

Zwangsgelder gegen Fluggesellschaften wegen unberechtigter Beförderung von Ausländern^o (NVwZ 2006, 1337)

Die Bundesrepublik Deutschland strebt eine gesteuerte Zuwanderung von Ausländern an, die in Deutschland arbeiten, studieren oder aus humanitären Gründen Aufnahme finden sollen. Um dies zu verwirklichen, hat der Gesetzgeber unterschiedliche Regelungen zur Bekämpfung der illegalen Einreise getroffen. Hierzu zählen Zwangsgelder gegen Fluggesellschaften, die Ausländer ohne gültige Einreisepapiere nach Deutschland befördern. Die Voraussetzungen für die Androhung und Festsetzung derartiger Zwangsgelder waren Gegenstand zahlreicher Gerichtsverfahren. Die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹ hat in wichtigen Punkten zu einer Klärung geführt.

1. Die Einreise von Ausländern nach Deutschland

Deutschland ist nach dem Bericht des UN-Generalsekretärs vom Mai 2006 ein Land, in dem nach den USA und Russland weltweit die dritthöchste Zahl von Migranten lebt. Jeder zwanzigste der weltweit 191 Mio Migranten findet in Deutschland eine neue Heimat – und sei es auch nur für begrenzte Zeit.² Im Zeitraum von 1991 bis 2003 verzeichnete Deutschland insgesamt fast 13 Millionen Zuzüge. Großbritannien als zweitwichtigstes Zielland in Europa registrierte im gleichen Zeitraum etwa 4,9 Millionen Zuwanderer.³ Jährlich reisen etwa 600.000 Ausländer nach Deutschland ein.⁴ Davon wurden zwischen 54 000 (1993) und 18 000 (2004) von der Grenzpolizei als unerlaubt Einreisende aufgegriffen und – soweit möglich – in ihre Herkunftsländer zurückgeführt.⁵ Unter Berücksichtigung der hohen Zahl von Ein- und Ausreisen legt die Bundesregierung mit Recht großen Wert auf wirksame Kontrollen, dass nur einreiseberechtigten Ausländern der Zutritt zum Bundesgebiet gewährt wird. Zur Sicherstellung dieses Zieles werden Private in die Pflicht genommen, u.a. die Unternehmen, die Personen geschäftsmäßig von und nach Deutschland befördern. Hierzu zählen die Fluggesellschaften.

2. Die In-Pflicht-Nahme der Beförderungsunternehmen

Bereits das Ausländergesetz von 1965 verpflichtete die Beförderungsunternehmen, an der Grenze zurückgewiesene Ausländer wieder in ihr Herkunftsland zurückzubringen.⁶ 1981 wurde der Bundesminister des Innern ermächtigt, Beförderungsverbote auszusprechen.⁷ 1987 wurden die Beförderungsunternehmen verpflichtet, einen bestimmten Geldbetrag zu den Kosten beizutragen, die infolge des unberechtigten Aufenthalts eines von ihnen ins Land gebrachten Ausländers entstehen.⁸ In der Folge-

^o Der Autor ist Richter in dem für das Ausländerrecht zuständigen 1. Revisionssenat des BVerwG

¹ vgl. zuletzt Urteil vom 14. März 2006 – BVerwG 1 C 11.05 – NJW 2006, 2280

² Bericht des Generalsekretärs an die UN-Hauptversammlung vom 18. Mai 2006, General Assembly A/60/871, S. 31, Tabelle 3, abrufbar unter <http://www.un.org.esa.population/hldmigration/>

³ Migrationsbericht 2005 der Bundesregierung vom 22. Juni 2006, BT-Drs. 16/2000. S. 131, Abbildung 55

