M3666

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 1 C 5.02
OVG 10 A 10108/01

Verkündet
am 21. Januar 2003
Battiege
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 2003 durch die Vizepräsidentin des Bundesverwaltungsgerichts E c k e r t z - H ö f e r , die Richter am Bundesverwaltungsgericht H u n d und R i c h t e r , die Richterin am Bundesverwaltungsgericht B e c k und den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. D ö r i g

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.
Die Anschlussrevision der Beklagten wird verworfen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin 9/17 (neun Siebzehntel) und die Beklagte 8/17 (acht Siebzehntel).

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin, [REDACTED], wendet sich gegen die Androhung von Zwangsgeld nach § 74 Abs. 2 AuslG zur Durchsetzung eines Verbots der Beförderung von Fluggästen nach Deutschland ohne Pass und Visum.

Die Klägerin ist eine Fluggesellschaft in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft [REDACTED]. Sie befördert im Linienverkehr Passagiere von der [REDACTED] in die Bundesrepublik Deutschland. Weil sie immer wieder Fluggäste ohne Pass und Visum aus der [REDACTED] nach Deutschland brachte, erließ das Bundesinnenministerium am 29. Dezember 1981 und am 16. Oktober 1987 nach § 18 Abs. 5 AuslG 1965 sowie am 17. Dezember 1991 nach § 74 Abs. 2 AuslG 1990 jeweils Verfügungen, mit denen der Klägerin die Beförderung von Ausländern ohne die erforderlichen Papiere ausdrücklich verboten wurde.

Nach Abmahnung und Anhörung der Klägerin untersagte ihr - wiederum gestützt auf § 74 Abs. 2 AuslG - die Grenzschutzdirektion Koblenz mit Bescheid vom 2. Dezember 1994, Ausländer auf dem Luftweg nach Deutschland zu befördern, wenn diese nicht im Besitz eines erforderlichen Passes und eines aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit erforderlichen Visums sind. Wegen wiederholter Verstöße gegen das frühere Beförderungsverbot drohte sie der Klägerin ferner gemäß § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 AuslG für jeden Ausländer, der auf direktem Wege oder im Wege des Umsteigeverkehrs entgegen dem Beförderungsverbot nach Deutschland verbracht wird, ein von 2000 DM auf 3000 DM erhöhtes Zwangsgeld an. Gegen diese Verfügung legte die Klägerin Widerspruch ein, den sie nicht begründete; die Grenzschutzdirektion wies ihn nach Ergehen von Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des § 18 Abs. 5 AuslG a.F. in Verfahren gegen andere Fluglinien (vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Dezember 1997 - 2 BvL 55 und 56/92 - BVerfGE 97, 49 und BVerwG, Urteil vom 7. September 1999 - BVerwG 1 C 9.99 - Buchholz 402.240 § 74 AuslG Nr. 1) mit Bescheid vom 17. März 2000 zurück.

Ihre dagegen erhobene Klage hat die Klägerin vor dem Verwaltungsgericht zurückgenommen, soweit sie gegen das Beförderungsverbot gerichtet war. Hinsichtlich der zugleich angegriffenen Zwangsgeldandrohung ist sie in erster Instanz erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberverwaltungsgericht die Zwangsgeldandrohung für die Zeit ab 1997 aufgehoben, weil die Grenzschutzdirektion für die folgenden Jahre keine neuen Erkenntnisse über die Beförderungspraxis verwertet und insoweit ihr Ermessen nicht hinreichend ausgeübt habe. Im Übrigen - für die Jahre 1994 bis 1996 - hat das Oberverwaltungsgericht die Zwangsgeldandrohung als rechtmäßig bestätigt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Zwangsgeldandrohung sei formell ordnungsgemäß ergangen. Für den Zeitraum bis

31.12.1996 sei die Zwangsgeldandrohung auch materiell rechtmäßig. Durch die Erneuerung der Untersagungsverfügung von 1991 und die Androhung eines nunmehr auf 3 000 DM erhöhten Zwangsgeldes habe die Beklagte im Sinne der Zielsetzung des § 74 Abs. 2 AuslG auf die Klägerin einwirken wollen, dass diese zur Vermeidung illegaler Einreisen von Ausländern ihre Kontrollpflichten sorgfältig wahrnehme und bereits bestehende Kontrollmaßnahmen verbessere. Im Zeitraum von 1994 bis 1996 habe die Klägerin - wovon die Grenzschutzdirektion zutreffend ausgegangen sei - in nicht unerheblicher bzw. sogar steigender Zahl unerlaubt Passagiere in die Bundesrepublik befördert. Dabei habe es sich in aller Regel um vorwerfbare Vorfälle gehandelt. Der Maßnahme komme keine erdrosselnde Wirkung zu. Die Beklagte gehe auch gegen andere Fluggesellschaften in dem vorliegend praktizierten, abgestuften System vor. Die Verfügung sei nicht unverhältnismäßig. Das angedrohte Zwangsgeld bewege sich in dem von § 74 Abs. 2 AuslG festgelegten Rahmen zwischen 2 000 und 5 000 DM. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordere nicht, das Zwangsgeld in der Form "bis zu 3 000 DM" anzudrohen oder bei einem festen Zwangsgeldbetrag unterschiedliche Fallgruppen mit je unterschiedlich hohen Zwangsgeldern zu bilden. Ein Verstoß gegen § 13 Abs. 6 Satz 2 VwVG liege ebenfalls nicht vor. Nicht rechtmäßig sei hingegen die Erstreckung der Zwangsgeldandrohung auf den weiteren Zeitraum ab 1997 bis zu deren Ersetzung durch eine neue entsprechende Verfügung im April 2000.

