

**UNABHÄNGIGER VERWALTUNGSSENAT IM LAND NIEDERÖSTERREICH
AUSSENSTELLE MISTELBACH**

Liechtensteinstraße 44
2130 Mistelbach

Telefax (02572) 4763 11218

Telefon (02572) 4763

E-mail post.uvs-mi@noel.gv.at

Sprechtage Dienstag 8 – 12 Uhr und 16 – 18 Uhr

Amtsstunden Montag – Donnerstag 07.30 – 15.30 Uhr

Freitag 07.30 – 13.00 Uhr

Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich, 2130

1. An
SA

2. An die
Bundespolizeidirektion Schwechat
Wiener Straße 13
2320 Schwechat

DVR 0667625

Beilagen

Senat-AB-02-2012

Bei Antwort bitte Kennzeichen angeben

Bezug
IV-1002344/FrP/02/K

Datum
20. November 2002

Betrifft
SA, Berufung

B E S C H E I D

SA, vertreten durch K & D, Rechtsanwälte Partnerschaft in Wien, hat gegen den Bescheid der Bundespolizeidirektion Schwechat vom 16. April 2002, Zl. IV-1002344/FrP/02/K, betreffend Verschreibung eines pauschalierten Kostenersatzes fristgerecht Berufung erhoben.

Nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich durch das Mitglied Mag. Dr. Wessely über diese Berufung wie folgt entschieden:

S P R U C H

Der Berufung wird gemäß § 66 Abs. 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51, keine Folge gegeben und der erstinstanzliche Bescheid bestätigt.

B E G R Ü N D U N G

Am 4. April 2002 gegen 16.00 Uhr stellte sich der Fremde (angeblich) Alfred Y, nach eigenen Angaben Staatsangehöriger von Ghana, auf dem Flughafen von Wien-Schwechat der Einreisekontrolle. Dabei wies er sich mit einem gefälschten ghanesischen Reisepass aus, bei dem vermutlich die Lichtbildseite ausgetauscht und der Bindfaden in der Mitte des Passes nicht korrekt angebracht worden war. Im Reisepass befand sich ein gültiges Schengenvisum.

Die Anreise des Fremden erfolgte mit dem Kurs der Berufungswerberin LX 1574 aus Zürich.

Im Hinblick auf das Vorliegen des gefälschten Passes wurde der Fremde gemäß § 52 Abs. 1 Fremdengesetz zurückgewiesen und die Berufungswerberin davon verständigt, dass hinsichtlich des Genannten eine Verpflichtung zum Rücktransport gemäß § 53 Abs. 2 Fremdengesetz entstanden sei. Am 4. April 2002 um 11.55 Uhr wurde erstmals versucht, den Genannten mit dem Kurs LX 1577 zur Ausreise nach Zürich zu bringen. Im Luftfahrzeug bei Gate A 5 habe sich der Fremde geweigert, seinen Sitzplatz einzunehmen und sei seitens des Kapitäns die Mitnahme nach Zürich verweigert worden. Bei einem neuerlichen Versuch um 20.10 Uhr dieses Tages habe sich der Fremde zwar bis zum Luftfahrzeug verbringen lassen, sich jedoch neuerlich geweigert, die Rückreise anzutreten. Auf der Gangway stehend habe er angegeben, nicht nur nach Accra zurückreisen, sondern in Wien bleiben zu wollen, wo sein Bruder lebe. Nach Wahrnehmung dieses Sachverhaltes habe der Kapitän die bereits übernommenen Dokumente des Genannten wieder retourniert und von der Mitnahme Abstand genommen.