⁴ Migrationsbericht 2005, Fn. 3, S. 5, Tabelle 1

⁵ Migrationsbericht 2005, Fn. 3, S. 124, Tabelle 46

⁶ § 18 Abs. 4 Ausländergesetz vom 28. April 1965, BGBl I, S. 353

⁷ § 18 Abs. 5 Ausländergesetz i.d.F.v. 15. Dezember 1981, BGBl I, S. 1390

⁸ § 18 Abs. 5 Satz 3 Ausländergesetz i.d.F.v. 6. Januar 1987, BGBl I, 89

zeit entstand ein Regelwerk, das Fluggesellschaften und andere Beförderungsunternehmen zum Rücktransport auf eigene Kosten, zur Tragung der Kosten des illegalen Aufenthalts einschließlich Dolmetscherkosten, Kosten der Abschiebungshaft und der amtlichen Begleitung des Ausländers in den Herkunftsstaat verpflichten (heute §§ 64, 66, 67 Aufenthaltsgesetz - AufenthG), wobei der Umfang der Haftung begrenzt ist, wenn der Beförderungsunternehmer nicht zugleich schuldhaft gegen ein behördliches Beförderungsverbot verstoßen hat.⁹ Zugleich wurden Regeln geschaffen, durch Androhung und Verhängung von Zwangsgeldern Druck auf die Beförderungsunternehmen auszuüben, keine Ausländer ohne die vorgeschriebenen Einreisepapiere nach Deutschland zu bringen (heute § 63 AufenthG). Die Regelungen zu den Zwangsgeldern setzen zugleich völkerrechtliche und europarechtliche Verpflichtungen um, die die Bundesrepublik zu beachten hat.

3. Völkerrechtliche und europarechtliche Vorgaben

Die Bundesrepublik Deutschland ist dem Chicagoer Abkommens über die Internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944¹⁰ beigetreten, in dem sich die Vertragsstaaten auf übereinstimmende Regelungen für den internationalen Luftverkehr geeinigt haben. Gemäß Art. 23 des Abkommens verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, "soweit er es für durchführbar hält, seine die internationale Luftfahrt betreffenden Verfahren für Zollabfertigung und Einreise in Übereinstimmung mit den Verfahren zu bringen, die aufgrund dieses Abkommens jeweils festgesetzt oder empfohlen werden". Art. 37 des Abkommens verpflichtet die Vertragsstaaten ferner, am Zustandekommen einheitlicher Vorschriften und Verfahren zur Erleichterung und Verbesserung des internationalen Luftverkehrs mitzuwirken. Dies geschieht insbesondere durch Richtlinien ("Standards") und Empfehlungen ("Recommended Practices"), die der Rat der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation – ICAO – beschließt. Die Richtlinien und Empfehlungen, die sich auf das Einreiseverfahren beziehen, finden sich in Anhang 9 (Annex 9) des Abkommens und werden vom Rat ständig fortgeschrieben und aktualisiert.¹¹ Für die Kontrolle der Reisedokumente vor dem Abflug gelten danach folgende Vorgaben:

- Standard Nr. 3.31:
Die Vertragsstaaten sollen die Luftfahrtunternehmen bei der Kontrolle von Reisedokumenten der Passagiere unterstützen, um Fälschungen und Missbrauch zu verhindern.
- Empfehlung Nr. 3.32:
Die Vertragsstaaten sollen gegenseitige Vereinbarungen erwägen, um den Einsatz von Verbindungsbeamten an Flughäfen zu ermöglichen, die die Luftfahrtunternehmen bei der Kontrolle der Gültigkeit und Echtheit der Reisedokumente der an Bord gehenden Passagiere zu unterstützen.
- Standard Nr. 3.33:
Luftfahrtunternehmen haben am Ort des An-Bord-Gehens die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Passagiere im Besitz aller Dokumente sind, die von den Vertragsstaaten zum Zwecke ihrer Kontrolle vorgeschrieben sind.

⁹ Vgl. hierzu Urteil des BVerwG v. 18. März 2003 – BVerwG 1 C 9.02 - NVwZ 2003, 1274

¹⁰ Beitrittsgesetz vom 7. April 1956, BGBl 1956 II S. 411, 934

¹¹ Annex 9 to the Convention on International Civil Aviation. International Standards and Recommended Practices. Facilitation. Stand: August 2006

Die Richtlinien und Empfehlungen des Rats der ICAO binden nur die Vertragsstaaten, Verbindlichkeit für die Fluggesellschaften erlangen sie erst durch Umsetzungsakte in Deutschland – was durch § 63 Aufenthaltsgesetz und die zu seiner Durchführung erlassenen Anwendungshinweise¹² geschehen ist.¹³

Europarechtliche Vorgaben zu den Kontrollpflichten der Beförderungsunternehmen und Sanktionen zu ihrer Durchsetzung ergeben sich aus dem Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) vom 19. Juni 1990¹⁴, dessen Inhalt durch das Schengenprotokoll zum Amsterdamer Vertrag Gemeinschaftsrecht geworden ist.¹⁵ Hier ist Art. 26 SDÜ von Bedeutung, der seine europarechtliche Grundlage in Art. 63 Abs. 3 EG hat. Die hier maßgeblichen Absätze lauten:

Art. 26 Abs. 1 b:

Der Beförderungsunternehmer ist verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sich zu vergewissern, dass der auf dem Luft- oder Seeweg beförderte Drittausländer über die für die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien erforderlichen Reisedokumente verfügt.