Mit der Revision macht die Klägerin geltend, die Zwangsgeldandrohung sei insgesamt rechtswidrig. Es fehle zunächst an der gemäß § 13 Abs. 6 Satz 2 VwVG erforderlichen Erfolglosigkeit des mit der Verfügung von 1991 angedrohten Zwangsgeldes. Die seinerzeit angedrohten und festgesetzten Zwangsgelder hätten beigetrieben werden müssen. Das sei nicht geschehen. Dem Pflichtigen stehe die Zahlungspflicht zwar bereits mit der Androhung des Zwangsgeldes vor Augen, spürbar werde sie jedoch

erst mit der Beitreibung. Dieses Verständnis von § 13 Abs. 6 Satz 2 VwVG entspreche im Übrigen der Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Erwirkung von unvertretbaren Handlungen gemäß § 888 ZPO. Die Zwangsgeldandrohung sei auch deshalb rechtswidrig, weil ihr "für jeden Fall der Zuwiderhandlung" ein Zwangsgeld angedroht worden sei. Derartige Androhungen ermöglichten es der Beklagten, Zuwiderhandlungen zu sammeln und sie dann in einer Zwangsgeldfestsetzung "summarisch" zu erfassen. Aufgrund der dann möglichen Addition bekomme das Zwangsgeld Strafcharakter. Außerdem verstoße eine derartige Androhung gegen das Kumulationsverbot aus § 13 Abs. 3 VwVG und gegen § 13 Abs. 6 Satz 2 VwVG, wonach für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine erneute Androhung erforderlich sei. Die angefochtene Zwangsgeldandrohung genüge auch nicht dem in § 9 Abs. 2 VwVG niedergelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da nicht nach Art und Schwere des Verstoßes differenziert werde. Die Erhöhung des Zwangsgeldes von 2 000 auf 3 000 DM begegne ebenfalls Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit. Richtigerweise hätte die Behörde nicht auf die absolute Zahl der unerlaubten Beförderungen, sondern auf die Zahl der unerlaubten Beförderungen im Verhältnis zur (gestiegenen) Gesamtzahl der beförderten Passagiere abstellen müssen. Die Anschlussrevision der Beklagten sei unzulässig, weil sie nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung der Revisionsbegründungsschrift eingelegt worden sei (§ 127 Abs. 2 Satz 2 VwGO i.d.F. des Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 21.12.2001, BGBl I 3987).

Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 1. Juni 2001 zu ändern, soweit es die Berufung zurückgewiesen hat, und unter weiterer Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Koblenz vom 10. Juli 2000 die Zwangsgeldandrohung in der Verfügung der Beklagten vom 2. Dezember 1994 in der

Fassung des Widerspruchbescheids vom 17. März 2000
insgesamt aufzuheben,

2. die Anschlussrevision zu verwerfen, hilfs-
weise zurückzuweisen.

Die Beklagte erhebt Anschlussrevision und beantragt,

die Revision zurückzuweisen und auf die Anschlussrevi-
sion das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-
Pfalz vom 1. Juni 2001 aufzuheben, soweit es der Beru-
fung stattgegeben hat, und die Berufung der Klägerin
insgesamt zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und macht geltend,
mit dem Oberverwaltungsgericht sei darauf abzustellen, dass die
Beitreibung des Zwangsgeldes im gegenseitigen Einvernehmen und
folglich auch im Interesse der Klägerin unterblieben sei. Auch
sei die Beitreibung nicht erforderlich, um das angestrebte Ziel
zu erreichen. Bereits durch die gemäß § 74 Abs. 3 Satz 2 AuslG
vollziehbare Festsetzung der Zwangsgelder sei der Klägerin die
Zahlungspflicht eindeutig begreiflich gemacht und die voll-
streckungsrechtliche Beugungswirkung erreicht worden. Das
Zwangsgeld solle die Klägerin dazu anhalten, sich rechtstreu zu
verhalten, und diene nicht dazu, staatliche Einnahmen zu erzie-
len. Die Auffassung der Klägerin, sie - die Beklagte - könne
Zwangsgelder sammeln und diese dann in einer Summe festsetzen
und vollstrecken, entbehre jeglicher Grundlage und sei rein hy-
pothetisch. Vielmehr erfolge die Festsetzung der Zwangsgelder
einzelfallbezogen. Es liege auch keine unzulässige Androhung
mehrerer Zwangsmittel vor; vielmehr sei nach § 74 Abs. 2 Nr. 2
AuslG ein Zwangsgeld für jeden Fall der Zuwiderhandlung anzu-
drohen. Ebenso wenig greife der Einwand eines Verstoßes gegen
den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Den Beförderungsunter-
nehmen seien Maßnahmen zur Vermeidung verbotener Beförderungen
zumutbar. Mit der nach § 141 i.V.m. § 127 VwGO zeitlich unbe-
grenzt zulässigen Anschlussrevision werde ein Verfahrensmangel
geltend gemacht. Dem Oberverwaltungsgericht hätten sich weitere

Ermittlungen zu den Ermessenserwägungen für die Zeit ab 1997 aufdrängen müssen, auch habe es ihr keine Gelegenheit zu einer Heilung gegeben.

II.