Mit Schreiben der Bundespolizeidirektion Schwechat vom 9. April 2002, IV-1002344/FrP/02, forderte die Bundespolizeidirektion Schwechat die Berufungswerberin auf, Name, Geburtsdatum, Geburtsort, Wohnort und Staatsangehörigkeit des Fremden sowie Art, Gültigkeitsdauer, ausstellende Behörde und Ausstellungsdatum des Reisedokumentes und des erforderlichen Visums oder Aufenthaltstitels bzw. der gemäß § 5 der Durchführungsverordnung erforderlichen Transiterlaubnis zu übermitteln. Mit Telefax vom 9. April 2002 teilte die Berufungswerberin mit, dass es nicht möglich gewesen

sei, nähere Daten über den Fremden zu erhalten. Der Fremde habe in Accra mit einem Reisepass eingeecheckt, der nicht als gefälscht erkannt worden sei. Er sei mit einer weiteren Fremden gereist und habe eine Retourbuchung für den 9. April 2002 gehabt. Auch sei zweimal vergeblich versucht worden, die Ausreise des Genannten zu bewerkstelligen, was jedoch fehlgeschlagen sei. Der Berufungswerberin stehe keine rechtliche Möglichkeit offen, den Passagier zu zwingen, im Flugzeug zu bleiben.

Mit dem angefochtenen Bescheid schrieb die Bundespolizeidirektion Schwechat der Berufungswerberin die Zahlung eines pauschalierten Kostenersatzes in Höhe von € 3.000,-- vor.

In ihrer Berufung moniert die Berufungswerberin, dass die geforderte Auskunft erteilt worden sei. Die Wortfolge, dass es nicht möglich gewesen sei, genauere Daten über den Fremden zu bekommen, sei dahingehend auszulegen, dass die seitens der Bundespolizeidirektion ermittelten Daten bestätigt worden wären. Dass diese Angaben unrichtig gewesen seien, sei nicht festgestellt worden und komme es darauf auch überhaupt nicht an, zumal die sachliche Richtigkeit des verwendeten Reisedokuments nur aufgrund des Augenscheines und eigener Angaben glaubhaft gemacht werden müsse. Die Berufungswerberin hätte daher alle erforderliche Sorgfalt walten lassen.

Auch seien die versuchten Rückverbringungen seitens der Behörde dadurch vereitelt worden, dass der Fremde nicht mit Zwangsgewalt in das Luftfahrzeug verbracht worden wäre. Aus der „einzuholenden Zeugenaussage“ des Alois P bzw. aus dessen Aufzeichnungen ergebe sich, dass der Fremde sehr ruhig gewesen, zur Abflugszeit aber aus dem Flugzeug ausgestiegen und auf den Stufen der Gangway stehen geblieben sei. Die Beamten hätten versucht, ihm seinen gefälschten Reisepass zu übergeben, doch habe er sich trotzdem geweigert, ins Flugzeug zurückzugehen, sodass der Passagier habe wieder ausgeladen werden müssen. Eine Möglichkeit, den Passagier mit Zwangsgewalt im Flugzeug festzuhalten, bestehe seitens der Berufungswerberin nicht.

Nicht übersehen werde könne ferner, dass der pauschalierte Kostenersatz dann zu leisten wäre, wenn das Vorverhalten des Verpflichteten für die Entstehung von Kosten ursächlich sei. Im konkreten Fall sei seitens der Berufungswerberin jedoch zweimal versucht worden, den Fremden außer Landes zu bringen und liege die Ursache für allenfalls anfallende

Kosten im vorschriftswidrigen Verhalten der eingeschrittenen Sicherheitsorgane. Gehe man davon aus, dass es den Sicherheitsorganen unmöglich gewesen wäre, den Genannten zur Ausreise zu bewegen, müsse dies auch für die Berufungswerberin gelten.

