schinehe* als Verstoß gegen eine (verwaltungsbehördliche) Rechtsvorschrift zu beurteilen.

Offenbar als Ersatz findet sich in § 21 der Versagungsgrund „*wenn der Fremde zur Erteilung eines Visums falsche Angaben macht*“ (Abs. 7, Z. 5), welcher die Erteilung eines Visums hindert (Abs. 1, Z. 4).

Mehr noch als bisher bleiben daher zwei Punkte undeutlich:

- ♦ stellt die - nicht weiter spezifizierte - Berufung auf die - tatsächlich geschlossene - Ehe eine falsche Angabe dar und macht damit die Erteilung eines Visums (an sich) unzulässig;

speziell die Schaffung der Strafbestimmung des § 121 könnte dahin gedeutet werden, dass die Strafbarkeit des



Verhaltens wegen der daran geknüpften Wirkungen für die Erteilung eines Visums bei der Einreise notwendig ist;

- ♦ ist selbst bei Annahme, die Berufung auf eine Scheinehe stellte eine falsche Behauptung dar, das erteilte Visum nicht doch wirksam und macht daher die Einreise im Sinne des § 15 rechtmäßig;

darauf deutet vor allem die Bestimmung des § 26 Abs. 1, wonach ein Visum für ungültig zu erklären ist, wenn nachträglich Tatsachen **bekannt werden** oder (auch nur) **eintreten**, die eine Versagung rechtfertigen würden, das ist;

Für beide Fälle ist die bisherige Judikatur des Obersten Gerichtshofes wenig hilfreich. Vor allem bleibt unsicher, ob sie mit Rücksicht auf die neue Gesetzeslage aufrecht erhalten würde.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Bestimmung des § 8 Abs. 4 FrG in § 32 Abs. 1 des - ebenfalls als Entwurf vorliegenden - *Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes* übernommen wurde, weil sie nur auf Grundlage des § 31 Abs. 1, Z. 2 und somit **nur** für die Rechtmäßigkeit des **Aufenthaltes**, **nicht** aber für die Rechtmäßigkeit der **Einreise** wirksam wird.

Eine eindeutige gesetzliche Regelung wäre daher wünschenswert.

Generell ist zu den Strafbestimmungen der §§ 118 bis 122 anzumerken, dass die - mit politischen Argumenten begründete - Ausdehnung der (gerichtlichen) Strafbarkeit (§§ 118 Abs.1, 119, 121, 122) auf weitere Tatbegehungshandlungen und die Erhöhung der Strafraumen sich aus kriminalpolitischer Sicht in einem tolerablen Rahmen bewegt, wenngleich die Bekämpfung unerwünschter Migration mit anderen Mitteln als jenen des Strafrechtes vermutlich vorteilhafter wäre.



zu § 118 des Entwurfes:

Es scheint fraglich, ob die Strafdrohung von einem bis zu zehn Jahren nach Abs. 5 bei „*Begehung der Tat nach Abs. 2 als Mitglied einer kriminellen Vereinigung*“ dem damit verwirklichten Unrechtsgehalt entspricht. Jedenfalls besteht offenkundig ein Ungleichgewicht zum Unwert der mit gleicher Strafe bedrohten Qualifikation der „*Begehung der Tat auf eine Art und Weise, dass dabei das **Leben** des Fremden, auf das sich die strafbare Handlung bezieht, **gefährdet** wird*“.

Hingegen besteht kein ersichtlicher Grund für den Entfall der bisherigen Qualifikation der Tatbegehung in führender Tätigkeit im Rahmen einer Verbindung einer größeren Zahl von Personen zur fortgesetzten Begehung von Schlepperei (§ 104 Abs. 5 FrG).

Anzumerken ist noch ein Fehler im verbalen Ausdruck: es wäre nach dem Wort „Mitglied“ das Wort „**einer**“ einzufügen.

zu § 119 des Entwurfes:

Es ist nicht eindeutig, welcher Inhalt mit der Bestimmung angestrebt wurde.

