

An die  
Staatsanwaltschaft Wien  
Landesgerichtsstraße 11  
1080 Wien  
Fax: 01 40127-306950

Betreff: Sachverhaltsdarstellung bezüglich des Verdachts der Anstiftung zum Amtsmissbrauch  
betreffend Bundesminister für Inneres gem §§ 12, 15, 302 StGB

### **SACHVERHALTSDARSTELLUNG**

#### **Sachverhalt:**

1. Der Generalsekretär im Bundesministerium für Inneres, Helmut TOMAC, gab laut Medienberichten am Freitag, 27. März 2020, bekannt, dass Schutzsuchenden die Einreise verweigert werde, wenn sie kein gültiges Gesundheitszeugnis vorlegen können.

In einer Pressekonferenz am selben Tag gab der Bundesminister für Inneres Karl NEHAMMER bekannt, dass „zuletzt“ nur sehr wenige Anträge auf internationalen Schutz eingebracht wurden. NEHAMMER sprach von „maximal zwölf pro Tag“. Anderslautende Behauptungen wies er mit Nachdruck als „Fake News“ zurück.

*Beweis:* „Asylantrag nur noch mit Gesundheitszeugnis“, derStandard.at, 27.03.2020, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000116258887/asylantrag-nur-noch-mit-gesundheitszeugnis>

„De-facto-Einreisestopp für Asylwerber“, Online-Ausgabe der „Wiener Zeitung“, 27.03.2020, abrufbar unter <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2055796-Evaluierung-der-Massnahmen-bis-Montag.html>

„Keine Einreise für Asylwerber ohne Gesundheitszeugnis“, orf.at, 27.03.2020, abrufbar unter <https://orf.at/stories/3159595/>

Am 29.03.2020 wurde von derStandard.at berichtet, dass ein Erlass, der die Zurückweisung von Asylwerbenden an der Grenze ohne Gesundheitszertifikat regelt, bis dato offenbar nicht in Kraft sei: „Auf dem Innenministeriumsserver für den internen Gebrauch von Exekutivbeamten war er nicht zu finden. Veröffentlicht werden müssen ministerielle Erlässe in Österreich nicht.“

*Beweis:* „Klarstellung zu De-facto-Einreisestopp lässt auf sich warten“, derStandard.at, 29.03.2020, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000116299442/klarstellung-zu-de-facto-einreisestopp-fuer-asylwerber-laesst-auf-sich?ref=article>

Laut einer Meldung der APA unter dem Titel „Erlass regelt Flüchtlingsabweisung an Grenze“ vom 02.04.2020 wurde vom Bundesminister für Inneres die Ankündigung des Generalsekretärs, Asylwerbende ohne aktuelles Gesundheitszertifikat an der Grenze zurückzuweisen, in schriftliche Erlassform umgesetzt. Der Erlass liege der APA vor.

*Beweis:* „Erlass regelt Flüchtlingsabweisung an Grenze“, APA, 02.04.2020

2. In einem dem derStandard.at vorliegendem Schreiben des Bundesministers für Inneres zur GZ 2020-0.183.126 mit dem Betreff „Fremden- und Wanderungswesen; Einreiseverweigerungen bei der Einreise aus Italien, der Schweiz und Liechtenstein, Deutschland, Ungarn und Slowenien bei Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz an der Grenze“, adressiert an die Landespolizeidirektionen und diverse Abteilungen des Bundesministeriums für Inneres unter Anführung des Logos des Bundesministerium für Inneres wie folgt ausgeführt:

**„(...) Aufgrund dieser Ausnahmesituation wurde die Verweigerung der Einreise von Drittstaatsangehörigen und EU-Bürgern ohne bestehendes Aufenthaltsrecht in Österreich, die ohne ärztliches Zeugnis einreisen wollen, verordnet. Diese Einreisverweigerung ist von den Organen der Gesundheitsbehörde auszusprechen.**

Eine Unterstützung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes auf Ersuchen der zuständigen Organe der Gesundheitsbehörden bei der Verordnung betreffend medizinische Überprüfungen bei der Einreise im Zusammenhang mit dem „2019 neuartigen Coronavirus“ BGBl. II Nr. 81/2020 ist vorgesehen. Ebenso ist eine Unterstützung bei der Verordnung über die Einreise auf dem Luftweg nach Österreich, BGBl. II Nr. 105/2020, vorgesehen.

