

DR. MICHAEL KRAMER
RECHTSANWALT UND VERTEIDIGER UN STRAFSACHEN

MITGLIED DES TREUHANDVERBANDES
DER TIROLER RECHTSANWALTSKAMMER

Landesgericht Innsbruck
Maximilianstraße 4
6020 Innsbruck

37 Hv 22/10k
37 Hv 23/10g

Strafsache gegen:

Erstangeklagter: **Armin Authried**
Bichlweg 13 Top 5
A-6020 Innsbruck

Drittangeklagter: **Dr. J.** ^{xxx}
 xxx xx
A- 6020 Innsbruck

beide vertreten
durch: Dr. Michael Kramer
6020 Innsbruck
Code R806543

wegen: Verdacht nach §§ 114 Absatz 2,4 und 5 (1. Fall) FPG, 15 StGB u.a.
Delikte

Vollmacht
erteilt
1-fach
1HS
Beilagen

A U S F Ü H R U N G
D E R
N I C H T I G K E I T S B E S C H W E R D E
U N D
B E R U F U N G

Raiffeisen Landesbank Tirol
Anderkonto: 00003513215, BLZ 36000

I.)

In der umseits näher bezeichneten Strafsache haben Herr Armin Authried (im Folgenden kurz: der Erstangeklagte) und Herr Dr. J. ^{xxx} (im Folgenden kurz; der Drittangeklagte) rechtzeitig gegen das im Rahmen der Hauptverhandlung vom 21.02.2011 mündlich verkündete Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Schöffengericht Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung angemeldet.

Die schriftliche Urteilsausfertigung des mündlich verkündeten Urteils ist am 08.06.2011 mittels ERV der Kanzlei des umseits ausgewiesenen Verteidigers zugestellt worden.

Binnen offener Frist wird sohin gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Schöffengericht vom 21.02.2011, 37 Hv 22/10k und 37 Hv 23/10g, nachstehende

N i c h t i g k e i t s b e s c h w e r d e

ausgeführt wie folgt:

Das oben näher bezeichnete Urteil wird

a) in seinen Schuldsprüchen betreffend den Erstangeklagten Armin Authried zur Gänze, sohin in Punkt A), B), D) und E) Pkt. I) 1), D 3), I) 4), I 5) und betreffend den Drittangeklagten Dr. J. ^{xxx} zur Gänze, sohin in Punkt A) und E) Pkt. I) und Pkt. II sowie

b) im Ausspruch des Verfalls nach § 20 Abs 2 StGB betreffend den Erstangeklagten Armin Authried in Höhe von EUR 10.000,-- und betreffend den Drittangeklagten Dr. J. ^{xxx} in Höhe von EUR 2.000,-- angefochten.

Angestrebt wird die Aufhebung der obigen Schuldsprüche aus den Nichtigkeitsgründen der Z4, Z5, Z9a und Z11des § 281 Abs 1 StPO.

V e r f a h r e n s r ü g e :

1.) Zur Nichtigkeit des angefochtenen Urteils gemäß § 281 Abs 1 Z 4 SIPO :

Der Erstangeklagte Armin Authried hat zum Beweis dafür, dass er aufgrund seines Krankheitsbildes unbegründete Schuldgefühle und starke Depressionen hat und aufgrund seiner Labilität und Widerstandslosigkeit zu den Tatzeitpunkten in seiner Dispositions- und Diskretionsfähigkeit vermindert war, dies insbesondere auch aufgrund der Gutachten Zangerl und Hoheneder wird die Einholung eines psychiatrischen und psychologischen Gutachtens beantragt. (HV Prot vom 16.02.2011, Seite 17)

Das Gericht hat diesen Beweisantrag abgelehnt und begründet, dass bei dem von der Sachverständigen erstatteten Gutachten keine Widersprüche erkennbar seien und würden auch keine Gründe gegeben sein, die eine Ablehnung rechtfertigen würden. Ebenso sind keine Befangenheitsgründe sichtbar. Die Gutachtenserstattung sei lege artis erfolgt. (HV Prot vom 21.2.2011, Seite 6)

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich der Erstangeklagte Armin Authried bereits mit schriftlichen Einwendungen vom 03.12.2010 gegen das vormalige Aktgutachten verbunden mit einem Ablehnungsantrag der Sachverständigen gewehrt hat. Es wird um Wiederholungen zu vermeiden, auf diese schriftlichen Einwendungen samt Ablehnungsantrag Bezug genommen.

In der HV vom 21.02.2011 hat die Sachverständige sodann ihr Gutachten verteidigen wollen und auf die „persönliche Untersuchung nach dem Aktgutachten“ hingewiesen. Die Sachverständige hat allerdings auch bestätigt, den Erstangeklagten Armin Authried nicht bezüglich der Frage der Zurechnungsfähigkeit untersucht zu haben.

Die Sachverständige hat auch den - in den schriftlichen Einwendungen beziehenden - fachärztlichen Befundbericht von Primar Dr. Andreas Walter nicht entkräften können, im Ergebnis ist sie auf diesen auf persönlicher Untersuchung beruhenden Befundbericht nicht eingegangen.

Die Sachverständige hat auf Frage allerdings angegeben, dass die Dispositions- und Diskretionsfähigkeit erst dann eingeschränkt sei, wenn eine **schwere** Depression vorliegen würde. (HV Prot vom 21.02.2011, Seite 5)

Genau eine solche schwere Depression attestiert aber der behandelnde Primar Dr. ^{xxx} indem er ausführt:

„Aufgrund der **chronifizierten schweren Depression** hat Herr Authried (trotz fachärztlicher Behandlung und Einnahme von Antidepressiva) daher nicht die Voraussetzungen um einer Vernehmung und einer Verhandlung zu folgen und ist aus fachärztlicher Sicht nicht verhandlungsfähig " (schriftliche Einwendungen vom 03.12.2011 samt vorgelegtem Befundbericht von Primar Dr. ^{xxx}).

Damit stellt sich aber entgegen der Ansicht des Erstgerichts das Gutachten der Sachverständigen als unvollständig bzw mangelhaft dar, was allein auf Grund der eigenen Angabe der Sachverständigen bekräftigt wird, wonach sie ja Herrn Authried bezüglich der Zurechnungsfähigkeit gar nie untersucht hat (*HV Prot vom 21.02.2011, Seite 5*).

Hinzu kommt, dass die Frage der eingeschränkten Diskretions- und Dispositionsfähigkeit von der Sachverständigen mangels vorangehender Prüfung sozusagen im Schnellverfahren erst in der Verhandlung geprüft wurde, und zwar innerhalb von nur wenigen Minuten (*siehe im HV Prot vom 21.02.2011, Seite 3*).

Bei Berücksichtigung dieser vom behandelnden Primar festgestellten schweren Depression wäre - wie ja die Sachverständige auf Seite 5 im HV Prot vom 21.02.2011 selbst angibt eine eingeschränkte Diskretions- und Dispositionsfähigkeit gegeben, was insoweit für die schuldangemessene Bestrafung von erheblicher Relevanz gewesen wäre.

Mängelrügen

2.) Zur Nichtigkeit des angefochtenen Urteils gemäß § 281 Abs 1 Z 5 StPO :

- a) Der Ausspruch des Erstgerichtes über den entscheidenden Umstand, nämlich dass der/die jeweils unten angeführten Kubanerln in den Schengenraum eingereist sei, ist mit folgenden gravierenden Begründungsmängeln behaftet :

So stellt das Erstgericht zu den jeweils erteilten Reisevisa fest, dass mit diesen der/die jeweils *Geschleppte in den Schengenraum eingereist sei*.

Das Erstgericht gibt hiezu jedoch nur unzureichende bis gar keine Gründe an, woraus es die Kenntnis über die tatsächliche Einreise des/der jeweiligen Kubanerln schöpft.

Der Erstangeklagte Armin Authried hat einmal selbst Verpflichtungserklärungen unterzeichnet und ein anderes Mal Personen gefragt, derartige Verpflichtungserklärungen zu unterfertigen.

Die vom Erstangeklagten Armin Authried selbst unterfertigten Verpflichtungserklärungen betreffen die Haftungserklärung für die in den Anklagepunkten 1a, 1b, 1c und 13b angeführten Kubaner" nämlich Kenia^{XXX XXX} 1, Augusto Denis^{XXX XXX} 2, Miguel Yuri^{XXX XXX} 3 und Yalahidi^{XXX XXX} 4.

Das Erstgericht lässt nun entscheidungswesentliche Verfahrensergebnisse unberücksichtigt die der Feststellung einer tatsächlichen Einreise der angegebenen Kubaner in den Schengenraum entgegenstehen:

So fehlen zu Anklagepunkt 1a das Reiseticket sowie die Einladungsbriefe. Weitere Beweisergebnisse, ob Kenia^{XXX XXX} tatsächlich in den Schengenraum eingereist ist, fehlen ebenso. Eine Einvernahme der angeblich „*Geschleppten*“ hat es nie gegeben.

Zu Anklagepunkt 1b fehlt das Reiseticket sowie die Einladungskarte. Weitere Beweisergebnisse" ob Augusto Denis^{XXX XXX} tatsächlich in den Schengenraum eingereist ist, fehlen ebenso. Eine Einvernahme des angeblich „*Geschleppten*“ hat es nie gegeben.

Zu Anklagepunkt 1c fehlt das Reiseticket sowie die Einladungskarte. Weitere Beweisergebnisse, ob Miguel Yuri^{XXX XXX} tatsächlich in den Schengenraum eingereist ist, fehlen ebenso. Eine Einvernahme des angeblich „*Geschleppten*“ hat es nie gegeben.

Zu Anklagepunkt 13b fehlt das Reiseticket sowie die Einladungskarte. Weitere Beweisergebnisse, ob Yalahidi^{XXX XXX} tatsächlich in den Schengenraum eingereist ist, fehlen ebenso. Eine Einvernahme der angeblich „*Geschleppten*“ hat es nie gegeben.

Zu den Ermittlungsergebnissen ist allgemein festzuhalten, dass auch die Polizei eingestand, bezüglich der KubanerInnen, für welche ein Visum erteilt wurde, weder Kenntnis über Buchungsbestätigungen von Flügen noch über den Aufenthalt oder über das tatsächliche Ein- oder Ausreisen der KubanerInnen nach und aus Österreich zu haben.

¹Siehe Anklagepunkt 1a = Faktum 43

²Siehe Anklagepunkt 1b = Faktum 44

³Siehe Anklagepunkt 1c = Faktum 45

So stehen den jeweiligen Feststellungen, wonach der jeweils Geschleppte mit dem jeweiligen Visum in den Schengenraum einreiste, folgende Zeugenangaben entgegen:

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob ein Hin- und Rückflugticket im Original Vorliegen muss: Ich verweise auf den Akt.
(ZV CI Insp. J. ^{xxx}, HV Prot vom 10.01.2011 Seite 1)

Anmerkung: Im gesamten Akt findet sich kein Reiseticket! (und zwar weder ein Einreise- noch Ausreiseticket)

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, warum keine Buchungsbestätigungen vorhanden waren: Ich habe nicht ermittelt, ob die Akten der Botschaft vollständig waren, das ist Sache der Botschaft. (ZV CI Insp. J. ^{xxx}, HV Prot vom 10.01.2011 Seite 12)

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob man Erkenntnisse hatte, wohin die Eingeladenen Personen gekommen sind: Nein, das haben wir nicht gewusst. Wir haben die Einlader befragt die wussten das auch nicht. (ZV Insp.C. ^{xxx}, HV Prot vom 10.01.2011 Seite 3)

Anmerkung: Die Einlader wurden nicht befragt, sondern lediglich die Verpflichtungserklärenden!

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: Ich weiß nicht, ob die eingeladene Person jemals in Österreich war und ob sie allenfalls zurückgereist ist. Das weiß ich bei keinem Faktum (ZV Insp.C. ^{xxx} HV Prot vom 10.01.2011 Seite 32)

Jene Verpflichtungserklärungen, die über Anfrage vom Erstangeklagten von dritten Personen unterfertigt wurden, betreffen die Haftungserklärungen für die in den Anklagepunkten 1d, 1f, 2b, 2e, 13a, 13c, 13d, 13e, 13f, 13g, 13h, 14b, 14c und 15b angeführten Kubaner, nämlich Yesmi ^{xxx xxx 5}, Aliuska Caridad ^{xxx xxx 6}, Nardi ^{xxx xxx 7}, George ^{xxx xxx 8}, Mirelis ^{xxx xxx} und Juana ^{xxx xxx 9}, Alberto ^{xxx xxx 10}, Yolanda Lucia ^{xxx xxx 11}, Aries Marlon ^{xxx xxx} ^{xxx 12}, Manuel Radames ^{xxx xxx 13}, Laura Leticia ^{xxx xxx 14}, Niurdis ^{xxx xxx 15}, Reiler ^{xxx xxx 16}, Orisley Fermin ^{xxx xxx 17} und Yeiler Lorenzo ^{xxx xxx 18}.

⁴Siehe Anklagepunkt 13b = Faktum 29.

⁵Siehe Anklagepunkt 1d = Faktum 12.

⁶Siehe Anklagepunkt 1f = Faktum 104.

⁷Siehe Anklagepunkt 2b = Faktum 15

Das Erstgericht lässt auch hier entscheidungswesentliche Verfahrensergebnisse unberücksichtigt, die der Feststellung einer tatsächlichen Einreise der angegebenen KubanerInnen in den

Schengenraum entgegenstehen:

So fehlen zu den Anklagepunkten 1 d, 1f, 2b, 2e, 13a, 13c, 13d, 13e, 13f, 13g, 13h, 14a, 14b, 14c und 15b jeweils das Reiseticket sowie die Einladungskarte.

Weitere Beweisergebnisse, nämlich ob Yesmi^{xxx xxx}, Savidis^{xxx xxx}, Aliuska^{xxx xxx xxx}, Abel^{xxx xxx}, Nardi^{xxx xxx}, George^{xxx xxx}, Mirelis^{xxx xxx} und Juana^{xxx xxx}, Alberto^{xxx xxx}, Yolanda Lucia^{xxx xxx}, Aries Marlon^{xxx xxx}, Manuel^{xxx xxx xxx}, Laura Leticia^{xxx xxx}, Niurdis^{xxx xxx}, Reylor^{xxx xxx} und Luisa Juana^{xxx xxx}, Reiler^{xxx xxx}, Orisley Fermin^{xxx xxx} und Yeiler Lorenzo^{xxx xxx} tatsächlich in den Schengenraum eingereist sind, fehlen ebenso.

Eine Einvernahme der angeblich „Geschleppten“ hat es nie gegeben.

Bezüglich der angeblich Geschleppten Kubaner Savidis^{xxx xxx 19}, Abel^{xxx xxx 20}, Reiler^{xxx xxx} und Luisa Juana^{xxx xxx 21} ist nach den vorliegenden Beweisergebnissen festzustellen, dass alle vorhin genannten Personen einen rechtmäßigen Aufenthaltstitel in Spanien erworben haben.

Dass diese Personen sohin rechtswidrig in den Schengenraum eingereist seien, widerspricht den diesen Personen erteilten legalen Aufenthaltstitel.

Eine Einvernahme derselben hat es nie gegeben.

⁸ Siehe Anklagepunkt 2e = Faktum 67.

⁹ Siehe Anklagepunkt 13a = Faktum 13.

¹⁰ Siehe Anklagepunkt 13c = Faktum 14.

¹¹ Siehe Anklagepunkt 13d = Faktum 18.

¹² Siehe Anklagepunkt 13e = Faktum 83.

¹³ Siehe Anklagepunkt 13f = Faktum 88.

¹⁴ Siehe Anklagepunkt 13g: =Faktum21.

¹⁵ Siehe Anklagepunkt 13h = Faktum 52.

¹⁶ Siehe Anklagepunkt 14b = Faktum 17.

¹⁷ Siehe Anklagepunkt 14c = Faktum 105.

¹⁸ Siehe Anklagepunkt 15b = Faktum 11.

¹⁹ Siehe Anklagepunkt 1e = Faktum 50 (spanischer rechtmäßiger Aufenthaltstitel zu NrX7651334Q).

²⁰ Siehe Anklagepunkt 1g = Faktum 20 (spanischer rechtmäßiger Aufenthaltstitel zu Nr. X0098006V).

²¹ Siehe Anklagepunkt 14a= Faktum 16 (spanischer rechtmäßiger Aufenthaltstitel zu Nr. X9855347P ARGOS)

Zu sämtlichen oben genannten KubanerInnen gibt es ebenso keine Ermittlungsergebnisse seitens der Fremdenpolizei. Es gibt keine Beweisergebnisse über eine allfällige polizeiliche Überprüfung über den Aufenthalt der obigen KubanerInnen.

Die vom Zweitangeklagten Dr.J. ^{xxx} selbst unterfertigten Verpflichtungserklärungen betreffen die Haftungserklärung für die in den Anklagepunkten 3a, 3b ,3c und 3d angeführten KubanerInnen, nämlich G. ^{xxx 22}, C. ^{xxx 23}, J. ^{xxx 24} und M. ^{xxx 25}.

Zu Anklagepunkt 3c fehlen hierzu das Reiseticket sowie die Einladungskarte. Weitere Beweisergebnisse, ob Jomarron Guerrero tatsächlich in den Schengenraum eingereist ist, fehlen ebenso. Eine Einvernahme des angeblich „*Geschleppten*“ hat es nie gegeben.

Zu den Anklagepunkten 3a, 3b und 3d fehlen die Einladungskarte sowie das Reiseticket. sowie überhaupt Beweisergebnisse, die belegen könnten, dass die genannten Personen je in Österreich waren.

Nach den vorliegenden Beweisergebnissen ist festzustellen, dass alle vorhin genannten Personen einen rechtmäßigen Aufenthaltstitel in Spanien erworben haben. Dass diese Personen sohin *rechtswidrig* in den Schengenraum eingereist seien, widerspricht den diesen Personen erteilten legalen Aufenthaltstitel. Eine Einvernahme derselben hat es nie gegeben.

Jene Verpflichtungserklärungen, die über Anfrage vom Zweitangeklagten Dr. J. ^{xxx} von dritter Seite unterfertigt wurde, betrifft die Haftungserklärung für die im Anklagepunkt 20a angeführte Person, nämlich Ana Iris ^{xxx xxx 26}.
Zu diesem Faktum gibt es keine Ermittlungs- oder Beweisergebnisse betreffend Reiseticket und Einladungskarte. Die kubanische Person hat jedoch rechtmäßig im Schengenraum einen spanischen Aufenthaltstitel erworben.

Insgesamt konnte das Beweisverfahren nicht zur Klärung beitragen, ob und wenn ja, welcher Kubaner oder Kubanerin überhaupt in Österreich oder in den Schengenraum eingereist ist.

²² Siehe Anklagepunkt 3a: Faktrum 55 (rechtmäßiger spanischer Aufenthaltstitel zu Nr. X8361233C).

²³ Siehe Anklagepunkt 3b : Faktrum 53 (rechtmäßiger spanischer Aufenthaltstitel zu Nr. X9797453M)

²⁴ Siehe Anklagepunkt 3c : Faktrum 56.

²⁵ Siehe Anklagepunkt 3d : Faktrum 54 (rechtmäßiger spanischer Aufenthaltstitel zu Nr. X8105470V).

Aus dem gesamten Akt lässt sich keine Meldeauskunft (ZMR-Bestätigung) entnehmen, aus welcher der konkrete Aufenthalt des jeweiligen Kubaners/Kubanerin festgestellt werden kann.

Genau aus diesem Grund hat der Erstangeklagte Armin Authried ein verwaltungsbehördliches Feststellungsverfahren per Antrag geleitet, unter einem mit dem Antrag, dass die Behörde feststellen möge, ob die Einreise der Kubaner ordnungsgemäß und rechtmäßig erfolgte.