Nach den erläuternden Bemerkungen ist § 119 als in gerichtliche Zuständigkeit gebrachte Nachfolgebestimmung des § 107 a FrG konzipiert und verlangt unrechtmäßige Bereicherung durch ein dafür geleistetes Entgelt. Demgegenüber ist nach dem Gesetzeswortlaut die Erleichterung des unbefugten Aufenthaltes unter zwei Bedingungen strafbar, nämlich einerseits der Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung durch ein hierfür geleistetes Entgelt, andererseits - unabhängig von einer solchen Bereicherung - der Vorsatz, „*dadurch die Hintanhaltung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen zu bewirken*“.

Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass § 119 jedenfalls die Problematik der Konkurrenz zu den Bestimmungen der §§ 118, 121 und 122 aufwirft, die sowohl real, als auch ideell denkbar





ist, zwar voraussichtlich als scheinbar (im Sinne von Spezialität, allenfalls auch Konsumtion) zu beurteilen sein wird, aber jedenfalls die Notwendigkeit eine Klärung durch die Judikatur begründet.

zu den §§ 121, 122 des Entwurfes:

Auf die einleitenden, generellen, vor allem § 121 betreffenden Bemerkungen wird hingewiesen.

Grundsätzlich ist wegen der zunehmenden Zahl der nur aus fremdenrechtlichen Gründen geschlossenen Ehen und durchgeführten Adoptionen gegen die Pönalisierung des Missbrauchs dieser Institutionen kein Einwand zu erheben.

Problematisch scheint die in Abs. 2 beider Bestimmungen geforderte „unrechtmäßige Bereicherung“ durch das für die Eingehung der Ehe geleistete Entgelt, da die Zahlung für die in dieser Form vereinbarte, mit der Eheschließung jedenfalls erbrachte Leistung nicht an sich rechtswidrig ist.

Hinsichtlich des Vorsatzerfordernisses wird durch die Wendung „weiß oder wissen musste“ nicht mehr als unbewusste Fahrlässigkeit (§ 6 Abs. 1 StGB), zugleich aber auch Vorsatz in der verschärften Form der Wissentlichkeit (§ 5 Abs. 3 StGB) gefordert, eine Ungereimtheit, die besser vermieden würde.

Hofrat Dr. Walter Nemeč



Oberstaatsanwaltschaft Wien	
Empf. am	5 APR 2005
.....fach, mit .....	Beilagen
OSIA	

**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
**Staatsanwaltschaft Korneuburg**

KORNEUBURG, am 5.4.2005  
 Hauptplatz 18  
 A-2100 Korneuburg

Jv 346-2/05

Telefon (02262) 799\*  
 Telefax (02262) 799/293

An den  
 Herrn Leiter der  
 Oberstaatsanwaltschaft Wien

**Betrifft:** Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Asylgesetz 2005  
 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen sowie das  
 Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG  
 und das EGVG geändert werden;  
 Begutachtungsverfahren;

Bezug: BMJ-L708.001/0002-II 1/2005.

Die Staatsanwaltschaft Korneuburg übersendet in der Anlage eine  
 Stellungnahme vom 5.4.2005.

*M. Klein*

## Staatsanwaltschaft Korneuburg

Bezug: BMJ-L708.001/0002-II 1/2005

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Asylgesetz 2005 und das Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen sowie das Bundesbetreuungsgesetz, das Personenstandsgesetz, das UBASG und das EGVG geändert werden;  
Begutachtungsverfahren – Stellungnahme

Die Staatsanwaltschaft Korneuburg erstattet zu Artikel 2 (Fremdenpolizeigesetz 2005) des im Betreff genannten Gesetzesentwurfs die nachfolgende Stellungnahme:

