Deutscher Bundestag

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache 19(4)266 A

Prof. Dr. Uwe Berlit

Leipzig, den 28. April 2019

Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages am 6. Mai 2019

zum

a) Antrag der Abgeordneten Luise Amtsberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Für ein umfassendes Qualitätsmanagement beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge

BT-Drucksache 19/4853 vom 10.10.2018

b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Beschleunigung von Verfahren durch erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln BT-Drucksache 19/1319 vom 22.3.2018

Ich danke für die Einladung des Ausschusses für Inneres und Heimat. Zu den Anträgen nehme ich, ohne meine dienstliche Funktion leugnen zu wollen, nicht *als* Vertreter *des* Bundesverwaltungsgerichts Stellung. Der Stellungnahme zu den einzelnen Anträgen (C. und B.) vorangestellt sind allgemeine Erwägungen zur gewaltenübergreifenden Verantwortung für die im Ergebnis "richtige" Entscheidung von Asylanträgen in einem rechtsstaatlichen, "fairen" Verfahren (B.). Vorangestellt ist eine Zusammenfassung der zentralen Aussagen (A.).

#### Gliederungsübersicht

- A. Zusammenfassung
- I. Zum Antrag "Qualitätsmanagement" (BT-Drs. 19/4853)
- II. Zum Gesetzentwurf "Zulassung von Rechtsmitteln" (BT-Drs. 19/1319)
- B. Grundsätzliche Erwägungen: zum Problem
- 1. Qualitätsprobleme des BAMF
- 2. Beachtung geltenden Rechts als Qualitätsminimum
- 3. Konnex behördliches und gerichtliches Asylverfahren
- C. Rechtsstaatliche Asylverfahren als gewaltenübergreifende Aufgabe: zum Antrag "Für ein umfassendes Qualitätsmanagement beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge" (BT-Drs. 19/4853 v. 10.10.2018)
- I. Allgemeines
- II. Notwendigkeit einer Aktualisierung des Antrages
- III. Maßnahmen zur Gewährleistung der Rechtmäßigkeit des Handelns
- IV. Zugang zu unabhängiger, kostenloser und qualifizierter Verfahrensberatung
- 1. Funktion und Nutzen unabhängiger Asylverfahrensberatung
- 2. Zeitliche Entzerrung Asylgesuch/Anhörung
- V. Beteiligung des BAMF am verwaltungsgerichtlichen Asylverfahren
- 1. Das BAMF als Prozesspartei
- 2. Insb.: Teilnahme(quote) an mündlicher Verhandlung
- 3. Maßnahmen
- 3.1 Personelle Ausstattung der Prozessreferate
- 3.2 Qualitätskontrolle auch "beklagter" Bescheide
- 3.3 Aufhebung von Mitteilungspflichten der Verwaltungsgerichte für das BAMF

- VI. Zu einzelnen Maßnahmen
- 1. Einberufung einer ExpertInnenkommission/eines Beirates
- 2. Einsatz von DolmetscherInnen
- 3. Wortprotokoll/Audioaufzeichnung der Anhörung
- D. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Beschleunigung von Verfahren durch erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln (BT-Drucksache 19/1319 vom 22.3.2018)
- I. Zum Gesetzentwurf insgesamt
- 1. "Umfeld" des Gesetzentwurfes
- 2 Gesamtbewertung
- II. Zu den einzelnen Vorschlägen des Gesetzentwurfes
- 1. Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht (Art. 1 Nr. 2 Buchst. a) bis e))
- 2. Zulassungsbeschwerde in Eilverfahren grundsätzlicher Bedeutung (Art. 1 Nr. 3)
- 3. Tatsachenkompetenz des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 1 Nr. 2 Buchst. f))

# A. Zusammenfassung

# I. Zum Antrag "Qualitätsmanagement" (BT-Drs. 19/4853)

- 1. Der exponentielle Anstieg der Schutzanträge in den Jahren 2015/16 hat zu erheblichen Qualitätsmängeln bei dem BAMF geführt. Teils an gravierenden Qualitätsmängeln leidende Bescheide des BAMF der vergangenen Jahre tragen in beachtlichem Umfange mit zu der aktuell hohen Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Asylverfahren bei und führen zu einer über die bloße Verfahrenszahl hinausgehenden, signifikanten Zusatzbelastung der Verwaltungsgerichte.
- 2. Ein rechtsstaatliches, faires Asylverfahren muss gleichermaßen beide Verfahrensbereiche in den Blick nehmen. Überlegungen zur Wiederherstellung oder Verbesserung der Qualität behördlicher Asylverfahren haben nicht zuletzt die (aktive) Mitwirkung des BAMF im gerichtlichen Asylverfahren zu umfassen.
- 3. Die Forderung nach "Qualitätsverbesserung" beim BMAF ist ohne Einschränkung zu unterstützen. Die in dem Antrag zum Qualitätsmanagement vorgeschlagenen Einzelmaßnahmen und ihre Gewichtung sind unter Berücksichtigung der bereits vom BAMF eingeleiteten und durchgeführten Qualitätssicherungs- und verbesserungsmaßnahmen zu aktualisieren und anzupassen. Bislang nicht aufgegriffen und zu unterstützen ist vor allem die Forderung nach einer unabhängigen, kostenlosen und qualifizierten Asylverfahrensberatung (dazu 6.).
- 4. "Qualität" behördlicher oder gerichtlicher Verfahren ist ein komplexer Begriff. Rechtsstaatlich unabdingbares Qualitätsminimum bei der Verfahrensgestaltung ist die Einhaltung der nach Unions-, Verfassungs- oder nationalem Gesetzesrecht zwingenden Verfahrensregeln sowie die richtige Umsetzung des materiellen Rechts. Die in dem Antrag aufgelisteten Maßnahmen zur Sicherung rechtmäßigen Handelns sind umzusetzen.
- 5. Investitionen (Zeit, personelle und sächliche Ressourcen, Verfahrensaufwand) in Qualitätsverbesserung und -sicherung im BAMF verursachen vordergründig Aufwand. Auch jenseits des im Rechtsstaat Unabdingbaren sind solche Investitionen sinnvoll und bei einer verfahrensübergreifenden Gesamtbetrachtung auch effektiv: Sie mindern den Aufwand durch höhere Akzeptanz auch negativer Entscheidungen, durch Senkung des direkten Aufwandes bei nachfolgenden Kontrollverfahren und Begrenzung der durch den Zeitfaktor bedingten indirekten Aufwendungen.

- 6. Zugang zu flächendeckender unabhängiger, kostenloser und qualifizierter Verfahrensberatung, die den Asylsuchenden begleitend während des gesamten Asylverfahrens zur Verfügung steht, ist ein sinnvoller, wichtiger Beitrag zur Verbesserung der Verfahrens- und Entscheidungsqualität. Investitionen in qualifizierte Asylberatung zahlen sich bei einer verfahrens- und jedenfalls bei einer gewaltenübergreifenden Betrachtung aus auch monetär. Eine auch institutionell-organisatorische Unabhängigkeit ist zentrale Voraussetzung für Akzeptanz und Glaubwürdigkeit der Beratung.
- 7. Das BAMF muss seine prozessrechtlichen Mitwirkungsobliegenheiten endlich durch eine deutlich über die bislang getroffenen Maßnahmen hinausreichende deutlich ausgebaute, proaktive Beteiligung in allen Phasen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wahrnehmen. Durch Umschichtung aus den Rücknahme-Widerrufsprüfungen können die hierfür erforderlichen personellen Ressourcen "erwirtschaftet" werden. Das BAMF trifft aus Ingerenz eine gesteigerte, verfahrensbegleitende Mitwirkungsobliegenheit; behördliches Verfahren und Ergebnis aller beklagten Bescheide sind unter Berücksichtigung des Klagevorbringens und etwa veränderter Erkenntnislagen proaktiv zu prüfen und ggfls. anzupassen.

# II. Zum Gesetzentwurf "Zulassung von Rechtsmitteln" (BT-Drs. 19/1319)

- 1. Rechtsmittelerweiterungen sind dringend notwendig, um den Gesamtaufwand für die rechtsstaatskonforme Entscheidung verwaltungsgerichtlicher Asylverfahren zu vermindern, dadurch die Verfahren insgesamt zu beschleunigen sowie Qualität und Kohärenz verwaltungsgerichtlichen Asylrechtsschutzes zu verbessern.
- 2. Der Gesetzentwurf greift mit der Berufungszulassungsmöglichkeit für Verwaltungsgerichte, der Grundsatzzulassungsbeschwerde im Eilverfahren und einer Tatsachenbewertungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts aus der Vielzahl sinnvoller Vorschläge wichtige Änderungen heraus. Der Gesetzentwurf verdient in diesen drei Punkten dem Grunde nach Zustimmung. Insgesamt geht er indes nicht weit genug.
- 3. Der Gesetzesvorschlag zur "Tatsachenkompetenz" im Revisionsverfahren adressiert zu Recht das zentrale Problem der Rechtszersplitterung in Tatsachenfragen. Er betritt im gestuften deutschen Rechtsmittelsystem rechtsdogmatisch Neuland und bedarf im Detail der Anpassung an den Fortgang der Debatte auch um einer kontraproduktiven Überlastung des Bundesverwaltungsgerichts vorzubeugen.

## B. Grundsätzliche Erwägungen: zum Problem

## 1. Qualitätsprobleme des BAMF

Der deutliche Anstieg der Asylanträge in den Jahren 2015/16, der sich bereits in den vorangehenden Jahren angebahnt hatte und wegen der fortdauernden Krisensituationen/Konflikte vor allem im Nahen Osten, der Kürzung von Unterstützungsleistungen etwa in den Anrainerstaaten Syriens und Veränderungen der Verhältnisse in Transitstaaten dem Grunde nach vorhersehbar war, hat die öffentliche Gewalt und die Zivilgesellschaft (nicht nur) im Bundesgebiet vor erhebliche Herausforderungen gestellt. Bei deren Bewältigung, insb. der Aufnahme, Unterbringung, Versorgung und Betreu-

ung der Geflüchteten haben – bei allen unvermeidlichen Fehlern und Mängeln im Detail – auch die deutschen Behörden insgesamt eindrucksvoll ihre Leistungsfähigkeit und Flexibilität bewiesen.

Für das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) kann dies nur mit Abstrichen gelten. Dies ist indes nicht der Leitung oder den MitarbeiterInnen zuzurechnen. Der exponentielle Anstieg der Antragszahlen ist auf eine Behörde getroffen, deren Ausstattung bereits in den Vorjahren nicht dem Aufgabenwachstum mitgehalten hatte, die deswegen auch erreichbare Optimierungen der Aufbau- und Ablauforganisation sowie der externen Schnittstellen (etwa zur Bundespolizei, zu Ausländerbehörden und Gerichten) nicht mit dem erforderlichen Nachdruck angegangen war/angehen konnte und bei der auch bei dem Einsatz von IT-Technik Rückstände zu verzeichnen waren. Der massive Aufgabenanstieg, das plötzliche Größenwachstum durch Einstellung zudem nicht durchweg hinreichend/optimal gualifizierter/gualifizierbarer MitarbeiterInnen haben in dem nachvollziehbaren, durch Vorgaben und Interventionen der Politik beförderten Bestreben, die Asylanträge binnen angemessener Frist zu bescheiden, in nicht unerheblichem Umfange zu gravierenden Qualitätsmängeln bei der Verfahrensdurchführung und Sachentscheidung führen müssen – und (zu oft) auch tatsächlich geführt. Qualitätsmängel können dabei auch Verfahrensverstöße umfassen, müssen dies aber nicht, und fehlerhafte Verfahren, unzureichende Anhörungen oder fehlerhaft begründete Ablehnungsbescheide indizieren nicht notwendig auch Ergebnisunrichtigkeit. Diese "Problemskizze" bezeichnet ein im Rechtsstaat bewältigungsbedürftiges Problem und zielt nicht auf eine Schuldzuweisung an einzelne Akteure, die unter "Bedingungen des Mangels" das Optimum angestrebt und vielfach auch erreicht haben.

Nach dem BAMF ist es – angesichts einer aus angebbaren Gründen hohen Klagequote bei (teilweise) ablehnenden Asylentscheidungen erwartbar – auch bei den (erstinstanzlichen) Verwaltungsgerichten in den Jahren 2014 bis 2017 zu einem exponentiellen Verfahrensanstieg gekommen. Der Sache nach hat das BAMF einen Teil seiner Probleme auf die Verwaltungsgerichte verlagert.¹ Die Länderjustizverwaltungen haben es zwar frühzeitig unternommen, durch Personalaufstockung in allen Funktionsbereichen und weitere Ressourcenumschichtungen gegenzusteuern; auch die Präsidien der Gerichte haben reagiert. Wegen der Langfristwirkungen konnten die Personalaufstockungen den aktuellen, nicht dauerhaften Bedarf nicht decken; dies setzt auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit unter massiven Erledigungsdruck. Eine hohe Zahl von BAMF-Bescheiden (zu) oft zweifelhafter/unzureichender Qualität ist von einer Verwaltungsgerichtsbarkeit zu kontrollieren,

- die selbst im personellen Aufbau und organisatorischen Umbruch steht,
- die wegen der (zu) oft unzureichenden Verfahrens- und Bescheidqualität in dem dafür nur begrenzt tauglichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren unter Berücksichtigung unionsrechtlicher "Reparaturgrenzen" die Arbeit des BAMF (partiell) nachzuholen hat,
- die insbesondere in vielen Fällen erstmals die Ermittlung und Prüfung der individuellen Besonderheiten eines Schutzgesuches nachzuholen hat,
- dies mit einem im Asylrecht wie auch sonst oft noch nicht oder wenig erfahrenen Personal,

Dazu eingehend Berlit, Herausforderungen durch die Verlagerung von Asylverfahren auf die Gerichte, Asylmagazin 2019, 84 (Anlage 1).

- unter der Geltung eines Verfahrensrechts, in dem verfahrensrechtliche Qualitätssicherungsmechanismen (Kollegialprinzip; Rechtsmittel) weitgehend abgebaut bzw. reduziert sind, und
- in einer atypischen Verfahrensrealität, in der das BAMF seine verwaltungsprozessualen Mitwirkungsobliegenheiten seit langem nicht bis kaum und auch weiterhin unzureichend wahrnimmt, die/der "neutrale Richter/in" aus der Sicht der klagenden Schutzsuchenden mithin als "Partei" erscheint.

Dies macht auch für das gerichtliche Verfahren und die Ergebnisse in erheblichem, über eine noch hinnehmbare Fehlerquote deutlich hinausgehende Qualitätsmängel ("fehlerhafte" Klagstattgaben/Schutzanerkennungen ["false positive"] ebenso wie "fehlerhafte" Klagabweisungen ["false negative"]) erwartbar, denen unter der Geltung des derzeitigen Rechtsmittelsystems nicht begegnet werden kann. Wegen der Probleme der "Messung" der Qualität gerichtlicher Verfahren und Ergebnisse kann dies – jenseits punktueller empirischer Evidenz – indes nicht statistisch verifiziert werden.

# 2. Beachtung geltenden Rechts als Qualitätsminimum

Beide Anträge zielen auf eine Verbesserung der Qualität der – behördlichen bzw. gerichtlichen – Aufgabenerledigung. Diese Zielsetzung verdient uneingeschränkte Unterstützung.

- Das Asylverfahren ist (auch) ein Verwaltungsverfahren. Es stellt das BAMF als der für die Durchführung und Entscheidung zuständige Behörde vor besondere Herausforderungen, etwa bei der Kommunikation mit den Antragstellenden, der Feststellung und Aufbereitung der entscheidungserheblichen Sachverhalte (u.a. individuelle Schutzgründe; Herkunftslandinformationen) und der Beachtung der ausdifferenzierten, auch unionsrechtlichen Verfahrensgarantien. Allein die (zeitweilig sehr) hohe Zahl der Verfahren rechtfertigt keine Standardabsenkung oder den Verzicht besondere Qualitätsvorkehrungen, die der Sachmaterie geschuldet sind.
- Das gerichtliche Asylverfahren ist ebenfalls ein im Ansatz "normales" Rechtsschutzverfahren, dessen Ausgestaltung und Durchführung dem Gebot effektiven, qualitativ hochwertigen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 46 RL 2013/32/EU) zu entsprechen hat.