Die Verwaltungsbehörden, zuletzt das BM.I, haben deren Zuständigkeit auf Erlassung eines Feststellungsbescheides gemäß FPG mit der Begründung abgelehnt, dass die Gerichtsbehörde für diese Feststellung zuständig sei.

Auch das Erstgericht verweist diesbezüglich auf die ihm zukommende Vorfrage²⁷.

Aus den jeweiligen Feststellungen, wonach die „*Geschleppten*“ mit den jeweiligen Visa eingereist seien, lässt sich nun aber nicht entnehmen, welche entscheidenden Tatsachen auf der objektiven und subjektiven Tatseite für diese Annahmen als erwiesen angenommen wurden.

In Wahrheit hat das Erstgericht den Umstand der jeweiligen Einreise nach Österreich oder in den Schengenraum unterstellt, ohne jedoch anzugeben, aus welchen konkreten Beweisergebnissen es diese Erkenntnis ableitet.

Die relevierten Begründungsmängel fallen deswegen ins Gewicht, weil es bislang aktenkundig zu keinen verlässlichen Feststellungen seitens der Behörden (Fremdenpolizei und Kriminalpolizei) über den tatsächlichen Aufenthalt von Kubanern in Österreich oder im Schengenraum gekommen ist, andererseits aber das Gericht gerade zur Verwirklichung des § 114 FPG auf den Tatbestand der „rechtswidrigen Einreise“ abstellt und sich dabei auf die von ihm selbst vorzunehmende bzw zu lösende Vorfrage beruft.

Insoweit sind die Feststellungen zur („rechtswidrigen“) Einreise undeutlich begründet, weil sie im Ergebnis lediglich eine Behauptung der jeweiligen Einreise erkennen lassen, ohne jedoch auf konkrete Ermittlungsergebnisse Bezug nehmen zu können (Scheinbegründung).

Die Begründungsmängel fallen ausserdem ins Gewicht, weil das Erstgericht auf Seite 52 im Urteil selbst davon spricht, dass der Kubaner zur Einreise nach Österreich einen Einladungsbrief benötigt.

Gerade solche Einladungsbriefe finden sich nicht im jeweiligen Akt! (dies trotz entsprechender Beweisantragstellung).

²⁶ Siehe Anklagepunkt 20a = Faktum 109 (rechtmäßiger spanischer Aufenthaltstitel zu Nr. X8058539y).

²⁷ Siehe Urteil Seite 51.

Das Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Z 5 StPO wird auch durch die beiliegende gutachterliche Stellungnahme von Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch und Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold bejaht, indem diese ausführen:

„§ 114 FPG enthält das strafrechtlich bewehrte Verbot, die rechtswidrige Einreise einer Person in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union unter den dort genannten Bedingungen zu fördern, soweit der Täter mit Tatvorsatz und unrechtmäßigem Bereicherungsvorsatz handelt.

Den nachfolgenden Überlegungen ist dabei das FPG in der Fassung der Jahre 2006 und 2007 zugrunde gelegt.²⁸

Das vorliegende Ersturteil des LG Innsbruck hat das Vorliegen dieses Straftatsbestands im konkreten Fall bejaht.

Die genauen Rechtsgründe dafür bleiben deshalb im Dunkeln, weil das Urteil - merkwürdig genug - keinen Abschnitt betreffend die Auslegung der Strafnorm und der konkreten rechtlichen Subsumption des festgestellten Sachverhalts unter die angewendeten Rechtsnormen enthält.

Es erscheint möglich, dass das Gericht der Sache nach in Einklang mit der hM - die Rechtsauffassung vertritt, dass die tatsächliche Verwirklichung einer rechtswidrigen Einreise (oder auch das Ansetzen hiezu) implizites Tatbestandselement des § 114 FPG ist. Immerhin trifft das Erstgericht in zumindest manchen Fällen diesbezüglich Feststellungen (nämlich solche betreffend eine Einreise der angeblich geschleppten Personen in den Schengenraum) und immerhin spricht das Erstgericht auf S 115 des (Urteils explizit davon, dass „die Strafbarkeit nach § 114 FPG durch die Ein- und Durchreise begründet wird.

Allerdings stehen diesen Feststellungen keinerlei Beweisergebnisse und keinerlei Beweiswürdigung gegenüber. Das Urteil wäre insoweit wohl jedenfalls nichtig iSd § 28 I Z 5 StPO. Möglicherweise folgt das Erstgericht daher der Sache nach einer gegenläufigen Rechtsmeinung, die Deliktvollendung des § 111 FPG bereits mit Verwirklichung der Unter-

²⁸ § 114 FPG in der früheren Fassung unterscheidet zwischen einer einfachen Schlepperei ohne Bereicherungsvorsatz in Abs I und einer qualifizierten Schlepperei mit dem Vorsatz, sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern. Eventualvorsatz genügt für den Bereicherungsvorsatz. Entfielen der Bereicherungsvorsatz steht somit immer noch eine Strafbarkeit wegen § 114 Abs 1 FPG zur Diskussion. allerdings würden die Qualifikationen nach Abs 4 (Gewerbsmäßigkeit) und Abs 5 (kriminelle Vereinigung) ausscheiden. Entgelt wird in § 74 Abs 1 Z 6 StGB definiert und als jede einer Bewertung in Geld zugängliche Gegenleistung verstanden (Jerabek in WK² § 74 Rz 43 ff). Die Strafbarkeit setzt voraus, dass der Täter durch das Entgelt unrechtmäßig bereichert ist. Bloßen Taxispesen zum Beispiel stellen demnach zwar ein Entgelt dar, führen aber nicht zu einer unrechtmäßigen Bereicherung (RV 952 BfGNR XXII. GP 111 zu § 114). Die unrechtmäßige Bereicherung wäre dann anzunehmen, wenn das Entgelt die ortsüblichen Taxen samt ortsüblichen Zuschlägen überschreitet. Die gezahlten € 500 stellen ein Entgelt für die ausgesprochene Haftungsübernahme dar.

Fraglich ist, ob der Verurteilte durch dieses Entgelt unrechtmäßig bereichert wurde. Es könnte nämlich das empfangene Entgelt dem Wert der übernommenen Haftungsübernahme entsprechen. Liegt eine adäquate Gegenleistung vor, kann sich der Beschuldigte gerade nicht durch die Annahme des Geldes unrechtmäßig bereichern. Das Erstgericht hat keinerlei Überlegungen dazu angestellt, ob die € 500 eine adäquate Abgeltung für eine derartige Haftungsübernahme darstellen. Damit hängt aber die Beurteilung der Frage, ob der Vorsatz des Beschuldigten auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtet war, in der Luft.

stützungshandlung annimmt. Diesfalls ist dann aber fraglich, ob eine solche Auslegung der hM entspricht.

Diese Frage ist im Ergebnis zu verneinen. Nach hL setzt ein strafbarer Verstoß gegen § 114 FPG zumindest ein Ansetzen des Geschleppten zur tatsächlichen Einreise voraus. Dazu nachfolgend im Einzelnen.

§ 114 FPG als Erfolgsdelikt

Gemäß § 114 Abs 2 FPG machte sich im angenommenen Tatzeitpunkt strafbar, wer die rechtswidrige Einreise eines Fremden in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder Nachbarstaat Österreichs mit dem Vorsatz fördert, sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern.

Diese Bestimmung ist ein Erfolgsdelikt. Eine Vollendung ist nur anzunehmen, wenn es tatsächlich zur einer rechtswidrigen Einreise gekommen ist (Tipold, WK-StGB § 114 FPG Rz 5; Peham, Schlepperei 135, 157; vgl auch Schmoller, SbgK § 104a StGB aF Rz 56).

(Um eine Vollendung anzunehmen, ist es erforderlich, entsprechende Tatsachenfeststellungen im Urteil zu treffen (vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 605 ff); diese sind in willkürfreier Weise zu begründen.

Da sich im Urteil zwar (tlw) Behauptungen zur Einreise in den Schengenraum, aber keine zugehörigen auf Verfahrensergebnisse gestützte – Begründungserwägungen finden, ist die Annahme einer Vollendung rechtlich verfehlt. "

- b) Auf Seite 102 im Urteil führt das Erstgericht aus, dass die Angeklagten wussten, dass der Zweck der Einreise kein Freundschaft- oder Verwandtschaftsbesuch sei, sondern vielmehr die Einreise zum Zweck erfolgt sei, einen Neustart der Kubaner in Europa zu ermöglichen.

Zunächst wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die mangelnden Beweisergebnisse zur tatsächlichen Einreise der KubanerInnen verwiesen (Mängelrüge Pkt 1 b).

Nicht nur, dass die Einreise der KubanerInnen beweismäßig nicht belegt werden kann (demzufolge widerspricht auch die Feststellung auf Seite 108 im Urteil, wo von einer ‚hohen Zahl von (Geschleppten“ die Rede ist), fehlen darüber hinaus auch Beweisergebnisse dahingehend, wie lange tatsächlich der überwiegende Teil der KubanerInnen im Schengenraum, wenn überhaupt, aufhältig war.

Offenbar unzureichend ist der Ausspruch des Erstgerichtes insoweit begründet, als den Angeklagten der Vorsatz unterstellt wird, sie hätten gewusst, dass der Zweck der Einreise kein

Freundschaft- oder Verwandtschaftsbesuch sei, sondern vielmehr die Einreise zum Zweck erfolgt sei, einen Neustart der Kubaner in Europa zu ermöglichen.

Das Gericht lässt hier die entscheidungswesentliche Grundvoraussetzung einer solchen Annahme vermissen, nämlich dass überhaupt festgestellt ist, dass die KubanerInnen mehr als für die Dauer des erteilten Urlaubs-Visums im Schengenraum oder konkret in Österreich verblieben sind.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Verteidiger gerade zum Beweis des Gegenteils, nämlich dass die eingeladenen Personen nach Ablauf des Urlaubs-Visums wieder nach Kuba gereist sind, die Einholung der Reiseabflugdaten bei der IATA beantragte; dies mit Ausnahme jener Personen, die in Spanien während des rechtmäßigen und zu keiner Zeit von den Behörden abgeänderten oder aufgehobenen Visumbescheides eine ordnungsgemäße Aufenthaltbewilligung bekommen haben. (*siehe HV Prot vom 16.2011, Seite 17*).

Die hier vom Erstgericht geäußerte Bemerkung, dass die Einholung der Reiseabflugdaten bei der IATA mangels Speicherung zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht mehr möglich war ist im Urteil nicht überprüfbar; die Meinung, dass die Beweisführung betreffend Ausreise der KubanerInnen die Bedeutung des Tatbestandes des § 114 FPG bedeutungslos sei, führt das Erstgericht hier selbst ad absurdum, weil das Erstgericht gerade auch auf den (Umstand des Vorsatzes über den Zweck des Aufenthaltes der KubanerInnen abstellt.

Hier ist zu bemerken, dass das Gericht in seiner Begründung auf die mangelnde Parteistellung der Angeklagten als Verpflichtungserklärende im Antragsverfahren der KubanerInnen vor der österreichischen Botschaft in Havanna sowie auf die mangelnde Parteistellung der Angeklagten vor den inländischen Behörden (Fremdenpolizei und Innenministerium) nicht eingeht.

Gerade die mangelnde Parteistellung lässt aber den Schluss auf Kenntnis der Angeklagten über die inhaltlichen Angaben der KubanerInnen im jeweiligen Antragsformular im Bezug auf das Verwandtschaftsverhältnis oder den Zweck der Einreise oder Durchreise nicht zu.

Insoweit stellen sich auch in diesem Punkt die Feststellungen des Erstgerichtes als bloße Scheinbegründungen dar bzw stehen die vorhin genannten entscheidungswesentlichen Tatsachen der mangelnden Parteistellung der Angeklagten der Feststellung eines Vorsatzes in Richtung einer zweckwidrigen Einreise entgegen.

Unter dem Gesichtspunkt der Unvollständigkeit des Ersturteils in Ansehung entscheidungswesentlicher Tatsachen wird daher releviert, dass das Schöffengericht den auf eine zweckwidrige Einreise von KubanerInnen gerichteten Vorsatz der Angeklagten lediglich auf nicht näher begründete „*beträchtliche Summen in Bezug auf das Einkommen eines Kubaners*“ (Urteil Seite 106) stützt, ohne jedoch die dieser Annahme entgegenstehende Beweis- bzw

Verfahrensergebnisse zu berücksichtigen, wonach zB gerade der selbst vom Erstgericht angesprochene Fall der Einladung der Mutter der Sechstangeklagten bedeutsam wird, in welchem konkreten Fall sowohl die Mutter der Sechstangeklagten als auch diese selbst die finanziellen Ressourcen für die Einreise und den Aufenthalt von Aleida^{xxx xxx} (Oma der Sechstangeklagten)²⁹ aufbrachten und schließlich die Oma von Yudermis^{xxx} wieder nach Ablauf des Visums nach Kuba heimfuhr³⁰.

Die Argumentation des Erstgerichtes, wonach die Geschleppten selbst den Schlepperlohn nicht bezahlten (Seite 115 im Urteil³¹), sondern deren Angehörige oder sonstige dritte Personen lässt gerade aber im Gegenteil den Schluss zu, dass ein „*nicht lediglich kurzer*“ Verwandtschaftsbesuch finanziell möglich war, weil eben solche dritte Personen oder Verwandte in Europa wohnen und daher im Gegensatz zu den (wenn überhaupt) eingereisten KubanerInnen auch ein besseres Einkommen und die finanziellen Möglichkeiten für die Finanzierung des bis zu 3 Monate möglichen Urlaubs (Ticketbezahlung, Unterkunft und Verpflegung, Gebühren, usw) haben.

Die in diesem Zusammenhang vom Erstgericht getroffene Feststellung eines „*nicht lediglich kurzen*“ Aufenthaltes (Urteil Seite 106) ist ebenfalls unzureichend begründet, weil gerade die im Akt befindlichen Visaerteilungen für die maximal mögliche Dauer von 3 Monaten nicht darüber eine Aussage treffen, ob und wenn ja wie lange der Besucher im Schengenraum verweilte.

Selbst nach den Ausführungen des Erstgerichts gibt es - mit wenigen Ausnahmen (siehe Faktum 107) - keine Erkenntnisse, wer für die Einreise- und Ausreisekosten, für den Aufenthalt im Schengenraum sowie für die sonst anfallenden Gebühren oder sonstigen Kosten finanziell aufgekommen ist.

Es gibt aber nach den Feststellungen des Erstgerichtes die unmissverständliche Feststellung, dass diese Kosten nicht die angeblich „Geschleppten“ gezahlt haben. Und genau aus diesen Erkenntnissen heraus ist die Unterstellung eines Vorsatzes der Angeklagten in Richtung eines zweckwidrigen Einreisens durch den/die jeweiligen KubanerIn nicht nachvollziehbar und daher undeutlich und unvollständig.

²⁹ Siehe Faktum 107.

³⁰ Obwohl Yudermis^{xxx} ihre Oma lediglich zum Zweck eines Urlaubs in Tirol eingeladen hat, wurde diese wegen Schlepperei verurteilt; siehe Seite 20 im Urteil.

³¹ Dazu im Widerspruch zB in Faktum 43 (Anlagepunkt I a) im Urteil Seite 54, wonach der für den Erstangeklagten Authried bezahlte Lohn von EUR 500,- mit dem Geld der Geschleppten bezahlt worden sei, ohne dass dieser Annahme entsprechende Beweisergebnisse zugrunde liegen. Anders wiederum auf Seite 113 im Urteil, wonach die Summe von den Geschleppten oder deren Familien bezahlt worden seien.

c) Schlepperlohn

Das Erstgericht spricht zu den jeweiligen Fakten pauschal und offenbar nur unzureichend von der Bezahlung eines Schlepperlohns an den Erst- und Zweitangeklagten, ohne sich aber mit der Möglichkeit auseinander zu setzen, dass gerade die jeweils in Höhe von EUR 500,-- bezahlten Beträge als adäquate Abgeltung für das übernommene Haftungsrisiko dienen.

Zur Herkunft des Entgeltes fehlen verlässliche Beweisergebnisse, es wurden bekanntlich weder die angeblich geschleppten Personen selbst noch mögliche dritte Personen, die für die eingeladenen Personen allenfalls in Vorlage traten, befragt oder einvernommen.

Soweit den Feststellungen des Erstgerichtes folgend die Geschleppten selbst den Schlepperlohn nicht bezahlten, sind diese auch nicht entreichert.

Soweit Angehörige oder dritte Personen für die Kosten und für die Abgeltung der Haftungsübernahme oder Provisionen für die Haftungsübernahmen aufkamen, so ist damit nicht zwangsläufig davon auszugehen, dass es sich aus Sicht der Beteiligten um einen Schlepperlohn handelte.

Hinzu kommt, dass irr klassischen Fällen der Schlepperei im Wege der Umgehung der Grenzkontrolle (beispielsweise zusammen gepfercht in einem Lieferwagen oder per Schiff) exorbitante und außer Verhältnis stehende Entgelte bezahlt werden, bei welchen sich die Schlepper gewöhnlich unrechtmäßig bereichern.

In der beiliegenden gutachterlichen Stellungnahme von Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch und Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold wird zum Nichtigkeitsgrund des § 281 Z 5 SIPO in diesem Zusammenhang ausgeführt :

„ §114 FPG in der früheren Fassung unterscheidet zwischen einer einfachen Schlepperei ohne Bereicherungsvorsatz in Abs I und einer qualifizierten Schlepperei mit dem Vorsatz, sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern.

Eventualvorsatz genügt für den Bereicherungsvorsatz. Entziele der Bereicherungsvorsatz, steht somit immer noch eine Strafbarkeit wegen § 114 Abs I FPG zur Diskussion, allerdings würden den die Qualifikationen nach Abs 4 (Gewerbsmäßigkeit) und Abs 5 (kriminelle Vereinigung ausscheiden.

Entgelt wird in § 74 Abs I Z 6 StGB definiert und als jede einer Bewertung in Geld zugängliche Gegenleistung verstanden (Jerabek in WK2 § 74 Rz 43 ffl). Die Strafbarkeit setzt voraus, dass der Täter durch das Entgelt unrechtmäßig bereichert ist. Bloßen Taxispesen zum Beispiel stellen demnach zwar ein Entgelt dar, führen aber nicht zu einer unrechtmäßigen Bereicherung (RV 952 Big NR XXII. GP 111 zu § 114). Die unrechtmäßige Bereicherung würde dann anzunehmen, wenn das Entgelt die ortsüblichen Taxen samt ortstüblichen Zuschlagen überschreitet.

Die gezahlten € 500 stellen ein Entgelt für die angesprochene Haftungsübernahme dar. Fraglich ist, ob der Verurteilte durch dieses Entgelt unrechtmäßig bereichert wurde. Es

könnte nämlich das empfangene Entgelt dem Wert der übernommenen Haftungsübernahme entsprechen. Liegt eine adäquate Gegenleistung vor, kann sich der Beschuldigte gerade nicht durch die Annahme des Geldes unrechtmäßig bereichern. Das Erstgericht hat keinerlei Überlegungen dazu angestellt, ob die € 500 eine adäquate Abgeltung für eine derartige Haftungsübernahme darstellen. Damit hängt aber die Beurteilung der Frage, ob der Vorsatz des Beschuldigten auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtet war, in der Luft."

Dem beiliegenden Rechtsgutachten von ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak lässt sich zur Frage der Verpflichtungserklärung folgende Schlussfolgerung entnehmen:

„Der Inhalt der Erklärung gem § 21 Abs 6 FPG besteht darin, dass sich ein Dritter verpflichtet, für in der Zukunft möglicherweise einer juristischen Person des öffentlichen Rechts entstehende Kosten, die durch den (späteren) Aufenthalt des Visumwerbers verursacht werden, zu haften.