Die Revision der Klägerin bezieht sich auf die Zwangsgeldandrohung in dem Bescheid der Beklagten vom 2. Dezember 1994 - nur sie ist Gegenstand des Revisionsverfahrens -, soweit sie vom Berufungsgericht für den Zeitraum bis Ende 1996 bestätigt worden ist. Sie ist zulässig, aber nicht begründet (1.). Die Anschlussrevision der Beklagten, die sich gegen die Aufhebung der Zwangsgeldandrohung für die Zeit danach (ab 1997) richtet, ist unzulässig (2.).

1. Die Revision der Klägerin ist unabhängig davon zulässig, ob die Vorinstanzen die Klage zutreffend als Anfechtungsklage behandelt haben. Insoweit kann offen bleiben, ob sich die Zwangsgeldandrohung vom 2. Dezember 1994 erledigt hat. Das kommt allerdings in Betracht, weil die Beklagte mit Verfügung vom 12. April 2000 ein weiteres Beförderungsverbot mit Zwangsgeldandrohung nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AuslG erlassen hat. Das hat - wie noch auszuführen ist - zur Folge, dass seitdem keine Zwangsgelder aufgrund der vorangegangenen Androhung mehr festgesetzt und vollstreckt werden können. Nach den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten sind die Bescheide über Zwangsgeldfestsetzungen, welche bisher zur Durchsetzung des Beförderungsverbots vom 2. Dezember 1994 ergangen sind, weder bestandskräftig geworden noch hat die Beklagte aus ihnen vollstreckt. Auch als Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO) ist das Begehren der Klägerin unbedenklich zulässig.

Die Revision ist aber nicht begründet. Das Berufungsurteil ist mit Bundesrecht vereinbar, soweit es die Zwangsgeldandrohung

für den Zeitraum bis Ende 1996 als rechtmäßig bestätigt und eine Rechtsverletzung der Klägerin verneint hat.

Zwischen den Beteiligten ist nicht streitig, dass die Zwangsgeldandrohung - wie das Berufungsgericht angenommen hat - formell ordnungsgemäß aufgrund der Ermächtigung in § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AuslG (in der mit Ausnahme der Ressortbezeichnungen unverändert geltenden ursprünglichen Fassung des Gesetzes) erlassen worden ist, insbesondere nach vorheriger Anhörung der Klägerin und im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr. Entgegen der Auffassung der Revision lagen auch die materiellen Voraussetzungen für ihren Erlass vor.

a) Die Beklagte war nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AuslG ermächtigt, ein Zwangsgeld für den Fall der Zuwiderhandlung gegen ein - die allgemeine gesetzliche Pflicht nach § 74 Abs. 1 Satz 1 AuslG konkretisierendes - Beförderungsverbot nach Nr. 1 anzudrohen. Ein solches unselbständiges Verbot (Unterlassungsgebot) war in der gleichen Verfügung enthalten. Lagen mithin die Voraussetzungen für den Erlass der Zwangsgeldandrohung nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AuslG vor, so stand es grundsätzlich im Ermessen der Beklagten, "das Zwangsgeld nach Satz 2" anzudrohen.

Gegen die Ermächtigungsnorm bestehen weder im Hinblick auf das von der Klägerin nicht mehr angegriffene Beförderungsverbot noch im Hinblick auf die hiermit verbundene Zwangsgeldandrohung verfassungsrechtliche Bedenken (vgl. zur Verfassungsmäßigkeit von Beförderungsverboten nach der Vorgängerregelung in § 18 Abs. 5 AuslG 1965: Vorlagebeschluss des erkennenden Senats vom 14. April 1992 - BVerwG 1 C 48.89 - Buchholz 402.24 § 18 AuslG Nr. 1; BVerfG, Beschluss vom 2. Dezember 1997 - 2 BvL 55 und 56/92 - BVerfGE 97, 49 und das Urteil des Senats vom 7. September 1999 - BVerwG 1 C 9.99 - Buchholz 402.240 § 74 AuslG Nr. 1; vgl. ebenso den in einem Verfahren

der Klägerin ergangenen unveröffentlichten Beschluss des Senats vom 21. Juni 2000 - BVerwG 1 B 34.00 -). Dagegen wendet sich die Revision nicht; die Klägerin hat vielmehr die zitierten, im Widerspruchsverfahren abgewarteten Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ersichtlich zum Anlass genommen, das Beförderungsverbot bestandskräftig werden zu lassen.

b) Sowohl das Beförderungsverbot als auch die Androhung, Festsetzung und Vollstreckung von Zwangsgeldern sollen nach dem erkennbaren Gesetzeszweck dazu dienen, die Einhaltung der Pass- und Visumpflicht in jedem Einzelfall sicherzustellen. Die Beförderungsunternehmer sind für die von ihnen nach Deutschland gebrachten Passagiere verantwortlich und werden durch die behördlichen Maßnahmen dazu angehalten, wirksame Kontrollen einzuführen und damit zugleich die Verpflichtungen aus ihrer luftverkehrsrechtlichen Betriebsgenehmigung zu erfüllen (vgl. das Urteil des Senats vom 7. September 1999 - BVerwG 1 C 9.99 - a.a.O. und den Beschluss vom 21. Juni 2000 - BVerwG 1 B 34.00 -). Dadurch wird dem Beförderungsunternehmer kein unzumutbares oder unerfüllbares Verhalten angesonnen. Sowohl die unmittelbar kraft Gesetzes nach § 74 Abs. 1 Satz 1 AuslG bestehende Pflicht des Beförderungsunternehmers, "Ausländer auf dem Luft- oder Seeweg nur in das Bundesgebiet <zu> befördern, wenn sie im Besitz eines erforderlichen Passes und eines erforderlichen Visums sind, das sie aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit benötigen", als auch das im Einzelfall konkretisierte Verbot nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AuslG, Ausländer "dem Abs. 1 Satz 1 zuwider in das Bundesgebiet zu befördern", sind ohne weiteres dahin zu verstehen, dass den Beförderungsunternehmer eine nach objektiven Maßstäben bemessene Verpflichtung trifft, Verstöße gegen die Einreisebestimmungen soweit wie irgend möglich zu vermeiden. Dabei überlässt es der Gesetzgeber sowohl nach § 74 Abs. 1 Satz 1 als auch nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AuslG dem einzelnen Beförderungsun-

ternehmer, auf welche Art und Weise und mit welchen Mitteln er seinen Pflichten nachkommt (zur hinreichenden Bestimmtheit von nicht weiter umschriebenen Unterlassungspflichten vgl. auch BVerfG, Kammer-Beschluss vom 28. Mai 1996 - 1 BvR 927/91 - NJW 1996, 2567 unter II.2.a). Rechtlich oder tatsächlich unerfüllbare Anforderungen treffen den Beförderungsunternehmer dabei von Gesetzes wegen nicht, auch wenn insbesondere über Art und Umfang effizienter Kontrollmaßnahmen unterschiedliche Auffassungen bestehen können. Das entspricht nach dem Vortrag der Beklagten auch ihrer Auffassung und Praxis. Sollten im Einzelfall gleichwohl unzulässige oder unzumutbar überspannte, mit dem Gesetzeszweck unvereinbare Anforderungen an die Beachtung des Verbots nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AuslG gestellt werden, so kann der Beförderungsunternehmer Rechtsschutz gegen die Zwangsgeldfestsetzung wegen einzelner Verstöße in Anspruch nehmen. Erst und nur in diesen Verfahren besteht gegebenenfalls Anlass zur Überprüfung, ob die Verletzung der Pass- und Visumpflicht im Einzelfall dem Beförderungsunternehmer vollstreckungsrechtlich zuzurechnen ist.

Dabei ist grundsätzlich - wie generell im Verwaltungsvollstreckungsrecht - kein Verschulden des Beförderungsunternehmers erforderlich. Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur zivilrechtlichen Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO, auf die sich die Klägerin in der Revisionsverhandlung berufen hat, das rechtsstaatliche Schuldprinzip bei der Verhängung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft anzuwenden ist, beruht dies auf deren auch strafähnlicher Wirkung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. April 1991 - 1 BvR 1443/87 - BVerfGE 84, 82 <87 ff.>; vgl. auch BVerfG, Kammer-Beschluss vom 28. Mai 1996 - 1 BvR 927/91 - NJW 1996, 2567 zu § 888 ZPO). Das ist jedenfalls auf das Zwangsgeld zur Durchsetzung eines Beförderungsverbots nach § 74 Abs. 2 AuslG i.V.m. §§ 6 ff. VwVG nicht übertragbar. Dabei kann offen bleiben, ob

die Ermächtigung zur Erzwingung von Unterlassungen durch Zwangsgelder im Verwaltungsvollstreckungsrecht generell nur als striktes Beugemittel ohne strafähnlichen Ahndungscharakter ausgestaltet und zulässig ist (so Dünchheim NVwZ 1996, 117 ff. m.w.N.; a.A. Engelhardt/App, VwVG VwZG, 5. Aufl. 2001, § 14 VwVG Rn. 6). Jedenfalls für ein Zwangsgeld der vorliegenden Art ist das der Fall. Der Gesetzgeber hat, um die Einhaltung der Pass- und Visumpflicht zu sichern, neben dem Zwangsgeld zusätzliche Maßnahmen vorgesehen, so die Pflicht des Beförderungsunternehmers zur Rückbeförderung nach § 73 AuslG und dessen weitgehende Haftung für Kosten, die im Zusammenhang mit dem Versuch einer unerlaubten Einreise des beförderten Ausländers entstehen (§ 82 Abs. 3, § 83 AuslG). Außerdem hat er einen speziellen Ordnungswidrigkeiten-Tatbestand geschaffen, nach welchem dem Beförderungsunternehmer empfindliche Geldbußen bis 10 000 € (früher bis 20 000 DM) drohen, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig "einer vollziehbaren Anordnung nach § 74 ... oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 zuwiderhandelt" (§ 93 Abs. 3 Nr. 2 AuslG). Stellt sich die Beförderung als Einschleusen von Ausländern nach § 92 a i.V.m. § 92 Abs. 1 Nr. 6 AuslG dar, liegt eine Straftat vor. Betrachtet man diese Regelungen im Zusammenhang, ist die in § 74 Abs. 2 AuslG vorgesehene Ermächtigung zur Durchsetzung eines Beförderungsverbots im Wege des Verwaltungszwangs - durch Androhung, Festsetzung und Beitreibung von Zwangsgeld in dem gesetzlich vorgegebenen Rahmen - nach ihrem Regelungszweck ausschließlich auf eine präventive (Beuge-) Wirkung zur Vermeidung künftiger objektiver Rechtsverletzungen gerichtet. § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AuslG ist demgemäß so auszulegen und anzuwenden, dass mit dem angedrohten Zwangsgeld auf den Beförderungsunternehmer eingewirkt werden soll, sich in Zukunft rechtstreu zu verhalten, d.h. das Beförderungsverbot und zugleich die Grenzen seiner Betriebsrechte unbedingt (in jedem Einzelfall) zu beachten. Dagegen darf das Zwangsgeld nicht als strafähnliche (repressive) Sanktion für begangenes Unrecht angedroht und verhängt werden; das

folgt im Übrigen auch daraus, dass eine derartige Sanktion neben der gleichzeitig für dasselbe Verhalten vorgesehenen Geldbuße unverhältnismäßig wäre.

Nach diesen Grundsätzen kann die angegriffene Zwangsgeldandrohung von vornherein nicht an dem Inhalt eines - wie hier - nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AuslG erlassenen Beförderungsverbots scheitern. Auf den Umstand, dass das Beförderungsverbot im vorliegenden Falle bestandskräftig geworden ist, kommt es insoweit nicht an. Für die Auslegung des § 74 Abs. 2 AuslG ist es ferner unerheblich, ob sich die Klägerin entgegen dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG als ausländische juristische Person auf eine grundrechtliche Schutzposition berufen kann; diese Rechtsfrage hat der Senat bereits früher offen gelassen (vgl. zuletzt Urteil vom 29. Juni 2000 - BVerwG 1 C 25.99 - BVerwGE 111, 284 <291> insoweit ohne Auseinandersetzung mit dem Berufungsurteil des VGH Kassel vom 2. August 1999 - 12 UE 1943/99 - <juris>).

c) Von dem ihr nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AuslG eröffneten Ermessen hat die Beklagte - für den hier maßgeblichen Zeitraum bis Ende 1996 - rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht. Die der Sache nach ausschließlich hiergegen gerichteten Einwände der Klägerin, die sie bereits in den Vorinstanzen vorgebracht hat, greifen auch nach Ansicht des Senats nicht durch. Insbesondere verstößt die Zwangsgeldandrohung nicht gegen den vollstreckungsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Da § 9 Abs. 2 VwVG eine einfachrechtliche Ausprägung dieses Grundsatzes enthält, bedarf es keines Rückgriffs auf Art. 2 Abs. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip. Auch insoweit kann mithin offen bleiben, ob sich die Klägerin zur Begründung einer Verletzung in ihren Rechten auf Art. 19 Abs. 3 GG oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz berufen könnte.

aa) Soweit sich die Klägerin gegen die - gegenüber der vorherigen Zwangsgeldandrohung in der Verfügung vom 17. Dezember 1991 um 1 000 DM erhöhten - Androhung des Zwangsgeldes von nunmehr 3 000 DM wendet, hat das Berufungsgericht zum einen berücksichtigt (UA S. 17), dass sich die Androhung in dieser Höhe noch unterhalb des Mittelwerts des gesetzlichen Rahmens zwischen 2 000 und 5 000 DM hält (vgl. § 74 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 AuslG in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung; seit 1. Januar 2002 zwischen 1 000 € und 2 500 €). Zum anderen hat das Berufungsgericht die Anhebung deshalb für rechtmäßig gehalten, weil "die Klägerin ungeachtet der schon in der Vergangenheit wiederholt erhobenen entsprechenden Vorhalte nach wie vor - jedenfalls soweit es die Jahre 1994 bis 1996 betrifft - in nicht unerheblicher bzw. sogar steigender Zahl unerlaubt Passagiere in die Bundesrepublik befördert" und "dass es sich hierbei auch um vorwerfbare Vorfälle gehandelt" habe (UA S. 13). Das ist nicht zu beanstanden. Im Übrigen rechtfertigt grundsätzlich jede fortgesetzte Missachtung eines Beförderungsverbots dessen (präventive) Durchsetzung mit einem sich steigernden Zwangsgeld innerhalb des gesetzlich bestimmten Rahmens.

bb) Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang ferner einwendet, nur bei einem signifikanten Ansteigen der Verstöße im Verhältnis zu den gestiegenen Beförderungszahlen (allein zwischen 1994 und 1997 habe eine Verdoppelung des Beförderungsaufkommens vorgelegen), hätte ein erhöhtes Zwangsgeld androht werden dürfen, führt auch dies nicht auf einen Ermessensfehler. Die Klägerin verkennt vielmehr, dass sowohl das Beförderungsverbot als auch die Androhung, Festsetzung und Vollstreckung von Zwangsgeldern nach dem Gesetzeszweck gerade dazu dienen sollen, die Beförderungsunternehmer zur Einhaltung der Pass- und Visumpflicht durch ihre Passagiere in jedem Einzelfall anzuhalten. Damit wäre es unvereinbar, wenn die Beklagte fortgesetzte Verstöße gegen das Beförderungsverbot mit

Rücksicht auf gestiegene Beförderungszahlen nicht mehr zum Anlass eines verschärften Vorgehens nehmen dürfte.

cc) Die Klägerin beanstandet ferner, dass bereits bei Erlass der Zwangsgeldandrohung zwischen verschiedenen Fallgruppen nach Art und Schwere des Verstoßes gegen das Beförderungsverbot hätte unterschieden werden müssen. Von ihrer ursprünglichen Auffassung, das Zwangsgeld müsse deswegen mit einem Rahmenbetrag angedroht werden ("bis zu ..."), ist die Klägerin zu Recht abgerückt. § 13 Abs. 5 VwVG bestimmt insoweit unmissverständlich: "Der Betrag des Zwangsgeldes ist in bestimmter Höhe anzudrohen". Daraus dürfte indessen zugleich folgen, dass auch eine variable Androhung für unterschiedliche Verstöße unzulässig ist. Auf jeden Fall ergibt sich dies aus § 74 Abs. 2 Satz 2 AuslG. Danach kann ein Zwangsgeld ohne weitere Differenzierung "für jeden Ausländer", der verbotswidrig in die Bundesrepublik Deutschland gebracht wird, angedroht werden. Ob - wie das Berufungsgericht annimmt (UA S. 18 m.w.N.) - bei der Festsetzung des Zwangsgeldes differenziert werden kann, ist nicht zu entscheiden.

dd) Die Zwangsgeldandrohung ist auch nicht etwa deshalb ermessensfehlerhaft, weil der Klägerin ein unzumutbares oder unerfüllbares Verhalten angesonnen wird oder weil die Androhung - wie sie behauptet - eine "erdrosselnde" Wirkung hat. Sowohl das gesetzliche als auch das durch Verwaltungsakt konkretisierte unselbständige Beförderungsverbot sind - wie oben bereits ausgeführt - so auszulegen, dass keine objektiv unzumutbaren Anforderungen gestellt werden. Die Zwangsgeldandrohung bezieht sich nur auf Verstöße gegen das so verstandene Beförderungsverbot, also auf Handlungen oder Unterlassungen, die bei gesetzeskonformer Auslegung des Verbots objektiv rechtswidrig erscheinen.

ee) Die Revision wendet weiter ein, die angegriffene Zwangsgeldandrohung verstoße gegen das sog. Kumulationsverbot in § 13 Abs. 3 Satz 2 VwVG. Nach dieser Vorschrift sind "die gleichzeitige Androhung mehrerer Zwangsmittel und die Androhung, mit der sich die Vollzugsbehörde die Wahl zwischen mehreren Zwangsmitteln vorbehält", unzulässig. Die Revision vertritt hierzu die Auffassung, dass die in der Verfügung der Beklagten vorgenommene Androhung des Zwangsgeldes "für jeden Fall der Zuwiderhandlung", nämlich für jeden entgegen dem Beförderungsverbot ohne ausreichende Einreisepapiere ins Bundesgebiet beförderten Ausländer, eine von § 13 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 VwVG untersagte Kumulation von Zwangsmitteln darstelle. Sie übersieht dabei, dass nach der speziellen und ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 74 Abs. 2 AuslG ein Zwangsgeld "für jeden Ausländer", der verbotswidrig befördert wird, anzudrohen ist. Nichts anderes hat die Beklagte hier verfügt (zur Unzulässigkeit einer Zwangsgeldandrohung für jeden Fall der Zuwiderhandlung ohne besondere gesetzliche Ermächtigung vgl. die Entscheidung des Senats vom 26. Juni 1997 - BVerwG 1 A 10/95 - Buchholz 452.00 § 93 VAG Nr. 1 = NVwZ 1998, 393). Fehl geht auch der zusätzliche Einwand der Revision, für jeden Fall der Zuwiderhandlung müsse eine erneute Androhung erfolgen; das sieht § 74 Abs. 2 AuslG nicht vor.

ff) Eine ganz andere Frage ist, ob die Beklagte - wie nach dem Ergebnis der Revisionsverhandlung unstreitig - befugt war, wegen zahlreicher Verstöße Zwangsgelder festzusetzen, ohne diese jemals beizutreiben (im gesamten Zeitraum zwischen dem Erlass der hier angegriffenen Verfügung und deren Ersetzung im April 2000 in Höhe von insgesamt mehr als 800 000 € und davon in dem hier erheblichen Zeitabschnitt bis Ende 1996 in Höhe von über 400 000 €). Die Revision macht hierzu geltend, ein solches Ansammeln von Zwangsgeldern sei unverhältnismäßig. Die Beklagte beruft sich hingegen auf eine stillschweigende Übereinkunft mit der Klägerin, die Festsetzungsbescheide während des Laufs

des Widerspruchsverfahrens (bis März 2000) nicht zu vollziehen, weil man die erwähnten Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit von Beförderungsverboten habe abwarten wollen. Sie meint außerdem, die mit dem Zwangsgeld verfolgte Beugewirkung sei bereits mit der Androhung und Festsetzung erreicht worden; das Zwangsgeld solle nicht der Erzielung von Einnahmen dienen.

Der Senat kann offen lassen, wie das - auch in der Vergangenheit und gegenüber anderen Fluggesellschaften praktizierte - Ansammeln von Festsetzungsbescheiden ohne Beitreibungsversuch vollstreckungsrechtlich zu bewerten ist, namentlich ob das Übermaßverbot und der strikte Beugecharakter des Zwangsgeldes nach § 74 Abs. 2 AuslG eine in angemessenen Abschnitten gestufte Vollziehung durch Beitreibung erfordern, auch um auszuschließen, dass die Vollstreckung des Gesamtbetrages nach längerer Zeit in eine strafähnliche Sanktionswirkung umschlägt (vgl. aber auch Beschluss vom 30. November 1994 - BVerwG 4 B 243/94 - Buchholz 310 § 80 VwGO Nr. 59 = DÖV 1995, 384 und generell für die Zulässigkeit auch der rein repressiven Vollstreckung bei Unterlassungspflichten zuletzt etwa OVG Saarlouis, Urteil vom 27. November 2001 - 2 R 9/00 - DÖV 2003, 167 m.w.N.). Hierauf kommt es im vorliegenden Verfahren nicht an. Das gilt ebenso für die Rüge der Klägerin, die angegriffene erneute Zwangsgeldandrohung von 1994 habe nicht erlassen werden dürfen, weil und bevor die aufgrund des früheren Beförderungsverbots von 1991 festgesetzten Zwangsgelder nicht beigetrieben worden seien. Der Klägerin konnte und kann hieraus kein rechtlich erheblicher Nachteil erwachsen, weil die nachträgliche Beitreibung von Zwangsgeldern wegen der Verletzung eines durch eine neue Verfügung ersetzten (oder sonst gegenstandslos gewordenen) Beförderungsverbots unzulässig ist.