Rechtsstaatliches Minimum bei der Verfahrensgestaltung ist dabei die Einhaltung der nach Unions-, Verfassungs- oder nationalem Gesetzesrecht zwingenden Verfahrensregeln sowie die richtige Umsetzung des materiellen Rechts. Flüchtlingsrecht gilt dabei aus guten Gründen als in besonderem Maße vom Verfahren abhängiges Schutzrecht.

Auch jenseits der gesetzlich zwingenden Verfahrensvorgaben ist eine qualitätssichernde Ausgestaltung des behördlichen Verfahrens angezeigt, um materiellrechtlich fehlerhafte Entscheidungen – zu Gunsten oder zu Lasten der Schutzsuchenden – so weit wie möglich auszuschließen: auf der einen Seite wegen der damit verbundenen Gefahren für das Individuum, auf der anderen Seite wegen der damit verbundenen Folgen für Staat und Gesellschaft.

Investitionen (Zeit, personelle und sächliche Ressourcen, Verfahrensaufwand) in Qualitätsverbesserung und -sicherung erhöhen kurzfristig den Aufwand. Insgesamt

sind sie indes geeignet, Aufwand zu begrenzen: auch durch höhere Akzeptanz negativer Entscheidungen (mag dies auch nicht den Regelfall bilden), durch Senkung des direkten Aufwandes bei nachfolgenden Kontrollverfahren (gerichtlicher Rechtsschutz; Folgeantragsverfahren; Abschiebungsschutzgesuche) und Begrenzung der durch den Zeitfaktor bedingten indirekten Aufwendungen (z.B. soziale Unterstützung; Integrationsfehlinvestitionen oder Folgeprobleme infolge unzureichender/verspäteter Integration).

# 3. Konnex behördliches und gerichtliches Asylverfahren

Ungeachtet der Aufteilung in zwei Anträge ist an den Konnex von Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Kontrollverfahren zu erinnern.<sup>2</sup> Qualitativ "hochwertige" Verwaltungsverfahren sind geeignet, auch bei negativem Ausgang die Wahrscheinlichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes zu mindern; jedenfalls aber verringern sie den Aufwand für die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens selbst. Sie tragen so dazu bei, in angemessener Frist eine bestands- oder rechtskräftige, zugleich qualitativ hochwertige Entscheidung über ein Schutzbegehren zu erwirken und – bei einer gewalten- und ebenenübergreifenden Betrachtung – die fiskalischen Gesamtkosten insgesamt zu senken. Eine kluge Gestaltung der "Schnittstellen" sowie der gewaltenübergreifenden "Prozessketten" berücksichtigt diese Effekte, ohne die verfassungsgebotenen Funktionslogiken der jeweiligen Gewalt zu vernachlässigen.

Überlegungen zur Wiederherstellung oder Verbesserung der Qualität behördlicher Asylverfahren haben vor allem auch die (aktive) Mitwirkung des BAMF im gerichtlichen Asylverfahren in den Blick zu nehmen. Die Gesamtverantwortung des BAMF endet nicht mit der behördlichen Sachentscheidung. Das BAMF ist im gerichtlichen Verfahren Beteiligter – mit allen Rechten und Mitwirkungsobliegenheiten. Schon wegen des maßgeblichen Zeitpunktes der gerichtlichen Entscheidung hat es das jeweilige Schutzbegehren "unter Kontrolle" zu halten.

C. Rechtsstaatliche Asylverfahren als gewaltenübergreifende Aufgabe: zum Antrag "Für ein umfassendes Qualitätsmanagement beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge" (BT-Drs. 19/4853 v. 10.10.2018)

## I. Allgemeines

Der Antrag zielt auf eine Verbesserung der Qualität der Arbeit des BAMF. Dieses Ziel ist sinnvoll und kann als solches nicht strittig sein.

Die Verwaltungs(rechts)wissenschaft der letzten Jahrzehnte hat den Blick dafür geschärft, dass für eine "gute Verwaltung" (s.a. Art. 41 EGrC) die Beachtung aller Rechtsregeln des materiellen und des Verfahrensrechts notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung ist. Vielmehr sind in dem durch das Recht gezogenen Rahmen von entscheidender Bedeutung neben anderen Faktoren

- die Aufbau- und Ablauforganisation,
- der Umgang mit den Betroffenen ("Kunden") und dem eigenen Personal,

Dazu eingehend Berlit (Fn. 1) (Anlage 1).

- die konkrete Ausgestaltung der Abläufe, deren Transparenz und Nachvollziehbarkeit sowie
- die Zeitstrukturen der Entscheidung.

"Rechtmäßigkeit" ist dichotom zu bestimmen. "Qualität" ist hingegen ein "skalierbarer" Begriff, der auf eine Optimierung aller auf Qualität einwirkenden Einzelfaktoren gerichtet ist.

Qualitätsmanagement als Summe aller (gezielten) Maßnahmen und Vorkehrungen zum Erhalt oder zur Verbesserung der Prozess- und Ergebnisqualität einer Behörde nach Maßgabe definierter Qualitätsstandards und -ziele ergänzt die Rechtskonformität als im Rechtsstaat zwingendes Steuerungsprinzip und Qualitätsmerkmal. "Qualitätsmanagement" findet daher – zumindest – in allen größeren Organisationen in mehr oder minder großem Umfang und mehr oder minder reflektiert statt.

# II. Notwendigkeit einer Aktualisierung des Antrages

Der Antrag greift in erheblichem Umfang die Vorschläge auf, die in dem "Memorandum für faire und sorgfältige Asylverfahren in Deutschland" im November 2016 von Wohlfahrtsverbänden und Flüchtlingsorganisationen unterbreitet worden sind. Dieses Memorandum baut auf Erkenntnissen und Erfahrungen auf, die auf dem Höhepunkt des personellen und organisatorischen Umbaus des BAMF Anfang/Mitte 2016 gemacht worden sind. Die Vorschläge spiegeln die seinerzeitige Problemlage weitgehend zutreffend wider und unterbreiten hierfür sinnvolle Vorschläge.

Zwischenzeitlich hat sich die Lage zumindest graduell verändert. Die Belastungssituation im BAMF ist auf ein "Normalmaß" zurückgegangen. Eine Reihe strukturell durch die Überlastungssituation bedingter Fehler und Versäumnisse sind nicht oder nicht mehr in einem quantitativ beachtlichen Umfange anzutreffen.<sup>3</sup>

Das BAMF hat zudem zwischenzeitlich eine "Qualitätsoffensive" gestartet und das 2006 gegründete Qualitätsreferat 2017 durch ein erweitertes Qualitätssicherungssystem erweitert, das auf Qualitätsverbesserung, Qualitätssicherung im Gesamtprozess und die frühestmögliche Identifizierung und Behebung von Mängeln setzt.<sup>4</sup> Neben Schulungen und Arbeitshilfen (Dienstanweisungen, Texthandbücher, Arbeitsanleitungen sowie Qualitätshandbüchern) und qualitätssichernden Fortbildungs- und Weiterbildungsangeboten für EntscheiderInnen umfasst dies u.a. auch Zusammenarbeit mit behördenexternen Institutionen (z.B. UNHCR) im Rahmen der Qualitätssicherung.

Die Details dieses erweiterten Qualitätssicherungssystems sind mir nicht bekannt. Auch fehlt es – soweit mir ersichtlich – an einer systematischen Evaluation der bislang bewirkten Effekte. Punktuelle Evidenz stützt aber die Vermutung, dass die auf

Z.B. die Schwierigkeiten rund um die frühzeitige und umfassende Registrierung und erkennungsdienstliche Behandlung von Asylsuchenden, teils auch das Auseinanderfallen von Anhörperson und Entscheider, die Qualität der Anhörungen, die Qualität der eingesetzten Sprachmittler, die Bescheiderstellung, die Auswahl und Schulung der MitarbeiterInnen.

Dazu Direktorin U. Gräfin Praschma (AL "Grundlagen des Asylverfahrens, Qualitätssicherung, Informationszentrum Asyl und Migration [IZAM], Prozessführung]" im BAMF), Qualitätssicherung im Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Vortrag Hohenheimer Tage zum Migrationsrecht (Folien), 26.1.2019.

die Problemwahrnehmung Mitte 2016 gründenden, in dem Antrag weiterhin aufgegriffenen Vorschläge zumindest im Detail partiell überholt sind. Der Antrag – der diese Maßnahmen nicht verkennt – bedarf mithin partiell einer gewissen Aktualisierung bedarf. Dies gilt nicht für bestimmte Strukturanregungen (dazu 4. und 5.).

# III. Maßnahmen zur Gewährleistung der Rechtmäßigkeit des Handelns

Mit der Zielsetzung, "faire und rechtsstaatlich saubere Asylverfahren und gute Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten zu garantieren", bzw. der Forderung, Maßnahmen zu ergreifen, "um die uneingeschränkte Gewährleistung der asylrechtlichen Verfahrensgarantien, unabhängig von den Antragszahlen sicherzustellen und der Fürsorgepflicht für ihre Beschäftigten nachzukommen", differenziert der Antrag nicht zwischen der "harten" Zielsetzung der unbedingt geschuldeten Wahrung geltenden Rechts und der "weicheren" Zielsetzung der Qualitätssicherung und -verbesserung.

Die Gesetzesbindung auch des BAMF gebietet zwingend wirksame Vorkehrungen, die auch in der Realität die Umsetzung geltenden Rechts (weitestmöglich) gewährleisten; die generelle Fehlerträchtigkeit jedes Handelns in und durch Großorganisationen bringt dabei eine gewisse Fehlerquote notwendig mit sich, für die neben dem Verwaltungsrechtsweg Fehlerbereinigungs- oder -vermeidungsvorkehrungen auch innerhalb der Organisation vorzusehen sind. Hierauf zielen zu Recht einige der vorgeschlagenen Maßnahmen. Exemplarisch zu nennen sind:

- die frühzeitige und umfassende Registrierung und erkennungsdienstliche Behandlung von Asylsuchenden;
- die frühzeitige Erkennung und erforderliche Unterstützung von Personen mit besonderem Schutzbedarf (unionsrechtlich gefordert);
- Asylsuchenden muss in der Anhörung eine zusammenhängende Darstellung der Gründe für ihren Asylantrag ermöglicht werden;
- Sicherung, dass Befragungen insgesamt unvoreingenommen erfolgen;
- Erhebung aller erforderlichen Beweise durch das BAMF;
- "konsequente" Berücksichtigung aktueller Herkunftslandinformationen;
- "vollumfassende" Garantie der asylrechtlichen Verfahrensgarantien und Qualitätsstandards als Mindeststandards für alle Antragstellenden und damit auch im Rahmen der beschleunigten Verfahren (s.a. Art. 31 Abs. 8 Hs. 1 RL 2013/32/EU);
- regelmäßige stichprobenartige Überprüfung von positiven und negativen Asylbescheiden;
- kontinuierliche Aktualisierung der Texthandbücher und Herkunftsländer-Leitsätze (schon wegen der vom BVerfG geforderten "Tagesaktualität" der Entscheidungsgrundlagen);
- die Geltung der Maßnahmen der Qualitätssicherung im Asylverfahren auch bei Widerrufsverfahren.

Bei weiteren Vorschlägen zu Maßnahmen werden Vorgaben des Unionsrechts bzw. des nationalen Gesetzesrechts aufgegriffen, ohne dass deutlich wird, ob über die bereits unionsrechtlich vorgegebenen Anforderungen hinausgegangen wird. Exemplarisch zu nennen sind u.a. folgende Maßnahmen:

Rückübersetzung nach der Anhörung

- Gelegenheit für Asylsuchende, die protokollierten Angaben zu überprüfen und zu ergänzen (Art. 17 Abs. 3, 5 RL 2013/32/EU)
- qualifizierte, grundlegende Ausbildung der vom BAMF eingesetzten AnhörerInnen und EntscheiderInnen vor der Aufnahme ihrer Tätigkeit
- regelmäßige, obligatorische Fortbildungen auch zu Herkunftsländern (Anknüpfung an Art. 4 Abs. 4 RL 2013/32/EU).

# IV. Zugang zu unabhängiger, kostenloser und qualifizierter Verfahrensberatung

Der Verbesserung der Verfahrens- und Entscheidungsqualität dient der Vorschlag, Asylsuchenden den Zugang zu unabhängiger, kostenloser und qualifizierter Verfahrensberatung zu ermöglichen, die begleitend während des gesamten Asylverfahrens zur Verfügung stehen sollte; damit eng verbunden ist der Vorschlag, zwischen der Registrierung und der Stellung des Asylantrages einen angemessenen Zeitraum (genannt werden zwei Wochen) verstreichen zu lassen.

Beides ist im Ansatz in der vorgeschlagenen Ausformung unionsrechtlich nicht gefordert; diese verlangt allein die unentgeltliche Erteilung von Rechts- und verfahrenstechnischen Auskünften (Art. 19 RL 2013/32/EU), eine unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung in Rechtbehelfsverfahren, die von der Prüfung der Erfolgsaussichten abhängig gemacht werden darf (Art. 20 RL 2013/32/EU) und den Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung in allen Phasen des Verfahrens (Art. 22 RL 2013/32/EU). Für die Erteilung von Auskünften nach Art.19 RL 2013/32/EU lässt das Unionsrecht den Mitgliedstaaten aber die Möglichkeit, dass diese von Nichtregierungsorganisationen, Fachkräften von Behörden oder spezialisierten staatlichen Stellen erteilt werden.

Eine unabhängige, kostenlose und qualifizierte Verfahrensberatung ist indes fachlich eine sinnvolle Investition in ein faires, rechtsstaatliches Asylverfahren. Im Ergebnis ist sie einer behördlichen Asylverfahrensberatung, mag diese auch durch besondere Stellen innerhalb der Behörde erfolgen, strukturell überlegen und dieser vorzuziehen.

# 1. Funktion und Nutzen unabhängiger Asylverfahrensberatung

Im Asylverfahren geht es für die Antragsteller um existentielle Fragen – auch dann, wenn letztlich keine schutzbegründenden Umstände vorliegen. Es ist für sie kein "normales" Verwaltungsverfahren.

- Die Antragsteller kommen weit überwiegend aus Regionen, in denen staatlichen Instanzen nicht oder allenfalls begrenzt zu vertrauen ist.
- Die Antragsteller haben auf der Flucht oft traumatisierende Erlebnisse gehabt.
- Sie befinden sich ungeachtet aller über das Internet, die eigene "Nationalitätencommunity" sowie Fluchthelfer oder "Schlepper" erreichbaren Informationen in einem für sie meist sprachlich, kulturell und auch sonst fremden Umfeld.
- Zumindest die Feinheiten des Asylverfahrens sind ihnen nicht geläufig und auch durch Merkblätter, Informationsbroschüren u.a.m. kurzfristig nicht zu vermitteln.
- Oftmals bestehen auch falsche Vorstellungen über das Asylverfahren und den in Deutschland für sie erreichbaren Schutz.

 Die normativ notwendige Fiktion uneingeschränkter Verfahrensfähigkeit bei volljährigen Schutzsuchenden entspricht empirisch oftmals nicht oder allenfalls begrenzt der Realität.

Insgesamt ist das Asylverfahren – aus der Perspektive der Schutzsuchenden – eine Sondersituation mit hohem Informations- und Beratungsbedarf, die ein – aus der Perspektive der zuständigen Behörde – normales, verdichtetes, auf Effizienz optimiertes Verwaltungsverfahren zu durchlaufen haben, an dessen Ende ein zugleich möglichst schnelles *und* richtiges Entscheidung stehen soll.

Der erhebliche Beratungsbedarf der Schutzsuchenden ist – ungeachtet fortbestehender, überwiegend auch unionsrechtlich vorgegebener Informations- und Aufklärungspflichten des BAMF – besser durch eine auch institutionell behördenunabhängige Beratungsinstitution zu decken. Eine Asylverfahrensberatung durch eine gesonderte Abteilung des BAMF kann den spezifischen Beratungserfordernissen selbst dann nicht in gleicher Weise entsprechen, wenn sie fachlich, binnenorganisatorisch und hinsichtlich des Informationsflusses von den anderen Bereichen des BAMF abgeschottet wird (und unterstellt wird, dass diese Abschottung wirksam organisiert wird).