### **Zu § 2 Abs. 4 Z. 5:**

Diese Bestimmung entspricht der bisherigen Bestimmung des § 1 Abs. 4 FrG 1997. Aus Anlass der vorgeschlagenen Gesetzesänderung darf allerdings auf in der Praxis immer wieder auftretende Abgrenzungsprobleme zwischen ausländischen öffentlichen Urkunden, die inländischen gleichgestellt sind, und jenen, bei denen dies nicht der Fall ist, hingewiesen werden. Diese Probleme resultieren zum einen daraus, dass insbesondere die zwischenstaatlichen Vereinbarungen, mit denen Dokumente für Reisen anerkannt werden, kaum zu überblicken sind. So werden seit der letzten EU-Erweiterung offenbar auch die Personalausweise der neuen EU-Mitgliedsstaaten als Reisedokumente anerkannt, ein Rechtsgrund für diese Vorgangsweise war allerdings bisher nicht eindeutig feststellbar. Eine entsprechende Anfrage an das BmaA wurde nur fernmündlich dahingehend beantwortet, dass es angeblich keine Rechtsgrundlage für die Anerkennung der Personalausweise der neuen EU-Mitglieder gebe, sondern dass dies einfach aus dem Prinzip der Reisefreiheit für EU-Bürger resultiere. Weitere Unklarheiten werden durch das Europäische Personenverkehrsübereinkommen verursacht, in dessen Anhang eine Vielzahl von als Reisedokument anerkannten ausländischen Ausweisen angeführt wird. Da dieser Anhang allerdings in deutscher Sprache verfasst ist, kann oft nicht festgestellt werden, ob mit ausländischen Aufschriften versehene Ausweise zu den im Anhang angeführten und daher gleichgestellten Ausweisen gehören (beispielsweise ist unsicher, ob der im Anhang des Personenverkehrsübereinkommens als Reisedokument angeführte italienische Personalausweis ident mit den in der Praxis häufig verwendeten, als „carta d'identita“ bezeichneten italienischen Ausweisen ist). Da Anfragen an das BMI oder das BmaA in diesem Zusammenhang bisher ergebnislos blieben, wird um Klarstellung ersucht.

### **Zu § 118:**

Abs. 1: Entgegen den Erläuterungen war die Förderung der rechtswidrigen Durchreise schon bisher nach § 104 FrG strafbar, da die Durchreise durch einen Staat die Einreise in diesen Staat zwingend voraussetzt. Zur Vereinfachung des Gesetzestextes und zur Vermeidung von Unklarheiten sollte die Wortfolge „...oder Durchreise...“ daher entfallen.

Abs. 2: In den Erläuterungen werden Überlegungen zur Geringfügigkeit des geleisteten Entgelts angestellt. Diese Erläuterungen führen zu Unklarheiten, da der im Begutachtungsentwurf vorgeschlagene Gesetzestext im Gegensatz zum geltenden Recht (§ 104 Abs. 1 FrG) keine Ausnahme für geringfügige Entgelte vorsieht. Sollte – wie dies die Erläuterungen nahe legen – eine Ausnahme für geringfügige Entgelte bezweckt sein, so wäre dies im Gesetzestext zum Ausdruck zu bringen (Vorschlag: „...durch ein dafür geleistetes, nicht bloß geringfügiges Entgelt...“).

Abs. 5: Der vorgeschlagenen Erhöhung des Strafausmaßes für die Begehung der Schlepperei als Mitglied einer kriminellen Vereinigung auf ein bis zehn Jahre Freiheitsstrafe und der damit verbundenen Verlagerung der Zuständigkeit zu den Schöffengerichten wird entgegengetreten.