Eine Ermächtigung zur bescheidmäßigen Vorschreibung dieser Kosten gegenüber der Person, die eine Verpflichtungserklärung abgibt, ist dem FPG ebensowenig zu entnehmen wie irgendeiner anderen Rechtsvorschrift.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Verpflichtungserklärung, zeigt sich vielmehr, dass nichts gegen eine Deutung als Willenserklärung iSd ABGB spricht:

Der Dritte erklärt gegenüber dem Bund, für jene Ansprüche, die dem Bund, einem Land, einer Gemeinde oder einer sonstigen juristischen Person öffentlichen Rechts gegen dem Fremden entstehen könnten, zu haften.

Für eine privatrechtliche Deutung sprechen auch die Mat zu den Vorgängerbestimmungen des FrG 1992 und des FrG 1997, wo es heißt, eine mögliche finanzielle Belastung Österreichs solle „durch Maßnahmen des Privatrechtes im Rahmen des Vorhersehbaren ausgeschlossen werden" (RV 692 BIGNR 18. GP, 31 f).

Zivilrechtsdogmatisch betrachtet handelt es sich um eine Mischform aus einer Bürgschaft und einem echten Vertrag zugunsten Dritter; Soweit sich der Dritte verpflichtet, Verbindlichkeiten des Fremden gegenüber dem Bund zu begleichen, ist die Erklärung von ihrer Struktur nach mit einer Bürgschaft iSd § 1346 ABGB vergleichbar; er tritt als Bürge zukünftige Schuldverhältnisse bei. Insofern die Person, die die Verpflichtungserklärung abgibt, erklärt, für Forderungen anderer Rechtsträger gegenüber dem Fremden zu haften, liegt ein „echter Vertrag zugunsten Dritter" zwischen ihr und dem Bund vor. Der OGH hat sich dieser von mir 1995 zum inhaltsgleichen § 10 Abs 3 Z 2 FrG 1992 vertretenen Position (Muzak, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht [1995] 69) ausdrücklich angeschlossen (OGH 23.2. 2000, 7 Ob323/99x; OGH 21.6. 2006, 7Ob124/06w).

Die Rechtsnatur dieser Verpflichtungserklärung besteht somit in der privatrechtlichen Verpflichtung eines Dritten, für alle Ansprüche, die öffentlichen Rechtsträgern aus dem rechtmäßigen (zutreffend VwGH 12.11. 1996, 95/19/0316) Aufenthalt des Fremden entstehen, zu haften. Insofern ist die Haftung des Dritten gegenüber der des Fremden akzessorisch; dies betont auch der OGH (23.2. 2000, 7 Ob 323/99x; 21.6. 2006, 7Ob124/06w).

Die genannten Ansprüche können nach § 1 JN vor den ordentlichen Gerichten durch Klage der jeweiligen Gebietskörperschaft als Träger von Privatrechten iSd Art 17 B-VG auf Zahlung der Kosten durchgesetzt werden.

Darüber hinaus gehende Verpflichtungen wie eine persönliche Betreuung des Fremden oder eine Zurverfügungstellung einer Unterkunft sind dem Gesetz nicht zu entnehmen. Vielmehr erschöpft sich deren Inhalt eindeutig in der Übernahme der Haftung.

Dies zeigt sich auch in der Möglichkeit juristischer Personen, derartige Haftungen zu übernehmen. Bei juristischen Personen ist ein derartiges persönliches Naheverhältnis bzw sind derartige persönlich zu erfüllende Pflichten von vornherein nicht denkbar. Es handelt sich somit im Ergebnis um eine Verpflichtung ausschließlich finanzieller Natur.“

Unter Berücksichtigung der Rechtsnatur dieser Verpflichtungserklärung erscheint die Abgeltung des damit immanent verbundenen Haftungsrisikos in Höhe von EUR 500,-- adäquat und angemessen, bedenkt man, dass mit der Übernahme einer solchen Haftung weder das Haftungsausmaß noch die Haftungsdauer gewiss ist (sog „Haftung ins Blaue“). Zivilrechtlich würde die Übernahme einer solchen Haftung wohl Sittenwidrigkeit mangels Bestimmtheit begründen.

Selbst wenn der Erst- und Zweitangeklagte den Feststellungen folgend neben der persönlichen Haftungsübernahme auch eine Provision für die Vermittlung einer solchen Haftungsübernahme oder Bürgschaft lukrierten, so entspricht ein solches Verlangen der täglichen wirtschaftlichen Gepflogenheiten (zB Vermittlungsprovision für gewährten Kredit).

Dem Gesetz lässt sich kein Verbot zur Entgegennahme eines Entgeltes für Haftungsübernahme oder deren Vermittlung entnehmen. Selbst der Erstangeklagte Armin Authried bzw dessen Mutter mussten für die zum Zwecke der Kautions aufgenommenen Bankgarantie jährlich eine hohe Provision in Höhe von ca EUR 2.000,-- an die Bank bezahlen, wobei zumindest mit dieser Bankgarantie ein begrenztes und damit vorhersehbares Haftungsrisiko verbunden ist.

d) Zur inneren Tatseite führt das Erstgericht auf Seite 103 und 104 aus:

„Auch von den vernehmenden Beamten konnte sich der Senat einen eigenen Eindruck verschaffen, und glaubt der Senat den Angaben dieser Zeugen, dass sie ihre Vernehmungen korrekt durchgeführt haben.

Im Gegensatz dazu erachtet der Senat die nunmehrigen Verantwortungen der Angeklagten, die allesamt von den ermittelnde Beamten massiv unter Druck gesetzt wollen, als Versuch einer gemeinsame Verteidigungsstrategie, der jedoch zum Scheitern verurteilt war. Wenn nunmehr alle als gemeinsame Verteidigungsstrategie alle Angeklagten ausführten, nur Verpflichtungserklärende und nicht Einlader gewesen zu sein und sie nur die Haftung für die Einreise übernommen haben, und es nicht erforderlich gewesen sei, bei Verpflichtungserklärenden zu wohnen, so ist hierzu nachstehendes zu bemerken;

Dieser Versuch, die schon auf Grund der zu den Einladungen vorliegenden Unterlagen feststehenden Einladungen zu erklären, indem man die subjektiv Tatseite in Abrede zu stellen möchte, ist gescheitert.

Nicht nur bemerkenswert war die plötzlich unisono auftretende und einstudiert

wirkende Unterscheidung aller Angeklagter zwischen Einlader und Verpflichtungserklärenden , sondern auch die Verantwortung aller „Verpflichtungserklärenden“ mitgeteilt zu haben, was diese Haftungsübernahme bedeutet, dies wurde von den angeworbenen Personen jedoch in keinem Fall bestätigt sondern führten die Zeugen allesamt aus, dass man sie um eine Scheineinladung gebeten hätte und man erklärt hätte, die Personen würden nie zu ihnen kommen und sie würden Geld hierfür bekommen.
Nahezu alle Zeugen gaben auch an, um die Unrechtmäßigkeit ihrer Handlungen gewusst zu haben und wurden sie entweder verurteilt oder nahmen Diversionsangebote an. "

Die obigen Erwägungen des Erstgerichtes halten einer näheren Prüfung nicht stand.

Unter dem Gesichtspunkt der Unvollständigkeit des Ersturteils in Ansehung entscheidungswesentlicher Tatsachen wird releviert, dass das Schöffengericht diesen Erwägungen zur inneren Tatseite folgende entgegenstehende Verfahrensergebnisse ignoriert.

Angeblich würden nahezu alle Zeugen angegeben haben, dass sie um die Unrechtmäßigkeit ihrer Handlungen gewusst haben. Die Verfahrensergebnisse widerlegen jedoch diese Behauptung, zumal nahezu alle Zeugen angaben, geglaubt zu haben, keine strafbare Handlung begangen zu haben.

Auszugsweise werden aus dem Verfahren folgende Zeugenangaben wiedergegeben:

„Ich dachte mir damals, dass das legal sei. Ja, bei der Polizei wurde mir vorgehalten, dass es illegal war...“ (ZV Paul^{XXX} HV Prot vom 13.01.2011, Seite 28)

„Ich habe erst bei der Polizei gehört, dass ich etwas illegales machte,.....“(ZV Marco^{XXX}, HV Prot vom 11.01.2011, Seite 10).

„Bis zur Ladung durch die Polizei war mir nicht bewusst, dass ich etwas illegales mache ... “ (ZV Ferdinand^{XXX}, HV Prot vom 11.01.2011, Seite 38)

„Die Polizei sagte mir erstmalig, dass ich etwas Strafbares gemacht habe, vorher wusste ich das nicht...“ (ZV Laura J.^{XXX}, HV Prot vom 11.01.2011, Seite 7).

„Ob mir bewusst war, dass ich etwas Strafbares mache: Nein das war mir bei der Unterfertigung der Verpflichtungserklärung nicht klar. Erst als ich von der Polizei konfrontiert wurde, war mir das klar. Die Polizei hat mir vorgeworfen, dass ich eine Einladung gemacht hätte. “ (ZV Richard^{XXX}, HV Prot vom 11.01.2011, Seite 32)

Von insgesamt 33 Zeugeneinvernahmen in diesem Verfahren haben 30 Zeugen angegeben, dass sie der Meinung waren, **rechtmäßig und legal** gehandelt zu haben und erst bei der Poli-

zeieinvernahme von der (angeblichen) Illegalität ihrer „Einladungen“ erfahren zu haben. 1 Zeuge war sich nicht sicher, ob sein Handeln rechtmäßig war.

Wie es dann tatsächlich zur Ansicht kam, dass die Zeugen nicht rechtmäßig gehandelt haben würden, schildern die Zeugen großteils unisono dahingehend, dass ihnen die Polizei eine angebliche Scheineinladung oder fingierte Einladung vorwarf.

Wirft man einen Blick auf die Verfahrensergebnisse, auf welche das Erstgericht leider nicht eingeht, wird auch klar.

Warum es schließlich zu „Eingeständnissen“ in Richtung einer Scheineinladung oder fingierten Einladung gekommen ist. Faktum ist, dass sich aus den Beweisergebnissen nämlich ergeben hat, dass die Einvernahme-Polizisten überwiegend keine Kenntnis von der Materie, über welche sie Befragungen anstellen mussten, hatten und darüber hinaus ihnen auch keine Einladungsakten vorlagen, andererseits die Polizisten aber die Zeugen und Angeklagten mit Schuldvorwürfen konfrontiert und das Ablegen von Geständnissen empfahlen.

Auszugsweise werden nachfolgend die wesentlichen Angaben der Polizisten wieder gegeben:

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, ob ich weiß, ob der Verpflichtungserklärer weiß, was der Eingeladene in den Antrag schreibt: (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 9, 10, CI Insp. J. ^{XXX})
Nein, das weiß ich nicht. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 10, CI Insp. J. ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ob die eingeladene Person beim Verpflichtungserklärer wohnen muss oder nicht, kann ich nicht sagen.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 11. CI Insp. J. ^{XXX})

Anmerkung: Bemerkenswert ist, dass trotz dieser Unkenntnis in allen Fakten der Vorwurf und sozusagen der Überführungsbeweis angegeben wird, dass durch den Umstand des Nichtverweilens des Eingeladenen beim Verpflichtungserklärenden sohin eine fingierte Einladung gegenständlich wäre.

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, ob es Inanspruchnahmen von Haftungsübernehmern gab. **Das weiß ich nicht.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 16, CI Insp J. ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Es wurde von uns gefragt, in welcher Beziehung die Einlader zu den Eingeladenen stehen. Das wurde gefragt, weil dies auch in der Verpflichtungserklärung so ist.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 30, Insp C. ^{XXX})

Anmerkung: Die Behauptung, dass die Beziehung des Einladers zur eingeladenen Person in den damals verwendeten Verpflichtungserklärungen stand, ist schlichtweg falsch. Dieser Passus steht im Einladungsbrief, in welchen bekanntlich mangels Parteistellung der jeweils Verpflichtungserklärende keine Einsicht hatte (erst die nunmehr neuen und immer noch nicht mit dem Gesetz im Einklang stehenden Verpflichtungserklärungen ab 2009 sieht einen solchen Passus vor).

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob ich einen Unterschied zwischen Einladung und Verpflichtungserklärung gemacht habe: **Ich kann mich nicht erinnern, ob damals ein Unterschied bestanden hat.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 31, Insp.C. ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob sich die Einlader in den Einladungsbriefen mit den Verpflichtungserklärenden deckt: **Ich weiß das jetzt nicht.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 31, Insp.C. ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Mir ist nicht bekannt, dass der Eingeladene nicht beim Verpflichtungserklärenden wohnen muss. Ob es einen Unterschied zwischen Einlader und Verpflichtungserklärer gibt, ist mir nicht bekannt.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 36, Inspektor Peter ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob mir der Unterschied zwischen Verpflichtungserklärenden, Einlader und Eingeladenen bekannt ist:

Der ist mir schon bekannt. Das war sicher auch Thema bei der Vernehmungen.
(HV Prot vom 10.01.201 1 Seite 36, Inspektor Peter ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob geprüft wurde, ob der Verpflichtungserklärer auch Einlader ist: **Das kann ich jetzt so nicht mehr sagen.**
(HV Prot vom 10.01.2011 Seite 36, Inspektor Peter ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer welche Unterlagen der Einlader vorlegen muss: **Ich weiß den Unterschied zwischen Einlader und Verpflichtungserklärer nicht, deshalb kann ich die Frage nicht beantworten.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 40. Inspektor Peter ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich kann die Frage, warum ich die Auffassung vertrat, dass der Eingeladene beim Verpflichtungserklärer wohnen muss nicht beantworten, weil ich den Unterschied nicht kenne.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 40. Inspektor Peter ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Der Einlader wird wohl die Haftung übernommen haben für die eingeladene Person. Dazu dient wohl die Verpflichtungserklärung.**
(HV Prot vom 10.01 .201 1 Seite 40, Inspektor Peter ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ob ein Haftungserklärer von der Republik Österreich in Anspruch genommen wurde, weiß ich nicht.** (HV Prot vom 10.01.201 1 Seite 40, Inspektor Peter ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob und warum Personen keine Parteistellung in Visa-verfahrenen haben: **Das ist eine Rechtsfrage die ich nicht beantworten kann.**
(HV Prot vom 10.01.2011 Seite 13, CI. Insp. J. ^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich bin nicht informiert worden, wenn die eingeladene Person abgereist ist. Ich habe keine Parteienstellung. Das wurde mir auch schriftlich mitgeteilt.** (HV Prot vom 22.1.2010 Seite 35, 1a Armin Authried)

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, ob es Inanspruchnahmen von Haftungsübernehmern gab: **Das weiß ich nicht.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 16, CI. Insp. J. ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich kann mich nicht erinnern, ob Personen befragt wurden, ob sie Akteneinsicht in den Einladungsakt nehmen konnten.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 37, Inspektor Peter ^{XXX})

Anmerkung: Pikantes Detail am Rande - Es mag sein, dass trotz fundamentaler Verteidigungsrechte nahezu alle Personen über Umstände in Einladungsakten befragt wurden, ohne dass, solche Akten zur Einsicht und zwar weder den Beamten noch den Zeugen und Beschuldigten zur Verfügung standen und daher schon von vornherein jeder Vorhalt seitens der Beamten an die Einvernommenen überprüfungsbedürftig wäre.

Faktum ist aber, dass gerade der Erst- und Zweitangeklagte zur Anzeige gebracht wurden, weil sie zur Überprüfung der Vorhalte Aktendoppel bei der Botschaft anfordern wollten (skurriler Weise wurde sie wegen versuchter Urkundenunterdrückung! Zur Anzeige gebracht).

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich weiß nicht, ob die Verpflichtungserklärenden Informationen erhalten haben wenn irgendetwas gefehlt hat.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 37, Inspektor Peter ^{XXX})

Über Vorhalt, durch den Verteidiger Dr. Kramer, dass der Einladungsbrief nicht bei der österreichischen Botschaft, sondern bei einer kubanischen Behörde liegt; **Ich weiß nichts über solche Unterlagen.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 8, CI Insp. J. ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob bei der Befragung ein Unterschied gemacht wurde zwischen Einladern und Verpflichtungserklärenden. **Wir haben die Liste von der Botschaft mit den Einladern bekommen und uns daran gehalten.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 3. Insp. C. ^{XXX})

Anmerkung: Bei dieser im gegenständlichen Verfahren nie vorgelegten Liste kann es sich wohl nur um eine Liste von Verpflichtungserklärenden handeln.

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer zu Faktum 79 (Punkt 2lw), welche kubanische Behörde ich meine, wenn ich dem Vernommenen einen Einladungsbrief zeige:

Aus dem Fall hat sich gezeigt, dass man Schriftstücke bei irgendeiner kubanischen Behörde gebraucht hat und erst wenn seitens der kubanischen Behörde eine Zusicherung erfolgte, konnte die Person ausreisen. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 37, Inspektor Peter^{XXX})

Anmerkung: ?

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ja, mir sagt der Begriff Einladungsbrief etwas. Dieser wird wohl bei den kubanischen Behörden einzubringen sein. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 37, Inspektor Peter^{XXX})**

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich weiß nicht, ob dieser bei der österreichischen Botschaft in Kuba einzubringen ist. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 3, Inspektor Peter^{XXX})**

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Der Einlader wird meiner Annahme nach den Einladungsbrief unterfertigen müssen. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 37, Inspektor Peter^{XXX})**

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer welche Unterlagen der Einlader vorlegen muss: **Ich weiß den Unterschied zwischen Einlader und Verpflichtungserklärer nicht, deshalb kann ich die Frage nicht beantworten. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 40, Inspektor Peter^{XXX})**

Festgehalten wird, dass die Dolmetscherin das Formular durchsieht und von der Beziehung zur eingeladenen Person nichts auf dem Formular steht. (HV Prot vom 11.01.2011, Seite 18. Dolmetscherin, Mag. Ursula L.^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, wer das Antragsformular auszufüllen hat: **Ich weiß nicht, welches Formular damit gemeint ist. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 9, CI. Insp. J.^{XXX})**

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Visaanträge habe ich schon gesehen, aber nur auf Spanisch. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 31, Insp. C.^{XXX})**

Auf Frage des Vorsitzenden: **An deutsche Visaanträge kann ich mich nicht mehr erinnern. (Protokoll vom 10.01.2011 Seite 31, Insp. C.^{XXX})**

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Von einem Aufkleber der auf den Visaanträgen sein muss, weiß ich nichts. (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 32, Insp. C.^{XXX})**

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich kenne keine Aufkleber bei Visaanträgen. Die Aufkleber sagen mir nichts.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 39, Inspektor Peter^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer und Vorhalt des Schreibens vom BMI: **Ich weiß nicht, welcher Aufkleber auf einen Antrag gehört, wenn ich nicht einmal weiß, dass einer auf dem Antrag sein soll. Wenn ich einen Antrag von der österreichischen Botschaft bekomme, gehe ich davon aus, dass dieser bearbeitet ist.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 39. Inspektor Peter^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Die eingeladenen Personen waren teilweise nicht mehr befragbar, weil sie nicht mehr aufgefunden werden konnte.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 9, CI. Insp. J.^{XXX})

Anmerkung: Keiner der verfahrensgegenständlich eingeladenen Personen wurden je befragt !

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, dass nur eine Person nicht verfahrensgegenständlich - befragt wurde: **Der Umfang dieser „fingierten Einladungen" wurde erst im Nachhinein bekannt. Die Personen erhielten ein Visum und waren nicht mehr auffindbar.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 9, CI. Insp. J.^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob ein hin und Rückflugticket im Original vorliegen muss: **Ich verweise auf den Akt.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 11, CI Insp. J.^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, warum keine Buchungsbestätigungen vorhanden waren: **Ich habe nicht ermittelt, ob die Akten der Botschaft vollständig waren, das ist Sache der Botschaft.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 12, CI. Insp. J.^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob ich ermittelt habe, ob die Personen nach Kuba zurückgefliegen sind: **Das wurde meines Wissens nach nicht ermittelt, Wenn ein Anhaltspunkt dafür war, haben wir das ermittelt, aber es ist nicht machbar alle zu überprüfen.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 15, CI. Insp. J.^{XXX})

Anmerkung: Es gibt keine Verfahrensergebnisse, wer auf Grund angeblicher Ermittlung nach Kuba zurückgefliegen ist oder nicht.