Qualifizierte Asylverfahrensberatung ist ergebnisoffen in dem Sinne, dass sie über bestehende Rechte aufklärt und deren Wahrnehmung unterstützt, nicht aber "Rechte" erfindet oder zu – vermeintlichem oder tatsächlichem – Fehlgebrauch von Rechten auffordert. Sie umfasst insbesondere

- die allgemeine und einzelfallbezogene Information (z.B. zu Ablauf, Inhalt, Zuständigkeiten sowie zu den Rechten und Pflichten der Beratenen und des BAMF),
- Beratung und Unterstützung zur faktischen Durchsetzung normativ eingeräumter Verfahrensrechte im Asyl- und Dublin-Verfahren (einschließlich Antragstellung, Anhörung und Bescheid sowie Rechtsschutzmöglichkeiten),
- Informationen, Beratung und ggf. Unterstützung zu Alternativen zum Asylverfahren,
- Unterstützung wie z.B. die Begleitung zu mündlichen Verfahrensterminen oder Hilfe bei der Beibringung medizinischer Gutachten/Atteste, sofern diese vom BAMF im Rahmen des Asylverfahrens verlangt wurden, sowie
- Verweis an spezielle Beratungsstellen, an weitere Beratungsangebote (z.B. an die Migrations- oder Rückkehrberatung) oder an eine Rechtsberatung durch Rechtsanwälte.<sup>5</sup>

Für diese vielschichtige Informations- und Beratungsaufgabe kann das für eine *ergebnisoffene* Beratung notwendige Vertrauensverhältnis regelmäßig nicht zu einer Teileinheit just jener Behörde aufgebaut werden, die abschließend über ein Schutzgesuch zu entscheiden und damit auch darüber zu befinden hat, ob es zu dem angestrebten Schutz im Bundesgebiet oder zur Aufenthaltsbeendigung kommt. Unabhängigkeit, Neutralität und Vertraulichkeit der Beratenden sind zentrale Erfolgsvoraussetzungen von Beratung, die über bloße Sachinformationen hinausgeht und durch offene Kommunikation Fragen, Irritationen oder Probleme der zu Beratenden einer

BAMF/UNHCR, Evaluation des Pilotprojekts "Asylverfahrensberatung" (Entwurf vom 25.9.2017), 13 f.

Lösung zuführen soll, ohne deren Entscheidungsautonomie zu beeinträchtigen.<sup>6</sup> Die (nicht autorisierten) Ergebnisse eines Anfang 2017 durchgeführten Pilotprojektes "Asylverfahrensberatung" weisen darauf,<sup>7</sup> dass (unabhängige) Asylverfahrensberatung

- dazu beiträgt, dass Asylsuchende die einzelnen Schritte des Behördenverfahrens und deren Bedeutung kennen,
- sie ihre Rechte besser verstehen und ihren Pflichten besser nachkommen können,
- Schutzsuchenden hilft, einen effektiven Zugang zu Verfahrensgarantien und zum Rechtsschutz zu gewährleisten,
- zumindest über das Potential verfügt, einen Beitrag zur frühzeitigen Identifizierung von besonderen Bedarfen zu leisten,
- in Bezug auf Bedeutung und Ablauf der Anhörung zu einem effektiveren Sachvortrag und folglich zu einer besseren Aufklärung des Sachverhalts in der Anhörung beitragen kann,
- die Erfüllung von weiteren durch das BAMF auferlegten Mitwirkungspflichten (zum Beispiel die frist- und formgerechte Beschaffung und Einreichung von verfahrensrelevanten Dokumenten) unterstützt und so auch die Qualität der im Asylverfahren getroffenen Entscheidungen (für oder gegen eine Schutzgewähr) fördert, und
- in komplexen Fällen und bei Personen mit besonderen Bedarfen die Effizienz des Behördenverfahrens steigert.

In dem Pilotprojekt hat dabei die Umsetzung der Asylverfahrensberatung nicht zu einer zeitlichen Verzögerung des Verfahrens geführt. Ähnliche Effekte ergeben sich aus den bisherigen Erfahrungen mit dem Schweizer Modell des Asylverfahrens,<sup>8</sup> in das eine systematisch eine frühzeitige (unabhängige) Verfahrensberatung eingebaut ist, das nach einer ersten Evaluierung wirtschaftlicher, schneller und qualitativ besser ist und von allen Beteiligten stärker akzeptiert wird.<sup>9</sup>

Hinweise auf eine "sachwidrige" Beratung in der Weise, dass durch die Beratenden Fluchtgründe "erfunden/eingeredet" werden, illegitime oder gar illegale Verfahrensverzögerungsmöglichkeiten aufgezeigt oder vorgeschlagen werden oder sonst von geltendem Normprogramm nicht gewollte oder gedeckte "Nebeneffekte" aufgetreten sind, sind in dem Pilotprojekt und auch aus dem Schweizer Asylverfahren nicht bekannt geworden. Bei qualifizierter Asylberatung steht dem bereits die Professionalität der Beratenden entgegen. Eine auf die Wahrung und Durchsetzung individueller Menschenrechte ausgerichtete Beratung ist bei einem rechtsstaatlichen Grundverständnis behördlicher Tätigkeit keine sinnwidrige Erschwerung der behördlichen Auf-

Allgemein zum Beratungsbegriff knapp Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hrsg.), Fachlexikon der Sozialen Arbeit, 8. Aufl. 2017, Stichwort "Beratung".

S. BAMF/UNHCR, Evaluation des Pilotprojekts "Asylverfahrensberatung" (Entwurf vom 25.9.2017), 7.

Dazu etwa Weinzierl, Asylverfahrensberatung in Deutschland. Zur aktuellen Debatte über Stärkung und Standards unabhängiger Beratungsangebote, Beilage zum Asylmagazin 7-8/2017, 9; Gattiker, Beschleunigte Asylverfahren in der Schweiz, jM 2019, 110; Hruschka, Das Schweizer Asylverfahren. Ein Zukunftsmodell für Europa?, Januar 2019.

Hruschka (Fn. 8), zu den Erfahrungen in den Niederlanden s. Thränhardt, Asylverfahren in den Niederlanden, Gütersloh 2016.

gabenerledigung, sondern ein anzustrebender Beitrag zu einer qualitativ hochwertigen Aufgabenwahrnehmung.

Eine verbesserte Qualität des behördlichen Verfahrens und der Entscheidung des BAMF verhindert zudem eine "Verlagerung" des behördlichen Erstverfahrens auf die Gerichte, die sich auf ihre Kontrollfunktion konzentrieren können – mit im Durchschnitt geringerem Aufwand, und beschleunigt das gerichtliche Asylverfahren vermutlich effektiver als alle derzeit diskutierten Entlastungs- und Beschleunigungsmaßnahmen zusammen.

Modelle der unabhängigen Asylverfahrensberatung gewinnen bei Aufnahme und zentraler Unterbringung Schutzsuchender in größeren Einrichtungen (z.B. AnKER-Zentren; Zentrale Aufnahmeeinrichtungen; besondere Einrichtungen [§ 5a AsylG]) insbesondere dann an Bedeutung, wenn und weil die unionsrechtlich geforderten Zugänge zu Beratung und Unterstützung (auch der Rechtsberatung) dort de facto unterbunden bzw. erschwert werden oder nicht erreichbar sind. Auch wenn/soweit faktische Erschwerungen nicht intendierte Nebenfolge anderweitiger Entscheidungen (z.B. zum Standort oder zum "Einrichtungsmanagement") sind, muss ihnen dann proaktiv durch Bereitstellung qualitativ gleichwertiger Informations-, Beratungs- und auch Vertretungsmöglichkeiten entgegengewirkt werden. Die Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgericht zum Flughafenverfahren (§ 18a AsylG) entwickelt hat, 11 gelten mutatis mutandis auch bei zentralisierter Unterbringung in größeren Einrichtungen.

Abzuraten ist von einer direkten Übertragung von Modellen, die zur Asylberatung im Ausland entwickelt worden sind. Es bedarf einer Einpassung in das normative und institutionelle "Umfeld" im Bundesgebiet – auch unter Berücksichtigung etwaiger "Skalierungsprobleme".

# 2. Zeitliche Entzerrung Asylgesuch/Anhörung

Asylverfahrensberatung muss frühzeitig einsetzen – tunlichst schon vor der (förmlichen) Asylantragstellung und jedenfalls vor den ersten Anhörungen zur Zuständigkeit (Dublin-Verfahren) und zu den materiellen Asylgründen. Nur dann kann eine (unabhängige) Asylverfahrensberatung ihren Beitrag zu einem fairen, qualitativ hochwertigen und effizienten Asylverfahren leisten. Dies erfordert eine gewisse zeitliche Entzerrung des Gesamtprozesses und der einzelnen Prozessschritte. Schon aus diesem Grund ist dem Vorschlag zuzustimmen, zwischen der Registrierung und der Stellung des Asylantrages einen angemessenen Zeitraum verstreichen zu lassen; dabei mag über den genauen Zeitraum (zwei Wochen oder sieben Tage) befunden werden.

Auch ohne eine Koppelung mit der Möglichkeit, eine unabhängige Asylberatung zu erlangen, erscheint mir eine gewisse "Entzerrung" sachgerecht. Viele Geflüchtete befinden sich im Zeitpunkt des Asylgesuches, das idealtypisch unmittelbar nach der Ankunft im Bundesgebiet angebracht werden sollte, in einem "psychischen Ausnahmezustand". Anhörungen unmittelbar nach diesem Zeitpunkt können (nicht: müssen)

Dazu – am Beispiel des AnKER-Zentrums Oberbayern – Heinold, Vorbild AnKER-Zentrum Oberbayern? Ein Bericht, InfAuslR 2019, 139 (142 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> BVerfG, B. v. 14.5.21996 – 2 BvR 1516/93.

S. BAMF/UNHCR, Evaluation des Pilotprojekts "Asylverfahrensberatung" (Entwurf vom 25.9.2017), 40.

unter dem Eindruck der just beendeten Flucht unvollständig oder verzerrt sein. Dies kann die nachfolgenden Verfahrensschritte erschweren/verzögern. Eine gewisse "Ruhephase" ist sachgerecht. Auch insoweit ist eine Mindestdauer von zwei Wochen nicht durchweg zwingend; es mag nach Herkunftsländern (und damit erwartbarer "Fluchtdauer"), Erstankunft im Unionsgebiet oder der Frage unterschieden werden, ob es sich um einen Erst- oder einen Folgeantrag handelt.

# V. Beteiligung des BAMF am verwaltungsgerichtlichen Asylverfahren

Den Vorschlägen zum Bereich "Prozessreferate" ist nach Grund und Richtung zuzustimmen.

# 1. Das BAMF als Prozesspartei

Bei Klagen gegen (teilweise) ablehnende Asylentscheidungen wird die beklagte Bundesrepublik Deutschland im gerichtlichen Verfahren durch das BAMF vertreten. Diese Vertretung ist – vor allem in den vergangenen Jahren – hochgradig defizitär gewesen; auch schon vor dem exponentiellen Anstieg der gerichtlichen Asylverfahren stand seine prozessrechtlich geschuldete Beteiligung am gerichtlichen Verfahren allenfalls am Rande der Aufmerksamkeit des BAMF. Das BAMF hat seine verwaltungsprozessualen Mitwirkungsobliegenheiten, die nicht nur die Kläger, sondern auch die Beklagte treffen, nicht oder nur unzureichend wahrgenommen - von der Erreichbarkeit durch die Gerichte über die ziel- und zeitgerichtete Reaktion auf gerichtliche Anfrage oder klägerischen Vorbringens bis hin zur (Nicht-)Teilnahme an den mündlichen Verhandlungen; (prozessrechtliche) Nachteile ("Sanktionen"), die für die Klägerseite durchaus vorgesehen sind, hatte es nicht zu gewärtigen. Auch heute noch gibt es etliche seit Längerem im Asylrecht judizierende RichterInnen, die noch nie einen Prozessvertreter des BAMF in einer mündlichen Verhandlung erlebt haben. Das gerichtliche Asylverfahren ist so (weitestgehend) ein asymmetrisches, einseitiges Verfahren, in dem das Gericht – aus der Perspektive vieler KlägerInnen – statt als neutrale Instanz oftmals als Partei wahrgenommen wird. Dass diese "Missachtung" des gerichtlichen Verfahrens auf eine lange Tradition im BAMF zurückblicken kann und der Ausstattung der Prozessreferate geschuldet ist, erklärt das Faktum, ohne es zu rechtfertigen.

Seit Anfang/Mitte 2017 sind auch hier gewisse Veränderungen erkennbar. Sie haben – regional wohl unterschiedlich – von einem niedrigen Ausgangsniveau aus die Kommunikation zwischen BAMF (Außenstellen) und die Teilnahme an mündlichen Verhandlungen verbessert, ohne auch nur annähernd das Verfahrens-, Mitwirkungsund Teilnahmeverhalten im "normalen" Verwaltungsprozess heranzureichen. Angesichts des durch den Gesetzgeber (§ 77 AsylG) vorgegebenen maßgeblichen Zeitpunktes für die gerichtliche Entscheidung kommt das BAMF seiner Aufgabe, das Asylverfahren auch nach seiner eigenen Entscheidung prozessbegleitend "unter Kontrolle zu halten", zumindest im erstinstanzlichen Verfahren, das die Hauptlast zu tragen hat, nicht systematisch oder hinreichend nach. In der Berufungsinstanz ist die Prozessbetreuung – auch hier in der berichteten Wahrnehmung mit regionalen Unterschieden – spürbar besser (geworden). Die "privilegierte" Prozessbetreuung bei dem Bundesverwaltungsgericht ist von der vorangehenden Kritik nicht betroffen.

# 2. Insb.: Teilnahme(quote) an mündlicher Verhandlung

Qualität und Intensität behördlicher Prozessbegleitung misst sich nicht allein oder vorrangig an der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung – auch wenn diese das "Herzstück" des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bildet und die Teilnahmequote ein gewisser Indikator ist. Die plädiert nicht für eine Teilnahme des BAMF an allen Verwaltungsgerichtsverhandlungen (also eine Quote von 100%); dies wäre – jedenfalls unter Bedingungen knapper Personalausstattung – kein effektiver Ressourceneinsatz. Entsprechendes gilt für eine – nicht nach Problemlage, Vorbringen des Klägers, Herkunftsland u.a.m. differenzierende – bestimmte Teilnahmequote. Die Teilnahme muss indes deutlich über den mitunter einer derzeit als Zielgröße benannten Quote von 10% liegen; die Nichtteilnahme an der mündlichen Verhandlung muss die sachlich – und nicht aus Personalnot – begründbare Ausnahme werden. Einer selektiven Beteiligung an mündlichen Verhandlungen muss schon deswegen – gerade auch bei Nichtbeteiligung – in allen Verfahren zumindest eine flächendeckende, qualifizierte Verfahrensbegleitung vorangehen.

Aus der (partiellen) Aufwandsverlagerung vom BAMF auf die Verwaltungsgerichte durch aufwandserhöhende Qualitätsmängel des behördlichen Verfahrens und der behördlichen Sachentscheidung ergibt sich eine gesteigerte Mitwirkungspflicht des Bundesamts. Es steht in der Pflicht

- zur gerichtsunabhängigen, verfahrensbegleitenden "Kontrolle" (partiell) ablehnender Asylbescheide,
- zur Nachholung unterlassener oder unzureichend durchgeführter Anhörungen,
- zur Behebung sonstiger Verfahrensfehler und
- ggfls. zur neuerlichen, der Klage "abhelfenden" Sachentscheidung (insb. bei veränderter Verfolgungslage, bei Rechtsänderungen oder bei Widerspruch zu [hinreichend] gefestigter Rechtsprechung zu Rechts- oder fallübergreifenden Tatsachenfragen).

# 3. Maßnahmen

Der Vorschlag, "Prozessreferate ... in die Maßnahmen zur Qualitätssicherung einzubeziehen", ist ebenso sinnvoll wie notwendig wie der, dass die Prozessreferate "Gerichtsentscheidungen als "Feedback-Quelle" auswerten" sollten. Beide Vorschläge greifen aber zu kurz.

# 3.1 Personelle Ausstattung der Prozessreferate

Die Prozessreferate sind in allen Regionen und für alle Instanzen personell mit hinreichend qualifiziertem Personal auszustatten – angesichts der aktuellen Überlastungslage bei den Verwaltungsgerichten umgehend.

Angesichts der notwendig endlichen Personalausstattung des BAMF werden hierfür Prioritäten zu setzen sein. Eine qualitative Verbesserung könnte allein dadurch erreicht werden, dass 50% der Ressourcen, die derzeit für die Abarbeitung der Widerrufsverfahren eingeplant sind, deren Nutzen und Dringlichkeit anhand der zumindest überschaubaren, derzeit im niedrigen einstelligen Bereich liegenden Widerrufsquo-

te,<sup>13</sup> bis (zumindest) Mitte 2021 zusätzlich in den Prozessreferaten eingesetzt werden. Die prozessrechtlich geforderte, ordnungsgemäße Mitwirkung das BAMF am verwaltungsgerichtlichen Asylverfahren ist der fristgerechten Abwicklung der Widerrufsverfahren (zumindest) ebenbürtig; die Sanktionslosigkeit der Verletzung prozessrechtlicher Obliegenheiten reduziert geltendes Verwaltungsprozessrecht nicht zum unverbindlichen Angebot.

# 3.2 Qualitätskontrolle auch "beklagter" Bescheide

In die Qualitätskontrolle sind nicht (allein/primär) die stattgebenden, sondern auch die (teilweise) ablehnenden Asylentscheidungen einzubeziehen. Die Prozessreferate haben in den derzeitig bei den Verwaltungsgerichten anhängigen Verfahren die Bescheide des BAMF systematisch und flächendeckend darauf zu überprüfen, ob sie verfahrensfehlerfrei (insb. nach gehöriger Anhörung) ergangen und in der Sache auch in Ansehung des Klagevorbringens im Ergebnis (weiterhin) zutreffend sind. Die Zusatzbelastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch unzulängliche behördliche Verfahren bzw. Bescheide spricht unter dem Aspekt der "Haftung für vorangegangenes Tun" bzw. Ingerenz insoweit für eine gesteigerte Mitwirkungsobliegenheit des BAMF.

# 3.3 Aufhebung von Mitteilungspflichten der Verwaltungsgerichte für das BAMF

Vermeidbare Belastungen der Verwaltungsgerichte durch Übernahme von Mitteilungsnotwendigkeiten, die systematisch dem BAMF zuzuordnen sind, sind abzubauen. Dazu gehört die – im Antrag angesprochene – Unterrichtung der Ausländerbehörden durch das BAMF über anhängige Klagen bzw. Eilanträge, um rechtswidrige Abschiebungen zu vermeiden, die auch Verabredungen und Eilrechtsbeschlüsse (z. B. Stillhaltezusagen und Hängebeschlüsse) zwischen Gerichten und BAMF umfassen soll. Aufzuheben ist auch § 83a Satz 2 AsylG, der eine Unterrichtungspflicht der Gerichte enthält, die nach der Entstehungsgeschichte<sup>14</sup> zur Beschleunigung von Abschiebungen Kommunikationsdefizite zwischen dem BAMF und den Ausländerbehörden begegnen sollte.

#### VI. Zu einzelnen Maßnahmen

Eine bewertende Stellungnahme aller vorgeschlagener Maßnahmen sprengte den Rahmen. Herausgegriffen werden hier nur einige wenige Anregungen des Antrages.

## 1. Einberufung einer ExpertInnenkommission/eines Beirates

Zur Organisationshoheit einer jeden Behörde gehört die Binnenorganisation einschließlich der Bestimmung der passgenauen Aufbau- und Ablauforganisation qualitätssichernder oder -verbessernder Maßnahmen. Die Einberufung einer Expertenkommission beim BAMF bzw. eines Beirates aus unabhängigen AsylrechtsexpertInnen bei dem BMI ist nur ein – auf den ersten Blick durchaus zielführender – Ansatz.

Von den im Jahre 2018 entschiedenen 85052 Widerrufs-/Prüfungsverfahren sind 84.070, also 98,95%, ohne Widerruf/Rücknahme abgeschlossen worden (BAMF, Asylgeschäftsbericht für den Monat Dezember 2018).

BR-Drs. 446/1/15, 4: "Wird die Ausländerbehörde insbesondere in asylrechtlichen Eilverfahren stets unmittelbar vom Verwaltungsgericht über den Ausgang des Verfahrens informiert, braucht sie zur Durchführung der Abschiebung eine Vollziehbarkeitsmitteilung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge nicht mehr abzuwarten".

Hinzuweisen ist darauf, dass das BAMF seit Längerem das "Expertenforum Asyl" eingerichtet hat, das periodisch zusammentritt und in dem auch die Gerichtsbarkeit sowie die Anwaltschaft vertreten sind, und mit größeren Veranstaltungen (zuletzt am 29. März 2019) unter Beteiligung auch der Anwaltschaft zumindest punktuell seine "Außenschnittstellen" berücksichtigt.

### 2. Einsatz von DolmetscherInnen

Im Asylverfahren besteht auch ohne Sprachschwierigkeiten eine komplexe, schwierige Kommunikationssituation. Umso wichtiger ist gute und qualifizierte Sprachmittlung. Das BAMF hat zwischenzeitlich ein "Qualitätskonzept für den Einsatz von Dolmetschern" erstellt, das die Kernpunkte des Antrages aufgreift. Ergebnisse einer Evaluation dieses Qualitätskonzepts sind mir nicht bekannt.

# 3. Wortprotokoll/Audioaufzeichnung der Anhörung

Eine vollständige wörtliche Protokollierung der gesamten Anhörung unter Anfertigung eines Tonmitschnittes verbessert nur auf den ersten Blick die Anhörqualität. Um dies zu erreichen, bedarf es mit Blick auf § 25 Abs. 7 AsylG wohl einer Gesetzesänderung, die sorgsamer Ausgestaltung bedarf, für die der nationale Gesetzgeber einen breiten Ausgestaltungsspielraum hat. Unionsrechtlich ist eine Protokollierung der Anhörung gefordert, bei der eine ausführliche und objektive Niederschrift mit allen wesentlichen Angaben oder ein Wortprotokoll erstellt wird (Art. 17 Abs. 1 RL 2013/32/EU); die Mitgliedstaaten können eine Audio- oder audiovisuelle Aufzeichnung der persönlichen Anhörung vorsehen, bei der dann sicherzustellen ist, dass die Aufzeichnung oder ein Wortprotokoll davon zusammen mit der Akte des Antragstellers zur Verfügung steht (Art. 17 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2013/32/EU). Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Niederschrift oder dem Wortprotokoll (u.a. zu Übersetzungsfehlern oder missverständlichen Formulierungen in der Niederschrift) unter Beteiligung einer/s Sprachmittlers/in ist nur zwingend nur zu geben, wenn keine audio-/audiovisuelle Aufzeichnung erfolgt (Art. 17 Abs. 3 RL 2013/32/EU).

Eine Umstellung auf Audioaufzeichnung unter Erstellung eines vollständigen Wortprotokolls bedeutet technisch-organisatorisch zumindest einen erheblichen Mehraufwand. Dies gilt namentlich dann, wenn von der unionsrechtlichen Ermächtigung Gebrauch gemacht werden sollte, dass bei Zugang des/der Antragstellers/in zu der Aufzeichnung nicht gestattet werden muss, sich zum Wortprotokoll zu äußern und/oder Klärungen hierzu abzugeben (Art. 17 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2013/32/EU); das neben der Aufzeichnung erstellte Wortprotokoll ist dann – indes ohne Zwischenschaltung von SprachmittlerInnen – lediglich vor oder (in nach Art. 38 Abs. 8 RL 2013/32/EU beschleunigten Verfahren) mit der Entscheidung den AntragstellerInnen sowie ihren RechtsanwältInnen oder RechtsberaterInnen zur Verfügung zu stellen. Dem Vorteil einer beweissicheren Dokumentation des Audio-Ablaufs der Anhörung steht mithin der Nachteil entgegen, dass dann Rückübersetzung und Genehmigung entfallen können. Bei dem Übergang zum Wortprotokoll, bei dem der Einsatz moderner

S. Gräfin Praschma (Fn. 4); s.a. BAMF-Webseite "Dolmetscher im Asylverfahren" (<a href="http://www.bamf.de/DE/Infothek/Dolmetscher/dolmetscher-node.html">http://www.bamf.de/DE/Infothek/Dolmetscher/dolmetscher-node.html</a>) sowie den "Verhaltenskodex für Sprachmittler"

<sup>(</sup>http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/DasBAMF/verhaltenskodex -dolmetscher.pdf;jsessionid=588EF0B6D8B4B0BAF3324100F230D783.1 \_cid294? \_\_blob=publicationFile).

Spracherkennungssoftware größeren Schwierigkeiten begegnete, wird dieses vielfach zum Ende der Anhörung noch nicht vorliegen können.

Eine Niederschrift, die "ausführlich und objektiv" zu sein hat und "alle wesentlichen Angaben" festhält (Art. 17 Abs. 1 RL 2013/32/EU) birgt den Vorteil, dass sie bereits in der Anhörsituation vorliegt und Grundlage der Rückübersetzung sein kann. Jede vom Wortprotokoll abweichende Niederschrift birgt allerdings notwendig Auswahl- und Interpretationsprobleme; diese können für die Qualität der Anhörung positiv wirken, weil sie den AntragstellerInnen die (voraussichtliche) Interpretation ihrer eigenen Angaben durch die Anhörpersonen (und idealtypisch auch: die zur Entscheidung berufene Person) verdeutlichen, Missverständnisse oder Fehlinterpretationen schneller offen legen und Korrekturen ermöglichen. Diese Form der Protokollierung mindert auch den (zeitlichen und technisch-organisatorischen) Aufwand für RechtsanwältInnen oder RechtsberaterInnen, die nicht an der Anhörung teilgenommen haben. Ein vollständiger Tonbandmitschnitt der Anhörung bleibt als Ergänzung in Zweifelsfällen sinnvoll, in denen Inhalt oder Übersetzung der Niederschrift in Zweifel gezogen werden oder sonst entscheidungserhebliche Fragen zum Verlauf der Anhörung aufgeworfen werden.

# D. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Beschleunigung von Verfahren durch erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln (BT-Drucksache 19/1319 vom 22.3.2018)

# I. Zum Gesetzentwurf insgesamt

# 1. "Umfeld" des Gesetzentwurfes

Weitestgehend unbestritten ist, dass das Sonderprozessrecht des Asylverfahrens<sup>16</sup> zu verändern ist, um die Belastung der Verwaltungsgerichte durch den exponentiellen Anstieg der Verfahrenseingänge im Asylrecht ohne Qualitätsverluste auch in angemessener Zeit bewältigen zu können.<sup>17</sup> Das Spektrum der Vorschläge ist weit, im Detail wird (nahezu) jeder Vorschlag kontrovers diskutiert.<sup>18</sup> Der Gesetzentwurf greift hier lediglich einige, wenngleich wichtige Vorschläge heraus.

Dazu Gärditz, Das Sonderverwaltungsprozessrecht des Asylverfahrens, in: FS Schenke, Berlin 2011, 690.

Zur Vertiefung verweise ich auf meine Beiträge "Reformbedarfe im Asylprozessrecht", DVBI.
 2015, 657 (Anlage 4) und "Sonderasylprozessrecht – Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz im Asylrecht", InfAusIR 2018, 309 (Anlage 2).

Zu den Vorschlägen s. etwa Dietz, Reformvorschläge zum Asylprozessrecht im Kontext der Flüchtlingskrise, NVwZ-Extra 15/2018; Berlit (Fn. 17) (Anlage 4); ders. (Fn. 17) (Anlage 4); ders. (Fn. 1) (Anlage 1); Münch, Reuige Rückkehr zum allgemeinen Verwaltungsprozessrecht? Zur aktuellen Diskussion über Rechtsmittel im Asylverfahren, ZRP 2018, 193; Beschlüsse I.6 der Abteilung "Öffentliches Recht; Arbeits- und Sozialrecht" des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018; BDVR (Bundesvorstand), Stellungnahme "Beschleunigung und Vereinheitlichung asylgerichtlicher Verfahren" v. 2.3.2018, BDVR-Rundschreiben 2/2018, 27 ff. (dazu Anmerkung von Müller-Rentschler, BDVR-Rundschreiben 2/2018, 33 f.); BRAK, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Verfahrensbeschleunigung durch die erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln (BR-Drs. 51/18 und BT-Drs. 19/1319), Stellungnahme Nr. 12/2018 (April 2018); Rechtsberaterkonferenz, 50 Forderungen zum Flüchtlings- Aufenthalts-, Staatsangehörigkeits- und Sozialrecht, Stuttgart 4.11.2017 (abrufbar unter

Neben weiteren Veränderungen im Rechtsmittelrecht, z.B. durch Öffnung des Zulassungsrechtsmittels auch bei Klageabweisung als "offensichtlich" unzulässig/unbegründet, der Angleichung der Rechtsmittelfristen an die des allgemeinen Prozessrechts oder in der nachfolgenden Stellungnahme benannten Änderungen sind exemplarisch zu nennen die Möglichkeit einer Zurückverweisung durch das Verwaltungsgericht an das BAMF auch bei Verpflichtungsklagen (nach dem Vorbild des § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO) oder als "Fenster im Verfahren", eine Aufhebung des § 37 Abs. 1 Satz 1 AsylG, Regelungen zum Umgang mit fremdsprachlichen Erkenntnismitteln oder zur Besetzung des Gerichts (neuerliche Verkürzung "Einzelrichterwartefrist"; Besetzung mit mehreren ProberichterInnen).<sup>19</sup>

# 2 Gesamtbewertung

Der Gesetzesentwurf gründet auf der Analyse, dass die Prozessrechtsänderungen der vergangenen Jahrzehnte und dort insbesondere die Rechtsmittelverkürzungen<sup>20</sup> kontraproduktive Effekte bewirken und insgesamt zu einer Qualitätsminderung verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sowie – bei einer auf die Gesamtheit der Verfahren bezogenen Betrachtung – zu einer Verfahrensverlängerung und einem ineffektiven Einsatz der knappen Ressource "verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz" geführt haben. Auf der Grundlage dieser Analyse habe ich bereits im Jahre 2015 für eine (schrittweise) Wiederangleichung des Sonderasylprozessrechts an das allgemeine Verwaltungsprozessrecht plädiert<sup>21</sup> und – gemeinsam mit dem seinerzeitigen Senatskollegen Prof. Dr. H. Dörig – Vorschläge für eine auf das Asylrecht begrenzte Tatsachenbewertungskompetenz des Bundesverwaltungsgericht vorgelegt.<sup>22</sup>

Diese Analyse ist nach wie vor zutreffend. Maßnahmen einer – zumindest begrenzten – Rechtsmittelerweiterung sind dringend notwendig, um den Gesamtaufwand für die rechtsstaatskonforme Entscheidung verwaltungsgerichtlicher Asylverfahren zu vermindern, dadurch die Verfahren insgesamt zu beschleunigen sowie Qualität und Kohärenz verwaltungsgerichtlichen Asylrechtsschutzes zu verbessern. Der Gesetz-

"http://rechtsberaterkonferenz.de/mediapool/121/1215437/data/50\_Ford\_Brosch\_re\_RBK\_Nov 2017fin.pdf").

voller bzw. zumindest vertretbarer Änderungen auch einige unions- oder verfassungsrechtlich zumindest bedenkliche Regelungsvorschläge und bewirkte mit einigen Änderungen eine spürbare, systemwidrige Mehrbelastung der Verwaltungsgerichte zugunsten einer Arbeitserleichterung des BAMF.

Dazu Berlit, Asylrecht und Asylverfahren in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), in: BAMF (Hrsg.), Aufgaben und Herausforderungen. Ein Rückblick auf 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Nürnberg Juli 2013, 74; ders. Rechtsschutz und Beschleunigungsmöglichkeiten im (gerichtlichen) Asylverfahren, in: Henneke (Hrsg.), Flüchtlingsunterbringung und -integration als kommunale Herausforderung, Stuttgart u.a. 2016, 66.

Berlit, Reformbedarf im Asylprozessrecht – für eine Reintegration des Sonderasylprozessrechts in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht, DVBI. 2015, 657 (Anlage 3).

Berlit/Dörig, Asylverfahren verbessern durch eine Tatsachenbewertungskompetenz des BVerwG im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen, NVwZ 2017, 1481 (Anlage 3).

Nicht im Detail eingegangen wird auf weitere Vorschläge, die in einem semioffiziell kursierenden Referentenentwurf des BMI eines "Gesetzes zur Beschleunigung, Vereinfachung und Vereinheitlichung von Asylklageverfahren" (Stand: 22.2.2019/2.4.2019), dessen Abstimmungsgrad innerhalb des BMI bzw. der Bundesregierung (mir) unklar ist, enthalten sind (abrufbar u.a. unter "https://www.migrationsrecht.net/referentenentwurf-bmi-fuer-ein-gesetz-zurbeschleunigung-vereinfachung-und-vereinheitlichung-von-asylklageverfahren/dokument-ansehen.html" und "http://fluechtlingsrat-berlin.de/wp-content/uploads/bmi\_refentwurf\_asylklage.pdf"). Der Entwurf enthält neben einer Reihe sinn-

entwurf greift einige wenige Vorschläge auf. Sie sind in der Zielrichtung uneingeschränkt zu unterstützen. Indes gehen sie teils nicht weit genug; teils bedarf es Modifikationen in der Ausgestaltung.

Über eine Erweiterung von Rechtsmittelmöglichkeiten ist rechtspolitisch zu entscheiden. Weder Unions- noch nationales Verfassungsrecht fordern durchweg eine Rechtsmittelmöglichkeit gegen eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung.

# II. Zu den einzelnen Vorschlägen des Gesetzentwurfes

# 1. Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht (Art. 1 Nr. 2 Buchst. a) bis e))

Als sinnvoll zu unterstützen ist der Vorschlag, in Verfahren grundsätzlicher Bedeutung und bei Divergenz in Rechts- oder Tatsachenfragen dem Verwaltungsgericht (also auch dem Einzelrichter) die Zulassung der Berufung zu ermöglichen.<sup>23</sup> Die Verwaltungsgerichte haben zur Vorbildregelung des § 124a VwGO bewiesen, dass sie zu einem sachgerechten und verantwortungsvollen Umgang mit der Berufungszulassungskompetenz bereit und in der Lage sind.

Die Zulassung durch das Verwaltungsgericht erspart in Fällen grundsätzlicher Bedeutung und rügefähiger Divergenz der jeweils betroffenen Prozesspartei (gegebenenfalls also auch dem BAMF) den Weg über den Antrag auf Zulassung der Berufung; wegen des gestuften Verfahrens und der Darlegungsanforderungen hängt auch bei der von Verfassungs wegen geschuldeten Auslegung, die eine aus Sachgründen nicht mehr gerechtfertigte Erschwerung des Zugangs zu der Berufungsinstanz vermeidet, die Berufungsmöglichkeit in "berufungswürdigen" Verfahren von der Qualität des Berufungszulassungsantrages ab. Das Berufungszulassungsverfahren als Zwischenverfahren kann allzumal in Phasen hoher Belastung zu nicht unerheblichen Verfahrensverzögerungen führen.

Diese Gründe für eine Zulassungskompetenz der Verwaltungsgerichte sind gewichtiger als der Wegfall der alleinigen Zulassungshoheit der Berufungsgerichte und die Möglichkeit einer gewissen Mehrbelastung. Dies gilt umso mehr, als durch die Aufhebung bzw. Modifikation des Zurückverweisungsverbots (§ 79 Abs. 2 AsylG) oder eine (befristete oder dauerhafte) Möglichkeit des Berufungsgerichts, bei durch die jeweilige Senatsrechtsprechung grundsätzlich geklärter Rechts- und Tatsachenlage Mehrbelastungswirkungen (zumindest) abzufangen.

Kritisch anzumerken ist, dass es weiterhin bei den besonderen, engen Zulassungsgründen des § 78 Abs. 3 AsylG bleiben soll und damit nicht die im allgemeinen Verwaltungsprozess wichtigsten Zulassungsgründe der ernstlichen Zweifel an der Ergebnisrichtigkeit (§ 124 Abs. 2 Nr.1 VwGO) sowie der besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten (§ 124 Abs. 2 VwGO) greifen. In Verbindung mit der engen Fassung auch der rügefähigen Verfahrensfehler führt dies im Ergebnis dazu, dass ein verwaltungsgerichtliches Urteil umso weniger mit einem ordentlichen Rechtsmittel angreifbar wird, je qualitativ "schlechter" es ist, und der Rechtsschutz

S.a. Art. 1 Nr. 2 Gesetzesantrag der Länder Hamburg, Berlin, Brandenburg, Bremen v. 20.2.2018, BR-Drs. 51/18 (BR-Beschluss v. 15.2.2019: keine Einbringung [BR-Drs. 51/18 [B]).

auch in verwaltungsrechtlichen "Bagatellstreitigkeiten" deutlich weiter reicht als im Asylprozess.

# 2. Zulassungsbeschwerde in Eilverfahren grundsätzlicher Bedeutung (Art. 1 Nr. 3)

Der absolute, ausnahmslose Beschwerdeausschluss in asylrechtlichen Eilverfahren (§ 80 VwGO) führt in Verbindung mit dem obligatorischen Einzelrichter in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (§ 76 Abs. 4 Satz1 VwGO), bei dem von der Rückübertragung auf die Kammer (§ 76 Abs. 4 Satz 2 VwGO) zu selten Gebrauch gemacht wird, in Eilverfahren zu einer erheblichen Rechtszersplitterung zwischen den Gerichten und teils auch innerhalb der Gerichte, die der rechtsstaatlich gebotenen Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit gerichtlicher Entscheidungen widerspricht, mitunter auf eine "Rechtsprechungslotterie" hinausläuft, ein massives Qualitätsproblem birgt und erstinstanzlich erhebliche Ressourcen bindet. Die "Leit-" bzw. "Orientierungsfunktion", die auch verwaltungsgerichtlichen Eilentscheidungen beizumessen ist, ist für die Rechtsschutzsuchenden ebenso wie für das BAMF nicht mehr gewährleistet. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur in den sog. "Dublinverfahren"; betroffen sind neben unterschiedlichen Beurteilungen zu den Herkunftsstaaten z.B. auch Unzulässigkeitsentscheidungen nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG (anderweitige Schutzgewähr in einem anderen EU-Staat) und Nr. 4 (anderweitige Sicherheit vor Verfolgung), bei denen nach geltendem Prozessrecht (§ 37 Abs. 1 Satz 1 AsylG)<sup>24</sup> eine stattgebende Eilentscheidung sogar zum Unwirksamwerden des Bundesamtsbescheides führt.

Die auf Rechts- und Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung beschränkte Möglichkeit der Beschwerde kann hier Milderung schaffen.<sup>25</sup> Bei einer verfahrensübergreifenden Betrachtung wird die Verlängerung der zur Beschwerde führenden Einzelverfahren sowie die Mehrbelastung der Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe durch die Effizienzgewinne fallübergreifender Klärung durch die Beschwerdeinstanz (mehr als) kompensiert; neben die Effizienzgewinne treten die Qualitäts- und Orientierungs"gewinne".

Der vermeintliche Systembruch, dass verwaltungsgerichtliche Eilverfahren nicht auf (endgültige) Entscheidung von rechts- oder Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung angelegt seien, relativiert sich in all den Fällen, in denen bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen eine intensivierte Prüfung, die bis zur Vollprüfung auch der Tatsachen gehen kann, vorzunehmen ist; unabhängig davon ist im Eilverfahren die (wegen der Verfahrensart notwendig nur vorläufige, aber deswegen nicht notwendig "summarische") Beurteilung der Sach- und Rechtslage Entscheidungsgrundlage auch dann, wenn es letztlich "nur" zu einer Abwägungsentscheidung kommt.

Zu kritisieren ist auch hier die "Verzagtheit": Eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Beschwerde ist nicht vorgesehen, die Beschwerdemöglichkeit bleibt deutlich hinter § 146 Abs. 4 VwGO zurück. Nicht aufgegriffen worden sind auch die nur begrenzt positiven Erfahrungen mit der zum 1.1.1997 eingeführten und zum 31.12.2001 wieder abgeschafften Zulassungsbeschwerde.

Zu dessen Auslegung s. BVerwG, U. v. 15.1.2019 – 1 C 15.18 -, Asylmagazin 2019, 113 (Anmerk. Berlit jurisPR-BVerwG 8/2019 Anm. 5).

S.a. S.a. Art. 1 Nr. 3 Gesetzesantrag der Länder Hamburg, Berlin, Brandenburg, Bremen v. 20.2.2018, BR-Drs. 51/18 (BR-Beschluss v. 15.2.2019: keine Einbringung [BR-Drs. 51/18 [B]).

# 3. Tatsachenkompetenz des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 1 Nr. 2 Buchst. f))

- a) De lege lata ist das Rechtsmittel der Revision auf die Klärung allein von "Rechtsfragen" grundsätzlicher Bedeutung beschränkt. Bei fallübergreifenden Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, denen im Asylverfahren erhebliche Bedeutung zukommen kann, kann die Vereinheitlichungs- und Leitfunktion des Bundesverwaltungsgerichts nicht zur Geltung kommen; seine Rechtsprechung, dass bei divergierenden Lagebeurteilungen die Obergerichte sich mit den abweichenden Beurteilungen anderer Obergerichte auseinandersetzen müssen, ersetzt als Quasi-Verfahrensanforderung nicht die Orientierungsfunktion im Ergebnis. Das Ziel des Gesetzentwurfs, dem durch eine "Tatsachenbefugnis" des Bundesverwaltungsgerichts entgegenzuwirken, ist richtig, wichtig und nachhaltig zumal im internationalen Vergleich zu unterstützen.<sup>26</sup>
- b) Eine derartige "Tatsachenkompetenz" im Revisionsverfahren betritt im gestuften deutschen Rechtsmittelsystem rechtsdogmatisch Neuland. Ausländische Erfahrungen, z.B. der Länderleitentscheidungen nach britischem Recht,<sup>27</sup> sind zu nutzen, aber nicht direkt ("1:1") zu übertragen und in das nationale Recht einzupassen. Die teils auch aus der Praxis geäußerten Grundsatzbedenken an dem erreichbaren Nutzen, die neben der "Systemwidrigkeit" u.a. an der (potentiellen) Volatilität von Verfolgungslagen, der fehlenden Präjudizienbindung der Instanzgerichte und der faktischen "Sperrwirkung" bei anhängigen Grundsatztatsachenrevisionen anknüpfen, sind gewichtig, greifen im Ergebnis aber nicht durch und gebieten eine sorgsame Ausgestaltung dieses besonderen Rechtsmittels.
- c) Eine sorgsame Ausgestaltung ist auch geboten, um einer "Überlastung" des Bundesverwaltungsgerichts vorzubeugen. Selbst bei restriktiven Zugangsvoraussetzungen kann der angestrebte und erreichbare Gesamtbeschleunigungs- und Orientierungseffekt nur dann erreicht werden, wenn mit oder doch zeitnah zum Inkrafttreten die personelle und sachliche Ausstattung des Gerichts (richterliches und nichtrichterliches Personal; Asyldokumentation/ Informationsaufbereitung durch fachkundige Unterstützungspersonen) bedarfsgerecht verbessert wird. "Länderleitentscheidungen", die (nur) durch Aktualität und Qualität in/bei den Instanzgerichten wirken können, erfordern einen erheblichen Aufwand, der mit dem derzeit im Bundesverwaltungsgericht für das Migrationsrecht insgesamt oder das Asylrecht bereitstehenden Ressourcen nicht erbracht werden kann.
- d) Die knappe Formulierung des Entwurfs trägt dem Regulierungsbedarf nicht hinreichend Rechnung; Ergänzungsbedarf sehe ich in Konsequenz vielfältiger Debatten im Nachgang zu der Veröffentlichung mit dem Kollegen Prof. Dr. Dörig auch in Bezug auf die 2017 vorgeschlagenen Formulierungen. Diskussions-, weiterer Klärungs- und möglicher Regelungsbedarf besteht u.a. zu folgenden Detailfragen:<sup>28</sup>

S. auch Berlit/Dörig (Fn. 22) (dazu kritisch Münch [Fn. 18], 193 [194 f.]); Beschluss TOP I.14 der 89. JuMiKo 6./7. Juni 2018, Eisenach.

Dazu Dörig, Flüchtlingsschutz in Großbritannien, ZAR 2006, 272; s.a. Reiling/Mitsch, Wissen im Asylprozess. Rechtsvergleichende Betrachtungen zum Vereinigten Königreich und zu Deutschland, DVerw 2017, 537.

Dies gilt auch in Bezug auf die Formulierung in dem semioffiziell kursierenden Referentenentwurf des BMI (Fn. 19).

- In welchem Umfang entfällt die grundsätzliche Bindung an die Tatsachenfeststellungen des OVG/VGH?
- Inwieweit haben Feststellungen und Bewertungen zur allgemeinen Verfolgungslage auch solche zum Vorliegen besonderer gefahrerhöhender Umstände, die in der Personen eines Schutzsuchenden vorliegen, zu umfassen (Differenzierungsgrad; Abgrenzung allgemeiner bzw. fallübergreifender Feststellungen zu solchen zum individuellen Verfolgungsschicksal)?
- In welchem Umfange ist das Bundesverwaltungsgericht zu weiteren Ermittlungen/Beweiserhebungen befugt oder verpflichtet (inkl. der Frage eines etwaigen Beweisantragsrechts der Beteiligten)? Ist diese Befugnis in Bezug auf die individuellen Schutzgründe auszuschließen/zu beschränken?
- Ist der nach § 77 AsylG maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sachund Rechtslage jener der Berufungsentscheidung oder der des Bundesverwaltungsgerichts?
- In welchem Umfange ist/bleibt eine Zurückverweisung an das OVG/den VGH möglich, wenn sich weiterer Aufklärungsbedarf jenseits der allgemein bedeutsamen Fragen, z.B. zum individuellen Verfolgungsschicksal, ergibt?
- Empfiehlt es sich, die "Grundsatztatsachenrevision" auf Musterverfahren zu beschränken und insoweit sachlich auf Grundgedanken des § 93a VwGO zurückzugreifen?
- In welchem Umfange steht die nach § 78 Abs. 8 E-AsylG zulassungsfähige Revision zur allgemeinen Revision?
- Ist die streitgegenstandserweiternde, zulassungsfreie Anschlussrevision auszuschließen?

Diese Fragen lassen sich regelungstechnisch durchweg bewältigen, soweit sie nicht ohnehin der Rechtsprechung überlassen bleiben können. Sie sprechen nicht dem Grunde nach gegen die Aufnahme einer entsprechenden Regelung.

- e) Der Vorschlag für die Errichtung einer unabhängigen wissenschaftlichen Einrichtung zur Beurteilung der Gefahren<sup>29</sup> ist eine sinnvolle Ergänzung einer Tatsachenbewertungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts, im Rechtsschutzsystem des Grundgesetzes indes keine Alternative. Die komplexen "Wissensprobleme" im Asylprozess<sup>30</sup> können durch eine behördenunabhängige, wissenschaftliche Unterstützung bei der fallübergreifenden Beschaffung, Sichtung, transparente Aufbereitung und die Gerichte nicht bindende Bewertung von Herkunftslandinformationen, die über bereits bestehende Dokumentationsstellen<sup>31</sup> hinausgeht, gemildert werden.
- f) Der Umstand, dass dogmatisch Neuland betreten wird, rechtfertigt, die Neuregelung zunächst zu befristen und eine Evaluation der Wirkungen vorzusehen (Art. 2,

Dazu Kluth, Notwendigkeit und Instrumente der qualitativen Verbesserung und Vereinheitlichung der Einschätzung der Gefahrenlagen in Herkunfts- und Drittstaaten, ZAR 2018, 331.

Dazu eingehend Möller, Tatsachenfeststellung im Asylprozess, 2005; Dürig, Beweismaß und Beweislast im Asylrecht, 1990; Reiling/Mitsch (Fn. 27).

S. nur die 1981 bei dem Verwaltungsgericht Wiesbaden errichtete "Informations- und Dokumentationsstelle für Asyl- und Ausländerverfahren", die Daten und Informationen über die Herkunfts-, Transit- und Zufluchtsländer der Asylsuchenden und Flüchtlinge sammelt, dokumentarisch aufbereitet und über die Datenbank "asylfact" zugänglich macht (dazu Stanek, Die IuD-Stelle des VG Wiesbaden und ihre Datenbank "asylfact", BDVR-Rundschreiben 2002, 49; s,a, ders., https://www.akademie-

rs.de/fileadmin/user\_upload/download\_archive/migration/20141121\_stanek\_asylfact.pdf).

Art. 3 Abs. 2). Die Befristungsdauer und der Zeitpunkt der Vorlage der Evaluation sind dem an den mutmaßlichen Zeitpunkt des Inkrafttretens anzupassen.

# Anlagen:

- 1. Berlit, Herausforderungen durch die Verlagerung von Asylverfahren auf die Gerichte, Asylmagazin 2019, 84-93 (Anlage 1)
- 2. Berlit, Sonderasylprozessrecht Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz im Asylrecht, InfAusIR 2018, 309-318 (Anlage 2)
- 3. Berlit, Reformbedarf im Asylprozessrecht für eine Reintegration des Sonderasylprozessrechts in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht, DVBI. 2015, 657-661 (Anlage 3)
- 4. Berlit/Dörig, Asylverfahren verbessern durch eine Tatsachenbewertungskompetenz des BVerwG im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen, NVwZ 2017, 1481-1483 (Anlage 4)



Haus der Demokratie und Menschenrechte · Greifswalder Straße 4 · 10405 Berlin · kontakt@asyl.net · www.asyl.net

# Beitrag aus dem Asylmagazin 4/2019, S. 84–93

## **Uwe Berlit**

# Herausforderungen durch die Verlagerung von Asylverfahren auf die Gerichte

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., April 2019. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

# Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- · Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 62€ für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnenemt finden Sie unter

www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informations verbund Asyl und Migration.



















# Thema: Aktuelle Herausforderungen im Asylprozess

Zum 20-jährigen Bestehen des Informationsverbunds Asyl und Migration fand am 19. Februar 2019 eine Veranstaltung zum Thema »Aktuelle Herausforderungen im Asylprozess« statt. In diesem Rahmen wurden die erschwerten Bedingungen beleuchtet, die sich für Verwaltungsgerichte in den letzten Jahren aufgrund der stark gestiegenen Zahl von Verfahren ergeben haben. Richterinnen und Richter weisen zunehmend nicht nur auf Überlastung hin, sondern auch darauf, dass die Asylverfahren beim zuständigen Bundesamt für Migration und Flüchtlinge häufig oberflächlich und fehlerhaft durchgeführt würden. Dadurch werde die Durchführung eines angemessenen Verfahrens auf die Gerichtsebene verlagert. Auf diese Herausforderungen ging VRiBVerwG Prof. Dr. Uwe Berlit in seinem Vortrag ein, der im Zentrum der Veranstaltung stand.

Uwe Berlit, Leipzig\*

# Herausforderungen durch die Verlagerung von Asylverfahren auf die Gerichte

#### Inhalt

- I. Einleitung: Erste Gedanken zum Thema
- II. Faktischer Zugang zum Gericht
- III. Entlastung der Gerichte durch qualitativ hochwertige Behördenentscheidungen
- IV. Rechte und Rechtsverteidigung
  - 1. Realität der Verwaltungsgerichtsbarkeit
    - 1.1 Aktuelle Verfahrensentwicklungen
    - 1.2 Verfahrensanstieg und Qualität verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen
  - Bewältigung der Herausforderung durch Entlastung der Verwaltungsgerichte?
    - 2.1 Weitere »Verschärfungen« des Asyl(prozess)rechts?
    - 2.2 Wiederannäherung an den allgemeinen Verwaltungsprozess?
    - 2.3. Tatsachenbewertungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts
- V. Bewältigung der Herausforderungen durch die Verfahrensbeteiligten
  - 1. Mitwirkungsobliegenheiten des BAMF
  - 2. Mitwirkungsobliegenheiten der Schutzsuchenden
- VI. Schlussbemerkung

# I. Einleitung: Erste Gedanken zum Thema

Der unkomplizierte und niedrigschwellige Zugang zu für die Beratungs- und Entscheidungspraxis relevanten Informationen, den sich der Informationsverbund zur Aufgabe gemacht hat, dient dem Abbau von Informationsasymmetrien. Sie bestehen im Verhältnis zu dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) und seinen behördeninternen, überwiegend auch den Gerichten zugänglichen Datenbanken, aber auch zu den Gerichten mit der Informations- und Dokumentationsstelle für Asyl- und Ausländerverfahren bei dem VG Wiesbaden und den dort verfügbaren kostenpflichtigen juristischen Datenbanken. Der Sache nach geht es um – im weiteren

Sinne – zivilgesellschaftliche »Gegenmacht« zugunsten eines Personenkreises, der als strukturell vulnerabel und der Unterstützung bedürftig gesehen wird, um Recht zielgerichtet zu aktivieren.

Die Selbstverpflichtung¹ auf die Ausgewogenheit der bereitgestellten Entscheidungen und Materialien, die Ansprüche an die Qualität der sachlichen Informationsvermittlung und der Verzicht auf eigene Stellungnahmen zu flüchtlings- und migrationspolitischen Themen bilden dabei für mich keinen Gegensatz zu einer grund- und menschenrechtlich fundierten Parteilichkeit. Gäbe es den Informationsverbund nicht schon seit 20 Jahren, müsste er dringend gegründet werden.

Nicht selbstverständlich ist die Auswahl eines Bundesrichters, der vom Alltag des erstinstanzlichen Asylprozesses entrückt ist, um Herausforderungen im Asylprozess zu erläutern. Als Verwaltungsrichter habe ich zwar Anfang der 1980er-Jahre erstmals zum seinerzeit ungeachtet der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) noch national gedeuteten Asylrecht judiziert und bin seitdem immer wieder mit dem Flüchtlingsrecht befasst gewesen. Ich kann heute indes nur noch aus einer analytisch-professoralen »Steuerungsperspektive«² Gedanken zu den aktuellen He-

84 Asylmagazin 4/2019

<sup>\*</sup> Prof. Dr. Uwe Berlit ist als Richter am Bundesverwaltungsgericht tätig, Honorarprofessor an der Juristenfakultät der Universität Leipzig, Vizepräsident des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs und Autor verschiedener Fachbeiträge u. a. zum Migrations- und Verwaltungsprozessrecht. Der Beitrag spiegelt allein die persönliche Auffassung des Autors. Mit ersten Nachweisen versehener Vortrag. Die Vortragsform ist beibehalten.

Dazu Abschnitt III.iii. der »Leitlinien zur Qualitätssicherung für die Informationsdienstleistungen« (Stand: September 2013), abrufbar auf asyl.net unter Ȇber uns«.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Dazu Markard, Migrationsverwaltungsrecht zwischen Beschleunigung und Effizienz, Die Verwaltung (VERW), Band 51 (Heft 4/2018), (i.E.).

rausforderungen für die verfassungsrechtlich notwendige Institution »Verwaltungsgerichtsbarkeit« vorstellen.

Mein Thema sind die Herausforderungen, die sich aus der »Verlagerung von Asylverfahren auf die Gerichte« ergeben. Der Titel birgt – durchaus berechtigte – Kritik. Das BAMF ist und bleibt de jure für das (behördliche) Asylverfahren zuständig. Dass es de facto vor allem von Mitte 2015 bis Mitte 2017 zu erheblichen Qualitätsproblemen im Verfahren vor dem Bundesamt und auch bei den Sachentscheidungen kommen musste und gekommen ist, ist dem Grunde nach unbestritten; die Kernkritikpunkte sind in dem »Memorandum für faire und sorgfältige Asylverfahren in Deutschland« Ende 2016 bezeichnet worden.³ Die Qualitätsoffensive des Bundesamts⁴ soll dem für die Zukunft Rechnung tragen.

- Qualitativ bezeichnet »Verlagerung« von Asylverfahren eine Situation, in der der de jure an sich auf nachgehende Kontrolle getroffener Verwaltungsentscheidungen ausgelegte Asylprozess de facto Funktionen des behördlichen Asylverfahrens übernehmen muss. Dies ist dann der Fall, wenn die zur gerichtlichen Prüfung gestellten Bescheide des BAMF zumindest in Bezug auf die behördliche Sachverhaltsermittlung, die Anhörung der Betroffenen (und deren Protokollierung) sowie die Bescheiderstellung in erheblichem, deutlich die bei »normalem« Verfahrensverlauf erwartbare Mängelquote übersteigenden Umfang »defizitär« sind.
- Quantitativ steht der Asylprozess ebenfalls vor Herausforderungen. Der exponentielle Anstieg der Asylverfahren bei den Gerichten in den Jahren ab 2015 ist inzwischen zwar abgeflacht; die Eingänge in Asylsachen stabilisieren sich auf einem weiterhin beachtlichen, aber doch insgesamt bewältigbaren Niveau. Der seit 2015 angewachsene Verfahrensberg birgt ungeachtet aller personellen Verstärkungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit schon durch den Umfang Herausforderungen; Kapazitäten zur Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes sind nur begrenzt variierbar und kurzfristig zu erhöhen.
- Die Quantität kann in Qualitätsverschlechterungen auch beim verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz umschlagen – und wird dies in schwer quantifizierbarem Umfang auch tun. Qualität von Rechtsprechung ist nun seinerseits ein komplexer und – aus Steuerungspers-

- pektive vor allem ein skalierbarer Begriff. Gerichte als »Rechtsprechungsorganisationen« sind in Verfahren und Ergebnis strukturell nicht fehlerfrei; auch in den für die Einzelnen existenziellen Fragen des Flüchtlingsrechts sind diskussionswürdige, fehlerhafte oder gar skandalisierbare Entscheidungen oder gerichtliche Verfahrenshandlungen »notwendig« im Sinne von »unvermeidlich«. Konsequenz ist dabei nicht fatalistisch deren Hinnahme. Zu diskutieren ist<sup>6</sup>
- über die strukturellen Ursachen von Fehlern und möglichen Fehlerquellen,
- die angezeigten qualitätserhaltenden oder -verbessernden Vorkehrungen und
- die im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes unter Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben noch akzeptierbaren Fehlerquoten.

Die Herausforderungen der Verlagerung auf die Gerichte treffen nicht nur die Gerichte und den Asylprozess.

- Dem Asylprozess vorgelagert sind Erschwerungen des De-facto-Zugangs zum gerichtlichen Verfahren, die im gerichtlichen Verfahren dann nicht mehr ausgeglichen werden können (II.).
- Aus der Debatte um »Alternativen zum Recht« ist bekannt, dass das beste verwaltungsgerichtliche Verfahren jenes ist, zu dem es wegen qualitativ hochwertiger Behördenentscheidungen oder durch anderweitige, akzeptanzstiftende Maßnahmen gar nicht erst kommt (III.).
- Gerichtliche Verfahren dienen im deutschen Rechtsschutzsystem der Verteidigung und Durchsetzung subjektiver Rechte: ohne Rechte kein Rechtsschutz, ohne Verfahrensmöglichkeiten keine wirksame Rechtsverteidigung. In den Blick zu nehmen sind daher auch mögliche und notwendige Rechtsänderungen (IV.).
- Selbst bei einer auf die aktuelle Belastungssituation der Verwaltungsgerichte fokussierten Betrachtung ist abschließend auf den Beitrag der Beteiligten des Asylprozesses einzugehen (V.).

Asylmagazin 4/2019 85

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Amnesty International u. a. (Hrsg.), Memorandum für faire und sorgfältige Asylverfahren in Deutschland. Standards zur Gewährleistung der asylrechtlichen Verfahrensgarantien, Berlin November 2016, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen/Arbeitshilfen zum Asylrecht.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Siehe dazu den Vortrag von Gräfin Praschma »Qualitätssicherung im Bundesamt für Migration und Flüchtlinge« auf den »Hohenheimer Tagen zum Migrationsrecht« am 26.1.2019.

Der Vorsitzende des Bunds Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen (BDVR) schätzt die Zahl der Asyleingänge 2018 auf ca. 100.000; siehe Neue Ruhr Zeitung (NRZ) vom 21.12.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Zur »Qualitätsdebatte« (in) der Justiz Berlit, Modernisierung der Justiz, richterliche Unabhängigkeit und RichterInnenbild, Kritische Justiz (KJ) 1999, 58; ders., Justizmodernisierung zwischen Demokratie und Ökonomie, Betrifft Justiz 2002, 319; Spindler, Qualität in der Justiz, in: FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, 2003, 145; Sodan, Qualitätsmaßstäbe für die Justiz?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 1494; ders., Das Spannungsverhältnis von Qualität und Quantität in der Justiz, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2005, 764.

# II. Faktischer Zugang zum Gericht

Asylverfahren, die nicht auf die Gerichtsbarkeit »verlagert« werden, sind auf den ersten Blick die besten Asylprozesse: »Wo kein Kläger, da auch kein Richter«. Der (grund-)gesetzliche Auftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, setzt hierfür voraus, dass Menschen, die Rechtsberatung und -schutz benötigen oder begehren, diesen auch ohne Weiteres erlangen können.

Normativ ist dies - ungeachtet der kurzen Fristen, die das AsylG für die Einleitung des Rechtsschutzes normiert, und der Form- und Sprachbarrieren bei verfahrenseröffnenden Handlungen - gewährleistet. In regional unterschiedlichem Umfange sind die Rechtsantragstellen der Verwaltungsgerichte verstärkt und besonders geschult worden. Der Verwaltungsprozess bleibt normativ aber ein kontradiktorisches Verfahren zur Verteidigung subjektiver Rechte, das den RechteinhaberInnen die Fähigkeit und Bereitschaft zur Mitwirkung am und im Verfahren abverlangt. Die gerichtliche Kontrolle ist strukturell auf die Durchsetzung des materiellen Rechts fokussiert; ein etwa unzulängliches Verwaltungsverfahren garantiert in der Verpflichtungssituation nicht den Verfahrenserfolg; überdies kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Bescheide des BAMF im Verfahren oder Ergebnis defizitär sind. Ein effektives Rechtsschutzsystem muss die gerichtliche Durchsetzung bestehender Schutzansprüche ebenso gewährleisten wie die Nichtgewährung von Schutz in Fällen, in denen die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Die faktische Dringlichkeit auch dann zu garantierender gerichtlicher Kontrolle sinkt indes bei qualitativ hochwertigem Behördenhandeln.

Der Mobilisierung von Recht und damit dem Zugang zum Recht können – so eine Grunderkenntnis der rechtssoziologischen Forschung Ende der 1970er/Anfang der 1980er Jahre<sup>7</sup> – indes vielfältige (außerrechtliche) Barrieren entgegenstehen. Schutzsuchende stehen zudem selbst bei unterstellter Zugänglichkeit vor besonderen, zusätzlichen Rechtsschutzwahrnehmungsproblemen:<sup>8</sup>

 Die Details und Verfahrensanforderungen des nationalen Rechtssystems sind ihnen nicht (hinreichend) bekannt.

- (Zu) oft sind relevante Informationen in verzerrter Form durch nicht hinreichend kundige Dritte aus dem persönlichen oder »landsmannschaftlichen« Umfeld vermittelt.
- Für die rechtlich relevante Kommunikation fehlen regelmäßig die notwendigen Sprachkenntnisse.
- Sie befinden sich in einem ihnen fremden kulturellen und sozialen Umfeld.
- Viele Geflüchtete befinden sich in einem psychischen Ausnahmezustand.

Die damit verbundenen Hürden beim Zugang zum gerichtlichen Asylverfahren können sich nach Maßgabe der Unterbringungssituation deutlich erhöhen. Die im Koalitionsvertrag und dem »Masterplan Migration« vorgesehenen AnKER-Zentren<sup>9</sup> zielen auf eine (weitere) Beschleunigung der Verfahren und – bei negativer Entscheidung – der Abschiebung durch zentrale Unterbringung der betroffenen Menschen. Für die Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes wird die Ausgestaltung der AnKER-Zentren (und funktionsgleicher Einrichtungen) relevant bei der Frage, inwieweit sie zusätzliche faktische Hindernisse auf dem Weg zur Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes bewirkt.

Als »Nachfolger« der »besonderen Einrichtungen« für beschleunigte Verfahren (§§ 5a, 30 AsylG), die dem sogenannten Flughafenverfahren (§18a AsylG) nachgebildet sind, stellen sich dem Flughafenverfahren im Ansatz strukturell vergleichbare Rechtsfragen. Für das sogenannte Flughafenverfahren hat das Bundesverfassungsgericht<sup>10</sup> aus dem Verfassungsgebot effektiven Rechtsschutzes Vorkehrungen des Bundesamtes und der Bundespolizei (seinerzeit noch: Grenzschutz) hergeleitet, nach denen die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes nicht durch die obwaltenden Umstände unzumutbar erschwert oder gar vereitelt werden darf; auch nicht anwaltlich vertretene AntragstellerInnen müssten Gelegenheit erhalten, asylrechtskundige Beratung in Anspruch zu nehmen, um die Erfolgsaussichten einer etwaigen Beschreitung des Rechtsweges beurteilen zu können.

Diese Minimalanforderungen an die auch tatsächliche Effektivität des Zugangs zu gerichtlichem Rechtsschutz sind auch auf die neuen Einrichtungen und Zentren zu übertragen.<sup>11</sup>

86 Asylmagazin 4/2019

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Rasehorn (Hrsg.), Rechtsberatung als Lebenshilfe, Neuwied/Darmstadt 1979; Blankenburg/Reifner/Gorges/Tiemann, Rechtsberatung. Soziale Definition von Rechtsproblemen durch Rechtsberatungsangebote, Neuwied/Darmstadt 1982.

Siehe auch Hilb, die aus der Zusammenschau verschiedener Regelungen auf nationaler und supranationaler Ebene einen »Anspruch auf effektiven Zugang zu Recht auf Schutz« herleitet, aus dem dann »eine Notwendigkeit für umfassende, kostenfreie Rechtsberatung während des gesamten Verfahrens« hergeleitet wird, der Deutschland derzeit nicht hinreichend nachkomme: Hilb, Effektiver Zugang zu Recht. Der Anspruch auf Rechtsberatung während des Asylverfahrens, Beilage zum Asylmagazin 7–8/2017, 2.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Zu diesem Modell siehe Kluth, AnkER-Zenten – Ein Blick hinter die Kulissen eines migrationspolitischen Akronyms, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2018, 190; Kraft, Die ANKER-Einrichtung Oberfranken (AEO) – Grundlagen, Kritik und Alternative, Asylmagazin 10–11/2018, 351; siehe auch UNHCR, Empfehlungen zur Ausgestaltung der geplanten »AnkER«-Einrichtungen, Juni 2018, siehe asyl.net, Meldung vom 11.6.2018.

 $<sup>^{\</sup>rm 10}$  BVerfG, Beschluss vom 14.5.1996 – 2 BvR 1516/93.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Zu Herleitungen auch aus dem Unions- und Völkerrecht siehe Hilb, a. a. O. (Fn. 8).

- Sie müssen nach ihrer Lage und den Mobilitäts- und Kommunikationsmöglichkeiten so ausgestaltet sein, dass behördenunabhängige asylkundige Beratung bis hin zum anwaltlichen Rechtsbeistand und gerichtlicher Rechtsschutz auch tatsächlich effektiv erreichbar sind.<sup>12</sup>
- Zwar können anders als in Abschiebungshafteinrichtungen oder im Flughafenverfahren die Schutzsuchenden solche Einrichtungen verlassen, und u.a. aus Sicherheitsgründen sind Zugangskontrollen legitim. Weder Zugangskontrollen noch das Hausrecht<sup>13</sup> rechtfertigen es aber vorbehaltlich begründeter Bedenken im Einzelfall Hilfsorganisationen und zivilgesellschaftlichen Unterstützungspersonen, welche die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu vermitteln geeignet sind, den Zutritt zu solchen Einrichtungen allgemein zu verweigern.
- Diese Zugangsrechte können allerdings auf bestimmte Bereiche der Einrichtung beschränkt bleiben (z. B. Besucherbereiche) und so ausgestaltet sein, dass Mindestanforderungen einer ergebnisoffenen Unterstützungs- und Beratungssituation erfüllt werden und die Inanspruchnahme solcher Angebote nicht kontrolliert werden kann.

Dies gilt namentlich dann, wenn diese Einrichtungen nicht so gelegen sind, dass eine dem erkennbaren Bedarf entsprechende Beratungs- und Unterstützungs»infrastruktur« faktisch ohne erhebliche Hindernisse erreicht werden kann. Die Hausordnung etwa, welche die Regierung von Oberbayern für die Einrichtungen in Manching/Ingolstadt erlassen hat,<sup>14</sup> genügt diesen Anforderungen aus meiner Sicht nicht.

Bei anstehenden Novellierungen des Asylgesetzes und des Aufenthaltsgesetzes ist rechtspolitisch anzustreben, ungeachtet der Bezeichnung für derartige Großeinrichtungen bestimmte Qualitätsstandards (auch der Rechte der BewohnerInnen auf Intimsphäre und unkontrollierter Bewegung) einschließlich des grundsätzlich unbehinderten Zugangs von Rechtsbeiständen und der optionalen Öffnung für unabhängige Asylberatung festzuschreiben – auch um den Abstand dieser Einrichtungen zu Abschiebungshafteinrichtungen sicherzustellen.

# III. Entlastung der Gerichte durch qualitativ hochwertige Behördenentscheidungen

Über das verfassungsrechtlich gebotene Minimum der Sicherung des faktischen Zugangs zu Gericht hinaus gehen Ansätze einer systematischen, frühzeitigen und behördenunabhängigen Asylberatung während des Asylverfahrens.<sup>15</sup> Sie werden – wenngleich unter auch quantitativ anderen Rahmenbedingungen – u.a.<sup>16</sup> in der Schweiz<sup>17</sup> praktiziert und sind kurzzeitig auch in der Bundesrepublik erprobt worden.<sup>18</sup>

In welchem Umfange eine frühzeitige und systematische Asylverfahrensberatung in welcher Ausgestaltung rechtsstaatliche und faire, qualitativ hochwertige und effiziente Asylverfahren unterstützen kann, ist hier nicht im Detail zu erörtern.<sup>19</sup> Eine qualifizierte Asylberatung, die auch die Unterrichtung über etwa fehlende Erfolgsaussichten zu umfassen hat, sowie die frühzeitige Unterstützung der Schutzsuchenden bei der umfassenden Schilderung von Fluchtursachen können zur Wahrnehmung ihrer Verfahrens-, insbesondere Äußerungsrechte entscheidend beitragen. Es steht dem Grunde nach außer Streit, dass dadurch zugleich die Verfahrens- und auch Ergebnisrichtigkeit behördlicher Asylentscheidungen erhöht wird. Dies wird die Verfahrenszahlen nicht signifikant senken. Qualitativ hochwertige Behördenentscheidungen verhindern aber eine »Verlagerung« des behördlichen Erstverfahrens auf die Gerichte, die sich auf ihre Kontrollfunktion konzentrieren können - mit im Durchschnitt geringerem Aufwand.

Dieser Entlastungseffekt kann (nachträglich) auch bei bereits anhängigen gerichtlichen Verfahren bewirkt werden. Die Qualitätsoffensive des BAMF konzentriert sich bislang auf die Optimierung der internen Abläufe. Nur langsam wird auch die Vertretung in den anhängigen gerichtlichen Verfahren in den Blick genommen und in Ansätzen verbessert. Die Herausforderungen für die Ge-

Asylmagazin 4/2019 87

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Siehe auch Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), Sicherstellung der Inanspruchnahme unabhängiger rechtlicher Beratung und Vertretung in AnKER-Zentren, Stellungnahme Nr. 31 (Oktober 2018), abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen/Stellungnahmen«.

Allgemein zu auf das »Hausrecht« gestützten Hausverboten siehe Engler, Hausverbote in Flüchtlingsunterkünften, Asylmagazin 5/2018, 154.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Hausordnung für das »ANKER Oberbayern einschließlich der Unterkunfts-Dependancen, das Ankunftszentrum und die Kurzaufnahme« (Fassung 10.8.2018).

Dazu etwa Weinzierl, Asylverfahrensberatung in Deutschland. Zur aktuellen Debatte über Stärkung und Standards unabhängiger Beratungsangebote, Beilage zum Asylmagazin 7–8/2017, 9; siehe auch Anhang »Vereinbarung über die Erbringung von Beratungsleistungen im Rahmen des Pilotprojekts ›Asylverfahrensberatung « zum Entwurf einer Evaluation dieses Projekts (erstellt durch das Forschungszentrum Migration, Integration und Asyl des BAMF in Zusammenarbeit mit UNHCR Deutschland, Stand: 25.9.2017), 41 ff., abrufbar bei nds-fluerat.org, Pressemitteilung vom 16.5.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Zu Ansätzen in den Niederlanden siehe Thränhardt, Asylverfahren in den Niederlanden, Gütersloh 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Siehe dazu Bucher/Schönborn, Rechtsschutz im Testbetrieb, Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -praxis (Asyl) 2/2016, 9; zur Einführung eines beschleunigten Asylverfahrens in der ganzen Schweiz siehe Meier, Rechtsschutz unter neuen Vorzeichen, Zeitung der Schweizerischen Flüchtlingshilfe – Fluchtpunkt 83 (November 2018), 3; Gattiker, Beschleunigte Asylverfahren in der Schweiz, juris Monatszeitschrift (jM) 3/2019, 110.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Dazu der Entwurf des Evaluationsberichts, a. a. O. (Fn. 15).

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Erste Hinweise gibt der Entwurf des Evaluationsberichts, a.a.O. (Fn.15).

richte durch die Verlagerung der Asylverfahren können in Ansätzen durch eine Rückverlagerung auf das BAMF gemindert werden.

Dies bewirkt im Ergebnis die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zur Statthaftigkeit der Anfechtungsklage bei den Unzulässigkeitsentscheidungen nach §29 AsylG oder die Zulassung der isolierten Untätigkeitsbescheidungsklage bei Nichtentscheidung durch das Bundesamt. Bei den zumeist erhobenen Verpflichtungsklagen scheidet aber de lege lata eine »Zurückverweisung« an das BAMF zur »Ausbesserung« von Qualitätsmängeln aus; § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO ist nicht anzuwenden. Das Bundesamt ist aber auch nach Klageerhebung nicht gehindert, die zu Gericht gelangten Fälle intern darauf zu überprüfen, ob sie richtig entschieden worden sind, etwa neuem oder ergänzendem Klagevorbringen durch eigene Maßnahmen der Sachverhaltsaufklärung nachzugehen, Veränderungen der Erkenntnislage zu der Verfolgungs- oder Abschiebungssituation systematisch und »tagesaktuell«20 in das gerichtliche Verfahren einzuführen - oder dieses Verfahren durch eine neuerliche Sachentscheidung zu erledigen. Bei einer Gesamtperspektive, welche das Asylverfahren gewaltenübergreifend als Einheit von behördlichem und gerichtlichem Verfahren sieht, sind die durch den Rückgang der Neueingänge beim Bundesamt freigewordenen behördlichen Kapazitäten hier deutlich effektiver eingesetzt als bei einer systematischen Überprüfung stattgebender Entscheidungen.<sup>21</sup>

Das (künftige) Mengenaufkommen bei den Gerichten kann auch durch eine kluge Rückkehrberatung beeinflusst werden. Sie ist nicht zuletzt als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (drohenden) Zwangsmitteln vorzuziehen. Solange die Rückkehrberatung nicht rechtsschutzverkürzend falsch ist, ist auch eine nicht ergebnisoffene Beratung jedenfalls nach antragsablehnender Erstentscheidung »im Schatten der Abschiebung« legitim und legal.

Illusorisch scheint es mir indes, hierin mehr als einen – aus vielen Gründen sinnvollen – Baustein zu sehen.

# IV. Rechte und Rechtsverteidigung<sup>22</sup>

#### 1. Realität der Verwaltungsgerichtsbarkeit

#### 1.1 Aktuelle Verfahrensentwicklungen

Asylverfahren dominieren derzeit die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wegen der Zeitverzögerung bei der Veröffentlichung der Gerichtsstatistik<sup>23</sup> können exakte aktuelle Daten nicht genannt werden; bei Fortschreibung der bisherigen Daten wird die Zahl allein der anhängigen Asylverfahren bei ca. 250.000 Verfahren liegen und damit die durchschnittliche jährliche Verfahrenslast der Verwaltungsgerichtsbarkeit überschreiten. Die Einstellung neuer RichterInnen, die in unterschiedlichem Umfang in den Ländern erfolgt ist, hat mit dem Verfahrensanstieg ebenso wenig Schritt gehalten<sup>24</sup> wie die Personalentwicklung in dem - für das »Gesamtergebnis« von Verwaltungsgerichtsbarkeit unverzichtbaren – nichtrichterlichen Dienst in den Serviceeinheiten/Geschäftsstellen. Eine qualifizierte Richterassistenz, welche die Richterschaft z.B. bei Recherchearbeiten, der Aufbereitung von Tatsachen und Rechtsprechung oder der Erstellung von Erkenntnismittellisten unterstützt,25 besteht bislang nur in Ansätzen. Mit dem sprunghaften Größenwachstum ergeben sich notwendig formelle und informelle Probleme der Organisationsentwicklung und eine erhöhte Fehleranfälligkeit.

Eine Folge ist, dass die erheblichen Bemühungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit um einen Abbau von Verfahrensrückständen und um akzeptable Laufzeiten, die bis Anfang der 2010er Jahre durchaus erfolgreich waren, zunichte gemacht sind. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit steuert auf eine Situation zu, in der mehrjährige Verfahrenslaufzeiten im erstinstanzlichen Hauptsacheverfahren nicht mehr die Ausnahme, sondern wieder die Regel sind, der verwaltungsgerichtliche Eilrechtsschutz zulasten der Hauptsacheverfahren weiter an Bedeutung gewinnt<sup>26</sup> und insgesamt vermehrt nach Alternativen zur Verwaltungsgerichtsbarkeit gesucht werden wird.

88 Asylmagazin 4/2019

Zur Rechtsprechung des BVerfG siehe nur Kammerbeschlüsse vom
 27.3.2017 – 2 BvR 681/17 – asyl.net: M24951 und vom 25.4.2018 – 2
 BvR 2435/17 – asyl.net: M26246, Asylmagazin 9/2018, 313 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Siehe dazu Nachricht im Asylmagazin 9/2018, 285: Nur wenige Fehler bei Schutzgewährung durch das BAMF.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Dieser Abschnitt greift im Selbstplagiat auf Überlegungen in dem Beitrag Sonderasylprozessrecht – Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz im Asylrecht (InfAuslR 9/2018, 309) zurück.

Die genauen, bundesweit aggregierten Zahlen werden regelmäßig nur mit erheblicher Zeitverzögerung veröffentlicht; die schneller verfügbare Statistik des BAMF »rechnet« anders als die Zählkartenstatistik der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Neue Richtervereinigung (NRV Masterplan, Juni 2018) plädiert zur Überwindung personeller Engpässe dafür, statt auf den Einsatz von Richtern auf Zeit (dazu BVerfG, Beschluss vom 22.3.2018 – 2 BvR 780/16 – asyl.net: M26275, NJW 2018, 1935) auf Abordnungen oder Versetzungen aus anderen Gerichtsbarkeiten zu setzen, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen/Stellungnahmen«.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Siehe auch Nr. 3 NRV-Masterplan, a. a. O. (Fn. 24).

Siehe – am Beispiel des Beamtenrechts – Burghardt, Droht dem Bundesverwaltungsgericht ein Bedeutungsverlust durch die Verlagerung des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacherechtsschutzes in das Eilverfahren?, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL) 2018, 417.

Besonderheiten des gerichtlichen Asylverfahrens bestehen auch in der Verfahrensrealität:

- Der Asylprozess ist derzeit weiterhin ein insoweit »einseitiges« Gerichtsverfahren, als das BAMF als Vertreter der beklagten Bundesrepublik Deutschland vor den Verwaltungsgerichten in dem Herzstück jeden Gerichtsverfahrens, der mündlichen Verhandlung, in der ersten Instanz derzeit immer noch ungeachtet erster erkennbarer Bemühungen des BAMF nicht oder doch nur selten auftritt.
- Noch immer gibt es VerwaltungsrichterInnen mit inzwischen bereits längerer Tätigkeit im Asylrecht, die in der mündlichen Verhandlung noch nie eine/n BAMF-Vertreter/in gesehen haben und in deren Verfahren die Mitwirkung des BAMF auch außerhalb der mündlichen Verhandlung auf ein Minimum reduziert ist. Sie arbeiten derzeit die BAMF-Bescheide aus den Jahren 2015 bis 2017 ab, die sehr unterschiedlicher und zu oft sehr geringer Qualität sind und bei denen das BAMF den »Verfahrensberg« an die Verwaltungsgerichte »durchgereicht« hat, soweit es nicht zu einer Anerkennung gekommen ist.

# 1.2 Verfahrensanstieg und Qualität verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen

Die organisatorischen und personellen Probleme, die sich beim BAMF durch den massiven Verfahrensanstieg ergeben hatten, treffen nun auch die Verwaltungsgerichte – einschließlich des Problems, dass das gerichtliche Asylverfahren auf eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung einer Behördenentscheidung, nicht auf eine Erstbescheidung angelegt ist.