In rechtlicher Hinsicht sei festzuhalten, dass es sich bei § 103 Abs. 3 Fremden-Gesetz um eine Strafnorm handle, was sich auch daraus ergebe, dass mit der Novelle BGBl. Nr. I/2002/142 die Zuständigkeit der Unabhängigen Verwaltungssenats als Berufungsbehörden begründet wurde. Daraus könne nichts anderes abgeleitet werden, als das auch der Gesetzgeber davon ausging, hier eine Strafnorm geschaffen zu haben, hinsichtlich derer der Rechtsschutz durch ein Tribunal im Sinne des Art. 6 EMRK offenstehen müsse. Dass es sich beim Pauschalbetrag des § 103 Abs. 3 Fremden-Gesetz um eine Strafe handle ergebe sich auch daraus, dass es sich dabei um ein den betroffenen angedrohtes Übel, einen Tadel, eine Missbilligung und ein Unwerturteil handle, dass beim Verpflichteten ein Gefühl der Unlust, des Unbehagens und des Schmerzes hervorrufe. Die gegenständliche Sanktion erfülle daher die Anforderungen an eine Strafnorm im Sinne des Art. 6 EMRK. Dieses Ergebnis würde die Initiative der französischen Republik im Hinblick auf die Annahme einer Richtlinie des Rates über die Harmonisierung der „Geldbußen und Geldstrafen für Beförderungsunternehmen“ bestärkt, der zufolge Geldbußen und Geldstrafen gegen Beförderungsunternehmen „abschreckend“ sein sollen bzw. einen Mindestbetrag von € 2.000,-- je beförderter Person umfassen sollen.

Die Vorschreibung der € 3.000,-- stelle einen unverhältnismäßigen bzw. unsachlichen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum der Berufungswerberin sowie den Gleichheitssatz dar. Nähere Ausführungen hinsichtlich des letztgenannten vermögen der Berufung nicht entnommen zu werden. Im übrigen monierte die Berufungswerberin – implizit – die Verfassungswidrigkeit der herangezogenen Bestimmungen wegen Unbestimmtheit im Sinne des Art. 18 B-VG, wobei er darauf hinweist, dass eine wesentliche Änderung gegenüber der vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 1. Oktober 2001, G224/01, aufgehobenen Fassung nicht bestehen sollten.

Die Berufungsbehörde stellt dazu fest:

Gemäß **§ 66 Abs. 4 AVG** hat die Berufungsbehörde grundsätzlich, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung (§ 60) ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern.

Wird lediglich seitens des Beschuldigten oder zu seinen Gunsten Berufung erhoben, so darf in einer Berufungsentscheidung oder Berufungsvorentscheidung keine höhere Strafe verhängt werden als im angefochtenen Bescheid.

Gemäß **§ 103 Abs 3 FrG 1997** hat die Behörde dem Beförderungsunternehmer, der den Fremden nach Österreich gebracht hat, einen pauschalierten Kostenersatz von € 3.000 vorzuschreiben, wenn

- die Grenzkontrollbehörde die Identität eines Fremden nicht ohne weiters feststellen kann oder der Fremde nicht im Besitz der zur Einreise erforderlichen Dokumente ist
- und der Beförderungsunternehmer seiner Auskunftspflichtung gemäß den §§ 53 und 54 nicht unverzüglich nachkommt.

Kein Kostenersatz ist zu leisten, wenn der Beförderungsunternehmer auf eigene Kosten die unverzügliche Abreise des Fremden bewirkt.

Der Betrag eines geleisteten Kostenersatzes ist dem Beförderungsunternehmer zurückzuzahlen, wenn dem betreffenden Fremden auf Grund des nach der Einreise gestellten Antrages Asyl gewährt wird.

Gemäß **§ 53 Abs. 3 FrG 1997** sind Beförderungsunternehmer, die Fremde mit einem Luft- oder Wasserfahrzeug oder im Rahmen des internationalen Linienverkehrs mit einem Autobus nach Österreich gebracht haben, verpflichtet,

- die **Identitätsdaten** der von ihnen beförderten Fremden (Namen, Geburtsdatum, Geburtsort, Wohnort und Staatsangehörigkeit) und
- die **Daten der** zu deren Einreise erforderlichen **Dokumente** (Art, Gültigkeitsdauer, ausstellende Behörde und Ausstellungsdatum)

während der Beförderung folgenden zehn Tage für eine Auskunft an die Grenzkontrollbehörde bereitzuhalten.