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Dass es eine zentrale Stelle geben soll, wo man diese Informationen abrufen kann, war mir nicht bekannt.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 15, CI. Insp. J.^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Wohin die eingeladenen Personen flogen war praktisch nicht überprüfbar.** (HV Prot vom 10.01.2011 Seite 15. CI. Insp. J.^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: ob man Erkenntnisse hatte, wohin die eingeladenen Personen gekommen sind: **Nein, das haben wir nicht gewusst. Wir haben die Einlader befragt, die wussten das auch nicht.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 31 , Insp. C. ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich weiß nicht, ob die eingeladene Person jemals in Österreich war und ob sie allenfalls zurückgereist ist. Das weiß ich bei keinem Faktum.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 32, Insp. C. ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob ich auch Fragen bezüglich der Flugtickets gestellt habe: **Nein, das glaube ich nicht.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 33, Insp. C. ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob ich geprüft habe, ob die Eingeladenen sich in Österreich aufgehalten haben und anschließend zurückgeflogen sind. **Soweit ich mich erinnern kann, haben wir ZMR- Abfragen gemacht. Ob diese Personen zurückgeflogen sind, kann ich nicht überprüfen.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 38, Inspektor Peter ^{XXX})

Anmerkung: Es gibt im Akt keine solche ZMR- Abfrage- Ergebnisse.

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob überhaupt ein Eingeladener gemeldet war; **Das weiß ich nicht.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 38, Inspektor Peter ^{XXX})

Auf nochmalige Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich kann nicht sagen ob überhaupt jemand gemeldet war.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 38, Inspektor Peter ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich weiß nicht mehr, ob eine Buchungsbestätigung für Hin- und Rückflug nötig war. Ich muss diesbezüglich auf den Akt verweisen.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 38, Inspektor Peter ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich kenne keine zentrale Speicherstelle in der man Rückflüge überprüfen könnte.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 38, Inspektor Peter ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich weiß nicht, ob es bei der Polizei Ermittlungen gab, ob jemand irgendwohin zurückfliegt. Ich bin nicht die „Polizei“, ich kann nur von meinen Ermittlungen sprechen. Ich habe das jedenfalls nicht ermittelt.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 38, 39, Inspektor Peter ^{XXX})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, ob die Fremdenpolizei Kontrollen durchgeführt hat und ich diesbezüglich nachgefragt habe:

Nein, da habe ich nicht nachgefragt. Da müssen sie die Fremdenpolizei fragen. Wenn jemand in Österreich war, dann denke ich wird das schon ermittelt worden sein. (HV Prot vom 16.02. 2011 Seite 12, Insp. M. ^{XXX})

Über Vorhalt durch den Verteidiger Dr. Kramer: dass das nicht ermittelt wurde: **Ich habe Armin Authried vernommen und am Akt mitgearbeitet, mehr kann ich dazu nicht sagen.** (HV Prot vom 16.02. 2011 Seite 12, Insp. Monika^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: ob ich weiß, um welche Art von Visum es sich handelte; **Ich kann das heute nicht mehr sagen, das müsste in der Liste der Botschaft stehen. Vielleicht habe ich das auch damals nicht gewusst.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 39, Inspektor Peter^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ein C-Visum ist für den Schengenraum. Ob es sich bei den gegenständlichen Visa um C-Visa handelt, weiß ich nicht.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 39, Inspektor Peter^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Wenn mir gesagt wird, dass es C-Visa waren, muss ich sagen, dass sich diese Personen irgendwo in Europa aufhalten dürfen. Es ging aber um die Einladungen.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 39, Inspektor Peter^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: **Ich weiß nicht, welchen Zweck die Visa hatten, also ob sie beispielsweise für einen Urlaub beantragt wurden.** (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 39, Inspektor Peter^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer ob gegen die Botschaft ermittelt wurde: **Ich weiß nur, dass irgendwelche Überprüfungen stattfanden.**

Über Vorhalt des Dokumentes in Faktum 125 durch den Verteidiger Dr. Kramer und Frage: **wie ich mir erklären kann wieso für eine nicht existente Person ein Visum erteilt wurde:** (HV Prot vom 10.01. 2010, Seite 22 CI Insp. J.^{xxx})

Festgehalten wird, dass die Frage vom Vorsitzenden nicht zugelassen wird, weil der Zeuge kein Hellseher ist und nicht weiß, was sich ein Dritter dabei denkt. (HV Prot vom 10.01. 2010, Seite 22 CI Insp. J.^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer und Vorhalt des Faktum 41: **Ich verweise auf den Akt.** (HV Prot vom 10.01. 2010, Seite 22 CI Insp. J.^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer, ob ich irgendetwas zu irgendwelchen Fakten sagen kann: **Festgehalten wird, dass diese Frage nicht zugelassen wird.** (HV Prot vom 10.01. 2010, Seite 23 CI Insp. J.^{xxx})

Über Vorhalt des Verteidigers Dr. Kramer, **dass ich in den Vernehmungen davon sprach, dass es merkwürdig sei, wenn der Einlader und der Eingeladene nicht zusammen wohnen: Ich ging davon aus, dass Einlader und Verpflichtungserklärer ident sind.** (Protokoll vom 10.01. 2011 Seite 39, Insp. Peter^{xxx})

Auf Frage des Verteidigers Dr. Kramer: Ich kann die Frage, warum ich die Auffassung vertrat, dass der Eingeladene beim Verpflichtungserklärer wohnen muss nicht beantworten, weil ich den Unterschied nicht kenne. Ich war immer der Meinung, dass der Einlader ident ist mit dem Verpflichtungserklärenden. (HV Prot vom 10.01. 2011 Seite 40, Inspektor Peter^{XXX})

Zusammengefasst ist aus den Ermittlungsergebnissen und den Befragungen der Beamten festzuhalten, dass diese offensichtlich alle der Meinung waren, dass der jeweils die Verpflichtungserklärung unterfertigende Einvernommene (aus deren Sicht fälschlicher Weise als Einlader bezeichnet bzw mit diesem gleichgesetzt) auch die Verpflichtung hatte, die eingeladene Person bei sich aufzunehmen.

Und weil dies nicht so war, wurde von den Beamten der Begriff „fingierte Einladung“ (bewiesenermaßen in allen Fakten so bezeichnet) oder „Scheineinladung“ verwendet und dies jeweils auch dem Einvernommenen so vorgehalten.

Die aus den Beweisergebnissen erhellenden Umstände, dass die in diesem Verfahren einvernommenen Zeugen schließlich selbst von Scheineinladungen sprachen, nachdem ihnen das so von den Beamten mitgeteilt wurde, alle Zeugen jedoch bis dorthin glaubten, rechtmäßig gehandelt zu haben, lässt gerade nicht den vom Erstgericht behaupteten Schluss zu, dass den Zeugen die Bedeutung der Haftungsübernahme von den Angeklagten nicht erklärt worden sei.

Dass die einvernommenen Zeugen bei der Polizei schließlich verunsichert wurden, erhellt aus dem Umstand, dass einige Zeugen auch bestätigten, ein Geständnis abgelegt zu haben oder verurteilt worden zu sein, obwohl ihnen bis heute nicht bekannt sei, was die Strafbarkeit ihres Handelns ausmachen würde.

Es mag sein, dass das Gericht den Angeklagten eine gemeinsame Verteidigungsstrategie unterstellt, wenngleich dafür nähere Begründungsansätze und Beweisergebnisse fehlen. Dass Gericht lässt aber in diesem Zusammenhang unvollständig wichtige weitere Beweisergebnisse unberücksichtigt, nämlich dass es ja nicht nur die Angeklagten waren, die davon zu berichten wussten. von den ermittelnden Beamten massiv unter Druck gesetzt worden zu sein, sondern waren es vor allem unter Wahrheitspflicht stehende Zeugen, die von massiven Bedrohungen zu berichten wussten.

So wurde zum Beispiel zeugenschaftlich angegeben:

„Der Polizist hat zuerst seine Pistole auf den Tisch geworfen und mir gedroht. Sie drohten mir auch Haft an. Sie sagten, ich müsse die Wahrheit³² sagen. Nachdem der Polizist die Pistole hinwarf, sagte er, ich solle die Wahrheit sagen.“ (ZV Ferdinand^{XXX}, HV Prot vom 11.01. 2011, Seite 38).

„ Ja, die Polizei hat viel Druck ausgeübt und behauptet, dass ich jemanden eingeladen habe“ (ZV Marco^{XXX}, HV Prot vom 11.01. 2011, Seite 10)

„Nein, ich habe kein Geld bekommen. Der Polizist sagt immer, ich solle das zugehen. Ich hatte aber auch kein Strafverfahren deswegen. Ich hatte eine Hausdurchsuchung und war von der Vorgangsweise ziemlich brüskiert. Die Polizei meinte beim Anblick des Backpulvers in meiner Wohnung gleich, es sei Rauschgift.“ (*ZV Bernhard*^{xxx}, *HV Prot vom 11.10. 2011*, Seite 28, 29).

e) Das Gericht führt auf Seite 107 wie folgt aus:

Zu den Urkunden-, und Beweismittelfälschungen ist auszuführen, dass den Angeklagten zum Zeitpunkt der Vorlage von Fälschungen bewusst war, dass sie in Umsetzung ihres Tatplanes und Tatkonzeptes an der Vorlage falscher Urkunden bzw. an der Vorlage falscher Beweismittel zumindest durch deren Veranlassung beteiligt waren und wollten sie, dass in weiterer Folge andere Personen durch Täuschung über die Echtheit oder Unverfälschtheit der Urkunde bzw. des Beweismittels zu einem bestimmten Verhalten im Rechtsverkehr veranlasst werden, nämlich die Österreichische Botschaft zur Ausstellung eines Visums für den Schengenraum in Unkenntnis darüber, dass objektiv gesehen die Voraussetzungen für eine Visumerteilung nicht vorlagen.

Offenbar unzureichend begründet ist das Urteil in Ansehung des Ausspruchs, dass angeblich objektiv gesehen die Voraussetzungen für eine Visumerteilung nicht vorgelegen seien. fehlen jedoch diesbezüglich jegliche Beweisergebnisse.

Ob eine Visumerteilung erfolgen kann oder nicht, ist zunächst Rechtsfrage. Hiebei ist dem zuständigen Sachbearbeiter ein Ermessenspielraum eingeräumt. Berücksichtigt man jedoch die vorliegenden Beweisergebnisse, welche das Gericht allerdings ignoriert, so wäre ein derartiger Schluss einer angeblich voraussehbaren Visumerteilung, und damit die unterstellte Wissenskomponente, gar nicht möglich.

Beispielsweise wird in Faktum 67 (Anlagepunkt 2e) bei einem Durchschnittseinkommen von monatlich EUR 1.250.-- bei gleichzeitig niedrigen Mietkosten von EUR 163,62 das Visum abgelehnt.

Andererseits wird in Faktum 101 bei einem durchschnittlichen Monatseinkommen von EUR 668.25 und Mietkosten von EUR 330.-- ein Visum erteilt.

Völlig undurchsichtig wird es im Faktum 108: Bei einem Durchschnittseinkommen von EUR 1.054.-- und Entfall von Mietkosten wurde kein Visum erteilt

³² Anmerkung: offensichtlich jene Wahrheit, wonach der Verpflichtungserklärende Einlader sei und die eingeladene Person zu sich aufnehmen hätte müssen, und weil dies nicht so geschehen sei, er wohl eine fingierte Einladung gemacht habe.

Was die Fälschung betrifft, ist auszuführen, dass hier wesentliche Feststellungen und Ausführungen fehlen.

Zum Einen sieht das Gesetz die Vorlage von Versicherungsreise- und Unfallpolizzen bezogen auf den Verpflichtungserklärenden gar nicht vor.

Zum anderen ist selbst für den gedachten Fall einer falschen Einkommenserklärung des Verpflichtungserklärenden die Haftung nicht per se entfallen. Der Verpflichtungserklärende haftet sohin auch bei Falschangaben über sein Vermögen gegenüber den Rechtsträgern fort. Ob für die vom Gesetzgeber intendierte Schadloshaltung bei Inanspruchnahme des Verpflichtungserklärenden erforderlichen Voraussetzungen vorgelegen sind oder nicht, wurde vom Erstgericht nicht geprüft.

Es wäre nämlich auch der Fall denkbar, dass der mit falscher Ausweisung seines Einkommens haftende Verpflichtungserklärende sehr wohl auf Grund seines Vermögens erfolgreich in Haftung gezogen werden könnte.

Damit ist aber die Kausalität einer Falschangabe oder Vorlage einer falschen Urkunde bezogen auf den Zweck der Haftungsübernahme nicht geklärt. Vorsichtshalber wird hier auch der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 9a StPO geltend gemacht.

Das Gericht hat hier vor allem insoweit auch **wichtige Verfahrensergebnisse mißachtet**, nämlich dahingehend, dass die vorgelegten Fälschungen offensichtlich für die Erteilung des Visums gar nicht relevant waren.

Beispiele hierfür:

So ist bei der Staatsbürgerschaftsurkunde in Faktum 92 beim Ausstellungsdatum der 16.12.1902 angegeben, während der Staatsbürger selbst am 03.04.1985 geboren ist. Dass die Behörde hier wohl einen solchen präkognitiven Urkundeninhalt nicht zum Gegenstand ihrer Entscheidung macht, liegt auf der Hand. - Facit: **Die Behörde hat dennoch ein Visum erteilt.**

Ähnlich in Faktum 83 wird als Adressat im Pensionsbescheid Herr Nikolaus^{XXX} geführt, während im selben Bescheid ein anderer, nämlich Paul^{XXX}, als Bezugsberechtigter angeführt wird und entweder der Adressat oder Bezugsberechtigte im 34. Monat geboren sei (10.34.55?) Facit: Die Behörde hat dennoch ein Visum erteilt.

Bei lebensnaher Betrachtung hält es kein Durchschnittsbürger ernstlich für möglich, dass derartige Urkunden einer Prüfung (laut Abschlussbericht eingehende bzw genaue Prüfung) standhalten. weshalb weder eine Wissentlichkeit noch ein Vorsatz unterstellt werden kann.

- f) Das Gericht führt zusammengefasst zu den Fälschungen aus, dass es nicht festgestellt werden kann, ob die Angeklagten die Fälschungen selbst herstellten oder diese nur veranlassten.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Gericht auf Seite 116ff klarstellt, dass sich der Anklageworwurf lediglich auf die Verwendung gefälschter Unterlagen, nicht jedoch auf die Herstellung solcher Urkunden bezieht (siehe Abweisung des diesbezüglichen Beweisantrages auf Einholung eines Schriftsachverständigengutachtens).

Damit ist von vornherein die Negativfeststellung über die Herstellung von Urkunden verfehlt. Hingegen sind die den Annahmen der Veranlassung von Fälschungen bloße Spekulationen bzw Vermutungen, denen keine mit hinreichender Sicherheit entsprechenden Beweisergebnisse zu Grunde liegen.

Im Gegenteil: Das Gericht führt auf Seite 117 wie folgt aus:

„Selbst wenn ein Schriftsachverständigengutachten ergeben würde, dass die Fälschungen nicht vom Erstangeklagten stammen, würde dies nicht zwingend den Schluss zulassen, dass eine derartige Fälschung vom Erstangeklagten nicht in Auftrag gegeben wurde oder gefälschte Unterlagen vom Erstangeklagten nicht zumindest mit bedingtem Vorsatz verwendet wurden.“

Damit erweist sich der Ausspruch des Erstgerichtes als offenbar unzureichend, weil eine bloß nicht zwingende, und somit nur hypothetische Schlussfolgerung nicht die für das Strafverfahren erforderliche Gewissheit mit sich bringt.

Hinzu kommt, dass das Gericht folgende Beweisergebnisse unberücksichtigt lassen hat, welche aber bei entsprechender Berücksichtigung zu einer anderen Würdigung des Sachverhaltes geführt hätten.

So haben die Angeklagten bei Anwerbung von Verpflichtungserklärenden sich bemüht, dass diese ihre Unterschriften auf der Verpflichtungserklärung vor einem öffentlichen Notar beglaubigen lassen.

Beispielsweise hat in Faktum 109 der Zeuge Paul^{xxx} angegeben, die Verpflichtungserklärung persönlich vor dem Notar ausgefüllt zu haben (ZV Paul^{xxx}, HV Prot vom 13.01. 2011, Seite 26). Dennoch befindet sich im Akt eine bezogen auf Paul^{xxx} lautende gefälschte Verpflichtungserklärung.

Dasselbe gilt zB für Faktum 4a, 78, 13, 13f (bei letztgenannten Faktum war sich die Zeugin Magna G.^{xxx} sicher, beim Notar gewesen zu sein) ua.

Damit ist die Annahme, dass die Angeklagten, die sich um eine beglaubigte Verpflichtungserklärung bemühten, eine spätere Fälschung der richtigen und echten Erklärung veranlassten, unnachvollziehbar und lebensfremd.

Rechtsrügen

1.) Zur Nichtigkeit des angefochtenen Urteils gemäß § 281 Abs 1 Z 9a StPO:

a) Wie bereits in den Mängelrügen releviert, macht sich gemäß § 114 Abs 2 FPG strafbar, wer die rechtswidrige Einreise eines Fremden in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder Nachbarstaat Österreichs mit dem Vorsatz fördert, sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern.

Diese Bestimmung ist ein Erfolgsdelikt. Eine Vollendung ist nur anzunehmen, wenn es tatsächlich zu einer rechtswidrigen Einreise gekommen ist (Tipold, WK-StGB § 114 FPG Rz 5; Peham, Schlepperei 135, 157; vgl auch Schmoller, SbgK § 104a StGB aF Rz 56).

Um eine Vollendung anzunehmen, ist es erforderlich, entsprechende Tatsachenfeststellungen im Urteil zu treffen (vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 605 ff): diese sind in willkürfreier Weise zu begründen.

Da sich im Urteil zwar (tlw) Behauptungen zur Einreise in den Schengenraum, aber keine zugehörigen - auf Verfahrensergebnisse gestützte - Begründungserwägungen finden, ist die Annahme einer Vollendungsstrafbarkeit rechtlich verfehlt.

Aber auch eine Versuchsstrafbarkeit - so nachfolgend in der gutachterlichen Stellungnahme von Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch und Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold - scheidet nach hL (vgl vorerst nur Tipold, WK-StGB § 114 FPG Rz 2 f) in einer solchen Konstellation aus. Tatsächlich führt nämlich die Verwirklichung einer Vorfeldhandlung, mag diese auch auf die Unterstützung einer späteren Einreise abzielen, solange nicht zur Strafbarkeit, als die Verwirklichung einer rechtswidrigen Einreise unter Ausnützung dieser Unterstützungshandlung unmittelbar bevorsteht. Den Grund für diese Auslegung sieht die hL (Rsp hierzu fehlt) im Charakter des § 114 FPG als sogenanntem Beihilfedelikt.

In der aktuellen Kommentierung zum FPG im WK-StGB, immerhin der führende Kommentar in Österreich, wird hinsichtlich dieser Frage an den Charakter des § 114 FPG als sogenanntes Beihilfedelikt angeknüpft (eben Tipold, WK-StGB § 114 FPG Rz 2 f mit Hinweis auf Reindl-Krauskopf, 17. ÖJT 56; Peham, Schlepperei 145; siehe zu diesen Delikten auch Fuchs AT 17 28/34).