Eine Verweigerung der Einreise gemäß § 1 Abs. 2 der Verordnung über Maßnahmen bei der Einreise aus Italien, Schweiz, Lichtenstein, Deutschland, Ungarn und Slowenien (BGBl. II Nr. 87/2020, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 111/2020) kann als Maßnahme gesehen werden, die sich im Ergebnis in den §§ 5 bis 7 Epidemiegesetz findet.

**Dies gilt auch dann, wenn ein Antrag auf internationalen Schutz an der Grenze gestellt wird, da es sich um eine Entscheidung der Gesundheitsbehörde handelt und die Aufgaben der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes lediglich eine Unterstützung für die Organe der Gesundheitsbehörde auf deren Ersuchen dazu darstellen.**

Die Zulässigkeit der Einreiseverweigerung ist gemeinschaftsrechtlich durch Art. 72 AEUV gedeckt, wonach unionsrechtliche Vorgaben insbesondere im Asylbereich die

Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit unberührt lassen. Das BMI geht davon aus, dass der für alle Behörden geltende Grundsatz des Non-Refoulement des Art 3 EMRK hiervon selbstverständlich unberührt bleibt.

Eine gegenteilige Rechtsauffassung würde alle zum Schutz der Bevölkerung ergriffenen Maßnahmen im Rahmen des Grenz- und Einreiseregimes konterkarieren. Jede Person – beispielsweise auch ein EU-Bürger - könnte in diesem Falle, trotz Nichterfüllen der Einreisevoraussetzungen, wie das Vorliegen eines Gesundheitszeugnisses, durch die bloße Asylantragsstellung die Einreise in das Bundesgebiet erzwingen.

**(...) Es ist daher unverzichtbar, dass nur Personen mit einem entsprechenden Gesundheitszeugnis unter Berücksichtigung der Vorgaben der Verordnung (BGBl. II Nr. 87/2020, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 111/2020) nach Österreich einreisen dürfen.“ [Hervorhebungen im Original]**

*Beweis:* beizuschaffendes Schreiben des Bundesministers für Inneres zur GZ 2020-0.183.126

Das gegenständliche Schreiben des Bundesministers für Inneres ist offenkundig eine interne Verwaltungsvorschrift (Erläss), die von einer übergeordneten (BMI) an nachgeordnete Behörden (LPD) oder Bedienstete ergeht und deren Organisation und Handeln näher bestimmt:

Die Erlassqualität des Schreibens ergibt sich insbesondere daraus, dass angeführt wird, dass „eine gegenteilige Rechtsauffassung alle zum Schutz der Bevölkerung ergriffenen Maßnahmen im Rahmen des Grenz- und Einreiseregimes konterkarieren“ würde und es daher „unverzichtbar“ sei, nur Personen mit Gesundheitszeugnis einreisen zu lassen.

Darüber hinaus veröffentlicht das Bundesministerium für Inneres auf seiner Website [bmi.gv.at](https://bmi.gv.at) Informationen zu Grenzkontrollmaßnahmen an Österreichs Grenzen. Auch hier ist angeführt, dass Personen nur dann einreisen dürfen, wenn sie ein Gesundheitszeugnis, das nicht älter als vier Tage ist, vorlegen. Unter den angeführten Ausnahmen zu dieser Regelung (ua österreichische Staatsbürger, Einsatzfahrzeuge, Güterverkehr, Durchreise) sind Schutzsuchende nicht angeführt.