Dies gilt nicht für Fremde, die zur sichtvermerksfreien Einreise berechtigt sind, sofern sich der Beförderungsunternehmer davon überzeugt hat, dass sie das erforderliche Reisedokument bei sich haben. Bevor der Beförderungsunternehmer dem Fremden Zutritt zum Beförderungsmittel verschafft, muss dieser die sachliche Richtigkeit des Reisedokuments auf Grund des Augenscheins und eigener Angaben glaubhaft machen.

Nach Abs. 3a hat der Beförderungsunternehmer der Grenzkontrollbehörde auf Anfrage die Daten, die er hinsichtlich eines bestimmten Fremden für diese Behörde bereitzuhalten hat, unverzüglich kostenlos bekannt zu geben.

Maßgeblich ist zunächst, dass es sich bei der gegenständlichen Kostenersatzpflicht – entgegen der Ansicht der Berufungswerberin – um keine (Verwaltungs-)Strafe handelt. Abgesehen von systematischen Überlegungen (die gegenständliche Kostenersatzpflicht wurde im 4. Abschnitt des 8. Hauptstückes des Fremdenrechtsgesetz 1997 unter dem Titel „Kosten“, nicht aber im 5. Abschnitt unter dem Titel „Strafbestimmungen“ normiert) ist der Berufungswerberin entgegenzuhalten, dass gerade das Schuldstrafrecht einer Bestrafung juristischer Personen insoweit entgegensteht, als diese – außer durch ihre Organe – in keiner Weise, mithin auch nicht schuldhaft, handeln können (vgl. daher den entsprechenden „Brückenschlag“ im § 9 VStG). Aber auch aus der Bezeichnung der Kostenersatzpflicht als „Sanktion“ bzw. als „erzieherische Maßnahme“ vermag für die Sicht der Berufungswerberin nichts gewonnen zu werden. Vielmehr ist unter „Sanktion“ jeder von der Rechtsordnung statuierte Zwangsakt als Reaktion auf ein bestimmtes, für sozial schädlich geltendes menschliches Verhalten zu verstehen, dessen Funktion es ist, ein solches Verhalten – durch individuelle oder generelle Prävention – zu verhindern (vgl. schon *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 40). Daraus ergibt sich, dass zwar jede Strafe als Sanktion, nicht aber jede Sanktion als Strafe zu betrachten ist. Zu den Sanktionen zählen demgemäß auch etwa zivilrechtliche Rechtsfolgen in Form von Schadenersatzansprüchen. Keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Strafe vermögen aber auch aus der Berufung der Unabhängigen Verwaltungssenate als Rechtsmittelinstanz gewonnen zu werden, zumal die Zuordnung einzelner Materien zu den Unabhängigen Verwaltungssenaten evidentermaßen nach unterschiedlichsten Gesichtspunkten erfolgt; neben – sich etwa aus Art. 6 EMRK ergebenden – verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten (die im übrigen auch über das Strafrecht hinausgehen) zeichnen mitunter

ausschließlich rechtspolitische Überlegungen für eine Kompetenzbegründung verantwortlich (z.B. Asylrecht).

Am Sanktionscharakter der Kostenersatzpflicht vermag diese Beurteilung freilich nichts zu ändern und ist der Berufungswerberin im Ergebnis darin zu folgen, dass eine Kostenersatzpflicht nur dann Platz greifen kann, wenn das Beförderungsunternehmen seiner aus dem Fremdengesetz 1997 erfließenden Verpflichtung nicht nachkommt. Ob dies der Fall ist oder nicht, hat – infolge des Officialprinzips bzw. des Grundsatzes der materiellen Wahrheit – grundsätzlich die Behörde zu ermitteln. Die Möglichkeit amtswegiger Ermittlungen und damit auch die korrespondierende Verpflichtung der Behörde findet freilich dort ihre Grenze, wo es zur Klärung des Sachverhaltes der Mitwirkung der Parteien bedarf.