Nach den bei der Staatsanwaltschaft Korneuburg mit dieser Kriminalitätsform gemachten Erfahrungen, die aufgrund der örtlichen Zuständigkeit für durchwegs grenznahe Gebiete sowie den Flughafen Schwechat wohl als besonders umfangreich bezeichnet werden dürfen, ist davon auszugehen, dass Schlepper – von wenigen Ausnahmen abgesehen – typischerweise als Mitglieder krimineller Vereinigungen oder zumindest in einem Naheverhältnis zu einer solchen Vereinigung tätig werden. Bei der Festnahme eines Schleppers besteht daher nahezu immer der Verdacht, er sei als Mitglied einer kriminellen Vereinigung tätig geworden, insbesondere dann, wenn eine wiederholte Tatbegehung vorliegt. Der Nachweis der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung ist oft von Zufälligkeiten, insbesondere auch von den oft gar nicht oder nur mit großen Aufwand überprüfbaren Angaben des Schleppers über seine Rolle bei der Schleppung, seine Mittäter und die Zahl seiner Tathandlungen abhängig. Die von der derzeitigen Rechtslage (§ 104 Abs. 3 FrG) vorgenommene Wertung, wonach der gewerbsmäßigen Schlepperei und der Schlepperei als Mitglied einer kriminellen Vereinigung der gleiche Handlungsunwert zugeordnet und daher der gleiche Strafraum vorgesehen wird, während ein die Zuständigkeit des Schöffengerichts begründender Strafraum nur für die selteneren und besonders verwerflichen Begehungsformen des § 104 Abs. 4, 2. Fall, und Abs. 5 FrG vorgesehen wird, sollte beibehalten werden. Sowohl die gewerbsmäßige Schlepperei als auch die Schlepperei als Mitglied einer kriminellen Vereinigung stellen häufig vorkommende Begehungsformen dar, für die der in Abs. 4 vorgeschlagene Strafraum von sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe ausreichend ist und für die die Schnelligkeit des Einzelrichterverfahrens von großer Bedeutung ist, da es sich meist um Haftsachen handelt. Demgegenüber würde die vorgeschlagene Zuständigkeit des Schöffengerichts für Schlepperei als Mitglied einer kriminellen Vereinigung dazu führen, dass eine erhebliche Mehrbelastung der Staatsanwaltschaften und der Sicherheitsbehörden durch die zu erwartenden zusätzlichen Erhebungen zur Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung, eine dadurch bedingte Verlängerung der Untersuchungshaft, weitere Mehrbelastungen und Verzögerungen durch die Notwendigkeit der Einbringung einer Anklageschrift und der Möglichkeit eines Einspruchs dagegen und schließlich weitere Verzögerungen durch das zeitraubendere und schwerfälligere Schöffengerichtsverfahren zur Folge haben.

Die Begehung der Schlepperei als Mitglied einer kriminellen Vereinigung sollte als Qualifikation in Abs. 4 eingefügt werden (Vorschlag: „Wer die Tat nach Abs. 2 gewerbsmäßig (§ 70 StGB) oder als Mitglied einer kriminellen Vereinigung oder auf eine Art und Weise...“) und Abs. 5 auf führende Mitglieder einer kriminellen Vereinigung beschränkt werden (Vorschlag: „Wer die Tat nach Abs. 2 als führendes

Mitglied einer kriminellen Vereinigung oder auf eine Art und Weise...“).

### Zu § 121:

Nach der ständigen Judikatur des Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen (s. nur SZ 67/56) sind auch jene Ehen, die nur zur Erlangung des unbehinderten Zugangs zum Arbeitsmarkt geschlossen werden, als Scheinehen anzusehen und unterliegen daher der Nichtigerklärung nach § 23 EheG. Ein nachvollziehbarer Grund, warum die zur Erlangung eines Aufenthaltstitels, zur Erlangung der österreichischen Staatsbürgerschaft oder zur Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen erfolgte Eheschließung unter Strafdrohung gestellt werden soll, nicht aber die zum Zweck der Erlangung oder Beibehaltung einer Beschäftigungsbewilligung, ist nicht ersichtlich. Es wird daher vorgeschlagen, die Absätze 1, 2, 3 und 4 um die weitere Alternative der nur zum Zweck der Erlangung oder Beibehaltung einer Beschäftigungsbewilligung geschlossenen Ehe zu ergänzen.