*Beweis:* Corona-Virus - Grenzkontrollmaßnahmen an Österreichs Grenzen, Informationen zur Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen zu den Nachbarländern, abrufbar unter <https://bmi.gv.at/news.aspx?id=314A5A707A4547684D55733D>

3. Der gegenständliche Erlass und geschilderte Rechtsauffassung ist rechtswidrig:

§ 17 Abs 1 AsylG normiert:

„Ein Antrag auf internationalen Schutz ist gestellt, wenn ein Fremder in Österreich vor einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes oder einer Sicherheitsbehörde um Schutz vor Verfolgung ersucht.“

Ein Fremder, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat kann gem § 12 Abs 1 AsylG nicht zurückgewiesen werden:

**„Ein Fremder, der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, kann, außer in den Fällen des § 12a [Anm: im gegenständlichen Fall unbeachtlich, weil § 12a AsylG nur den faktischen Abschiebeschutz bei Folgeanträgen betrifft], bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder nach einer Einstellung bis zu dem Zeitpunkt, an dem eine Fortsetzung**

**des Verfahrens gemäß § 24 Abs. 2 nicht mehr zulässig ist, weder zurückgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben werden** (faktischer Abschiebeschutz); § 32 bleibt unberührt. Sein Aufenthalt im Bundesgebiet ist zulässig. Ein auf Grund anderer Bundesgesetze bestehendes Aufenthaltsrecht bleibt unberührt. § 16 Abs. 4 BFA-VG gilt.“  
[**Hervorhebung** hinzugefügt]

Der Stufenbau der Rechtsordnung gebietet es, dass eine interne Verwaltungsvorschrift sich immer im Rahmen der Gesetze bewegen muss. Der gegenständliche Erlass, der eine Einreiseverweigerung von Asylwerber\*innen ohne Gesundheitszertifikat als „unverzichtbar“ bezeichnet, widerspricht offenkundig § 17 AsylG iVm § 12 AsylG, die sicherstellen, dass Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, bis zur Erledigung ihres Verfahrens nicht zurückgewiesen werden dürfen.

Auch der Verweis des Bundesministers für Inneres auf die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über Maßnahmen bei der Einreise aus Nachbarstaaten ändert nichts an der Rechtswidrigkeit des Erlasses des Bundesministers für Inneres noch an dessen Verantwortung:

Zwar sieht die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vor, dass Personen, die kein entsprechendes Gesundheitszeugnis vorlegen können, die Einreise zu verweigern ist. Es obliegt aber naturgemäß dem Bundesminister für Inneres, die konkrete Durchsetzung im Rahmen der für seine Behörden und nachgeordneten Bediensteten zu vollziehenden Gesetze rechtskonform auszugestalten. Die Vollziehung und Durchsetzung des Fremdenpolizeigesetzes und Asylgesetzes liegt unstrittig im Kompetenzbereich des Bundesministers für Inneres.

Konkret: Will eine Person nach Österreich aus den angeführten Nachbarstaaten einreisen und kann kein Gesundheitszertifikat vorlegen, so ist der Person die Einreise nach der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz die Einreise grundsätzlich von den Gesundheitsbehörden mit Unterstützung von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu verweigern. Stellt die Person aber gegenüber dem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes einen Antrag auf internationalen Schutz, so gelten §§ 12, 17 AsylG als *lex specialis*: Eine Zurückweisung der Person ist unzulässig. Die etwa durch GVG-Bund vorgesehenen gesetzlichen Maßnahmen ermöglichen es aber etwa den Behörden, die Person unter dem derzeitigen Ausnahmezustand in Quarantäne für 14 Tage zu nehmen. Aufgrund der – vom Bundesminister für Inneres selbst zugestandenen – niedrigen Antragszahlen ist auch nicht davon auszugehen, dass eine derartige Vorgangsweise die Kapazitäten Österreichs überfordern würde.