Diese Auslegung trägt der Überlegung Rechnung, dass der Gesetzgeber in einem solchen Tatbestand der Sache nach eine Beteiligungshandlung verpönt. Für eine solche „Beteiligungsstrafbarkeit“ soll daher - auch im Rahmen eines Beteiligungsdelikts - die Wertung des § 15 Abs 2 StGB analog auf dieses Delikt angewendet werden: Danach kommt es für den Unterstützer erst dann zur Strafbarkeit, wenn sich das geförderte Verhalten - in concreto eben die rechtswidrige Einreise - tatsächlich verwirklicht.

Bis dahin bleibt der Unterstützer straflos. Der Schlepper ist daher straflos, wenn sein Beitrag (= Fördern) misslingt, etwa weil der Fremde gar nicht oder nicht unter Ausnützung der Unterstützungshandlung einreist. Die Straflosigkeit ergibt sich dabei aus einem Umkehrschluss zu § 15 Abs 2 StGB: es wäre unbillig, bei strafloser Haupttat (rechtswidrige Einreise bei § 114 FPG) den Kreis der verantwortlichen Täter weiter zu ziehen als bei strafbarer Haupttat (so Moos in WK2 § 78 Rz 16; Tipold, WK-StGB § 114 FPG Rz 3).

Diese Auffassung ist in Österreich zwar nicht unbestritten, aber herrschend; und zwar sowohl für § 114 FPG (Nachweise siehe im Vorigen; aM Schmoller, SbgK § 104a StGB aF Rz 87) als auch für andere Beihilfedelikte (vgl Leukauf/Steininger, StGB3 § 78 Rz 6a; Kienapfl/Schroll BT 15 § 78 Rz 24; Moos in WK2 § 78 Rz 16; Fabrizio StGB9 § 78 Rz 2; Fuchs AT 17 28/34; aA hierzu Lewisch BT 12 13).

Folgt man diesem Ansatz, dann muss das Gericht Feststellungen treffen, wann die „Geschlepten“ zur rechtswidrigen Einreise in örtlicher und zeitlicher Nähe zur Grenze ansetzen. Derartige Feststellungen fehlen im Urteil. Dieser materielle Feststellungsmangel begründet Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO.

b) Das Gericht spricht in allen Fakten von „Scheineinladungen“ und begründet dies zunächst mit dem Hinweis auf die Verpflichtungserklärung selbst, wo der Passus „ich lade ein“ festgehalten ist (zB Urteil Seite 105).

Ungeachtet der gegenteiligen Verantwortungen der Angeklagten, wonach sie nur Verpflichtungserklärende und keine Einlader waren, hat das Gericht zu deren Nachteil dies negiert und alle Angeklagten als Scheineinlader bezeichnet (*vorab mit dem Hinweis, dass es sich hier im gegenständlichen Verfahren größtenteils um Rechtsfragen handeln würde, ohne jedoch in der Folge, und zwar weder bei der mündlichen Urteilsverkündung noch in der schriftlichen Urteilsausfertigung eine entsprechende Subsumption unter die betreffende Strafnorm oder eine Auslegung der maßgeblichen Vorschriften vorgenommen zu haben*).

Auf der Vorsatzseite wird den Angeklagten vorgeworfen, dass sie gewusst hätten, dass der/die Eingeladene nie zu ihm/ihr (=Haftungserklärenden) kommen würde (zB Urteil Seite 55), sodass die Angeklagten diesbezüglich „zweifelsfrei“ versucht haben würden, durch falsche Angaben eine Einladung zur ermöglichen (zB Urteil Seite 83). Oft verwendet das Erstgericht folgenden formelhaften Passus: *...Armin Authried war einverstanden und lud den aus dem Spruch ersichtlichen Kubaner durch Unterfertigung einer Verpflichtungserklärung zu sich ein. Er wusste dass dieser nie zu ihm kommen würde.*“

Diese Ausführungen des Erstgerichtes sind rechtlich verfehlt.

Vorauszuschicken ist, dass die Lösung der Frage der Rechtswidrigkeit einer Einreise oder Durchreise im entsprechenden Materiensgesetz, nämlich im FPG, zu finden ist.

Die nebenstrafrechtlich relevanten Bestimmungen im FPG bringen es mit sich. Dass das Gericht im Wege der eigenständigen Vorfragenlösung vor allem die Besonderheiten im Verwaltungsrecht samt einhergehender einschlägiger Rsp zu beachten hat.

Zunächst ist vorab die Frage zu klären, wer eine Verpflichtungserklärung iSd FPG abgeben darf und ob diese Person ein Naheverhältnis zum Visumswerber haben muss?

Herr ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak führt in seinem Rechtsgutachten hierzu aus:

§ 21 Abs 6 FPG lautet: „Die Behörde kann einem Fremden trotz Vorliegens von Tatsachen gemäß Abs. 5 Z 1, 2 oder 3 ein Visum erteilen, wenn auf Grund einer im öffentlichen Interesse eingegangenen Verpflichtung eines Rechtsträgers im Sinn des § 1 Abs.1 des Amtshaftungsgesetzes (AHG), BGBl. Nr.20/1949, oder auf Grund der Verpflichtungserklärung einer Person mit Hauptwohnsitz oder Sitz im Bundengebiet die Tragung aller Kosten gesichert erscheint, die öffentlichen Rechtsträgern durch den Aufenthalt des Fremden entstehen könnten. “

Aus der Verweisung des 21 Abs 6 FPG auf § 21 Abs 5 FPG ergibt sich, dass die Versagungsgründe des Fehlens eines alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutz (§ 21 Abs 5 Z 1), des Fehlens ausreichender eigener Mittel für den Unterhalt und für die Wiederausreise (§ 21 Abs 5 Z 2) sowie der Gefahr einer finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft durch den Aufenthalt des Fremden (§ 21 Abs 5 Z 3) erfasst sind.

§ 21 Abs 6 FPG ermöglicht es, dass trotz Vorliegens bestimmter Versagungsgründe Visa erteilt werden dürfen; dies unter der Voraussetzung, dass sich ein Rechtsträger iSd § 1 Abs 1 AHG (Bund, Länder, Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts, Sozialversicherungsträger) oder eine Person mit Hauptwohnsitz oder Sitz im Bundesgebiet verpflichtet, die Kosten, die öffentlichen Rechtsträgern durch den Aufenthalt des Fremden entstehen könnten, zu tragen.

Tragender rechtspolitischer Grund zur Normierung der Sichtvermerksversagungsgründe des § 21 Abs 5 Z 1 bis 3 FPG ist die Hintanhaltung einer allfälligen finanziellen Belastung des Staates, die durch den Aufenthalt des betroffenen Fremden entstehen könnte; genau diese soll durch die Verpflichtungserklärung eines Dritten abgewendet werden (vgl auch VwGH 10. 2. 1994, 93/18/0569). Deswegen sind gerade jene Versagungsgründe erfasst, „die eine allfällige finanzielle Belastung des österreichischen Staates hintanhalten sollen“ (VwGH, 10. 2. 1994, 93/18/0569).

Die Verpflichtungserklärung muss von einer Person mit Hauptwohnsitz oder Sitz im Bundesgebiet abgegeben worden sein. Aus der Verwendung des Wortes „Sitz“ neben „Wohnsitz“ in § 21 Abs 6 FPG ist abzuleiten, dass auch Verpflichtungserklärungen von juristischen Personen zulässig sind.

Denn mit dem Begriff „Sitz“ bringt der Gesetzgeber den territorialen Anknüpfungspunkt bezüglich juristischer Personen zum Ausdruck (vgl etwa § 3 Abs 1 lit c AVG, § 75 Abs 1 JN).

In der Praxis wird mitunter angenommen, das Bestehen eines nahen Angehörigenverhältnisses oder einer sonstigen Nahebeziehung zum Fremden sei Voraussetzung für die Abgabe einer Verpflichtungserklärung.

Dies ist unzutreffend. Einer solchen Sichtweise steht der klare Wortlaut des § 21 Abs 6 FPG entgegen, der einzig auf den Wohnsitz bzw Sitz der Person abstellt.

Im Ergebnis kommt daher jede natürliche Person mit Wohnsitz in Österreich sowie jede juristische Person mit Sitz in Österreich für die Abgabe einer Verpflichtungserklärung iSd § 21 Abs 6 FPG in Betracht.

*Ein Erfordernis einer wie immer gearteten persönlichen Beziehung zum Visumwerber ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die in der Entscheidung des LG Innsbruck 37 Hv 22/10k geforderte „lebensnahe Betrachtung“, aus der auf das Erfordernis eines Nahebezugs „zwingend zu schließen“ sei, erweist sich daher als **gesetzlos**.*

In Konstellationen, in welchen Behörden auf vergleichbare Weise entscheiden, nimmt der VfGH Willkür und damit eine Verletzung des Rechts auf Gleichheit vor dem Gesetz durch die Vollziehung an (vgl zB VfSlg 12.173, 18.951).

Auch der VwGH geht von der hier vertretenen Sichtweise aus, wenn er sogar Verpflichtungserklärungen von Personen, gegen die ein Aufenthaltsverbot erlassen wurde, als relevant ansieht (VwGH 22.6. 2006 ,2003/21/0066).

Da diese das Bundesgebiet verlassen müssen, können sie ex definitione nicht persönlich für den Fremden für den s i e eine Verpflichtungserklärung unterschrieben haben, sorgen.

Ebensowenig ist eine Verpflichtung des Abgebers der Verpflichtungserklärung, dem Fremden eine Unterkunft zur Verfügung zu stellen, aus dem FPG ableitbar (dies wäre nur aufgrund eines gesonderten privatrechtlichen Vertrags mit dem Fremden denkbar; vgl VwGH 4. 4. 2000, 99/19/0229)³³.

Das Gesetz verlangt auch keinen „kausalen Zusammenhang des Reisezwecks mit der Verpflichtungserklärung, wie es vom BMEIA angenommen wird (Brief vom 29. 8. 2008). Nur am Rande sei bemerkt, dass ausgehend vom Charakter der Verpflichtungserklärung als akzessorische Haftung für möglicherweise entstehende Kosten (dazu Punkt 2.) nicht erkennbar ist, worin diese Kausalität überhaupt bestehen könnte.

§ 21 Abs 6 FPG verlangt, dass aufgrund der Verpflichtungserklärung die Tragung der Kosten gesichert erscheint.

Das Vorliegen der Erklärung allein ist somit nicht ausreichend, vielmehr ergibt sich aus dem Wort „gesichert“, dass auch die Durchsetzbarkeit im Wege der Zwangsvollstreckung gegeben sein muss („Tragfähigkeit“ der Verpflichtungserklärung). Insoweit spielt auch die "finanzielle Leistungsfähigkeit des Verpflichtenden eine Rolle.

*Der VwGH erachtet daher nur Verpflichtungserklärungen von Personen für relevant, die auch tatsächlich in der Lage sind, die anfallenden Kosten bezahlen (ständige Jud zB VwGH 28.2.1997, 95/19/0440; 7.7.2009, 2006/ 18/0380; 23.9.2010, 2009 /21/0280). **Eine besondere Form ist für die Verpflichtungserklärung (zB notarielle oder gerichtliche Beglaubigung) nicht vorgeschrieben und daher nicht erforderlich** (so auch VwGH 20. 6. 1996, 95/19/0126.)*

³³Auch die im Verfahren vorgelegten Schreiben der österreichischen Botschaft in Havanna vom 29.08.2008 und Schreiben des BMEIA vom 29.08.2008 bestätigen, dass keine Verpflichtung besteht, dass die eingeladene Person bei den Verpflichtenden wohnen muss.

Zum möglichen Inhalt der durch die Verpflichtungserklärung übernommenen Verpflichtung führt ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak weiter aus:

*Der Inhalt der Erklärung gem § 21 Abs 6 FPG besteht darin, dass sich ein **Dritter verpflichtet, für in der Zukunft möglicherweise einer juristischen Person des öffentlichen Rechts entstehende Kosten, die durch den (späteren) Aufenthalt des Visumwerbers verursacht werden, zu haften.***

Eine Ermächtigung zur bescheidmäßigen Vorschreibung dieser Kosten gegenüber der Person, die eine Verpflichtungserklärung abgibt, ist dem FPG ebensowenig zu entnehmen wie irgendeiner anderen Rechtsvorschrift. Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Verpflichtungserklärung, zeigt sich vielmehr, dass nichts gegen eine Deutung als Willenserklärung iSd ABGB spricht:

Der Dritte erklärt gegenüber dem Bund, für jene Ansprüche, die dem Bund, einem Land, einer Gemeinde oder einer sonstigen juristischen Person öffentlichen Rechts gegen dem Fremden entstehen könnten, zu haften.

Für eine privatrechtliche Deutung sprechen auch die Mat zu den Vorgängerbestimmungen des FrG 1992 und des FrG 1997, wo es heißt, eine mögliche finanzielle Belastung Österreichs solle „durch Maßnahmen des Privatrechtes im Rahmen des Vorhersehbaren ausgeschlossen werden“ (RV 692 BIGNR 18. GP, 34.f).

Zivilrechtsdogmatisch betrachtet handelt es sich um eine Mischform aus einer Bürgschaft und einem echten Vertrag zugunsten Dritter: Soweit sich der Dritte verpflichtet, Verbindlichkeiten des Fremden gegenüber dem Bund zu begleichen, ist die Erklärung von ihrer Struktur nach mit einer Bürgschaft iSd § 1346 ABGB vergleichbar; er tritt als Bürge für zukünftige Schuldverhältnisse bei.

Insoweit die Person, die die Verpflichtungserklärung abgibt erklärt, für Forderungen anderer Rechtsträger gegenüber dem Fremden zu halten, liegt ein „echter Vertrag zugunsten Dritter“ zwischen ihr und dem Bund vor.

Der OGH hat sich dieser von mir 1995 zum inhaltsgleichen § 10 Abs 3 Z 2 FrG 1992 vertretenen Position (Muzak, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht [1995] 69) ausdrücklich angeschlossen (OGH 23. 2. 2000, 7 Ob323/99x; OGH 21. 6. 2006, 7Ob124/06w).

*Die Rechtsnatur dieser Verpflichtungserklärung besteht somit in der **privatrechtlichen Verpflichtung eines Dritten**, für alle Ansprüche, die öffentlichen Rechtsträgern aus dem rechtmäßigen (zutreffend VwGH 12. 11. 1996, 95/19/0316) Aufenthalt des Fremden entstehen, zu haften. Insoferne ist die Haftung des Dritten gegenüber der des Fremden akzessorisch; dies betont auch der OGH (23. 2. 2000, 7 Ob 323/99x; 21. 6. 2006, 7Ob 124/06w)*

*Die genannten Ansprüche können nach § 1 JN vor den **ordentlichen Gerichten durch Klage** der jeweiligen Gebietskörperschaft als Träger von Privatrechten iSd Art 17 B-VG auf Zahlung der Kosten durchgesetzt werden.*

Darüber hinaus gehende Verpflichtungen wie eine persönliche Betreuung des Fremden oder eine Zurverfügungstellung einer Unterkunft sind dem Gesetz nicht zu entnehmen. Vielmehr erschöpft sich deren Inhalt eindeutig in der Übernahme der Haftung.

Dies zeigt sich auch an der Möglichkeit juristischer Personen, derartige Haftungen zu übernehmen. Bei juristischen Personen ist ein derartiges persönliches Naheverhältnis bzw sind derartige persönlich zu erfüllende Pflichten von vornherein nicht denkbar. Es handelt sich somit im Ergebnis um eine Verpflichtung ausschließlich finanzieller Natur.

Ob das Gesetz neben der Person, die die Verpflichtungserklärung abgibt, einen „Einlader“ kennt, beantwortet ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak wie folgt:

In der Vollzugspraxis mancher österreichischer Botschaften wird mittunter zusätzlich zur Verpflichtungserklärung eine „Einladung“ gefordert. Damit stellt sich die Frage, ob das Gesetz eine derartige einladende Person kennt.

Bejahendenfalls stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese zu der Person steht, die die Verpflichtungserklärung abgibt.

Dazu ist anzumerken, dass weder das FPG noch eine andere Rechtsnorm im Zusammenhang mit der Erteilung von Visa einen derartigen „Einlader“ kennen. Es ist nicht einmal an irgend einer Stelle von einer Einladung die Rede, schon gar nicht sieht das Gesetz Rechtsfolgen für Personen vor, die eine Einladung des Visumwerbers aussprechen.

Die Frage des Verhältnisses einer solchen Person zu demjenigen, der eine Verpflichtungserklärung abgibt, stellt sich daher nicht.

Ebensowenig können Personen, die eine Verpflichtungserklärung gem § 21 Abs 6 FPG abgeben, als „Einlader“ bezeichnet werden. Wie oben gezeigt wurde, übernehmen diese bloß eine finanzielle Haftung, die zu der des Visumsinhabers akzessorisch ist.

Darüber hinaus gehende persönliche Pflichten bestehen nicht.

Es ist daher festzuhalten, dass eine „Einladung“ und damit die Person des "Einladers" im Visumverfahren gesetzlich nicht vorgesehen ist. Dementsprechend kann es auch keine Verpflichtungen geben, sie eine derartige Person treffen.

Bezüglich des seinerzeit verwendeten Formulars der Verpflichtungserklärung mit dem Hinweis „ich lade zu einem Besuch in der Dauer von ... zu mir ein“ wird im Rechtsgutachten von ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak ausgeführt:

Auch dem klaren Wortlaut des § 21 Abs 6 FPG besteht die Verpflichtungserklärung in einer Haftung des Erklärenden für die Kosten, die durch den Aufenthalt des Fremden entstehen könnten, gegenüber dem Bund.

Wie oben erörtert und auch vom OGH betont (OGH 23. 2. 2000, 7 Ob 323/99x) ist die Haftung derjenigen Person, die die Verpflichtungserklärung abgibt, gegenüber der des Fremden selbst akzessorisch. Das bedeutet somit nicht, dass die Person, die die Verpflichtungserklärung übernimmt, von vornherein diese Kosten zu tragen, sie gewissermaßen vorzustrecken hätte.

Dies wäre auch nicht möglich, da es um künftige Kosten geht, deren Entstehen bzw deren Ausmaß während des Visumsverfahrens noch gar nicht feststeht. Nur wenn derartige Kosten tatsächlich anfallen, kann sie der Bund später gegenüber dieser Person zivilrechtlich einklagen.

*Dieses Ergebnis ergibt sich auch daraus, dass § 21 Abs 6 FPG auf Kosten abstellt, die „durch den Aufenthalt des Fremden **entstehen könnten**“ (Hervorhebung vom Verfasser).*

Der Gesetzgeber verwendet hier offenbar bewusst den Konjunktiv, um damit auszudrücken, dass die Kosten möglicherweise auch nicht anfallen oder vom Fremden selbst bezahlt werden, womit der Bund den Abgeber der Verpflichtungserklärung nicht in Anspruch nehmen darf.

Zwar sieht Art 21 Abs 5 VO 810/2009 (Visakodex) den Nachweis einer Kostenübernahme als eine von mehreren Möglichkeiten zum Beleg des Vorhandenseins ausreichender Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts vor.

Die Regelung ist aber bloß demonstrativ und ist erst am 5. 4. 2010 in Kraft getreten. Sie ist daher jedenfalls für Fälle, die sich 2006 bzw 2007 ereignet haben, nicht anwendbar.

Die Formulierung „Ich lade zu einem Besuch zu mir ein“ im erwähnten Formular ist vor diesem Hintergrund in mehrfacher Hinsicht missverständlich und irreführend: Zum einen könnte sie so verstanden werden, dass der Abgeber der Erklärung verpflichtet sei, sich persönlich um den Fremden zu kümmern, dh ihm eine Unterkunft zur Verfügung zu stellen bzw für seine Verpflegung zu sorgen. Ein derartiges Konzept liegt wie gezeigt - § 21 Abs 6 FPG nicht zugrunde.