Art. 26 Abs. 2:

Vorbehaltlich der Verpflichtungen, die sich aus der Genfer Konvention vom 28. Juli 1951 über den Flüchtlingsstatus ... ergeben, verpflichten sich die Vertragsparteien, unter Berücksichtigung ihres Verfassungsrechts Sanktionen gegen Beförderungsunternehmer einzuführen, die Drittausländer, welche nicht über die erforderlichen Reisedokumente verfügen, auf dem Luft- oder Seeweg aus dem Drittstaat in ihr Hoheitsgebiet verbringen.

Zur Ergänzung der Regelungen nach Art. 26 SDÜ hat der Rat der EG die Richtlinie 2001/51/EG erlassen.¹⁶ Der hier maßgebliche Art. 4 Abs. 1 lautet:

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die für Beförderungsunternehmen gemäß den Regelungen nach Art. 26 Absätze 2 und 3 des Schengener Durchführungsübereinkommens vorgesehenen Sanktionen abschreckend, wirksam und angemessen sind und dass

- (a) entweder der Höchstbetrag der anwendbaren finanziellen Sanktion nicht unter 5 000 Euro ... je beförderte Person liegt, oder
- (b) der Mindestbetrag dieser Sanktionen nicht unter 3 000 Euro ... liegt, oder
- (c) der auf jede Zuwiderhandlung pauschal angewandte Höchstbetrag nicht unter 500 000 Euro ...liegt, ungeachtet der Anzahl der beförderten Personen.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich in § 63 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) für die Variante "a" entschieden und sieht für Verstöße gegen ein Beförde-

¹² Vgl. die Vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz vom 22. Dezember 2004, Ziffern 63.1.1 bis 63.1.3

¹³ So auch Ott in: GK-AufenthG, Stand: Oktober 2005, § 64 Rn. 28-30

¹⁴ BGBl 1993 II, S. 1013

¹⁵ vgl. BGBl 1998 II, S. 386, 429; BGBl 1999 II, S. 296; BGBl 2002 II, S. 627

¹⁶ Amtsblatt L 187 vom 10. Juli 2001, S 45

rungsverbot ein Zwangsgeld von mindestens 1 000 Euro und höchstens 5 000 Euro vor.

4. Beförderungsverbot und Zwangsgeld nach § 63 Aufenthaltsgesetz

Die im nationalen Recht maßgebliche Vorschrift des § 63 AufenthG ist wie folgt aufgebaut: § 63 Abs. 1 AufenthG beschreibt die gesetzliche Pflicht der Beförderungsunternehmer, Ausländer nur in das Bundesgebiet zu befördern, wenn sie im Besitz eines erforderlichen Passes und eines erforderlichen Aufenthaltstitels sind. § 63 Abs. 2 Satz 1 Alternative 1 AufenthG eröffnet dem Bundesministerium des Innern oder der von ihm bestimmten Stelle die Möglichkeit, im Einzelfall eine Verfügung gegen ein bestimmtes Beförderungsunternehmen zu erlassen, die ihm untersagt, Ausländer entgegen § 63 Abs. 1 AufenthG in das Bundesgebiet zu befördern (Untersagungsverfügung). Eine solche Untersagungsverfügung ist notwendige Grundlage für die Androhung eines Zwangsgeldes für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verfügung nach § 63 Abs. 2 Satz 1 Alternative 2 (Zwangsgeldandrohung). Bei Nichtbeachtung der Verfügung trotz Zwangsgeldandrohung kann die zuständige Bundespolizeibehörde nach §§ 63 Abs. 3, 71 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG ein Zwangsgeld in Höhe von mindestens 1 000 Euro und höchstens 5 000 Euro festsetzen (Zwangsgeldfestsetzung). Im Übrigen kann das Bundesministerium des Innern oder die von ihm beauftragte Stelle gemäß § 63 Abs. 4 AufenthG Regelungen zur Umsetzung der gesetzlichen Pflicht im Sinne von § 63 Abs. 1 AufenthG treffen, insbesondere sogenannte "Memoranda of Understanding" mit den Beförderungsunternehmen vereinbaren.