Im konkreten Fall ist zunächst unstrittig, dass der Fremde von der Berufungswerberin in das Bundesgebiet transportiert und am Flughafen Wien-Schwechat mit dem in weiterer Folge sichergestellten ghanesischen Reisepass betreten wurde. Davon ausgehend, dass Staatsangehörige von Ghana, als was sich der Fremde ausgab, der Sichtvermerkspflicht unterliegen, traf die Berufungswerberin grundsätzlich die oben umschriebene Auskunftspflicht. Unstrittig ist ferner, dass diese Auskunft nicht in dem vom Gesetz vorgegebenen Umfang erteilt wurde. Mag man auch die Auskunft, es liegen keine weiteren Informationen vor, im Sinne einer Bestätigung jener Angaben werten, die seitens der Bundespolizeidirektion Schwechat mitgeteilt wurden, so wurden jedenfalls die das Reisedokument betreffenden Daten auch bei dieser Sichtweise nicht bekannt gegeben.

Die Berufungswerberin ist daher ihrer Auskunftspflicht nicht nachgekommen. Dass der vom Fremden anlässlich der Zulassung zum Transportmittel vorgewiesene Reisepass gefälscht war, vermag im konkreten Fall am Bestehen der Auskunftspflicht insoweit nichts zu ändern, als selbst bei Echtheit dieses Reisedokuments eine entsprechende Auskunftspflicht bestanden hätte und seitens der Berufungswerberin im Verfahren, insbesondere in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der Berufungsbehörde angegeben wurde, der Fremde habe sich mit dem in weiterer Folge sichergestellten Reisepass ausgewiesen.

Im Hinblick darauf, dass die Berufungswerberin die erforderliche Auskunft nicht erteilt hat, ging die Erstbehörde zu Recht davon aus, dass die Berufungswerberin die Kostenersatzpflicht des § 103 Abs. 3 Fremden-Gesetz 1997 traf.

Die Kostenersatzpflicht entfällt dann, wenn der Beförderungsunternehmer auf eigene Kosten die unverzügliche Abreise des Fremden bewirkt. In diesem Zusammenhang vermeint die Berufungswerberin einen Entfall einer allenfalls entstandenen Kostenersatzpflicht, zumal sie zweimal vergeblich versucht habe, den Fremden außer Landes zu bringen, dies jedoch am Verhalten des Fremden gescheitert sei. Scheiterten aber derartige Versuche, sei von einem Entfall der Kostentragungspflicht auszugehen. Insbesondere stehe dem Beförderungsunternehmen keine Möglichkeit offen, den Fremden zwangsweise außer Landes zu schaffen, sondern sei dies staatliche Aufgabe.

Im Ergebnis vermag sich die Berufungsbehörde der Ansicht der Berufungswerberin nicht anzuschließen. Die Formulierung, die Kostenersatzpflicht entfalle dann, wenn der Beförderungsunternehmer die unverzügliche Abreise des Fremden *bewirke*, ist unzweifelhaft dahingehend zu verstehen, dass die entsprechende Rechtswirkung erst dann eintritt, wenn *der Beförderungsunternehmer* die Abreise des Fremden *bewirkt*, mithin mit ihm zu Gebote stehenden Mitteln dafür sorgt, dass der Fremde – ohne staatlichen Zwang – das Bundesgebiet verlässt. Scheitert dies, weil sich etwa der Fremde weigert, das Beförderungsmittel erneut zu betreten, bleibt die Kostentragungspflicht aufrecht.

Im Ergebnis war daher der Berufung im konkreten Fall kein Erfolg beschieden, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

H I N W E I S
gem. § 61a AVG

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von 6 Wochen ab Zustellung Beschwerde an den Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Sie muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Amtsgebühr beträgt € 180,--.

Unabhängiger Verwaltungssenat
im Land Niederösterreich
Mag. Dr. Wessely

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung