

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben

3.1 Kompetenzverteilung

Vorweg ist zwischen jenen Tatbeständen zu unterscheiden, die eine gerichtliche Sanktion vorsehen und jenen, die eine verwaltungsstrafrechtliche Entscheidung als Folge normieren. Gerichtliche Straftatbestände im FPG stellen jedenfalls quantitativ die Überzahl dar. Dabei handelt es sich derzeit um die (entgeltliche) Schlepperei (§ 114 FPG), die entgeltliche Beihilfe zum unbefugten Aufenthalt (§ 115 FPG), die Ausbeutung eines Fremden (§ 116 FPG), das Eingehen und die Vermittlung von Aufenthaltsehen und Aufenthaltspartnerschaften (§ 117 FPG), die Aufenthaltsadoption und Vermittlung von Aufenthaltsadoptionen eigenberechtigter Fremder (§ 118 FPG) sowie die unrechtmäßige Inanspruchnahme von sozialen Leistungen (§ 119 FPG). Als Verwaltungsstrafatbestände sind die rechtswidrige Einreise und der rechtswidrige Aufenthalt gem § 120 FPG, der auch die Erschleichung eines Aufenthaltstitels in Abs 2 und die (unentgeltliche) Schlepperei in Abs 3 unter Strafe stellt, und die sonstigen Übertretungen (§ 121 FPG) zu nennen.

Bei den gerichtlichen Straftatbeständen zeigen sich bei der kompetenzrechtlichen Einordnung keinerlei Schwierigkeiten. Diese fallen unter das „Strafrechtswesen“ und daher in die Kompetenz des Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung gem Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG. Abgrenzungsfragen stellen sich hier keine.³⁰⁾ Hinsichtlich der Verwaltungsstrafatbestände im Fremdenrecht ist die kompetenzrechtliche Frage nicht so klar einordenbar. Die herrschende Lehre sieht Verwaltungsstrafatbestände als Adhäsions- bzw Annexmaterie zum jeweiligen Kompetenztatbestand.³¹⁾

Im Bereich des Fremdenrechts ist die konkrete Abgrenzung der einzelnen Kompetenztatbestände nicht von großer Bedeutung, da dieser Bereich zu sehr weiten Teilen sowohl unter Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG als auch unter Art 102 B-VG fällt. Wie schon im historischen Teil gezeigt gab es zum Versteinungszeitpunkt 1920 keine spezifischen – weder gerichtliche noch verwaltungsbehördliche – Straftatbestände im Bereich des Fremdenrechts. Generell fallen Regelungen, die der Gefahrenabwehr dienen und die mit der Einreise bzw Aufenthalt von Fremden zusammenhängen, unter den Kompetenztatbestand „Fremdenpolizei“ des Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG. Bei Anwendung des Adhäsions-

³⁰⁾ Mayer/Muzak, Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Anm I.6. zu Art 10 B-VG; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 242; Lewisch, Verfassung und Strafrecht (1993) 13 ff.

³¹⁾ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹⁰ (2014) Rz 33; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 279.

prinzips ist davon auszugehen, dass auch die Verwaltungsstrafatbestände auf diesen zu stützen sind.³²⁾

Bei näherer Betrachtung von Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG zeigt sich aber, dass nach dessen Wortlaut auch das Verwaltungsstrafrecht zum Teil erfasst ist.³³⁾ Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG lautet diesbezüglich: „Strafrechtswesen, mit Ausschluss des Verwaltungsstrafrechts und des Verwaltungsstrafverfahrens in Angelegenheiten, die in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fallen“. Daher sind auch jene Verwaltungsstrafatbestände erfasst, für die eine Kompetenz des Bundes besteht, genauer gesagt jene, die unter Art 10–12 B-VG fallen.³⁴⁾ Dennoch betont die hL in diesem Zusammenhang das Adhäsionsprinzip.³⁵⁾ Dieses bedeutet, dass sich die jeweiligen Verwaltungsstrafatbestände auf den zur Regelung der Sachmaterie ermächtigenden Kompetenztatbestand stützen. Dies wäre – wie gezeigt – im vorliegenden Fall der Kompetenztatbestand der Fremdenpolizei gem Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG.