Auf der Grundlage dieser gesetzlichen Ermächtigung, der die bis Ende 2004 geltende Regelung in § 74 Ausländergesetz weitgehend entsprach, wurden zahlreiche Untersagungsverfügungen namentlich gegen Fluggesellschaften ausgesprochen und Zwangsgelder angedroht und festgesetzt. Die gesetzliche Systematik, die Bedeutung des Zwangsgeldes als bloßes Beugemittel ohne Sanktionscharakter und die abschichtende Wirkung der einzelnen Entscheidungen im gestuften Vollstreckungsverfahren bedurften einer Klärung durch mehrere Revisionsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht.

5) Das Zwangsgeld nach § 63 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz als Beugemittel ohne Sanktionscharakter

Das Bundesverwaltungsgericht hatte für das Zwangsgeld zur Befolgung eines ausländerrechtlichen Beförderungsverbots zu entscheiden, ob es ein reines Beugemittel zur Erzwingung rechtmäßigen Verhaltens ist oder zugleich eine Sanktion für in der Vergangenheit begangene Verstöße. Denn nur für den Fall seines Sanktionscharakters wäre ein Verschulden des Beförderungsunternehmers beim Verstoß gegen die Untersagungsverfügung erforderlich. Kommt dem Zwangsgeld ausschließlich die Wirkung zu, rechtmäßiges Handeln zu erzwingen, kann ein bereits rechtmäßig festgesetztes Zwangsgeld nicht mehr beigetrieben werden, wenn der Pflichtige nachträglich seine Verpflichtung erfüllt. Im Übrigen hängt der Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Zwangsgeldes davon ab, ob es ein rein in die Zukunft gerichtetes Beugemittel ist oder auch Verstöße in der Vergangenheit sanktioniert.

Die Rechtsnatur des Zwangsgeldes ist umstritten. Nach § 11 Abs. 1 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) dient das Zwangsgeld im Allgemeinen dazu, den Pflichtigen zur Vornahme einer Handlung anzuhalten, die nur von seinem Willen abhängt.

Es kann nach § 11 Abs. 2 VwVG aber auch verhängt werden, wenn der Pflichtige der Verpflichtung zuwiderhandelt, eine Handlung zu dulden oder zu unterlassen. Das Institut des Zwangsgeldes wurde erstmals im Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (§§ 33, 55 PVG) normiert.¹⁷ Bis dahin kannte man nur den Begriff der Zwangsstrafe.¹⁸ Die Zwangsstrafe erfüllte eine Doppelfunktion: Sie war einerseits Beugemittel zur Durchsetzung behördlicher Verfügungen und andererseits eine Verwaltungsstrafe zur Ahndung rechtswidrigen Verhaltens. Aufgrund ihres beugenden und zugleich ahndenden Charakters konnte die Zwangsstrafe auch noch dann verhängt werden, wenn der polizeiwidrige Zustand beendet war.¹⁹ So sah das Preußische Oberverwaltungsgericht die Rechtslage auch noch für das neue Institut des Zwangsgeldes. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber bereits im Jahr 1965 für das polizeiliche Zwangsgeld entschieden, dass spätestens seit Inkrafttreten des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes im Jahr 1953 zwischen Zwangsgeld und Ordnungswidrigkeit zu unterscheiden ist.²⁰ Die frühere Doppelfunktion der Zwangsstrafe wird in ihrem ahndenden Teil jetzt durch die Ordnungswidrigkeit erfüllt. Das polizeiliche Zwangsgeld ist daher ein reines Beugemittel, dessen Anwendung sich in dem Zweck erschöpft, den es herbeiführen soll. Bricht ein Bauherr nach Bestandskraft eines Zwangsgeldbescheides sein illegal errichtetes Wochenendhaus ab, so darf das gegen ihn festgesetzte Zwangsgeld nicht mehr beigetrieben werden, weil der Vollstreckungszweck erfüllt ist. Die Ahndung seines rechtswidrigen Verhaltens in der Vergangenheit kann mittels einer Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht erfolgen, sofern dies für den konkreten Gesetzesverstoß vorgesehen ist. Das verwaltungsrechtliche Zwangsgeld ist dafür hingegen ein ungeeignetes Mittel.

Das Bundesverwaltungsgericht wendet seine bereits 1965 begründete Rechtsprechung trotz gegenteiliger Stimmen in der Literatur²¹, aber in Übereinstimmung mit dem Bundesfinanzhofs für das Zwangsgeld nach der Abgabenordnung²², nun auch auf das Zwangsgeld nach § 63 AufenthG an. Das bedeutet, dass dieses Zwangsgeld ausschließlich eine präventive Wirkung zur Durchsetzung eines ausländerrechtlichen Beförderungsverbots hat. Es soll auf den Beförderungsunternehmer eingewirkt werden, sich in Zukunft rechtstreu zu verhalten, d.h. das Beförderungsverbot und zugleich die Grenzen seiner Betriebsrechte zu beachten. Es darf hingegen nicht als strafähnliche Sanktion für begangenes Unrecht angedroht und verhängt werden.²³ Deshalb ist ein Verschulden des Beförderungsunternehmers weder Voraussetzung für die Untersagungsverfügung noch für die Androhung und Festsetzung des Zwangsgeldes.²⁴ Entfaltet das Zwangsmittel die in die Zukunft gerichtete Wirkung, das Beförderungsverbot durchzusetzen, sind auch entscheidungserhebliche Veränderungen der Sach- und Rechtslage, die nach seinem Erlass eintreten, der Beurteilung seiner Rechtmäßigkeit zugrunde zu legen.²⁵ Hebt die Behörde etwa im Verlauf

¹⁷ Preußisches Gesetzsammlung 1931, 77

¹⁸ Vgl. hierzu Stein, DVBl. 1956, 505, 506

¹⁹ Vgl. Dünchheim, NVwZ 1996, 117

²⁰ BVerwG, Urteil vom 14. Januar 1965 – I C 26.62 – DVBl 1965, 768, 769 f.

²¹ So App/Wettlaufer, Verwaltungsvollstreckungsrecht, 4. Aufl 2005, S. 239; Bettermann, DVBl 1969, 119; a.A. Dünchheim, NVwZ 1996, 117

²² Urteil vom 29. April 1980 – VII R 4.79 – BFHE 131, 425

²³ so ausdrücklich Urteil vom 21. Januar 2003 – BVerwG 1 C 5.02 – BVerwGE 117, 332, 338; Urteil vom 14. März 2006, Fn. 1, Rn. 9

²⁴ BVerwG, Fn. 23, 337; Urteil vom 16. Dezember 2004, BVerwG 1 C 30.03 – BVerwGE 122, 293, 297; ebenso Hailbronner, Ausländerrecht, Stand: Januar 2005, § 63 AufenthG, Rn. 17

²⁵ so für das Zwangsgeld Urteil vom 14. März 2006, Fn 23, Rn. 9; für die Zwangsgeldandrohung bereits Urteil vom 16. Dezember 2004, Fn 24, 338 oben

eines Gerichtsverfahrens über die Rechtmäßigkeit einer Zwangsgeldfestsetzung das ihr zugrunde liegende Beförderungsverbot oder die Zwangsgeldandrohung auf, weil sich der Beförderungsunternehmer mittlerweile rechtstreu verhält, entfällt nachträglich die Rechtfertigung für die Verhängung des Zwangsgeldes, weil keine Einwirkung auf den Willen des Beförderungsunternehmers mehr erforderlich ist. Umgekehrt kann auch die Behörde im Verlauf, aber vor Abschluss des Vollstreckungsverfahrens einen ursprünglichen Zuständigkeitsmangel für den Erlass der Zwangsgeldandrohung oder –festsetzung heilen.²⁶

6) Die Voraussetzungen für den Erlass der Verfügungen nach § 63 AufenthG

Die Festsetzung eines Zwangsgeldes ist die dritte Stufe in dem gesetzlich festgelegten Verfahren zur Durchsetzung des Beförderungsverbots nach § 63 Abs. 1 AufenthG. Ihr muss der Erlass einer Untersagungsverfügung nach § 63 Abs. 2 Satz 1 Alternative 1 AufenthG und einer Zwangsgeldandrohung nach § 63 Abs. 2 Satz 1 Alternative 2 AufenthG vorausgehen. Ihr folgt gegebenenfalls die Beitreibung des Zwangsgeldes als vierte Stufe. Bei diesem gestuften Verfahren ist die abschichtende Wirkung von Entscheidungen auf den vorangegangenen Stufen zu beachten. Das Beförderungsunternehmen kann daher im Verfahren der Zwangsgeldandrohung (Stufe 2) nicht mehr mit Argumenten gehört werden, die es der Untersagungsverfügung (Stufe 1) hätte entgegen setzen müssen, z.B. eine Ermessensbindung der Behörde gegenüber dem konkreten Unternehmen, Untersagungsverfügungen erst ab Überschreiten einer bestimmten Schwelle von Beförderungsverstößen zu erlassen. Was im Rahmen eines mehrstufigen Verfahrens auf der vorangegangenen Stufe bestandskräftig entschieden ist, darf – ohne weitere Überprüfung der Rechtmäßigkeit bis hin zur Grenze der Nichtigkeit – auf der folgenden Stufe unberücksichtigt bleiben. Denn die Wirksamkeit und nicht die Rechtmäßigkeit vorausgegangener Akte ist Bedingung für die Rechtmäßigkeit der folgenden Vollstreckungsakte.²⁷ Weiter ist zu beachten, dass Einwände von Beförderungsunternehmen, die die Vermeidbarkeit bestimmter Verstöße gegen das Beförderungsverbot im Einzelfall betreffen, erst und nur im Verfahren der Zwangsgeldfestsetzung (Stufe 3) gerichtlich überprüfbar sind, hingegen nicht schon gegen den Erlass der Untersagungsverfügung eingewandt werden können.²⁸ Im Folgenden sollen die Voraussetzungen der Verfügungen nach Stufen 1 bis 3 näher beleuchtet werden.

a) Die Untersagungsverfügung

Tatbestandliche Voraussetzungen für den Erlass einer Untersagungsverfügung nach § 63 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 AufenthG ist, ohne dass dies ausdrücklich normiert wäre, dass der Beförderungsunternehmer Ausländer ohne erforderlichen Pass oder ohne erforderliche Aufenthaltstitel befördert hat oder der begründete Verdacht besteht, dass solche Ausländer befördert werden sollen. Der Erlass einer solchen Verfügung setzt also einen begangenen objektiven Verstoß gegen das Beförderungsverbot nach § 63 Abs. 1 AufenthG oder den begründeten Verdacht eines entsprechenden Verstoßes in der Zukunft voraus.²⁹ Die Verfügung konkretisiert gegenüber dem betroffenen Beförderungsunternehmer die bereits aus § 63 Abs. 1 AufenthG

²⁶ Urteil vom 14. März 2006, Fn. 23, Rn. 9

²⁷ So ausdrücklich Urteil vom 16. Dezember 2004, Fn. 24, 297

²⁸ Urteil vom 21. Januar 2003, Fn. 23, 337

²⁹ Urteil vom 16. Dezember 2004, Fn. 24, 298

resultierende Verpflichtung, Verstöße gegen die Einreisebestimmungen durch wirksame Kontrollmaßnahmen so weit wie irgend möglich zu vermeiden.³⁰

Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Untersagungsverfügung erfüllt, hat die Behörde eine Ermessensentscheidung zu treffen, ob sie die Verfügung erlässt oder nicht. Im Rahmen der Ermessensentscheidung ist zu berücksichtigen, ob der Beförderungsunternehmer durch zumutbare Kontrollmaßnahmen die unerlaubte Beförderung hätte vermeiden können.³¹ Die Vermeidbarkeit ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen und nicht nach den individuellen Möglichkeiten etwa eines mit wenig Personal arbeitenden Billigfliegers. Als unvermeidbar werden in den Gesetzesmaterialien beispielhaft Dokumentenfälschungen genannt, die "von einem interessierten Laien nicht erkannt werden können".³² Auch darüber hinaus ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Festlegung der allgemein zu fordernden Sorgfaltspflichten für die Kontrolle der Passagiere zu beachten. Die Kontrollpflichten müssen schon deshalb objektiv erfüllbar sein, denn nur erfüllbare Pflichten können mit einem Beugemittel wie dem hier anzudrohenden Zwangsgeld durchgesetzt werden. Ferner dürfen keine Ermessensfehler vorliegen, die in einer gleichheitswidrigen Anwendung von Verwaltungsvorschriften liegen können. Einschlägig sind insoweit die Vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz vom 22. Dezember 2004, Ziffern 63.1.1 bis 63.2.3. Danach wird von Fluggesellschaften u.a. verlangt, die Reisedokumente nicht nur beim Einchecken, sondern auch unmittelbar am Flugzeugeinstieg zu kontrollieren. Im Übrigen ist im Rahmen der Ermessensentscheidung eine Wichtung nach schweren und leichten Verstößen nicht erforderlich.³³