Tathandlung nach Abs. 1 und 2 ist das Eingehen der Ehe, also der Akt der Eheschließung. Zum Zeitpunkt der Eheschließung wird allerdings noch nicht immer ein gemeinsames Familienleben geführt, sondern wird der Akt der Eheschließung teilweise noch als Voraussetzung für die Begründung eines Familienlebens angesehen. Es wird daher vorgeschlagen, auf diese, auch durch Art. 8 EMRK geschützte Gestaltungsmöglichkeit des Ehelebens dadurch Bedacht zu nehmen, dass – ähnlich wie in § 121 Abs. 3 und 122 des Entwurfs vorgesehen – folgende Formulierung gewählt wird: „...ohne ein gemeinsames Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK zu führen oder zu führen beabsichtigt und...“.

Da sich der Fremde auf die Ehe wohl erst dann berufen wird können, wenn diese bereits geschlossen ist, müsste es in Abs. 1 und 2 richtigerweise lauten: „...auf diese Ehe berufen will, ist,...“ und in Abs. 3 „...auf diese Ehe berufen wollen, aber..“.

Bedenken bestehen gegen die gerichtliche Strafbarkeit für den Fall, dass der österreichische Ehepartner wissen musste, dass sich der Fremde auf die Scheinehe berufen wird. Der Tatbestand wird damit weitgehend einem Fahrlässigkeitsdelikt angenähert. Ein Strafbedürfnis besteht wohl nur dann, wenn dem Ehepartner der Vorwurf gemacht werden kann, dass er sich des Zwecks der Eheschließung bewusst ist. Es wird daher vorgeschlagen, die Wortfolge „...oder wissen musste...“ in Absatz 1 und 2 entfallen zu lassen.

Auf eine vermutlich auf ein Redaktionsversehen zurückzuführende doppelte Verneinung („...wenn die Tat nicht deswegen nicht nach einer anderen Bestimmung ...“) in der Subsidiaritätsklausel des Abs. 1 wird hingewiesen.

Abs. 4: Den erläuternden Bemerkungen zufolge sei der Fremde als Opfer anzusehen und müsse daher straffrei bleiben. Fraglich ist, inwieweit dies im Hinblick auf die in den Erläuterungen aufgezeigte Tatsache, dass der – meist aus einfachen sozialen Verhältnissen stammende - österreichische Ehepartner durch die ihm angebotene Geldsumme zur Scheinehe verleitet wird, also die Initiative zur Scheinehe in aller Regel von dem oft finanzstärkeren Fremden ausgeht, zutreffend ist. In diesem Zusammenhang darf auch auf in der Praxis nicht selten anzutreffende, die Opferrolle in Frage stellende Versuche der fremden Ehepartner, durch oft dem Tatbestand der Nötigung nach § 105 StGB zumindest nahekommende Einflussnahmen auf ihre österreichischen Ehepartner den Ausgang des Ehenichtigkeitsverfahrens zu

beeinflussen oder nach erfolgter Nichtigerklärung die Rückzahlung der geleisteten Zahlungen zu erreichen, hingewiesen werden. Eine einerseits effiziente, andererseits mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbare strafrechtliche Verfolgung der Scheinehe scheint mit einer Beschränkung der Strafbarkeit auf den österreichischen Ehepartner jedenfalls schwer möglich.

Sollte an der Straflosigkeit des fremden Ehepartners festgehalten werden, darf darauf hingewiesen werden, dass dies mit der im Begutachtungsentwurf verwendeten Formulierung nur teilweise erreicht wird. Es wird zwar die Scheinehe zum Zweck der Erlangung eines Aufenthaltstitels erwähnt, nicht aber die anderen Alternativen des Abs. 1, nämlich die Scheinehe zum Zweck der Beibehaltung eines Aufenthaltstitels, zur Erlangung der österreichischen Staatsbürgerschaft oder zur Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen oder die Deliktsqualifikation des Abs. 2, für die aufgrund des vorgeschlagenen Textes die Strafbarkeit e contrario zu bejahen wäre.