Nach dessen klaren Wortlaut bestehen keine über die Übernahme einer finanziellen Haftung hinaus gehenden Verpflichtungen.

*Die Formulierung „Ich lade zu einem Besuch zu mir ein“ im Formular der Verpflichtungserklärung ist aber auch aus folgendem weiteren Grund bedenklich; **Wie gezeigt, besteht die Verpflichtungserklärung in einer Haftung für bestimmte Kosten gegenüber dem Bund.***

Sie bedeutet nicht, dass der Erklärende jedenfalls die Kosten anstelle des Fremden übernimmt. Letzteres bedeutet aber die Formulierung „ihn einzuladen“. Der oben beschriebene auch vom OGH betonte akzessorische Charakter der Verpflichtungserklärung schließt ein solches Verständnis allerdings aus. Insoweit erscheint die Verwendung der Worte „ich lade ein“ im Formular der Verpflichtungserklärung gesetzwidrig. Sie bringt nämlich Verpflichtungen, die über die in § 21 Abs 6 FPG vorgesehene Haftungsübernahme hinausgehen, zum Ausdruck.

Daraus folgt bei richtiger rechtlicher Beurteilung, dass eine von der Behörde ausgestellte gesetzwidrige Vorlage nicht zum Objekt einer tauglichen Täuschungshandlung qualifiziert bzw erklärt werden kann.

Sofern das Erstgericht in diesem Zusammenhang von einer „inhaltlich unrichtigen Verpflichtungserklärung“ spricht und diese einer Scheineinladung gegenüberstellt (zB Urteil Seite 54), ist die damit vom Erstgericht angeknüpfte Sanktion bzw Beurteilung eines strafbaren Verhaltens verfehlt.

Bemerkenswert ist, dass das seit 1. 6.2009 verwendete neue Formular der Verpflichtungserklärung (elektronische Verpflichtungserklärung- EVE) vom Gesetzestext ebenfalls nicht gedeckt ist.

So führt ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak in seinem Rechtsgutachten aus:

Das neue Formular zur Verpflichtungserklärung unterscheidet sich vom alten dadurch, dass es die Passage „Ich lade zu einem Besuch bei mit ein“ nicht mehr enthielt. Dennoch geht auch deren Inhalt in zwei Punkten über die Verpflichtungen, die § 21 Abs 6 FPG vorsieht, hinaus;

*Zum einen ist im Einleitungssatz davon die Rede, dass der Erklärende sich verpflichte, für den Unterhalt und die Unterkunft der **eingeladenen** (Hervorhebung von Verfasser) Person aufzukommen.*

Damit wird zum einen nach wie vor wenn auch in etwas verklausulierter Weise - auf die gesetzlich nicht vorgesehene „Einladung“ Bezug genommen, zum anderen wird nach wie vor eine primäre (unbedingte) Verpflichtung des Erklärenden normiert.

Zu einem gewissen Grad scheint mir aber eine gesetzeskonforme Interpretation der im neuen Formular gebrauchten Bezugnahme auf eine Einladung noch möglich. Anders als im alten Formular ist nämlich nicht von einem „Besuch zu mir“ die Rede.

Der Begriff „Einladung“ wird aber im allgemein üblichen Sprachgebrauch auch für Konstellationen verwendet, in denen der Einladende die Leistung, auf die er einladt, nicht persönlich erbringt, sondern durch Dritte erbringen lässt.

In diesem Sinne kann man etwa jemanden nicht nur dadurch zum Essen einladen, dass man ihn persönlich bewirtet, sondern auch dadurch, dass man im Restaurant seine Rechnung bezahlt.

Im Ergebnis ändert dies aber nichts, da die Verpflichtung, für den Unterhalt und die Unterkunft aufzukommen, nach wie vor eine unbedingte ist und es an der durch § 21 Abs 6 FPG gebotenen Akzessorietät fehlt.

Der gesetzlich vorgesehenen Haftung gem § 21 Abs 6 FPG entspricht im wesentlichen der zweite Satz des Formulars, wonach sich der Erklärende gegenüber Gebietskörperschaften verpflichtet, bestimmte durch den Aufenthalt des Fremden entstehende Kosten binnen 14 Tagen ab Zahlungsaufforderung bei sonstiger gerichtlicher Geltendmachung zu bezahlen. Bedenklich erscheint allerdings im vorliegenden Zusammenhang die Wendung, wonach die Haftung auch gelte, wenn der Aufenthalt „aus welchen Gründen immer über den Zeitraum der Einladung hinausgeht“.

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die Reichweite der Verpflichtungserklärung sich auf den auf den durch das Visum ermöglichten Aufenthalt beschränkt (dazu näher unten Punkt 9).

Dass die **eingeladene Person nicht zum Verpflichtungserklärenden kommen muss**, erhellt aus nachstehenden im Rechtsgutachten von ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak:

Der Geltungsbereich der Visa ergibt sich aus dem FPG iVm dem unionsrechtlichen Visakodex (vgl Art 3 Z 3 iVm Art 24 VO 810/2009).

Aus diesen Normen ergibt sich, dass das Visum C innerhalb seines zeitlichen Geltungsbereichs zum Aufenthalt im gesamten „ Schengen-Raum“ berechtigt.

*Ausnahmebestimmungen, wonach dies für Visa, die aufgrund einer Verpflichtungserklärung erteilt wurden, nicht gelten soll, bestehen keine. Daher sind auch **Aufenthalte außerhalb des österreichischen Staatsgebiets während der Geltungsdauer des Visums C zulässig.***

Aus diesem Grund ist die vom Erstgericht vertretene Ansicht einer vermeintlichen strafbaren Zweckentfremdung dahingehend, dass die Angeklagten gewusst haben, dass die „Einladungen“ ausschließlich dem Zweck gedient haben würden, der "Eingeladenen Person" die Einreise in den Schengenraum zu ermöglichen (Urteil Seite 81) rechtlich verfehlt.

Die Frage, welche Behörde für die Überwachung und die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ein- und Ausreise zuständig ist, wenn sich der Visumsinhaber

a) in Österreich aufhält (konkret in Innsbruck) oder

b) in einem anderen Schengenstaat aufhält, wird im Rechtsgutachten von ao. Univ.- Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak beantwortet wie folgt:

Erstinstanzliche Fremdenpolizeibehörde ist grundsätzlich die Bezirksverwaltungsbehörde bzw in Sprengeln von BPD diese. Dies ergibt sich aus § 3 Abs 1 FPG, in der durch einen Verweis auf § 1 FPG die Sicherheitsbehörden auch zu Fremdenpolizeibehörden erklärt werden.

Da in Innsbruck eine Bundespolizeibehörde besteht, ist die Bundespolizeidirektion Innsbruck erste Instanz.

*Der Instanzenzug endet grundsätzlich bei der **Sicherheitsdirektion** des jeweiligen Bundeslandes (§ 9 Abs 2 Z 2), diesfalls wäre das die Sicherheitsdirektion Tirol.*

*Sofern sich der Fremde außerhalb Österreichs aufhält, liegt **das außerhalb des territorialen Geltungsbereichs der österreichischen Rechtsordnung.***

Die Zuständigkeit richtet sich daher insoweit nach den Zuständigkeitsnormen des jeweiligen Staates. Die Strafbestimmung des § 111 FPG bildet dazu insoferne eine Ausnahme, als auch die rechtswidrige Einreise in einen anderen Mitgliedstaat oder einen Nachbarstaat Österreich nach österreichischem Recht strafbar ist und insoweit eine Zuständigkeit österreichischer Strafgerichte bestehen kann (dazu unten).

Soweit nun das Strafgericht zur Lösung der Vorfrage berufen ist bzw es das FPG in seinen zum Teil anwendbaren strafrechtlichen Bestimmungen zu vollziehen hat, ist nach Ansicht der Angeklagten die Rechtswidrigkeit der Ein- oder Durchreise bzw die Rechtmäßigkeit des erteilten Visums nach verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

Das vermag auch die Rechtsansicht des Erstgerichtes nicht zu ändern, wonach die die Vorfrage, ob das Visum im konkreten Fall unrechtmäßig, weil unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen erlangt wurde, von den österreichischen Strafgerichten zu beurteilen ist, zumal das Gericht jedenfalls die aus dem Materiengesetz relevanten Bestimmungen, mithin die Bestimmungen im FPG in seinem Gesamtkonnex zu berücksichtigen hat.

Das Erstgericht gesteht dies im Ergebnis auch ein, wenn es ausführt, dass eine rechtswidrige Einreise nach § 114 FPG jene Einreise sei, die gegen eine verwaltungsbehördliche Rechtsvorschriften verstoße (Urteil Seite 51).

Das Gericht hat hierzu ergänzend aber auch die im Zusammenhang mit den verwaltungsbehördlichen Rechtsvorschriften ergangenen Entscheidungen der öffentlichen Höchstgerichte (VwGH und VfGH) zu beachten.

Zur Frage, ob nun der Tatbestand der Schlepperei für den Fall erfüllt ist, wenn beim Visumantrag falsche Unterlagen beigegeben und damit falsche Angaben gemacht werden und in der Folge ein C-Visum ausgestellt wird, führt das Rechtsgutachten von ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak unter Berücksichtigung der höchstgerichtlichen (vor allem verwaltungsrechtlichen) Judikatur aus:

§ 111 Abs 1 FPG lautet: „Wer die rechtswidrige Einreise oder Durchreise eines Fremden in oder durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder Nachbarstaat Österreichs mit dem Vorsatz fördert, sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.“

In der his zum Inkrafttreten der Nov BGBl I 2009/122 am 1. 10. 2010 gültigen Fassung lautete § 114 Abs 1 FPG wie folgt: „Wer die rechtswidrige Einreise oder Durchreise eines Fremden in oder durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder Nachbarstaat Österreichs fördert, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.“

Nach dem klaren Wortlaut des § 114 FPG muss sich die Förderung auf die rechtswidrige Einreise eines Fremden beziehen. Es ist daher zu fragen, ob es sich bei der Einreise aufgrund eines - wenn auch erschlichenen Visums um eine rechtswidrige handeln kann.

Beim Visum handelt es sich um einen normativen hoheitlichen rechtsgestalteten Verwaltungsakt.

Das Visum begründet das Recht zur Einreise und zum kurzfristigen Aufenthalt. Damit ist es iSd verfassungsrechtlich vorgegebenen Rechtsquellensystem eindeutig als Bescheid zu qualifizieren (vgl auch VfSlg 17.033).

Bei der in § 25 Abs 6 FPG vorgesehenen „Ersichtlichmachung“ des Visums im Reisedokument handelt es sich um eine besondere, vereinfachte Form der Bescheidausfertigung, die anstelle der ansonsten in den VerfahrensG vorgesehenen Ausfertigungen von eigenen Schriftstücken oder mündlichen Verkündungen tritt.

Sie ändert nichts an der Rechtsnatur des Visums als Bescheid (vgl VwGH 29. 2. 1996, 94/18/1109, 13. 3. 1998, 95/19/1194; 7. 8. 2001, 98/18/0330; näher Muzak, Aufenthaltsberechtigung 111).

*Obgleich für das Verfahren vor den österr Vertretungsbehörden das AVG gem Art 1 Abs 2 EGVG nicht anwendbar ist, ergibt sich aus den Vefahrensbestimmung des § 11 FPG iVm der Ermächtigung zur Ungültigerklärung des § 26 Abs 1 FPG, dass auch Bescheiden über die Erteilung von Visa **Rechtskraft** zukommt.*

Käme dem Visumbescheid keine Rechtskraft zu, wäre es auch nicht nötig, für den Fall des Herkommens oder Eintretens neuer Tatsachen die Ungültigerklärung gesetzlich vorzusehen. Aus Art 34 Visakodex, der von der Anullierung und Aufhebung eines Visums spricht, ist zu schließen, dass dem Unionsrecht dasselbe System zugrunde liegt.

Solange ein Visum nicht für ungültig erklärt worden ist, stellt es einen rechtskräftigen Bescheid dar (vgl VwGH 16. 9. 2009, 2007/09/0204). Die Bindung von Gerichten an rechtskräftige Bescheide ergibt sich ganz allgemein bereits aus der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden (grundlegend Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit [1960] 149), wird aber in der Lehre zT bestritten (vgl insb Fasching.

Sind die Gerichte an präjudizielle Bescheide der Verwaltungsbehörden gebunden? JBl 1976, 564) bzw differenziert gesehen.

Eine solche Bindung wird aber jedenfalls in solchen Konstellationen bejaht, in denen der Tatbestand der Norm an das Bestehen einer rechtsgestaltenden Entscheidung einer Verwaltungsbehörde anknüpft (Tatbestandswirkung bzw Gestaltungswirkung; vgl etwa Seiler, Strafprozessrecht (2010) Rz 60; Mahrer, Der „ewige“ Konflikt um die Reichweite der Bindungswirkung, ÖJZ 2007/4; Schmoller, Bindung des Strafgerichts an rechtskräftige Vorentscheidungen? ÖJZ 2006/52; Seiler, Die Bedeutung der Vorfragen für den Strafrichter, JBl 1981, 561, Walter, Die Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige präjudizielle Bescheide nach AVG im Rahmen der Zivilprozessordnung im Vorfragenbereich. ÖJZ 1996, 601).

Im konkreten Zusammenhang lässt sich eine Bindung des Gerichts an den Visumsbescheid aber klar auch aus den hier anwendbaren materiengesetzlichen Bestimmungen des FPG ableiten: die Strafbestimmung des § 114 FPG stellt darauf ab, ob ein Aufenthalt rechtswidrig ist. Ob das der Fall ist, ergibt sich aus anderen Bestimmungen des FPG, insb auch aus dessen § 31 Abs 1 Z 1, der die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts definiert und als relevante Berechtigungen auch Einreisetitel, dh Visa, nennt.

Im Sinne der beschriebenen Differenzierung in der Literatur stellt das Visum einen rechtsgestaltenden Bescheid dar, an den die Strafgerichte gebunden sind.

Aus der Rechtskraft des als Bescheid zu qualifizierenden Visums folgt somit, dass ein diesem zugrunde liegender Aufenthalt ein rechtmäßiger und kein rechtswidriger ist.

Die Beihilfe zu diesem erfüllt daher den Straftatbestand der „Schlepperei“ iSd § 114 FPG nicht. Dies gilt auch dann, wenn das Visum erschlichen wurde. Diesfalls ist der Aufenthalt des Fremden solange rechtmäßig, bis das Visum gem § 26 Abs I FPG für ungültig erklärt wird.

Erst mit Rechtskraft dieses Widerrufsbescheides wandelt sich der Aufenthalt zu einem rechtswidrigen um.

***Für diese Sichtweise spricht auch der systematische Zusammenhang mit § 120 Abs 2 Z 1 FPG, der die Erschleichung eines Einreise- und Aufenthaltstitels durch wissentliche falsche Angaben als eigenes Delikt vorsieht und dieses mit einer Verwaltungsstrafe von 1000 bis 5000 Euro sanktioniert.** (Bis zum Inkrafttreten der Nov BGBl I 2009/135, dh bis 31. 12. 2009, war dieses Delikt in § 119 Abs I FPG als eigenes gerichtlich strafbares Delikt mit Strafdrohung von bis zu einem Jahr vorgesehen.)*

Damit wird die rechtswidrige Erlangung eines Aufenthaltstitels klar von der durch Fehlen eines solchen Titels charakterisierten unrechtmäßigen Einreise abgegrenzt.

Nur am Rande sei bemerkt, dass die gegenteilige Sichtweise dazu führen würde, dass Personen, die den Fremden bei der Erschleichung eines Visums unterstützen sowohl wegen Beihilfe zur Erschleichung des Visums als auch wegen Schlepperei bestraft werden dürften.

Diese Konsequenz würde allerdings gegen das durch Art 4 7. ZPProtMRK verfassungsrechtlich garantierte Doppelbestrafungsverbot verstoßen, die auch eine verwaltungsbehördliche und eine gerichtliche Bestrafung wegen desselben Sachverhalts zumindest aus denselben Unrechts Gesichtspunkten (vgl. EGMR 23. 10. 1995v Gradinger; weitergehend auf denselben Sachverhalt abstellend zB EGMR 10. 2. 2009 Zolotukhin) verbieten (allgemein zu dieser Problematik für viele Thienel/Hauenschild, Verfassungsrechtliches „ne bis in idem“ und seine Auswirkungen auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren, JBI 2004. 69. 153 mwN).

Auch der VwGH geht davon aus, dass fremdenrechtliche Bewilligungen, die erschlichen wurden, solange gelten, bis sie für ungültig erklärt wurden; solange begründen sie einen rechtmäßigen Aufenthalt (vgl. VwGH 24. 4. 2002, 2002/18/0039)

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der OGH den Begriff der rechtswidrigen Einreise iSd § 114 FPG in einer problematisch weiten Weise auslegt;

Der Gerichtshof geht zwar zutreffenderweise davon aus, dass eine Einreise dann rechtswidrig iSd § 114 FPG bzw. der Vorgängerbestimmung des § 104 FrG ist, wenn sie „gegen eine (verwaltungsbehördliche) Rechtsvorschrift verstößt“.

Dennoch verneint er die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts bei Erschleichung eines Aufenthaltstitels (OGH 30. 9. 2003, 14 OS 79/03; zutreffend kritisch Höpfel, Rz 58 zu § 1 StGB in Höpfel/Ratz [Hrsg], Wiener Kommentar zum StGB; OGH 18.2.2003, 11 OS 153/03) oder eines von einem anderen Staat ausgestellten Schengen-Visums (OGH 10. 7. 2008, 15 Os 77/08z; 18. 2. 2009, 15 Os 118/08d).

Dem Schutzzweck der Norm entsprechend sei der Begriff der „rechtswidrigen Einreise“ iSd § 111 Abs I FPG „innerhalb; der Grenzen des möglichen Wortsinns (vgl. Höpfel in WK² § 1 Rz 51) weit auszulegen“.

Bedenkt man, dass dem Wortlaut des FPG die Rechtmäßigkeit der Einreise mit einem gültigen Visum folgt, erscheint die - wie gezeigt mE unzutreffende - Position auch im Lichte des aus Art 7 MRK ableitbaren Analogieverbots (vgl. dazu Thienel, Art 7 MRK, in : Korinek/HoIoubek (Hrsg) Bundesverfassungsrecht) bedenklich.

Keine der zit. Entscheidungen des OGH beschäftigt sich genau mit dem hier angenommenen Sachverhalt eines erschlichenen österreichischen Visums. Die aus der österr. Rechtsordnung ableitbare Rechtskraft des zugrunde liegenden Bescheides könnte ein Argument sein, hier eine andere Position zu vertreten, als in den der Judikatur zugrunde liegenden Fällen, in denen es um luxemburgische Visa ging.

Darüber hinaus rechtfertigt der OGH seine weite Auslegung auch mit dem Bereicherungsvorsatz, der ein Korrektiv bildet (OGH 18.2.2003, 11 Os 153/03; 18.2.2009, 15 Os 118/08d)

Genau dieser Bereicherungsvorsatz war aber in der im vorliegenden Fall anwendbaren Fassung des § 114 FPG nicht erforderlich, was ein weiteres Argument dagegen bildet, die in den zit. Entscheidungen vertretene Sichtweise auf die vorliegende Problematik zu übertragen.

Der Regierungsvorlage ist zu entnehmen, dass mit § 114 FPG ein verwaltungsstrafrechtlicher Grundtatbestand der Schlepperei eingeführt werden sollte (vgl. 330 der Beilagen XXIV GP).