Von wachsender Bedeutung für die Ermessensausübung werden zukünftig die sogenannten "Memoranda of Understanding" sein, die der Bund mit den Fluggesellschaften nach § 63 Abs. 4 AufenthG zur Umsetzung der in § 63 Abs. 1 AufenthG verankerten Pflicht abschließen kann. Die bisher mit etwa 30 Fluggesellschaften abgeschlossenen Vereinbarungen lehnen sich eng an den Gesetzestext an. Die Bundesregierung sieht jedoch ein erhebliches praktisches Bedürfnis, mit den Beförderungsunternehmen weitergehende individuelle Vereinbarungen zu treffen, die auch das Zahlenverhältnis der unerlaubten Beförderungen zum gesamten Passagieraufkommen berücksichtigen und Bemühungen der Beförderungsunternehmen um verbesserte Kontrollen honorieren, etwa in Form einer Toleranzquote, bei deren Einhaltung keine Zwangsgelder erhoben werden.³⁴ Von Gesetzes wegen muss für eine Untersagungsverfügung keine bestimmte Toleranzschwelle von Beförderungsverstößen überschritten sein. Denn Ziel der gesetzlichen Regelung ist es, Verstöße gegen Einreisebestimmungen soweit wie irgend möglich zu verhindern.³⁵ Die jeweiligen Regelungen eines Memorandums werden darauf zu überprüfen sein, ob sie die Ermessensausübung bei der Untersagungsverfügung, Zwangsgeldandrohung oder Zwangsgeldfestsetzung steuern.

³⁰ Urteil vom 21. Januar 2003, Fn. 23, 336

³¹ So die Gesetzesbegründung der Bundesregierung zu § 63 Abs. 2 AufenthG, BT-Drs. 15/420 vom 7. Februar 2003, S. 92

³² Vgl. Fn. 31

³³ Vgl. Urteil vom 21. Januar 2003, Fn. 23, S. 340, Abschnitt cc)

³⁴ Vgl. Fn. 31, S. 93

³⁵ Vgl. Urteil vom 16. Dezember 2004, Fn. 24, S. 299 f., Abschnitt c)

b) Die Androhung des Zwangsgeldes

Liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer Untersagungsverfügung vor, darf regelmäßig auch ein Zwangsgeld nach § 63 Abs. 2 Satz 1 Alternative 2 AufenthG angedroht werden. Ein Zuwiderhandeln gegen die Untersagungsverfügung ist nicht erforderlich.³⁶ Die Zwangsgeldandrohung wird häufig mit der Untersagungsverfügung verbunden, erforderlich ist dies jedoch nicht. Die Höhe des festzusetzenden Zwangsgeldes muss innerhalb der vorgegebenen Rahmensätze des § 63 Abs. 3 AufenthG (1 000 bis 5 000 Euro) liegen, die den Vorgaben des Art. 4 der Richtlinie 2001/51/EG entsprechen (vgl. oben Kapitel 3). Bei der Ausübung des Ermessens hinsichtlich der Höhe ist ein gegenüber dem Mindestbetrag gesteigerter Betrag etwa bei fortgesetzter Missachtung des Beförderungsverbots trotz vorausgegangener Zwangsgeldandrohungen und –festsetzungen, aber auch bei einem Anstieg der Verstöße unabhängig von der Zahl der Beförderungen gerechtfertigt.³⁷ Allerdings sind abweichende oder ergänzende Regelungen in abgeschlossenen Memoranda of Understanding zu berücksichtigen.