Im Endeffekt führt eine konkrete Subsumtion von Verwaltungsstrafbestimmungen betreffend das Fremdenrecht nach dem Adhäsionsprinzip unter die Materie „Fremdenpolizei“ zum selben Ergebnis wie die Einordnung unter das „Strafrechtswesen“, nämlich zu einer Bundeskompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung. Nichtsdestotrotz sprechen die besseren Argumente, va der Wortlaut, für eine Einordnung der fremdenpolizeilichen Verwaltungsstrafbestimmungen unter das Strafrechtswesen gem Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG.

3.2 Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 B-VG)

Art 94 Abs 1 B-VG bestimmt: „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“

Der Gesetzgeber darf daher ein Delikt nur entweder dem gerichtlichen Strafrecht oder dem Verwaltungsstrafrecht zuordnen. Instanzenzüge,³⁶⁾ Dele-

³²⁾ Abzugrenzen ist dieser Kompetenztatbestand von Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG, der die „Regelung und Überwachung des Eintrittes in das Bundesgebiets und des Austrittes aus ihm“ normiert. Dieser Kompetenztatbestand ist aber generell auf alle Personen bezogen, eben nicht auf Fremde beschränkt; ausführlich dazu *Wiederin* in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht – Kommentar Art 10 Abs 1 Z 3. Insofern scheidet dieser als passender Kompetenztatbestand für verwaltungsbehördliche Strafbestimmungen für Fremde aus.

³³⁾ *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht (1993) 34f, misst der Erwähnung des Verwaltungsstrafrechts in Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG „bloß klarstellende Bedeutung“ zu und deutet es als Annexmaterie.

³⁴⁾ In diesem Sinne merken *Mayer/Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Anm I.6. zu Art 10 B-VG, an, dass unter „Strafrechtswesen“ nicht nur das gerichtliche Strafrecht, sondern auch das Verwaltungsstrafrecht zu verstehen ist.

³⁵⁾ Vgl dazu zB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 259; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 279.

³⁶⁾ Eine Ausnahme bildet seit der Nov BGBl I 2012/51 Art 94 Abs 2 B-VG, der einen Instanzenzug von einer Verwaltungsbehörde an ein ordentliches Gericht er-

gationen, Verschiebungen von Kompetenzen, Abtretungen usw von Gericht an eine Verwaltungsbehörde oder umgekehrt sind verboten.³⁷⁾ Das Fremdenstrafrecht zeichnet sich, wie gezeigt, dadurch aus, dass die Kompetenz zur Durchführung der Strafverfahren teilweise den Gerichten, teilweise den Verwaltungsbehörden zugeordnet wird. §§ 114–119 FPG fallen unter die gerichtliche Zuständigkeit. §§ 120 und 121 FPG unter jene der Verwaltungsbehörden. Verfassungsrechtlich ist durch Art 94 Abs 1 B-VG eine entsprechend konkrete Abgrenzung geboten. Es muss auf den ersten Blick erkennbar sein, welche Behörde für das jeweilige Delikt zuständig ist. Dies ist bei den angesprochenen Straftatbeständen vom Gesetzgeber einwandfrei gelöst. Wenn eine Zuständigkeit des Gerichts vorgesehen ist, so normiert der Gesetzgeber „... ist vom Gericht ... zu bestrafen“. Ist eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde gegeben, so wird neben dem Strafrahmen bestimmt, dass es sich hierbei um eine Verwaltungsübertretung³⁸⁾ handelt.³⁹⁾

In zwei Fällen, nämlich § 114 FPG (entgeltliche Schlepperei) bzw § 120 Abs 3 Z 1 FPG (unentgeltliche Schlepperei) und § 115 FPG (Entgeltliche Beihilfe zum unbefugten Aufenthalt) bzw § 120 Abs 3 Z 2 FPG (Beihilfe zum unbefugten Aufenthalt) unterscheiden sich die Delikte nur durch ein Tatbestandsmerkmal, den Bereicherungsvorsatz. Unter dem Gesichtspunkt des Art 94 B-VG stellt dies aber kein Problem dar. Die Abgrenzung, ob ein Bereicherungsvorsatz vorlag oder nicht, mag zwar in einem konkreten Sachverhalt nicht auf der Hand liegen. Die Zuordnung, die Art 94 B-VG verlangt, ist aber durch diese Abgrenzung eindeutig erfüllt. Probleme, insb mit Blick auf das Verfahrensrecht stellen sich in weiterer Folge hinsichtlich des Doppelbestrafungsverbots, das ein Doppelverfolgungsverbot mit einschließt. Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁴⁰⁾

3.3 Grundrechte

Das Thema der vorliegenden Arbeit wirft in verschiedenen Zusammenhängen grundrechtliche Fragestellungen auf, die bei der Behandlung der ein-

möglichst. Vgl dazu *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 556 ff.