Zur Qualifikation dieses verwaltungsstrafrechtlichen Grundtatbestandes erläutern die Materialien, dass der hohe Unrechtsgehalt der Schlepperei wegen einer größeren Zahl von Fremden angenommen werde, wobei als Beispiel **das hohe Gefährdungspotenzial von auch nur wenigen Menschen beim verborgenen Transport in Kraftfahrzeugen genannt wird.**

Der gegenständliche Sachverhalt unterscheidet sich gravierend insoweit von jenem laut den Gesetzmaterialien angenommenen Fall, als es sich hier durchwegs um „**Kubaner mit Rückreiseticket**“ gehandelt hat.

Die **mittels Flugzeug** und ohne Umgehung der physischen Grenzen in den Schengenraum (wenngleich ohne Beweisergebnisse) **angereisten** Kubaner haben als Hauptreiseziel „Tourismus“ oder „Besuch bei Verwandten oder Bekannten“ angegeben.

Zur Feststellung der rechtswidrigen Einreise bedarf es der Feststellung, dass die eingeladene Person auch tatsächlich in Österreich oder im Schengenraum war. Hiezu wird im Rechtsgutachten von ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak ausgeführt:

Der Tatbestand der rechtswidrigen Einreise iSd § 111 FPG stellt auf den tatsächlichen Grenzübertritt und damit auf ein Faktum und nicht auf den Rechtsakt der Visumerteilung ab. § 2 Abs 4 Z 2 FPG definiert die Einreise nämlich als „Betreten des Bundesgebiets“.

Es ist daher erforderlich, dass der Fremde tatsächlich in das Bundesgebiet bzw in einen anderen Eu-Mitgliedstaat oder Nachbarstaat Österreich einreist.

Dass auch die zuletzt genannten Verhaltensweisen nach österreichischen Recht strafbar sind, erscheint im Lichte der völkerrechtlichen Abgrenzung des Geltungsbereichs nationaler Rechtsordnungen nach dem Territorialitätenprinzip (vgl Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2007) Rz 176) aus völkerrechtlicher Sicht problematisch.

Es sei allerdings an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass nach der hier vertretenen Auffassung eine Einreise mit einem gültigen Visum ex definitione rechtmäßig und nicht rechtswidrig ist und eine dabei geleistete (Unterstützung nicht den Tatbestand des § 114 FPG erfüllen kann.

Die Angeklagten haben Verpflichtungserklärungen abgegeben, und zwar auch für Personen, die in der Folge dann eine rechtmäßige Niederlassungsbewilligung in Spanien erlangt haben.

Die hier anstehende Frage, ob es relevant ist, wenn der mit einem aufgrund einer Verpflichtungserklärung erteilten Visum eingereiste Fremde später eine Niederlassungsbewilligung oder einen Aufenthaltstitel eines anderen Mitgliedstaats erhält, beantwortet ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak wie folgt:

*Gegenstand der Haftung des Verpflichtungserklärers sind gem § 21 Abs 6 FPG jene Kosten, die durch „den Aufenthalt“ des Fremden entstehen. Schon aus dem Umstand, dass die Verpflichtungserklärung der Ermöglichung der Visumserteilung dient, kann geschlossen werden, dass damit **jener Aufenthalt gemeint ist, dem das aufgrund der Verpflichtungserklärung erteilte Visum zugrunde liegt.***

Nur jener liegt im sachlichen Geltungsbereich der einschlägigen Bestimmungen des FPG. Keinesfalls reicht die Verpflichtungserklärung so weit, dass auch ein weiterer Aufenthalt, dem eine aufgrund des NAG erteilte Niederlassungsbewilligung zugrundeliegt, erfasst ist.

Schließlich ändert sich dadurch der Titel für den Aufenthalt. Dies zeigt sich auch an ,\ 27 Ab.\; 2 NAG, der eine Gegenstandslosigkeit des Visums bei Erteilung eines Aufenthaltstitels mit überschneidender Gültigkeit anordnet.

Eine allfällige (freilich aufgrund der Verpflichtung zur Auslandsantragstellung gem § 21 NAG nur ausnahmsweise vorstellbare) Erteilung eines Aufenthaltstitels hat aufgrund eines eigenen Verfahrens zu erfolgen, in welchem mögliche finanzielle Belastungen des Staates ebenfalls relevant sind.

Die Versagungsgründe des NAG entsprechen diesbezüglich in der Sache weitgehend den hier diskutierten des FPG (vgl § 11 Abs 2 Z 3 und 4 NAG). Auch ist im NAG für den Fall, dass diese nicht erfüllt werden, eine mit der Verpflichtungserklärung gem FPG vergleichbare Haftungserklärung in § 2 Z 15 NAG vorgesehen.

Jene Person, die diese - erforderlichenfalls abgibt - tritt ab dem Zeitpunkt des Beginns des zeitlichen Geltungsbereichs des Aufenthaltstitels haftungsrechtlich an die Stelle der Person, die zuvor eine Verpflichtungserklärung gem FPG abgegeben hat.

Auch der OGH nimmt grundsätzlich eine Beschränkung eine Beschränkung auf jenen Aufenthalt an, auf den sich die Verpflichtungserklärung bezieht (OGH 21.6. 2006, 7Ob 124/06w); problematisch erscheint allerdings die Bejahung der Haftung für Betreuungskosten bei Asylantragstellung nach Einreise mit einem Visum (OGH 23. 2. 2000, 7Ob323/99x).

Nur am Rande sei bemerkt, dass der Geltungsumfang der Verpflichtungserklärung auch aus verfassungsrechtlichen Gründen eng auszulegen ist:

Der VfGH leitet aus dem aufgrund des BVG über das Verbot rassistischer Diskriminierung auch für fremdenrechtliche Regelungen anwendbaren - Gleichheitssatz ein allgemeines Sachlichkeitsgebot ab (vgl Mayer, B-VG, Anm V.2. zu Art 2 StGG; Holoubek, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes. ÖZW 1991, 72).

Mit diesem hat er durch Grenzen für die Gestaltung haftungsrechtlicher Regelungen begründet.

Er hat ua die gesetzliche Normierung einer Haftung für Umstände, die von der haftpflichtigen Person nicht beeinflussbar sind, als gleichheitswidrig qualifiziert: So wurden etwa steuerrechtliche Haftungen, die an nicht vom Steuerpflichtigen beeinflussbare Umstände anknüpfen, aus diesem Grund aufgehoben (VfSlg 12.841, 14.380 15.773).

Vor diesem Hintergrund bestehen massive verfassungsrechtliche Bedenken gegen die ,schon aufgrund des Wortlauts des § 21 Abs 6 FPG weite Haftung von Personen, die eine Verpflichtungserklärung abgeben (vgl auch Muzak, Ein Fremdenrecht für Wissenschaftler und Auslandsstudierende, zfhr 2007, 67 zur vergleichbaren ebenfalls problematisch weiten Haftungserklärung gem § 2 Z 15 NAG).

Im Zweifel ist die Bestimmung aber im Zuge verfassungskonformer Interpretation diesbezüglich eng auszulegen und daher ein geringerer Haftungsumfang anzunehmen. Auch dies spricht klar gegen eine Annahme der Haftung für Aufenthalte, die sich nicht auf das Visum, sondern auf einen anderen später erlangten Titel etwa nach dem NAG stützen.

Das gleiche gilt für den Fall, dass eine Person, der aufgrund einer Verpflichtungserklärung gem FPG ein Visum erteilt wurde, später einen Aufenthaltstitel eines anderen Mitgliedstaates (hier: Spanien) erlangt.

Auch in diesem Fall bildet ab dem Beginn des zeitlichen Geltungsbereichs das österr Visum nicht mehr den Titel des rechtmäßigen Aufenthalts dieser Person, womit keine Haftung aus der gem FPG abgegebenen Verpflichtungserklärung mehr besteht.

Praktisch werden im zuletzt genannten Fall der Republik Österreich wohl in der Regel ohnedies keine Kosten erwachsen. Zu erwähnen ist im gegebenen Zusammenhang auch, dass § 21 Abs 6 FPG mit „öffentlichen Rechtsträgern“ österreichische Gebietskörperschaften meint.

Eine Haftung für Kosten, die anderen Staaten durch den Aufenthalt des Fremden entstehen können, kann daher durch Verpflichtungserklärungen iSd § 21 Abs 6 FPG nicht begründet werden.

c) Zu der vom Erstgericht angenommenen kriminellen Vereinigung:³⁴

Das LG Innsbruck hat in seinem Urteil - im Grunde ohne Weiteres - das Vorliegen der Qualifikation einer Tatbegehung im Rahmen einer „kriminellen Vereinigung“ angenommen. Die maßgeblichen Ausführungen des Gerichts finden sich auf den S 107 ff des Urteils, insb auf S 107 unten und 108 oben. Dort heißt es:

„Indizien für das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung ergeben sich laut Rechtssprechung aus Art, Inhalt und Intensität des Beziehungsgeflechtes der Beteiligten, ein weiteres Indiz sind regelmäßige Zusammentreffen zur Planung und Durchführung von Straftaten.

Auch mehrfache Begehungen der in § 278 Abs 2 StGB angeführten Straftaten bilden in Zusammenschau mit längerem professionellen Zusammenwirken, Vorhandensein einer Infrastruktur oder subtiler Transportlogistik ein gewichtiges Indiz für die Annahme einer kriminellen Vereinigung.

Im vorliegenden Fall erfolgte der Zusammenschluss zwischen den einzelnen Mitgliedern der kriminellen Vereinigung durch das (teilweise mittelbar über andere Mitglieder der kriminellen Vereinigung erfolgte) Ersuchen der beiden abgesondert verfolgten Haupttäterinnen PEREZ SOQUE und Alvarez Velazquez an den Erst- und Zweitangeklagten, fortgesetzt Einladungen abzugeben, Einlader für Schleppungen anzuwerben und/oder zumindest in Einzelfällen den Erstangeklagten betreffend Urkundenfälschungen für Schleppungen zu erstellen, und die Zusage der Mitglieder, diesem Ersuchen nachzukommen. Dass von der Vereinigung über eine längere Zeit diese Schleppungen betrieben wurden, ergibt sich aus den Visaantragseinbringungsdaten.

Darüber hinaus ergibt sich auch aus der Erstaussage des Erstangeklagten, dass die abgesondert verfolgte Rosa PEREZ Soque diesem bereits im Jahr 2000 erzählt habe, sie würde Kubaner mittels fingierter Einladungen nach Europa, primär nach Spanien bringen. Perez Soque würde sicher 30-10 Personen im Jahr nach Europa bringen.

³⁴ Siehe im Folgenden die beiliegende gutachterliche Stellungnahme von Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch und Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold.

Aber auch die Erstaussage des Erstangeklagten selbst ist als geständige Verantwortung zur Teilnahme an einer kriminellen Vereinigung zu werten.

Er sagte selbst aus, zusammen mit den abgesondert verfolgten Kubanerinnen und dem Zweitangeklagten wegen des Geldes diese Schleppungen durchgeführt zu haben. Es wurde arbeitsteilig vorgegangen, zumindest drei Personen wurden tätig, die Schleppungen erfolgte, wie sich aus den Tatzeitpunkten ergibt, über einen längeren Tatzeitraum."

Im Ergebnis beruht die erstgerichtliche Annahme einer kriminellen Vereinigung der Sache nach auf dem „Ersuchen der Haupttäterinnen“ gegenüber den anderen Angeklagten um entsprechende fortgesetzte Unterstützungshandlungen; dabei sei durch zumindest drei Personen über einen längeren Tatzeitraum in Bezug auf eine nennenswerte Anzahl von (geschleppten) Personen arbeitsteilig vorgegangen worden.

Zu untersuchen ist nun, ob die diesbezüglichen Annahmen des Gerichts zu Recht erfolgt sind. Diese Frage ist im Ergebnis zu verneinen.

Zu klären sind zunächst die rechtlichen Erfordernisse einer kriminellen Vereinigung iSd FPG. Diesbezüglich ist auf die Kommentierung von § 278 StGB zurückzugreifen. Erforderlich ist demnach ein „Zusammenschluss“ von mindestens drei Personen.

Ein Zusammenschluss erfordert nach hA eine Willenseinigung zwischen den beteiligten Personen, sich zu einer Gemeinschaft mit dem Ziel der Erreichung des verpönten Zweckes (Ausführung einer oder mehrerer Katalogtaten durch zumindest ein Vereinigungsmittglied) zu verbinden (Plöchl WK² § 278 Rz 5).

Erforderlich ist demnach eine ernsthafte Einigung der am Zusammenschluss beteiligten Personen darüber, dass sie für eine gewisse Dauer zu Erreichung des gemeinsamen (verpönten) Ziels zusammenbleiben wollen (Plöchl WK² § 278 Rz 8).

Diese Zielsetzung setzt eine Interaktion (Kooperation) dergestalt voraus, dass sich jedes Mitglied dem (festgelegten) Gesamtwillen der Vereinigung so ein- oder unter- ordnet (unterwirft), dass alle Mitglieder bei der Ausführung der vorgesehenen Katalogtat(en) nach dem Gesamtwillen der Vereinigung mit der Unterstützung durch andere Mitglieder rechnen können. Denn ohne Subordination der individuellen Einzelmeinung bzw des persönlichen Einzelinteresses hinter den beim Zusammenschluss akkordierten Gesamtwillen (Vereinigungswillen) wäre das für die Realisierung des einvernehmlich fixierten kriminellen Zieles essenzielle koordinierte Zusammenwirken kaum denkbar (Plöchl, WK² § 278 Rz 15 mit Hinweis auf EBRV StRÄG 2002, 1166 BlgNR 21 . Gp 35; Hinterhofer, BT II⁴ § 278 Rz 2; B/Sch, BT II⁹ § 278 Rz 1; Schwaighofer, WK² § 106 Rz 23; Bertel, WK² § 130 Rz 8b).

Aus dem Vorgesagten ergibt sich: Eine kriminelle Vereinigung erfordert mehr als ein wiederholtes Zusammenwirken zur Erreichung strafrechtlich verpönter Ziele. Eine - sich auch über einen längeren Zeitraum erstreckende - Tatwiederholung begründet daher aus sich heraus genauso wenig eine kriminelle Vereinigung wie eine Tatwiederholung bei arbeitsteiligem Vorgehen.

Selbst regelmäßige kriminelle Geschäftsverbindungen reichen für sich genommen nicht zur Herstellung einer kriminellen Vereinigung hin (Plöchl, WK² § 278 Rz 17).

Auch eine ständige kriminelle Geschäftsverbindungen begründet daher noch keine Bande (so für Drogendelikte: 15 Os 125/95 in Abgrenzung zur Gewerbsmäßigkeit).

In gleicher Weise begründen auch die wiederholten Tatbegehungen nach identem Muster durch zwei Diebe, die immer wieder miteinander stehlen, und einen Hehler, der ihnen immer wieder die Beute abnimmt, keine kriminelle Vereinigung: Zu einer kriminellen Vereinigung kommt es nur dann, wenn sie sich versprechen, einander bei gewissen, Mehr oder minder bestimmten Diebstählen zu helfen.

Solange sich jeder die Entscheidung vor- behält, ob und bei welchen Taten er mitmacht, handelt es sich nicht um eine kriminelle Vereinigung, sondern bloß um einen Kreis von Bekannten, die als Komplizen in Frage kommen (Bertel, WK² § 130 Rz 8b).

Erforderlich ist daher eine Gemeinschaftsstruktur (15 Os 57/08h, 15 Os 116/08k betreffend Tierschützer).

Indizien für das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung können sich insb aus Art, Inhalt und Intensität des Beziehungsgeflechts der Beteiligten, aus regelmäßigen Zusammenkünften zwecks Akkordierung der Entscheidungsfindung und Planung von vereinigungsspezifischen Straftaten, aus der Einrichtung von ständigen Gruppentreffs oder Vereinslokalen, aus der Herkunft der Drogen und dem komplexen Verteilernetz. aus der zur Verwirklichung der Straftaten oder zur Verwertung der Beute erforderlicher subtiler und aufwändigen Logistik udgl ergeben (Plöchl, WK² § 278 Rz 18).

Vor diesem Hintergrund erscheint das Ersturteil verfehlt. Das Urteil geht auf Seite 107 von 2 Haupttäterinnen aus, von denen aus die Schleppereien im Einzelfall erfolgten.

Für eine Unterordnung unter einen Gesamtwillen fehlt es an Tatsachenfeststellungen. Regelmäßige Zusammenkünfte und eine nennenswerte (oder gar aufwändige) Logistik sind dem Urteil nicht zu entnehmen, vielmehr ging man je nach Notwendigkeit auf eine eher wenig planmäßige Suche nach Unterstützern; und zwar entweder auf Zuruf oder - primär – auf spontaner Grundlage.

Eine - auch wiederholte und arbeitsteilig vorgenommene - Schlepperei erfolgt aber dann nicht im Rahmen einer kriminellen Vereinigung, wenn es am Spezifikum des Zusammenschlusses fehlt.

Zur Tatwiederholung kam es nach den Feststellungen - auch wenn das Gericht seine Ausführungen immer wieder mit den Worten „kriminelle Vereinigung“ schmückt - ohne vorherige Vereinbarung der Interaktion (Kooperation) und Subordination.

Mag die (arbeitsteilige) Vorgangsweise auch wiederholt in Bezug auf eine nennenswerte Zahl von Geschleppten „wegen des Geldes“ erfolgen, die Charakteristika einer kriminellen Vereinigung sind damit nicht festgestellt.

Mehr noch bekräftigt eine systematische Interpretation des FPG das Vorgesagte: Der Grundtatbestand der Schlepperei erfasst nicht nur die Tatbegehung des unmittelbaren Täters, sondern nach der allgemeinen Beteiligungsregel des § 12 StGB auch jede Tatbeteiligung: Erfasst ist damit auch die mittäterschaftliche Begehung. Diese besteht definitionsgemäß in einer arbeitsteiligen Ausführung auf Grund gemeinsamen Tatplans.

Die Qualifikation des Abs 2 (früher Abs 4) erfasst die gewerbsmäßige Tatbegehung (siehe zur Abgrenzung Gewerbsmäßigkeit - kriminelle Vereinigung: 15 Os 125/95).

Gewerbsmäßigkeit muss stets „höchstpersönlich“ für jeden Tatbeteiligten vorliegen. Gewerbsmäßiges Handeln erfordert eine Tatausführung in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung ein zumindest tröpfelndes Zusatzeinkommen zu verschaffen. Auch die Schlepperei in Bezug auf mehrere Geschleppte jetzt Abs 3 Z 2 FPG, früher auch Abs 3)

ist als ein eigenständiger Qualifikationsfall vertypet.

All das Vorgesagte ist für die Auslegung des Qualifikationstatbestands der Tatbegehung unter „krimineller Vereinigung“ von unmittelbarer Bedeutung: Aus der genannten Systematik des Deliktsaufbaus des § 114 FPG ergibt sich nämlich, dass die kriminelle Vereinigung in mehr bestehen muss, als in einem arbeitsteiligen, wiederkehrenden, auf eine fortlaufende Einnahmequelle abzielenden Verhalten: Denn eben ein solches Verhalten wäre in Hinblick auf alle seine Einzelemente bereits durch den Grundtatbestand und die anderen Qualifikationsfälle erfasst: Bereits der Grundtatbestand erfasst, wie dargetan, die arbeitsteilige Vorgangsweise, die Gewerbsmäßigkeit die auf Ertragsabsicht beruhende Tatwiederholung und die Qualifikation der Opfer die Wiederholung.