Das ergibt sich aus der ausschließlich präventiven Funktion des Zwangsgeldes als Beugemittel zur Durchsetzung von Beförderungsverboten nach § 74 Abs. 2 AuslG. Wird das Beförderungsverbot - wie hier durch den Erlass einer neuen Verfügung nach § 74 Abs. 2 AuslG im April 2000 - gegenstandslos, entfällt der "Titel", dessen Einhaltung und Erfüllung im Wege des Verwaltungszwangs das Zwangsgeld - präventiv - mit Wirkung für die Zukunft erzwingen soll. Eine Vollstreckung bereits festgesetzter Zwangsgelder kann dann keine Beugewirkung mehr entfalten. Sie wäre nur noch eine nach § 74 Abs. 2 AuslG unzulässige (strafähnliche) Sanktion vergangener Rechtsverstöße; außerdem dürfte sie zugleich - was hier indes keiner abschließenden Entscheidung bedarf - unverhältnismäßig sein

Die Zwangsgeldandrohung, die nur für die Festsetzung und den Vollzug präventiv wirkender Zwangsgelder ausgesprochen worden ist, ist danach für den Zeitraum bis Ende 1996 insgesamt ermessensfehlerfrei, insbesondere ohne Verstoß gegen § 9 Abs. 2 VwVG, ergangen.

2. Die unselbständige Anschlussrevision der Beklagten ist nach dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden - und hier noch anwendbaren - Recht unzulässig. Nach altem Recht war sie zwar nicht fristgebunden, so dass es auf die Einwände der Klägerin gegen die rechtzeitige Einlegung und Begründung der Anschließung nicht ankommt. Die Unzulässigkeit nach altem Recht folgt aber daraus, dass sie sich auf einen Teil des Streitgegenstands bezieht, der von der Zulassungsentscheidung des Senats nicht erfasst war (§ 141 Satz 1 i.V.m. § 127 VwGO a.F.). Der Senat hat mit Beschluss vom 4. März 2002 - BVerwG 1 B 322.01 - die Revision auf den Antrag der Klägerin nur zugelassen, soweit diese - durch die Bestätigung der Zwangsgeldandrohung im Berufungsurteil bis 31. Dezember 1996 - beschwert war.

a) Aufgrund der Novellierung des § 127 VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20.12.2001 (BGBl I, S. 3987) - RmBereinVpG - ist die Zulässigkeit sowohl der Anschlussberufung als auch - über die unverändert gebliebene (dynamische) Verweisung in § 141 Satz 1 VwGO - der Anschlussrevision neu geregelt worden. Sie betrifft nur noch die sog. unselbständige Anschließung. Nach § 127 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 141 Satz 1 VwGO muss die Anschlussrevision nunmehr innerhalb eines Monats nach Zustellung der Revisionsbegründung eingelegt und in der Anschlusschrift begründet werden. Außerdem ist sie in entsprechender Anwendung des § 127 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 VwGO auch dann noch zulässig, wenn die Frist für die Einlegung der Revision oder für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision "verstrichen ist". Diese neuen, am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Bestimmungen gelten nach der Übergangsregelung gemäß § 194 Abs. 2 VwGO (in der Fassung von Art. 1 Nr. 28 RmBereinVpG) nicht, wenn die angefochtene gerichtliche Entscheidung - wie hier - vor dem 1. Januar 2002 bekannt gegeben, verkündet oder an Stelle einer Verkündung zugestellt worden ist. Diese "für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels" geschaffene Übergangsvorschrift gilt nach Ansicht des Senats - unmittelbar oder zumindest entsprechend - auch für die neu geregelten Anschlussrechtsmittel; die umstrittene Frage der dogmatischen Einordnung der Anschlussrevision (und Anschlussberufung) als Rechtsmittel im engeren Sinne (vgl. etwa bejahend Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 194 Rn. 3 und verneinend Eyermann/Happ, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 127 Rn. 2 und Nachtrag zur 11. Aufl. 2002, § 194 Rn. N 3) kann dabei offen bleiben.

b) Ein von der Zulassung der Revision ausgenommener Teil eines Urteils konnte nach dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Recht (§ 141 Satz 1 i.V.m. § 127 VwGO a.F.) nicht durch eine Anschlussrevision angefochten werden (Urteil vom 16. Dezember 1980 - BVerwG 5 C 105.79 - Buchholz 412.4 § 5 KgfEG Nr. 4;