c) Die Festsetzung des Zwangsgeldes

Die Festsetzung des Zwangsgeldes richtet sich nach §§ 63 Abs. 3, 71 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG. Nach § 71 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG obliegt den für die Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs zuständigen Behörden die "Durchführung" des § 63 Abs. 3 AufenthG. Unter "Durchführung" ist die Festsetzung und Beitreibung von Zwangsgeldern zu verstehen. Denn der Begriff der Durchführung umfasst alle Vollzugsakte im Anschluss an die Androhung, also insbesondere auch die Festsetzung des Zwangsgeldes nach § 14 VwVG.³⁸ Die Festsetzung darf nur erfolgen, wenn der Beförderungsunternehmer im Einzelfall gegen die gegen ihn ausgesprochene Untersagungsverfügung gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 AufenthG verstoßen hat und ihm der Verstoß vollstreckungsrechtlich zugerechnet werden kann. Hier ist zu prüfen, ob im Einzelfall unzumutbar überspannte, mit dem Gesetzeszweck unvereinbare Anforderungen an die Beachtung der Untersagungsverfügung gestellt wurden.³⁹ Allerdings dürfen von Fluggesellschaften Last-Gate-Checks nach den internationalen Regelungen der ICAO (vgl. oben Kapitel 3) wie auch nach den nationalen Verwaltungsvorschriften verlangt werden. Weiter ist zu prüfen, ob der Verstoß gegen die Untersagungsverfügung im konkreten Fall durch geeignete Kontrollmaßnahmen vermeidbar war. Dabei geht es um Vermeidbarkeit und nicht um Verschulden, da das Zwangsgeld als bloßes Beugemittel ohne Sanktionscharakter kein Verschulden voraussetzt.⁴⁰ Vermeidbar ist jedenfalls die Beförderung von Ausländern, in deren Reisedokumenten das vorgeschriebene Einreisevisum fehlt oder dessen Gültigkeit abgelaufen ist. Die Schwere des Verstoßes gegen die Einreisebestimmungen ist bei der Bemessung der Höhe des Zwangsgeldes zu berücksichtigen, ebenso welche Wirkungen von vorausgegangenen (niedrigeren) Zwangsgeldfestsetzungen ausgegangen sind.

³⁶ Vgl. Urteil vom 16. Dezember 2004, Fn. 24, S. 298

³⁷ Vgl. Urteil vom 21. Januar 2003, Fn. 23, S. 339, Buchstabe aa) und bb)

³⁸ Vgl. Urteil vom 14. März 2006, Fn. 23, Rn. 11

³⁹ Vgl. Urteil vom 16. Dezember 2004, Fn. 24, S. 298 f.

⁴⁰ Vgl. Urteil vom 16. Dezember 2004, Fn. 24, S. 297

d) Die Zuständigkeit zum Erlass von Verfügungen nach § 63 AufenthG

Nach § 63 Abs. 2 Satz 1 AufenthG ist das Bundesministerium des Innern oder die von ihm bestimmte Stelle für den Erlass der Untersagungsverfügung und der Zwangsgeldandrohung zuständig, während die Festsetzung von Zwangsgeldern nach §§ 63 Abs. 3, 71 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG den für die Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs zuständigen Behörden obliegt. Das Bundesministerium des Innern hat die Zuständigkeit für den Erlass der Verfügungen und zum Abschluss von Vereinbarungen nach § 63 Abs. 2 bis 4 AufenthG durch § 4 Abs. 4 der Verordnung über die Zuständigkeit der Bundespolizeibehörden vom 28. Juni 2005 der Bundespolizeidirektion übertragen.⁴¹ Die vorausgegangene Übertragung der Zuständigkeit durch Erlass war unwirksam, weil das Bundespolizeigesetz (früher: Bundesgrenzschutzgesetz) hierfür ausdrücklich eine Verordnung verlangt.⁴²

7) Ausblick

Angesichts der terroristischen Bedrohung, die auch vor Europa nicht Halt macht, wird das Netz der Kontrolle auch, aber nicht nur von Reisepapieren notwendigerweise enger. In den zurückliegenden Jahren ist es gelungen, den Anteil der Flugpassagiere an der Zahl der polizeilich aufgegriffenen unerlaubt nach Deutschland einreisenden Ausländer auf etwa 10 Prozent zu reduzieren. Die Fluggesellschaften sind gut beraten, ihre durch internationale Standards definierten Kontrollpflichten gewissenhaft wahrzunehmen, auch zur Abwendung von Zwangsgeldern nach § 63 AufenthG und zur Abwendung ihrer Pflicht zur Tragung der Kosten für Aufenthalt und Rücktransport eines ausländischen Fluggastes ohne Einreiseberechtigung nach §§ 64, 66, 67 AufenthG. Die für den Erlass von Untersagungsverfügungen und Zwangsgeldbescheiden zuständige Bundespolizei sollte den Fluggesellschaften ihre Fachkenntnis bei der Echtheitsprüfung von Reisedokumenten und Visa durch Informationsmaterial und Schulungen vor Ort zur Verfügung stellen, wie das ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung nach den Standards der Internationalen Zivilluffahrts-Organisation entspricht.

⁴¹ BGBl I S. 1870

⁴² Vgl. Urteil vom 14. März 2006, Fn. 1, Rn. 10; weiteres Urteil vom 14. März 2006 – BVerwG 1 C 3.05 – NJW 2006, 2282, Leitsatz 3