³⁷⁾ *Khakzadeh-Leiler* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar, Rz 21 ff zu Art 94 B-VG; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰ (2014) Rz 710; *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹¹ (2016) Rz 605 ff; *Mayer/Muzak*, *Bundesverfassungsrecht*⁵ (2015) Anm 1 zu Art 94 B-VG.

³⁸⁾ Zum Begriff der Verwaltungsübertretung vgl Art II Abs 3 EGVG; dazu *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰ (2014) Rz 712.

³⁹⁾ Vgl beispielsweise § 120 Abs 1 Satz 1 FPG: „Wer als Fremder nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet einreist, begeht eine *Verwaltungsübertretung* und ist mit *Geldstrafe von 100 Euro bis 1000 Euro*, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen, zu bestrafen“.

⁴⁰⁾ Vgl dazu Kapitel 7.1.

zelen Delikte eine Rolle spielen. Das gegenständliche Kapitel versteht sich nicht als umfassende Erörterung der einschlägigen Grundrechte, welche in der Literatur bereits vielfach abgehandelt wurden. Vielmehr sollen hier die konkreten Bezüge zu den strafrechtlichen Fragen der Delikte des Fremdenstrafrechts aufgezeigt werden. Soweit die Rechte der EGRC über die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte iSd B-VG hinausgehen, wird auch auf diese Bezug genommen.⁴¹⁾ Die Anwendbarkeit der EGRC ergibt sich daraus, dass das Fremden- und Asylrecht gem Art 77–80 AEUV in die Regelungskompetenz der Union fällt.⁴²⁾ Es wurden auch Sekundärrechtsakte erlassen, die strafrechtliche Sanktionen betreffen.⁴³⁾ Daher handelt es sich um einen Bereich der „Durchführung des Rechts der Union“ iSd Art 51 Abs 1 EGRC.

3.3.1 Nulla poena sine lege (Art 7 EMRK, Art 49 EGRC)

Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ (keine Strafe ohne Gesetz) gebietet, dass niemand ohne entsprechenden Straftatbestand bestraft werden darf. Normiert wird dies in Art 7 EMRK:

„(1) Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Durch diesen Artikel darf die Verurteilung oder Bestrafung einer Person nicht ausgeschlossen werden, die sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat, welche im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar war.“

Auch in Art 49 EGRC ist unter dem Titel „Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen“ dieser Grundsatz verankert:

„(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass eine Person wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war.

(3) Das Strafmaß darf gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein.“

⁴¹⁾ Der VfGH sieht auch die Rechte der EGRC als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte an, soweit sie mit innerstaatlichen Grundrechten vergleichbar sind (grundlegend VfSlg 19.632).

⁴²⁾ Dazu siehe näher Kapitel 4.1.

⁴³⁾ Diese Sekundärrechtsakte werden in Kapitel 4.2 dargestellt.

Beide Normen, sowohl Art 7 EMRK als auch Art 49 EGRC, haben einen umfassenden sachlichen Geltungsbereich, der sich sowohl einerseits auf das gerichtliche Strafrecht, andererseits auch auf das Verwaltungsstrafrecht erstreckt.⁴⁴⁾ Die Straftatbestände müssen klar formuliert und auffindbar sein, sodass sich die Rechtsunterworfenen ihr zukünftiges Verhalten danach ausrichten können. Dies wird unter dem Klarheitsgebot verstanden.⁴⁵⁾ Dem Klarheitsgebot wird aber bereits Genüge getan, wenn der Betroffene rechtliche Erkundigungen einholen muss bzw sich rechtlich beraten lassen muss.⁴⁶⁾ Nach der hM verbietet Art 7 EMRK auch eine Analogie bzw ausufernde Auslegung von Straftatbeständen.⁴⁷⁾

Einen Günstigkeitsvergleich leitet der EGMR aus Art 7 EMRK ab. Änderungen der Rechtslage zu Gunsten des Beschuldigten nach Begehung der Straftat sind zu berücksichtigen.⁴⁸⁾ In Art 49 Abs 1 letzter Satz EGRC ist dies ausdrücklich normiert. Die Ableitung aus Art 7 EMRK durch den EGMR erscheint dagegen problematisch, weil es im Wortlaut dafür keine Anhaltspunkte gibt. Gerade auf Grund der vielen Novellen im Fremdenstrafrecht und den damit verbundenen Änderungen der Strafraumen wird sich diese Konstellation vermehrt im Vergleich zu anderen Delikten stellen.

Art 7 Abs 2 EMRK regelt eine Ausnahme vom dem Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“. Handlungen oder Unterlassungen bleiben strafbar, wenn sie „im Zeitpunkt ihrer Begehung ... nach den allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar ...“ waren. Verhindert werden sollen also Szenarien, in denen elementare anerkannte Rechtsgutsverletzungen aufgrund einer nicht vorhandenen innerstaatlichen Strafnorm straflos sind bzw in einer Weise bestraft werden, die in keinem Verhältnis zur begangenen Tat stehen. Man denke beispielsweise an eine vorsätzliche Tötung von „Republiksflüchtlingen“ in der DDR.⁴⁹⁾ Im Bereich des Fremdenstrafrechts wird aufgrund des Fehlens solcher

⁴⁴⁾ Marx, Verfahrensgarantien in Zivil- und Strafsachen, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 484; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 957; Bachl/N. Raschauer in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 49 Rz 4.

⁴⁵⁾ Marx, Verfahrensgarantien in Zivil- und Strafsachen, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 485; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 958; vgl auch VfGH 22. 2. 2016, G 531/2015.

⁴⁶⁾ EGMR, 25. 9. 2001 Unterguggenberger, ÖJZ 2002, 271; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 958.

⁴⁷⁾ Thienel in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht – Kommentar Rz 16 zu Art 7 EMRK; Lewisch in Kneihns/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar, Rz 3 zu Art 7 MRK.

⁴⁸⁾ EGMR 19. 9. 2009 Scoppola; Mayer/Muzak, Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Anm I.4. zu Art 7 EMRK; Muzak, Aktuelle grundrechtliche Fragen des Verwaltungsstrafrechts, ZfV 2014, 513.

⁴⁹⁾ Vgl dazu allgemein Durl, Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot im Strafrecht – Zum Wortlaut von Übergangsbestimmungen und zur Geltung bei Änderungen in der Verfolgungsberechtigung, ÖJZ 2005, 29.

allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze Art 7 Abs 2 EMRK wohl keinen Anwendungsbereich haben. Das klassische Migrationsunrecht wiegt für sich selbst nicht so schwer, dass Art 7 Abs 2 EMRK anwendbar erscheint. Selbst schwerste Fälle von Schlepperei, die zu einer vorsätzlichen Tötung der geschleppten Personen führen, müssten wohl nicht von spezifischen Schleppereitbeständen erfasst sein, da hier sowieso die allgemeinen Straftatbestände gegen Leib und Leben (insb Mord) eine Grundlage für die durch Art 7 Abs 2 EMRK gebotene Strafbarkeit bilden. Diese völkerrechtliche Bestimmung verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht zur Schaffung ganz spezifischer Deliktstypen.⁵⁰⁾

Das Prinzip „nulla poena sine lege“ findet sich auch ganz zentral auf einfachgesetzlicher Ebene wieder. Für das gerichtliche Strafrecht in § 1 Abs 1 StGB bzw für das Verwaltungsstrafrecht in § 1 Abs 2 VStG.⁵¹⁾ Dass sich diese speziellen strafrechtlichen Legalitätsprinzipien bereits ganz am Anfang der einschlägigen Gesetze befinden, zeigt deren enorme grundsätzliche Bedeutung.