In diesem Licht ist es daher unverzichtbar, den Qualifikationsfall der „kriminellen Vereinigung“ so auszulegen, dass in Hinblick auf die anderen genannten Tatbestands- und Qualifikationsfälle die Verdopplung des Strafrahmens sachlich gerechtfertigt erscheint. Das aber bedeutet, dass man – auch und gerade - im Sachzusammenhang der Schlepperei das Spezifikum der kriminellen Vereinigung, nämlich den - mit dem Ziel der wiederholten Tatbegehung erfolgenden Zusammenschluss ernst zu nehmen hat: Nur dann, wenn die Verbindung der Handelnden nicht bloß in einem fortgesetzten arbeitsteiligen Verhalten besteht, sondern auf die Etablierung einer institutionalisierten Verbindung zwischen den Handelnden gerichtet ist, erscheint die Annahme der Qualifikation als gerechtfertigt.

Das Urteil interpretiert diesen Qualifikationstatbestand der Sache nach so, dass es auf diesen spezifischen Zusammenschluss nicht ankommt und bereits die arbeitsteilige Tatwiederholung hinreicht.

Eben das aber ist nach dem Vorgesagten inkorrekt.

Das Ersturteil ist in Hinblick auf die Annahme einer Deliktsbegehung unter den Voraussetzungen einer „kriminellen Vereinigung“ daher im Ergebnis verfehlt.

Das Urteil erweckt dabei den Eindruck, dass die Wurzel dieses unzutreffenden Ergebnisses in einem unzutreffenden - nämlich zu weiten - Begriffsverständnis der „kriminellen Vereinigung“ liegt.

Jedenfalls fehlt es für eine derartige Subsumption in objektiver und subjektiver Hinsicht an ausreichenden Tatsachenfeststellungen.

Die Annahme des Qualifikationstatbestands der Tatbegehung unter „krimineller Vereinigung“ ist nur insoweit rechtlich zulässig, als die Mitglieder sich zu einer Vereinigung zusammenschließen.

Dafür ist ein spezifischer - von allen Mitgliedern als solcher getragener - Zusammenschluss in Form einer Kooperation oder Subordination unverzichtbar.

Das Ersturteil enthält keine Feststellungen, die über das wiederkehrende, auf eine fortlaufende Einnahmequelle abzielende Verhalten (Gewerbsmäßigkeit) und auf eine arbeitsteilige, bloß den Grundtatbestand erfüllende Vorgangsweise hinausgeht.

Es fehlen Feststellungen zu einer institutionalisierten Verbindung zwischen den Handelnden, die die Annahme der Qualifikation der kriminellen Vereinigung rechtfertigen. Die Annahme einer Tatbegehung unter „krimineller Vereinigung“ erweist daher als rechtlich verfehlt.

Zur Nichtigkeit im Sinne des § 281 Abs 1Z 11 StPO:

Der Schöffensenat erachtet es auf Grund des mangelnden Unrechtsbewusstseins bei den Angeklagten für erforderlich, über diese die aus dem Spruch ersichtlichen unbedingten Freiheitsstrafen zu verhängen, und zwar trotz deren Unbescholtenheit (Urteil Seite 137).

Das Schöffengericht lässt in diesem Zusammenhang den Eindruck erwecken, dass es einen Erschwerungsgrund darstellen würde, dass die Angeklagten aus dessen Sicht sich nicht geständig zeigten.

Während ein Geständnis allerdings mildern wirkt, ist eine nicht geständige Verantwortung kein Erschwerungsgrund. Andererseits widersprechend führt das Gericht auf Seite 136 im Urteil als mildernd das Geständnis des Erstangeklagten Authried vor der Polizei an.

Aus general- und spezialpräventiver Sicht sei eine Verhängung einer teilbedingten Freiheitsstrafe nicht mehr möglich.

Das Gericht lässt allerdings Ausführungen zur General- und Spezialprävention vermissen.

Zur Spezialprävention ist auszuführen:

Mit Änderung des Fremdenrechts können Einladungen und Verpflichtungserklärungen nicht mehr in der Gestalt durchgeführt werden, wie sie den Anklagefakten zu Grunde liegen. Nunmehr muss die Verpflichtungserklärung (EVE) und deren Unterlagen bei der Fremdenpolizei zur Vorlage gebracht werden. Die Angeklagten also von weiteren strafbaren Handlungen im Sinne spezialpräventiver Überlegungen abzuhalten, ist daher nicht mehr notwendig.

Hinzu kommt, dass sich das Gericht selbst auf Grund der Länge und Dauer des Ermittlungsverfahrens bis zum Schluss der Verhandlung (nahezu 4 Jahre) ein Bild vom seither rechtstreuen Verhalten der Angeklagten machen konnte.

Im Sinne einer schuld- und tatangemessenen Bestrafung ist vor allem das Unrecht der Taten zu berücksichtigen. Es darf dabei nicht übersehen werden, dass das Gericht selbst während des ganzen Verfahrens immer wieder darauf hingewiesen hat, dass es sich größtenteils um Rechtsfragen handeln würde.

Die vorgeworfenen Strafnormen betreffend Schlepperei sind Teil des Nebenstrafrechts, welches prinzipiell nicht jedem Bürger im Detail bekannt ist. Was das Fremdenrecht betrifft, so ist gerade auf die durchaus auch medial geäußerten Bedenken zurückzugreifen. So spricht unter anderem der ehemalige Verfassungsgerichtshofpräsident Dr. Korinek davon, dass im Fremdenrecht Bestimmungen enthalten sind, die man nur mit aller größter Mühe versteht und die man völlig unterschiedlich interpretieren kann (www.diepresse.com, beiliegend).

Dass es zu dermaßen unterschiedlichen Interpretationen tatsächlich auch gekommen ist" zeigt der jeweils gegenständliche Rechtsstandpunkt der Anklagebehörde einerseits und der Verteidigung sowie der Rechtsexperten andererseits

Das Gericht hätte daher maßgebliche Überlegungen und wesentliche Entscheidungsgrundlage offenlegen müssen, woraus es die Kenntnis schöpft, dass die Angeklagten im Fremden- und Aufenthaltsrecht bessere Kenntnisse als die Behörden oder Experten bzw. Juristen haben. Bemerkenswert ist, dass das Gericht praktisch für diesen Bereich des Unrechtsbewusstseins im Nebenstrafrecht keine Überlegungen anstellt.

Es mutet in diesen Zusammenhang - wie sich aus dem Verfahrensergebnissen ableiten lässt - eigentümlich an, wenn Polizisten, die zugegebener Maßen keine konkreten Kenntnisse der Materie hatten, laufend auch Rechtsfragen an die Einvernommenen gestellt haben (und größtenteils auch unrichtige Schlussfolgerungen bei gleichzeitiger Verwechslung oder Unkenntnis des Unterschieds von Einladung und Verpflichtungserklärung zogen), während es der Verteidigung im Verfahren verwehrt wurde, ebensolche Fragen an die Polizisten zu stellen (*siehe zB HV Prot vom 10.01.2011, Seite 8, 9, CI J. ^{xxx}*) Auf Frage, was der Unterschied zwischen Verpflichtungserklärung und Einladung ist; *Festgehalten wird, dass es "sich hierbei um eine rechtliche Frage handelt*).

Im Rahmen der Strafzumessung und - bemessung ist auch besonders auf die Folgen der Verurteilung Rücksicht zu nehmen.

Die verfahrensgegenständlichen Freiheitsstrafen entsozialisieren die bislang in der Gesellschaft gut integrierten Angeklagten, der Dritttangeklagte Dr. J. ^{xxx}, der auch in seiner Ordination wohnt, wäre nach Verbüßung einer Haftstrafe obdachlos.

Dem gegenüber steht ein Schleppereivorwurf, bei welchem es als gesichert angenommen werden kann, dass es keine Opfer, keinen Geschädigten gibt und es zu keinem Zeitpunkt zu irgendeiner Inanspruchnahme aus der Haftung gekommen ist, sohin auch zu keinen Vermögensschaden für die Republik.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das herkömmliche Begriffsverständnis von Schlepperei meist mit Umgehungen der Grenzkontrollen unter menschenunwürdigen Bedingungen und unter Lebensgefahr der Geschleppten assoziiert wird.

Auch der Gesetzgeber sieht das typische Unrecht einer derartigen Schlepperei in der Ausbeutung der Geschleppten und meist begleitend mit anschließender Zuführung zur Beschaffungskriminalität (Prostitution). Für genau solche Fälle ist aus der Sicht des Gesetzgebers eine Freiheitsstrafe vorgesehen (meist auch wegen dem damit verbundenen verpönten ausnutzerischen Menschenhandel). All diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung liegt der Unrechtswert der anlagegegenständlichen Schleppereivorwürfe weit hinter jenen oben beschriebenen typischen Tatbeständen.

Zusammengefasst hat das Erstgericht in gesetzwidriger Weise eine Strafzumessung vorgenommen, weil es für die Strafbemessung maßgebende entscheidende Tatsachen offenbar unrichtig beurteilte.

Aus den oben genannten Gründen werden daher gestellt nachstehende

ANTRAGE:

Der Oberste Gerichtshof wolle das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Schöffengericht vom 21.02.2011, 37 Hv 22/10k und 37 Hv 23/10g

1.)

betreffend Armin Authried

a) in seinem Schuldspruch A) wegen des Verbrechens der teils versuchten, teils vollendeten gewerbsmäßigen Schlepperei als Mitglied einer kriminellen Vereinigung nach §§ 114 Abs 2, Abs 4 und Abs 5 erster Fall FPG und 15 StGB,

b) in seinem Schuldspruch B) wegen des Vergehens der Urkundenfälschung nach § 223 Abs 2 StGB,

betreffend Dr. J. ^{xxx}

d) in seinem Schuldspruch A) wegen des Verbrechens der teils versuchten, teils vollendeten gewerbsmäßigen Schlepperei nach §§ 114 Abs 2 und Abs 4 erster Fall FPG und 15 StGB,

2.)

a) die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Gericht I. Instanz zu rückweisen, in eventu

b) die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung beim Obersten Gerichtshof anberaumen, sowie

3.)

den betreffend den Erstangeklagten Armin Authried erfolgten Ausspruch des Verfalls nach 1s 20 Abs 2 StGB in Höhe von EUR 10.000.-- und

den betreffend den Drittangeklagten Dr. J. ^{xxx} erfolgten Ausspruch des Verfalls nach § 20 Abs 2 SIGB in Höhe von EUR 2.000.-- aufleben.

II.)

Binnen offener Frist wird gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Schöffengericht vom 21.02.2011, 37 Hv 22/10 kund 37 Hv 23/10g, nachstehende

BERUFUNG

erhoben und ausgeführt wie folgt:

Die über die Angeklagten verhängten Freiheitsstrafen scheinen im Gesamtkonnex der Taten zu hoch ausgemessen.

Zum einen gibt es im Bereich der vorgeworfenen Schleppungen keine geschädigten KubanerInnen.

Auf Grund der Spezialität dieser Rechtsmaterie sind überdies enorme Auslegungs- bzw Interpretationsspielräume offen geblieben, eine endgültige Klärung der Rechtsfragen hat es selbst nach erstinstanzlichem Schluss der Verhandlung nicht gegeben.

Das Unrecht der Taten ist weit hinter den mit diesen typisch verbundenen Unrechtsgehalt zurück geblieben.

Die Angeklagten sind bislang völlig unbescholten und gut in die Gesellschaft integriert Eine Haftstrafe würde sie nicht nur vom sozialen Umfeld entfernen, es würde sie sogar nach Verbüßung der Haft entsozialisieren und zu Sozialhilfeempfänger machen.

Eine Prognose auf das künftige Verhalten der Angeklagten ist äußerst positiv und günstig.

Die Angeklagten haben jeweils zur Frage des künftigen Wohlverhaltens eine Untersuchung über sich ergehen lassen und werden nachstehend die lassen und werden nachstehend die gegeben:

Armin Authried:

Klinisch-Psychologisches /Psychopathologisches Gutachten des gerichtlich beeideter Sachverständigen Dr. Peter Pilgermair vom 18.04.2011

Zusammenfassende Beurteilung sowie bisheriger Verlauf und Prognose :

Bei Herrn Armin Authried ist neben einer seit Jahren bestehenden chronischen depressiven Verstimmung in Form einer Dysthymia aktuell eine zusätzliche anhaltende mittelgradige depressive Episode und eine komorbide klinisch relevante ausgeprägte Angststörung und Zwangssymptomatik mit deutlichen misstrauischen Verarbeitungstendenzen, psychopathometrisch objektivierbar.

Die befundete Dysthymia weist eine hohe Tendenz zur Chronifizierung auf, und wird im gegenständlichen Fall im Verlauf durch aktuell mittelgradige depressive Episode noch zusätzlich kompliziert im Sinne einer sog. doppelten Depression („Double depression“). Aus der reaktiven Genese der gegebenen psychischen Komplexsymptomatik ist ableitbar, dass Herr Authried durch die damit verbundene burn-out-Situation am Arbeitsplatz, durch die U-Haft 2008, durch die folgende Arbeitsplatzkündigung, durch den Eintritt in die befristete I-Pension und durch das Urteil vom 21 .02.2011 im Ausmaß einer unbedingten Haftstrafe von 2 Jahren, kumulativ in eine Überforderungssituation hinein geriet, die zeitlich eng mit dem Auftreten der verstärkten depressiven Symptomatik korrelierte, wobei ausgeprägte Ängste im Rahmen einer bevorstehenden Inhaftierung zusätzlich destabilisierende Wirkungen entfalten haben dürften.

Neben einer stark begrenzten innerseelischen Beanspruchbarkeit mit ausgeprägter Einschränkung der allgemeinen psychophysischen Belastbarkeit, ist aktuell von einer anhaltenden Überforderungssituation mit der ständigen Gefahr einer Dekompensation, dh also, einer Entgleisung auszugehen.

Vor dem Hintergrund dieser psychopathologischen Befundlage ist Herr Authried aus klinisch psychologischer/psychopathologischer Sicht **aktuell nicht als haftfähig** einzuschätzen.

Hinsichtlich der Prognosebeurteilung zeigen sich als günstige prognostische Faktoren gänzlich fehlende Hinweiszeichen auf das Vorliegen einer kriminalprognostisch ungünstigen Psychopathie oder einer Persönlichkeitsstörung.

Eine dissoziale Charakterstruktur mit geringer Introspektionsfähigkeit, Empathiemangel, Gefühlskälte, Egozentrizität, überhöhtes Anspruchsniveau, paradoxe Anpassungserwartungen, und Unter- bzw Fehlbesetzungen sozialer Normen wie auch mangelhafte selbstkritische Fähigkeiten ist psychopathometrisch nicht objektivierbar bzw fassbar.

in sämtlichen psychopathometrischen Testverfahren ist dem gegenüber ausschließlich eine **prosoziale Lebenseinstellung** fassbar, und findet sich diese Gegebenheit durchgehend in der Biographie bzw Entwicklungsgeschichte des Untersuchten wieder.

Aus dem Gutachten ergibt sich, dass eine Freiheitsstrafe für den Angeklagten Armin Authried, der derzeit als haftunfähig qualifiziert wird, zu fatalen Auswirkungen auf sein restliches Leben zur Folge haben würde.

Dr. J. ^{xxx}:

Klinisch-Psychologisches /Psychopathologisches Gutachten des gerichtlich beeedeten Sachverständigen Dr. Peter Pilgermair vom 18.04.2011

Klinisch-Psychologisches /Psychopathologisches Gutachten und Beurteilung:

Nach den Erhebungen des aktuellen kompletten Psycho- und Persönlichkeitsstatus, sind bei den 65jährigen Herrn Dr. J. ^{xxx} akutell keine klinisch relevanten Auffälligkeiten im psychopathologischen Bereich psychometrisch objektivierbar.

Bei dem Untersuchten befinden sich sämtliche gemessenen psychischen Parameter und Persönlichkeitsdimensionen im unauffälligen Normbereich.

Die gemessenen Gültigkeits- und Validitätskennwerte sind ebenfalls unauffällig ausgeprägt und befinden sich im Bereich der Norm. Somit sind auch hier keinerlei Auffälligkeiten psychometrisch fassbar bzw objektivierbar, die auf allfällige Antworttendenzen in Richtung sozialer Erwünschtheit, mangelnde Offenheit oder mangelnde Selbstkritik und Simulationstendenzen hinweisen würden.

In diesem Zusammenhang konnte insbesondere, wie schon oben erwähnt, mittels multimodaler psychometrischer Verfahren, aktuell keinerlei krankheitswertiges bzw abnormes oder außerhalb des Normbereiches liegendes Zustands- oder Persönlichkeitsbild objektiviert bzw validiert werden.

In synoptischer Betrachtung der Querschnittsbefunde ist bei fehlenden bzw nicht vorhandenen Längsschnittbefunden somit diagnostisch festzuhalten, dass bei Herrn Dr. J. ^{xxx} keine prognostisch ungünstigen Anpassungsstörungen oder Persönlichkeitsstörungen, insbesondere auch keine kriminalprognostisch besonders ungünstige Psychopathie vorliegen.

Bei dem Untersuchten zeigt sich eine zur Gänze im Normbereich liegende seelische Gesundheit, wenngleich hinsichtlich der gegenständlichen Causa ein situationsbedingtes, beeinträchtigt seelischen Wohlbefinden in Form von deutlichen Sorgen und Grübeltendenzen sowie in Form von Gefühlen der Ohnmacht, Hilflosigkeit, Angst, Niedergeschlagenheit und dem Gefühl, missverstanden und abgelehnt zu sein, sich aktuell darstellt.

Fasst man sämtliche objektivierten psychopatometrische und klinischen Befunde und ihre Auswirkungen auf die Risikoerfassung zusammen. so ergibt sich aktuell eine gute Prognosebeurteilung. Bei Herrn Dr. J. ^{xxx} sind folgende wesentliche Schutzfaktoren als Eigenschaften zu beschreiben, die in der angioamerikanischen Literatur als „resilience“ bezeichnet werden und am ehesten mit „Festigkeit und Stabilität“ übersetzt werden könnten:

- Unkomplizierte, positive Lebenseinstellung, die positive Reaktionen des Urrleides hervorruft,
- Fähigkeit zur Distanzierung von negativen Einflüssen, zB Coping-Verhalten und Fähigkeit zur Distanzierung von affektiv bei belastenden Ereignissen,
- Fähigkeit zur Herstellung von sinnhaften Bezügen zwischen dem eigenen Verhalten und der eigenen Lebensperspektive,

- Fähigkeit zur Empathie und das damit verbunden Aufrechterhalten von sozialen Beziehungen,
- Realistische Einschätzung der Anforderungen durch die Umwelt und der eigenen Chancen,
- Fähigkeit, soziale Probleme zu lösen und
- Überdurchschnittlich gute intellektuelle Fähigkeiten.

Die befundeten og. guten protektiven Ressourcen und das damit psychometrisch objektivierte und abgesicherte gute moralische Urteilsvermögen stellen signifikante prädiktoren dar für eine gute Prognosebeurteilung. In sämtlichen psychopathometrischen Testverfahren ist ausschließlich eine **prosoziale Lebenseinstellung fassbar**.

Aus den obigen Gründen wird daher gestellt der

BERUFUNGSANTRAG,

dass das Berufungsgericht die gegen die Berufungswerber Armin Authried und Dr. J. ^{XXX} verhängte Freiheitsstrafe herabsetzen bzw in eine Geldstrafe umwandeln möge.

Unter einem werden nachstehende

Unterlagen

beigelegt:

- Klinisch-Psychologisches /Psychopathologisches Gutachten des gerichtlich beeideten Sachverständigen Dr. Peter Pilgermair vom 18.04.2011 betreffend Armin Authried und Dr. J. ^{XXX} (je eine Ausfertigung)
- Gutachterliche Stellungnahme von Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch und Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold
- Rechtsgutachten ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak
- Schreiben Generalprokuratur vom 10.12.2009
- Schreiben an StA Dr. Ladinig vom 19.11.2009
- Artikel betreffend Dr. Korinek in www.diepresse.com

Innsbruck, am 6.07.2011
AuthAr/1SCHRIFFT.RTF/

Armin Authried
Dr. J. ^{XXX}