#### **Rechtliches:**

§ 302 Abs 1 StGB normiert:

„Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich mißbraucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

§ 12 StGB normiert:

„Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.“

§ 15 Abs 1 StGB normiert:

„Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.“

Der Bundesminister für Inneres ist als Mitglied der Bundesregierung ein im Namen des Bundes bestelltes Organ, Rechtshandlungen vorzunehmen. Er ist als solcher im Bereich der Vollziehung des Fremdenpolizei- und Asylgesetzes befugt und sachlich zuständig, interne Verwaltungsvorschriften (Erlässe) an Landespolizeidirektion und Bedienstete des Öffentlichen Sicherheitswesens als nachgeordnete Behörden bzw Bedienstete zu erlassen.

Grenzbeamte sind Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und als solche im Bereich des Fremdenpolizei- und Asylgesetzes zur Vollziehung befugt und sachlich zuständig. Sie haben interne Vorschriften durch Vorgesetzte zu beachten und umzusetzen. Die Verweigerung der Einreise auf österreichisches Bundesgebiet ist zweifellos ein hoheitlicher Akt.

Die gegenständlich mitgeteilte „Rechtsauffassung“ des Bundesministers für Inneres ist ua aufgrund seiner apodiktischen Formulierung („eine gegenteilige Rechtsansicht würde [...] konterkarieren“, „Gesundheitszeugnis [...] unverzichtbar“) eine tatbildliche missbräuchliche Weisung, die auf ein hoheitliches Verhalten der Angewiesenen bezogen ist. Ein Missbrauch ist gleichzusetzen mit einem vorsätzlichen Fehlgebrauch der Befugnis.

Der Tatbestand des § 302 setzt Wissentlichkeit voraus: Es ist davon auszugehen, dass dem Innenminister und seine ihm nachgeordneten Behörden und Bediensteten, die zur Vollziehung des Fremdenpolizei- und Asylgesetzes befugt sind, die Bedeutung der §§ 17 und 12 AsylG und der Stufenbau der Rechtsordnung bekannt sind.

Die gegenständliche Rechtsauffassung des Bundesministers für Inneres ist bei Anwendung durch die mit dem Vollzug beauftragten Beamten geeignet, die Rechte der Schutzsuchenden zu schädigen: Bei Umsetzung der Anweisung, Anträge auf internationalen Schutz von Schutzsuchenden gegenüber Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes ohne Vorlage eines gültigen Gesundheitszeugnisses entgegen § 17 AsylG nicht als gestellt zu betrachten und die Personen folglich entgegen § 12 AsylG zurückzuweisen beeinträchtigt das Recht der Personen, ein gesetzmäßig vorgesehenes Recht in Anspruch zu nehmen. Eine Schädigung der Allgemeinheit durch Gewährung der Einreise ist hingegen nicht gegeben: Die österreichische Rechtslage ermöglicht den Behörden, antragstellende Personen für eine angemessene Zeit (14 Tage) in Quarantäne zu nehmen, wenn dies der durch die Pandemie verursachte Ausnahmezustand erfordert und Verdachtsmomente gegeben sind, dass eine Erkrankung dieser Personen nicht im erforderlichen Ausmaß ausgeschlossen werden kann.

Es besteht die immanente und konkrete Gefahr, dass die Rechtsauffassung des Bundesministers für Inneres durch Beamte an den Grenzen bei dem Vollzug von Hoheitsakten bereits zur Anwendung gekommen ist bzw kommen wird: Die Anzahl der Anträge auf internationalen Schutz wurde vom Bundesminister für Inneres bei einer Pressekonferenz am 27. März 2020 selbst mit durchschnittlich zwölf pro Tag angegeben.

Die Staatsanwaltschaft Wien wird ersucht, den gegenständlichen Sachverhalt auf die Verwirklichung strafrechtlich relevanter Tatbestände zu prüfen und allfällige weitere erforderliche Ermittlungsschritte zu tätigen.

Der Einbringer ersucht um Benachrichtigung vom Ergebnis der strafrechtlichen Prüfung.