Art 49 Abs 3 EGRC könnte für den Bereich des Fremdenstrafrechts von gesteigerter Bedeutung sein. Dies deshalb, weil in vielen Bestimmungen relativ hohe Mindeststrafen vorgesehen sind.⁵²⁾ Die Strafe muss zur Straftat gem Art 49 Abs 3 EGRC verhältnismäßig sein. Das „Strafmaß“, also Strafart und Strafhöhe, muss in einem angemessenen Verhältnis zum Unrechts- und Schuldgehalt der Straftat stehen. Das Grundrecht kann durch ein zu hohes Strafausmaß (zB zu hohe Geldstrafe) oder eine unangemessene Strafart (insb Freiheitsstrafe) trotz geringem Unrechts- und Schuldgehalt verletzt werden. Gebunden wird einerseits der Gesetzgeber, der nicht unverhältnismäßige Strafarten und Strafraumen erlassen darf, sowie andererseits die Vollziehung, die innerhalb ihres Ermessensspielraums eine verhältnismäßige Sanktion zu erlassen hat.⁵³⁾

Weder die österreichische innerstaatliche Grundrechtsordnung noch die EMRK kennen ein ausdrückliches Verhältnismäßigkeitsgebot zwischen Tatbestand und Rechtsfolge. Der VfGH leitet aber ganz allgemein aus dem Gleichheitssatz ein Verhältnismäßigkeitsgebot zwischen Straftat und Sanktion ab: Es kommt darauf an, ob die Sanktion in einem ausgewogenen Verhältnis zum maßgeblichen Sachverhalt steht.⁵⁴⁾ Dies spielt gerade im Strafrecht eine entscheidende Rolle. Der VfGH prüft hier, ob ein extremes Missverhältnis zwischen dem Gewicht einer strafbaren Handlung und der Sanktion als Rechts-

⁵⁰⁾ Unionsrechtlich ist eine Bestrafung wegen Schlepperei freilich unter gewissen Voraussetzungen geboten. Vgl die RL 2002/90/EG zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt; dazu Kapitel 4.2.2.

⁵¹⁾ BGBl 1991/52 idGF.

⁵²⁾ Vgl beispielsweise § 120 FPG.

⁵³⁾ *Bachl/N. Raschauer* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 49 Rz 23.

⁵⁴⁾ *Holoubek*, Zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – verwaltungs-, verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte, FS Rill (1995) 97; *Mayer/Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Anm V.2. zu Art 2 StGG.

folge vorliegt.⁵⁵⁾ Hohe Mindeststrafen können ebenso gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot verstoßen.⁵⁶⁾

Die Frage der Verhältnismäßigkeit von Mindeststrafen im FPG hat den VfGH ua auch im Jahr 2011 schon beschäftigt. Der Gerichtshof stützte sich damals allerdings nicht auf Art 49 Abs 3 EGRC, sondern auf den Gleichheitssatz.⁵⁷⁾ Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof hatte die Aufhebung der angedrohten Mindeststrafe von 1.000 Euro angestrebt.⁵⁸⁾ Der VfGH untersuchte in diesem Zusammenhang die Begrenzung des gesetzgeberischen Spielraums bei der Festlegung von Sanktionen für rechtswidriges Verhalten durch das Verhältnismäßigkeitsgebot. Diese allgemeine Mindeststrafe „von 1.000 Euro“ konnte die Anforderungen des Gleichheitssatzes nicht erfüllen. Konkret bezog sich der Gerichtshof auf die „Unzulässigkeit der Unabhängigkeit absoluter Strafdrohungen vom Grad des Verschuldens und von der Höhe des durch eine Gesetzesübertretung bewirkten Schadens sowie eines exzessiven Missverhältnisses zwischen dem unter Strafsanktion gestellten Verhaltens und der als primäre Rechtsfolge vorgesehenen Geldstrafe.“ Mangels gesetzlicher Differenzierung galt die Mindeststrafdrohung auch für leichteste Verwaltungsübertretungen und selbst bei geringem Verschulden. Als Extremfall nannte der Gerichtshof die Betretung in Österreich ohne Reisepass, wenn dieser beispielsweise im Niederlassungsstaat vergessen wurde. An diesem Beispiel lässt sich gut erkennen, dass diese Regelung nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot in Einklang zu bringen war. Obwohl der VfGH die Mindeststrafe wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz aufhob, wäre der geschilderte Sachverhalt ein Paradeanwendungsfall für Art 49 Abs 3 EGRC. Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass das Verhältnismäßigkeitsgebot vom Gesetzgeber bei der Festlegung der Strafen eine Orientierung am Unrechtsgehalt des pönalisierten Verhaltens erfordert. Schwere Strafdrohungen dürfen daher nur an entsprechend massive Verletzung der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter geknüpft werden. Hierbei muss sich dies am Verhältnis der einzelnen Straftatbestände zueinander widerspiegeln. Freilich gilt auch diesbezüglich der generell vom VfGH zum Gleichheitssatz betonte Grundsatz, dass dem Gesetzgeber bei der Verfolgung seiner Ziele ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukommt.

⁵⁵⁾ VfSlg 15.785, 15.809, 16.407; *Mayer/Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Anm V.3. zu Art 2 StGG.

⁵⁶⁾ VfSlg 16.819, 17.828, 19.351.

⁵⁷⁾ Mit Straferkenntnis der BPD Salzburg wurde zwei chinesischen Staatsangehörigen die Verletzung der §§ 31 Abs 1 iVm 120 Abs 1 Z 2 FPG zur Last gelegt. Sie hätten sich seit 29. 4. 2010 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten. Deshalb wurde über sie eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 1.000 Euro verhängt (Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen). Die damalige Berufungsbehörde, der UVS Salzburg, bestätigte die Entscheidungen. Gegen diese Bescheide erhoben die beschwerdeführenden Parteien Beschwerden sowohl an den Verwaltungsgerichtshof als auch an den Verfassungsgerichtshof.

⁵⁸⁾ VfSlg 19.351, 19.488; vgl auch *Muzak*, Fremdenrecht: Mindeststrafen verfassungswidrig – Besprechung der Entscheidung VfGH 9. 3. 2011, G 53/10, migralex 2011, 47.

3.3.2 Doppelbestrafungsverbot (Art 4 7. ZPEMRK, Art 50 EGRC)

Art 4 7. ZPEMRK trägt die Überschrift: „Recht, wegen derselben Sache nicht zweimal vor Gericht gestellt oder bestraft zu werden“. Die Bestimmung lautet:

„1. Niemand darf wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden.“

In Art 50 EGRC – „Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden“ heißt es:

„Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“

Vorbild für die Schaffung des Art 50 EGRC war Art 4 7. ZPEMRK. Daher sind sich die beiden Grundrechte auch ziemlich ähnlich, was den Anwendungsbereich, die Bedeutung und die Tragweite angeht.⁵⁹⁾

Speziell im Fremdenstrafrecht nimmt das Doppelbestrafungsverbot eine ganz zentrale Position ein. Dies rührt vor allem daher, dass das gerichtliche Strafrecht mit Verwaltungsstrafrecht zusammentrifft.⁶⁰⁾ Während einzelne Delikte zur Gänze klar einem der beiden Vollzugsbereiche zugeordnet sind, ist dies gerade bei den zentralen Beihilfedelikten nicht der Fall. Sowohl die Förderung der rechtswidrigen Einreise (Schlepperei) als auch die Beihilfe zu rechtswidrigem Aufenthalt fällt je nach Sachverhalt entweder in die gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Zuständigkeit. Die gerichtlich strafbare Schlepperei gem § 114 FPG unterscheidet sich von der Verwaltungsübertretung des § 120 Abs 3 Z 1 FPG ausschließlich durch den Bereicherungsvorsatz. Im Hinblick auf die Abgrenzung der entgeltlichen Beihilfe zum rechtswidrigen Aufenthalt gem § 115 FPG zur Verwaltungsübertretung des § 120 Abs 3 Z 2 FPG bildet der Bereicherungsvorsatz das zentrale Unterscheidungsmerkmal.⁶¹⁾ Diese Struktur

⁵⁹⁾ *Granner/N. Raschauer/Schilchegger* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 50 Rz 4.

⁶⁰⁾ Zu den damit verbundenen Problemen allgemein vgl insb *Kucsko-Stadlmayer*, „Ne bis in idem“ im österreichischen Verwaltungsstrafrecht, FS Dittrich (2000) 809; *Thienel/Hauenschild*, Verfassungsrechtliches „ne bis in idem“ und seine Auswirkung auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren, JBl 2004, 69, 153.

⁶¹⁾ Diese Probleme können auch in anderen Bereichen des Strafrechts vorkommen, stellen sich aber regelmäßig nicht in dieser Schärfe. So hatte sich der VfGH etwa mit einer Bestrafung wegen Verletzung der Anhaltepflicht nach der StVO nach einem strafgerichtlichen Freispruch wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt gem § 269 StGB zu befassen (VfSlg 15.824); in der neueren Judikatur stellt sich ein vergleichbares Abgrenzungsproblem auch im Glücksspielrecht, wo § 168 StGB eine Ausnahme von der

hat verfahrensrechtliche Konsequenzen: Besonders am Anfang der Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden ist es oft völlig unklar, in welchem Bereich des Strafrechts – gerichtliches Strafrecht oder Verwaltungsstrafrecht – man sich bewegt. Wenn nun Verfolgungshandlungen nach dem gerichtlichen Strafrecht gesetzt werden, wenn beispielsweise seitens der Staatsanwaltschaft ein Bereicherungsvorsatz bei der Schlepperei angenommen wurde, der im späteren Verfahren aber nicht bewiesen werden kann, kann das Doppelbestrafungsverbot dazu führen, dass nach einem erfolgten gerichtlichen Freispruch gem § 114 FPG wegen fehlendem Bereicherungsvorsatz auch eine Bestrafung wegen Schlepperei ohne Bereicherungsvorsatz gem § 120 Abs 3 Z 1 FPG nicht erfolgen darf. Andererseits kann es dazu kommen, dass die Verwaltungsbehörde wesentlich schneller agiert als die Staatsanwaltschaft und einen Strafbefehl wegen „Schlepperei ohne Bereicherungsvorsatz“ gem § 120 Abs 3 Z 1 FPG erlässt, obwohl der Täter eigentlich nach dem gerichtlichen Straftatbestand des § 114 FPG (Schlepperei) zu bestrafen wäre, da er mit Bereicherungsvorsatz gehandelt hat. Dies kann daraus resultieren, dass die Verwaltungsstrafbehörde den Sachverhalt nur mangelhaft festgestellt hat. Dieselbe Problematik kann sich auch für das Verhältnis der Delikte des § 115 FPG und § 120 Abs 3 Z 2 FPG zueinander stellen.

Es stellt sich die Frage, wann eine unzulässige Doppelbestrafung vorliegt. Die Judikaturlinie des EGMR ist diesbezüglich wechselhaft. Seit der Entscheidung Zolotukhin ist der Gerichtshof auf die Linie eingeschwenkt, wonach das Doppelbestrafungsverbot bereits durch die mehrfache Bestrafung desselben Lebenssachverhalts verletzt ist.⁶²⁾ Eine in diese Richtung weisende Position wurde bereits 1995 im Österreich betreffenden Fall Gradinger vertreten: In dieser Entscheidung ging es um die Bestrafung eines Autofahrers sowohl wegen alkoholisiertem Lenken eines Kfz gem § 99 Abs 1 lit a StVO⁶³⁾ als auch wegen fahrlässiger Tötung gem § 80 StGB nach einem tödlichen Verkehrsunfall.⁶⁴⁾ In späteren Entscheidungen wurde darauf abgestellt, ob beide Delikte den gleichen Unwert- und Schuldgehalt aufweisen.⁶⁵⁾ Dies ermöglichte eine sachgerechte Abgrenzung durch Analyse der jeweiligen Normzwecke und Schutzgüter. Hingegen stellt die aktuelle Judikaturlinie des EGMR den Gesetzgeber gerade in einer vielschichtigen und komplexen Strafrechtsordnung vor kaum lösbare Probleme. Der VfGH ist in diesem Sinne dem EGMR nicht gefolgt und stellt nach wie vor auf den Unrechts- und Schuldgehalt der Delikte ab. Hierbei

gerichtlichen Strafbarkeit bei Spielen um geringe Beträge normiert (vgl VwGH 20. 1. 2016, Ra 2015/15/0068).

⁶²⁾ EGMR 10. 2. 2009 GK Zolotukhin; so auch 16. 6. 2009 Ruotsalainen; 25. 6. 2009 Maresti; 14. 1. 2010 Tsonev.

⁶³⁾ BGBl 1960/159 idgF.

⁶⁴⁾ EGMR 23. 10. 1995 Gradinger; dazu ausführlich *Kucsko-Stadlmayer*, Das Gradinger-Urteil des EGMR, *ecolex* 1996, 50.

⁶⁵⁾ Vgl insb EGMR 29. 5. 2001 Fischer, *ÖJZ* 2001/22; 6. 6. 2002 Sailer; 18. 9. 2008 Müller. Auf dieser Linie liegt auch die Judikatur des VfGH: vgl zB VfSlg 14.696, 18.833.

nimmt er eine Prüfung in die Richtung vor, ob sich die Straftatbestände in wesentlichen Elementen unterscheiden.⁶⁶⁾ Auch der OGH liegt auf dieser Linie, wobei er betont, dass zur vollen Auswertung des Unrechtsgehalts die Betrachtung unter dem Aspekt mehrerer einander ergänzender Tatbestände erforderlich ist.⁶⁷⁾ Überträgt man diese Problematik auf die Struktur des Fremdenstrafrechts, das dadurch geprägt ist, dass dieselben Verhaltensweisen (Förderung der rechtswidrigen Einreise bzw des rechtswidrigen Aufenthalts) je nachdem, ob ein Bereicherungsvorsatz vorliegt oder nicht, verwaltungsbehördlich oder gerichtlich strafbar sind, ist festzuhalten: Gleich welchem dieser Ansätze man folgt und wie eng bzw wie weit man daher den Begriff der „strafbaren Handlung“ (dieselbe Sache) auslegt, liegt eine solche in diesen Konstellationen jedenfalls vor. Die in Betracht kommenden Delikte des FPG (§ 114 FPG im Verhältnis zu § 120 Abs 3 Z 1 FPG, § 115 FPG im Verhältnis zu § 120 Abs 3 Z 2 FPG) umschreiben nahezu wörtlich dasselbe Verhalten und regeln damit nicht nur damit denselben Lebenssachverhalt, sondern tun dies auch unter denselben Unrechts Gesichtspunkten.

Zu betonen ist aber, dass das Grundrecht nicht nur vor mehreren verschiedenen Strafen in Zusammenhang mit demselben Sachverhalt, sondern auch vor der Durchführung dieser Gerichts- bzw Verwaltungsstrafverfahren schützen soll.⁶⁸⁾ Im Einzelnen bedeutet dies, dass eine parallele Durchführung eines gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens wegen derselben Tathandlung per se durch das Doppelbestrafungsverbot gem Art 4 7. ZPEMRK nicht unzulässig ist. Unzulässig ist es jedoch, nach einer rechtskräftigen Sachentscheidung (Freispruch bzw Schuldspruch) neuerlich ein Verfahren über denselben Sachverhalt einzuleiten oder ein bereits in Gang gesetztes Verfahren abzuschließen. Diese Sperrwirkung wird somit durch jene Entscheidungen ausgelöst, durch die inhaltlich in derselben Strafsache entschieden wurde.⁶⁹⁾ Grundsätzlich zulässig erscheint es dagegen, nach rein prozessualen Erledigungen, die insb die Unzuständigkeit des Gerichts (bzw der Verwaltungsbehörde) zum Ausdruck bringen, ein weiteres Verfahren vor der jeweils anderen Behörde durchzuführen.

Umgelegt auf die Bereiche des Fremdenstrafrechts bedeutet dies: Materiellrechtlich hat der Gesetzgeber das Verbot der mehrfachen Bestrafung desselben Sachverhalts innerhalb des Fremdenstrafrechts problemlos dadurch er-

⁶⁶⁾ So zB VfSlg 18.833, 19.280; diesem folgend VwGH 24. 2. 2011, 2007/09/0361; näher zu dieser Problematik C. Fuchs Ne bis in idem: Korrespondenzen zwischen Straßburg und Wien, in Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Jahrbuch öffentliches Recht 2010 (2010) 181.

⁶⁷⁾ OGH 16. 10. 2008, 15 Os 89/08i; 2. 3. 2010, 11 Os 196/09x; 18. 10. 2011, 12 Os 95/11 d.

⁶⁸⁾ Mayer/Muzak, Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Anm II.1. zu Art 4 7. ZPEMRK.

⁶⁹⁾ In diese Richtung weist auch die Judikatur des EuGH zum vergleichbaren Art 54 SDÜ (vgl zB EuGH 22. 12. 2008, C-491/07 Turansky); vgl auch OGH 27. 9. 2013, 11 Os 73/13i. Dazu näher Kapitel 7.1.2.