Abs. 5: Der Anwendungsbereich des vorgeschlagenen Strafaufhebungsgrundes ist äußerst fraglich. Eine Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts, bevor eine zur Strafverfolgung berufene Behörde von dem Verschulden des Täters erfahren und daher Erhebungen eingeleitet hat, erscheint letztlich nur im Falle einer Art Selbstanzeige denkbar. Ein Strafaufhebungsgrund der Selbstanzeige oder ein sonstiger, der vorgeschlagenen Bestimmung ähnlicher Strafaufhebungsgrund ist dem österreichischen Strafrecht bisher wesensfremd und würde den Täter nach § 121 des Entwurfs in einer nicht verständlichen Weise privilegieren. Zum anderen würden gerade jene, in der Praxis nicht seltenen Fälle erfasst werden, in denen die Täter - in der Regel nach Verbrauch des für die Scheinehe erhaltenen Vermögensvorteils - vor den Bezirksverwaltungsbehörden oder vor den Bezirksgerichten den Sachverhalt der Scheineheschließung einräumen und unter einem die Einleitung eines Ehenichtigkeitsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft anregen, was in Einzelfällen ersichtlich nur dazu dient, nach erfolgter Nichtigerklärung umgehend eine neue Scheinehe eingehen und dafür wiederum einen Vermögensvorteil lukrieren zu können. Es wird daher der Entfall dieses Strafaufhebungsgrundes befürwortet. Für den Fall der Beibehaltung dieses Strafaufhebungsgrundes sollte der dem österreichischen Strafrecht bisher fremde Begriff der erforderlichen Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts, was ersichtlich weniger darstellt als ein reumütiges Geständnis oder ein wesentlicher Beitrag zur Wahrheitsfindung im Sinne des § 34 Abs. 1 Z. 17 StGB, näher präzisiert werden.

### **Zu § 122:**

Entsprechend den Ausführungen zu § 121 wird vorgeschlagen, die Absätze 1, 2, 3 und 4 um die weitere Alternative der nur zum Zweck der Erlangung oder Beibehaltung einer Beschäftigungsbewilligung erfolgten Adoption zu ergänzen.

Da sich der Fremde auf die Adoption wohl erst dann berufen wird können, wenn diese bereits erfolgt ist, müsste es in Abs. 1, 2 und 3 richtigerweise lauten: „...auf diese Annahme an Kindes statt berufen wollen, aber..“.

Unter Verweis auf die Ausführungen zu § 121 wird vorgeschlagen, die Alternative „...oder wissen musste...“ auch hier entfallen zu lassen.

Zu Abs. 4: Die Ausführungen zu § 121 Abs. 4 gelten sinngemäß hier. Es wird daher vorgeschlagen, auch eine für den Fremden geltende Strafbestimmung einzuführen.

Sollte an der Straflosigkeit des Fremden festgehalten werden, so müssten auch die in Abs. 4 nicht erwähnten Alternativen der Scheinadoption zum Zweck der Beibehaltung eines Aufenthaltstitels, zur Erlangung der österreichischen Staatsbürgerschaft und zur Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen sowie die Deliktsqualifikation des Abs. 2 angeführt werden.

Zu Abs. 5: Unter Hinweis auf die Stellungnahme zu § 121 Abs. 5 wird für den Entfall, zumindest aber für die Präzisierung dieses Strafaufhebungsgrundes eingetreten.

Staatsanwaltschaft Korneuburg  
am 5.4.2005

Leitende Staatsanwältin Hofrätin Dr. Sieglinde Puchner e.h.