ebenso zur Anschlussberufung: Urteil vom 18. März 1996
- BVerwG 9 C 64.95 - Buchholz 310 § 127 VwGO Nr. 7 und Beschluss vom 18. Mai 1999 - BVerwG 9 B 282.99 - <juris>). Die Ausgestaltung der Revision als Zulassungsrechtsmittel und die damit verbundene Rechtsmittelbeschränkung zielte auf die Entlastung der Rechtsmittelinstanz und auf Verfahrensstraffung. Dem diene die Begrenzung des Streits und des Streitstoffs in der nächsten Instanz auf diejenigen Streitgegenstände (oder abtrennbaren Streitgegenstandsteile), hinsichtlich derer das Rechtsmittel nach den strengen gesetzlichen Vorgaben zugelassen wurde. Die unbegrenzte, form- und fristlos mögliche unselbständige Anschließung an das Rechtsmittel der Gegenseite hätte diese Beschränkung zu einem wesentlichen Teil wieder aufgehoben und eine Umgehung der an eine Frist und ein Darlegungserfordernis gebundenen Zulassung im Wege des Anschlussrechtsmittels eröffnet. Das mag aus Gründen der Waffengleichheit, Billigkeit und Prozesswirtschaftlichkeit korrekturbedürftig erschienen sein (vgl. Urteil vom 11. April 2002 - BVerwG 4 C 4.01 - BVerwGE 116, 169 <172>), war aber lediglich eine Folge der Entscheidung des Gesetzgebers für die verfassungsrechtlich unbedenkliche Beschränkung des Rechtsmittelzugs. Ein unbeschränktes Anschließungsrecht der in der Vorinstanz teilweise obsiegenden Partei konnte nur durch eine erneute ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers begründet werden, wie sie die Neufassung des § 127 VwGO enthält (vgl. insbesondere § 127 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 VwGO und die Begründung zu Art. 1 Nr. 11 RmBereinVpG-Entwurf, BTDrucks 14/6393:

"Berechtigte Bedeutung hat die Anschließung nur in den Fällen, in denen der Beteiligte ungeachtet der ihm von der erstinstanzlichen Entscheidung auferlegten Beschwer zunächst in der Hoffnung darauf, dass ein Rechtsmittel von einem anderen Beteiligten nicht eingelegt werde, von einer Berufung oder von einem Antrag auf Zulassung der Berufung abgesehen hat. Wird der Beteiligte in dieser Hoffnung enttäuscht, so soll ihm die (unselbständige) Anschlussberufung

fung die Gelegenheit geben, die Entscheidung auch zu seinen Gunsten zur Überprüfung stellen zu können."

Vgl. ebenso: Bader in Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 2. Aufl. 2002, § 127 Rn. 38; a.A. Kopp/Schenke a.a.O. § 127 Rn. 8). Unter der Geltung des § 127 VwGO a.F. musste und muss es dagegen nach der Ansicht des Senats dabei bleiben, dass die unselbständige Anschließung zum Zwecke der Erweiterung des Prozessstoffs über den zugelassenen Streitgegenstand hinaus die gerichtliche Zulassung nicht ersetzen kann und deshalb unzulässig ist. Dass der 4. Senat in dem zitierten Urteil vom 11. April 2002 a.a.O. zur Auslegung des § 127 VwGO a.F. jüngst eine andere Rechtsauffassung vertreten hat, begründet keine Pflicht zur Vorlage an den Großen Senat des Bundesverwaltungsgerichts nach § 11 Abs. 2 VwGO. Zum einen betrifft dieses Urteil die Anschlussberufung und damit die Auslegung des § 127 VwGO a.F. in unmittelbarer Anwendung (im Unterschied zu dessen entsprechender, für eine abweichende Handhabung im Revisionsverfahren nach § 141 Satz 1 VwGO grundsätzlich Raum lassenden Anwendung). Zum anderen handelt es sich um inzwischen ausgelaufenes Recht.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Eckertz-Höfer

Hund

Richter

Beck

Prof. Dr. Dörig

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1, § 25 Abs. 2 Satz 2 GKG für das Revisionsverfahren auf 433 575 € sowie - unter Änderung der vorinstanzlichen Wertfestsetzungen - für den ersten und den zweiten Rechtszug auf je 848 000 DM festgesetzt (vgl. Nr. I.8 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1996, 605 = NVwZ 1996, 563).

Eckertz-Höfer

Hund

Richter

Beck

Prof. Dr. Dörig

Sachgebiet: BVerwGE: ja
Ausländerrecht Fachpresse: ja
Verwaltungsprozessrecht
Verwaltungsvollstreckungsrecht

Rechtsquellen:

GG Art. 19 Abs. 3
AuslG § 74 Abs. 2, §§ 82, 83, 93 Abs. 3 Nr. 2
VwGO § 11 Abs. 2, §§ 127, 141, 194 Abs. 2
VwVG § 9 Abs. 2, § 13 Abs. 3, Abs. 5, Abs. 6

Stichworte:

Anschlussrevision; unselbständige Anschließung; Beförderungsverbot; Zwangsgeldandrohung; Zwangsgeld für jeden Fall der Zuwiderhandlung; Kumulationsverbot; Zwangsgeld als präventives Beugemittel; strafähnliche Wirkung von Zwangsgeld; Verhältnismäßigkeit als Grundsatz des Vollstreckungsrechts; Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen.

Leitsätze:

1. Das Zwangsgeld zur Durchsetzung von Beförderungsverboten nach § 74 Abs. 2 AuslG hat eine ausschließlich präventive Funktion als Beugemittel.
2. Die Anwendbarkeit der am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Neuregelung der Anschlussrevision richtet sich nach der allgemeinen Übergangsvorschrift in § 194 Abs. 2 VwGO. Nach dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Recht war eine (unselbständige) Anschließung nur im Rahmen der zugelassenen Revision zulässig.

Urteil des 1. Senats vom 21. Januar 2003 - BVerwG 1 C 5.02

- I. VG Koblenz vom 10.07.2000 - Az.: VG 3 K 1118/00.KO -
- II. OVG Koblenz vom 01.06.2001 - Az.: OVG 10 A 10108/01 -