Die notwendige personelle Aufstockung birgt Probleme – auch soweit sie mit verfassungsgerichtlicher Billigung<sup>27</sup> durch RichterInnen auf Zeit oder durch abgeordnete RichterInnen aus anderen Gerichtsbarkeiten erfolgt. Hoher Erledigungsdruck lastet auch auf den VerwaltungsrichterInnen. Belastbarkeit und Erledigungszahlen sind – zumindest informell – gerade für die jüngeren VerwaltungsrichterInnen zentrale Beurteilungskriterien. Sie entscheiden über Lebenszeiternennung oder weiteren beruflichen Fortgang. Der Erledigungsdruck

- setzt Anreize, den Amtsermittlungsgrundsatz zugunsten der Obliegenheit zur Beibringung verfahrenserheblicher Tatsachen zurückzudrängen,
- verleitet zur Suche nach der »einfachsten Erledigung«
- legt eine auch sonst allein auf maximale Erledigungszahlen optimierte Bearbeitungsweise nahe.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschluss vom 22.3.2018, a. a. O. (Fn. 24).

Effektiver Rechtsschutz bedeutet stets auch zeitnahen Rechtsschutz. Schnelligkeit darf aber Gründlichkeit und Qualität nicht verdrängen. Es bleibt das Paradoxon: In Zeiten sehr hoher Belastung und sprunghafter Organisationsentwicklung werden an sich Bemühungen um die Definition und den Erhalt von »Qualität« der Rechtsprechung² immer dringlicher, rücken aber aus Zeitnot² immer weiter in den Hintergrund. Exemplarisch sind einige Problemdimensionen zu benennen:

- Der gesetzlich gewollte, sehr hohe Anteil von Einzelrichterentscheidungen führt zum Wegfall der qualitätssichernden Funktion der Spruchkörpereinbindung. Die verwaltungsgerichtliche Kammer, die stets auch ein Ort des Wissens- und Erfahrungstransfers und der Möglichkeit zur »ungeschützten« Kommunikation in Situationen eigener Ungewissheit oder Unsicherheit ist, erfährt so einen wesentlichen Funktionsverlust und -wandel hin zu Dezentralisierung und Individualisierung von Erledigungsverantwortung.
- Die bei verantwortlicher Bearbeitung oft auch psychisch belastende Tätigkeit im Asylbereich verlangt zudem nach entlastenden Kommunikationsstrukturen, für die die Kammern nicht (mehr) das »geborene« Angebot sind.
- Unter diesen Rahmenbedingungen ist es eine normativ kaum steuerbare Frage des richterlichen Selbstverständnisses (»Berufsethos«), wie jenseits der vorauszusetzenden Beachtung des Prozessrechts mit einer qualifizierten Inanspruchnahme der Verfahrensrechte, einer sachgerechten Ausschöpfung des Beweisantragsrechts und sonstiger Verfahrensrechte umzugehen ist, die den Aufwand im jeweiligen Verfahren erhöhen und damit die Erledigungszahlen »drücken«.
- Ein (zu) hoher Erledigungsdruck gerade auf die jüngeren oder abgeordneten VerwaltungsrichterInnen ohne kompensierende »Schutz«- und Ausgleichsmechanismen lässt hier eine »Richtersozialisation« besorgen, welche das Selbstverständnis einer ganzen Gerichtsbarkeit oder doch einer RichterInnen»generation« zu verändern geeignet ist.

Hinzu kommen die methodischen und sachlichen Vorverständnisse, die in dem durch die richterliche Gesetzesbindung gezogenen Rahmen auf die Rechtsauslegung und -anwendung einwirken und ihrerseits durch die gesell-

Asylmagazin 4/2019 89

Siehe nur von Bargen, Eigenverantwortliches Qualitätsmanagement als richterliche Gemeinschaftsaufgabe – Ein Beitrag zur Sicherung der Unabhängigkeit und Zukunftstauglichkeit der Gerichte, SächsVBl. 2008, 1; ders., Gute Rechtsprechung – Ein Plädoyer für eine engagierte Qualitätsdiskussion in den Gerichten, NJW 2006, 2531; Berlit, Richterliche Unabhängigkeit und Organisation effektiven Rechtsschutzes im »ökonomisierten« Staat, VERW Beiheft 5 (2002), 135.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Dazu jüngst Rebehn, Sorge um Qualität der Rechtsprechung, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 2019, 6: Zwei von drei RichterInnen geben an, nicht genügend Zeit für ihre Fälle zu haben.

schaftliche Debatte geprägt oder doch beeinflusst werden. In der aus guten Gründen pluralen Richterschaft spiegelt sich auch das gesamte Spektrum vertretbarer Positionen zu Migration allgemein und Fluchtmigration im Besonderen.

# 2. Bewältigung der Herausforderung durch Entlastung der Verwaltungsgerichte?

Naheliegende Reaktion auf Überlastung ist Entlastung.

Bei gerichtlichem Rechtsschutz, der auf die Durchsetzung materieller Rechte gerichtet ist, kann Entlastung im Verfahren durch Aufhebung dieser Rechte, durch Reduktion gerichtlicher Prüfungsdichte, durch Beseitigung von Verfahrensrechten oder Maßnahmen bewirkt werden, die ihre Wahrnehmung faktisch erschweren oder behindern (2.1).

Alternative ist die qualitätserhaltende Ausgestaltung des Asylprozessrechts, die zielgerichtet auf die Probleme des gerichtlichen Asylverfahrens reagiert und Effektivitätssteigerung ohne Effizienzverluste bewirkt (2.2, 2.3).<sup>30</sup>

### 2.1 Weitere »Verschärfungen« des Asyl(prozess)rechts?

Das materielle Flüchtlingsrecht ist unions- und völkerrechtlich weitgehend determiniert. Dem nationalen Gesetzgeber verbleibt für substantielle Modifikationen kein Spielraum.

- Die Aufhebung des Art. 16a GG hätte erhebliche politisch-symbolische Bedeutung, bei fortbestehender Unionsmitgliedschaft und Bindung an die GFK sowie die EMRK aber keinen operativen Entlastungs- oder Problembewältigungsnutzen.
- Nationaler Gestaltung entzogen sind auch die Beeinflussung des Mengenaufkommens durch Abschottung der Außengrenzen. Zumindest nationale (verfassungs-) gerichtliche Kontrolle versagt auch weitestgehend bei Externalisierungs- und Abschottungsstrategien.
- Selbst die politisch heftig umstrittene Bestimmung von Staaten als »sichere Herkunftsstaaten« verkürzt in der Sache nicht materielle Rechte, sondern zielt – neben politischer Symbolik ungewisser Wirkungsweise – auf Verkürzung von Verfahren u.a. durch Vermutungsregelungen und Fristverkürzungen sowie auf Folgerechte im nationalen Bereich (z.B. Arbeitsmarktzugang) bis hin zur »Duldung light«.<sup>31</sup>

Einer substantiellen Verkürzung gerichtlicher Kontrolldichte steht Art. 46 EU-Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU (VerfRL) entgegen, nach dem die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass Antragsteller bei ablehnenden Bescheiden das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht haben. Dieser muss eine umfassende Ex-nunc-Prüfung vorsehen, die sich sowohl auf Tatsachen- als auch auf Rechtsfragen erstreckt und bei der gegebenenfalls das Bedürfnis nach internationalem Schutz zumindest in Rechtsbehelfsverfahren vor einem erstinstanzlichen Gericht beurteilt wird.

Der EuGH wird auf einige Vorlagen hin in den nächsten Jahren Gelegenheit haben, die Reichweite des Art. 46 VerfRL weiter zu entfalten und dabei auch zu entscheiden haben, ob eine reine Kassationsklage stets dem Gebot wirksamen Rechtsschutzes entspricht. Für eine Aufhebung des (nationalen) Amtsermittlungsgrundsatzes oder die Zurücknahme der Kontrolldichte durch Beweis- oder Entscheidungsregeln, die erhöhte Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung stellen, den Prüfungsumfang beschränken oder Präklusionsregeln enthalten, bleibt allenfalls bei der Beschleunigung gerichtlicher Verfahren entweder nach nationalem Verfassungs- oder nach Unionsrecht nur ein geringer Raum.

Die zahlreichen Veränderungen des Asylverfahrensund -prozessrechts der letzten Jahrzehnte, die sich aus nationaler Perspektive als Geschichte der Beschleunigung, des Abbaus und der Verkürzung darstellen lässt,<sup>33</sup> haben die Spielräume bei der personellen Besetzung (Einzelrichtergrundsatz) und den Rechtsmitteln bereits weitestgehend ausgeschöpft. Der Verzicht auf jegliches Rechtsmittel wäre verfassungsrechtlich zulässig, angesichts der kontraproduktiven Folgen bereits der bestehenden

Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht« (Geord-

90 Asylmagazin 4/2019

nete-Rückkehr-Gesetz, Stand: Anfang Februar 2019, abrufbar auf fluechtlingsrat-berlin.de unter »Recht & Rat/Asyl & Aufenthalt«).

<sup>32</sup> EuGH, laufende Rechtssachen C-517/17 Addis gg. Deutschland

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> EuGH, laufende Rechtssachen C-517/17 Addis gg. Deutschland (»Heilung« behördlicher Verfahrensfehler durch das Gerichtsverfahren nach § 46 VwVfG [Art. 14 Abs. 1 VerfRL], Vorlage durch BVerwG Beschluss vom 27.6.2017 – 1 C 26.16 – asyl.net: M25389, das Verfahren vor dem EuGH ist bis zur Urteilsverkündung in der Rs. Ibrahim u. a. C-297/17, C-318/17, C-319/17 und C-438/17 ausgesetzt); C-557/17 Y.Z. u. a. gg. Niederlande (Zuerkennung internationaler Schutz statt reiner Kassation [Art. 46 Abs. 3 VerfRL], Verkündung für den 14.3.2019 vorgesehen); C-406/18 PG gg. Ungarn (Durchentscheiden statt Kassation; feste Verfahrensdauer).

Dazu Berlit, Asylrecht und Asylverfahren in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG). Impressionen zum 60-jährigen Bestehen des Bundesamtes, in: BAMF (Hrsg.), Aufgaben und Herausforderungen. Ein Rückblick auf 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Nürnberg Juli 2013, 74; ders., Rechtsschutz und Beschleunigungsmöglichkeiten im (gerichtlichen) Asylverfahren, in: Henneke (Hrsg.), Flüchtlingsunterbringung und -integration als kommunale Herausforderung, Stuttgart u. a. 2016, 66; Markard, a. a. O. (Fn. 2 [III.2]); aus der österreichischen Perspektive siehe Khakzadeh-Leiler, Verfahrensbeschleunigung und ihre Grenzen, in: Merli/Pöschl (Hrsg.), Das Asylrecht als Experimentierfeld, Wien 2017, 175.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Zu »Effizienz« im Migrationsverwaltungsrecht und gegen einen verkürzten, primär auf Beschleunigung und Kosteneffizienz bezogenen Effizienzbegriff auch Markard, a. a. O. (Fn. 2) (III.).

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Bescheinigung über die vollziehbare Ausreisepflicht (§ 60b E-AufenthG) nach dem BMI-Referentenentwurf eines »Zweiten

Rechtsmittelbeschränkungen kein Beitrag zur Beschleunigung oder Effizienzsteigerung.

Raum bleibt für punktuelle Änderungen des Prozessrechts, die Verfahren vereinfachen und beschleunigen, ohne deswegen notwendig Rechtsschutz zu verkürzen oder dessen Qualität zu mindern. Neben einer Wiederangleichung des Asylprozessrechts an das reguläre Prozessrecht<sup>34</sup> sind an Vorschlägen exemplarisch zu benennen:

- Die Einsatzmöglichkeiten von RichterInnen auf Probe, kraft Auftrages oder kraft Abordnung zu erweitern,
- auch im Hauptsacheverfahren für obligatorische EinzelrichterInnen die Rückübertragungspflicht einzuführen.
- die Anforderungen an ärztliche Gutachten im Asylprozess weiter zu spezifizieren oder
- eine Regelung zur Verwendung fremdsprachiger Erkenntnismittel zu schaffen.<sup>35</sup>

# 2.2 Wiederannäherung an den allgemeinen Verwaltungsprozess?

Ein Mechanismus zur Verbesserung der Qualität von Rechtsschutz sind Rechtsmittel.

Allzumal in Verbindung mit einem (faktischen) Einzelrichterprinzip bergen weitgehende Rechtsmittelausschlüsse oder -beschränkungen wegen der notwendigen und unaufhebbaren Unabhängigkeit der streitentscheidenden RichterInnen Qualitätsrisiken für die Rechtsprechung. Dies gilt allzumal in Zeiten, in denen vermehrt RichterInnen ohne langjährige Erfahrung oder systematischen Wissens- und Erfahrungstransfer in diesem Rechtsgebiet judizieren (müssen). Zu oft herrscht noch der Irrglaube vor, das Flüchtlingsrecht sei materiell- wie verfahrensrechtlich ein »einfaches« Rechtsgebiet. Die Kombination von Rechtsmittelbeschränkungen und Einzelrichterentscheidungen bewirkt jedenfalls eine Zersplitterung von Rechtsprechung, die über das allgemeine Problem der »konstitutionellen Uneinheitlichkeit« von Rechtsprechung deutlich hinausgeht und die Funktion von Rechtsprechung beeinträchtigt, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu gewährleisten.

Das höchstrichterliche Interesse an Vorkehrungen, die eine konsistente und kohärente Rechtsprechung<sup>36</sup> be-

fördern, trifft sich mit dem Interesse der Betroffenen an einem Wiederausbau der Rechtsschutz- und -mittelmöglichkeiten. Ausgeblendet bleiben Fragen im Zusammenhang mit der Einbindung des nationalen Rechtsschutzes in ein Mehrebenensystem und die Spezifika, die sich aus der Zeit- und Entscheidungsstruktur des EuGH ergeben.

In der nationalen Diskussion sind hier unter anderem zu nennen:<sup>37</sup>

- Die Öffnung des Zulassungsrechtsmittels bei Klageabweisung als »offensichtlich« unzulässig oder unbegründet.
- die Öffnung des Asylprozesses zumindest für den Berufungszulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Ergebnisrichtigkeit,<sup>38</sup>
- die Möglichkeit der Berufungszulassung für die Verwaltungsgerichte,
- eine Beschwerdemöglichkeit in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes,
- bei erweiterten Berufungsmöglichkeiten die konditionierte Einführung der fakultativen Einzelrichterübertragung auch im Berufungsverfahren sowie
- die Möglichkeit einer vereinfachten Zurückverweisung an das Verwaltungsgericht oder die Zurückverweisung durch das Verwaltungsgericht an das BAMF (nach dem Vorbild des § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO).

In diesem Kontext ist angesichts der erheblichen, durch ein aktuelles Urteil des BVerwG³9 nur partiell geklärten Rechtsunsicherheit rund um § 37 Abs.1 AsylG,⁴0 eine (konstitutive oder deklaratorische) Klarstellung des Gewollten durch den Gesetzgeber erforderlich. Bei all diesen Möglichkeiten gilt es rechtspolitisch klarzustellen, dass Rechtsmittelerweiterungen auch dem BAMF – das auch keine Verfassungsbeschwerde einlegen kann – offenstehen und Rechtsmittel zur Korrektur als nicht richtig erachteter instanzgerichtlicher Rechtsprechung eröffnen, also pro »Qualität« und »Ergebnisrichtigkeit«, nicht aber »pro Schutzgewähr« wirken können und sollen.

Asylmagazin 4/2019 91

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Dazu bereits Berlit, Reformbedarfe im Asylprozessrecht – für eine Reintegration des Sonderasylprozessrechts in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht, DVBl. 2015, 657; siehe auch Münch, Reuige Rückkehr zum allgemeinen Verwaltungsprozessrecht? Zur aktuellen Diskussion über Rechtsmittel im Asylverfahren, ZRP 2018, 193.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Dietz, Reformvorschläge zum Asylprozessrecht im Kontext der Flüchtlingskrise, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)-Extra 15/2018, 2 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Zu diesem Ziel siehe Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion: Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Berlit, a. a. O. (Fn. 34), 657; Münch, a. a. O. (Fn. 34), 193; Dietz, a. a. O. (Fn. 35), 3 ff.; siehe auch Nr. I.6 der Beschlüsse der migrationsrechtlichen Abteilung des 72. Deutschen Juristentags (DJT) Leipzig (2018).

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Siehe auch Rechtsberaterkonferenz, 50 Forderungen zum Flüchtlings-, Aufenthalts-, Staatsangehörigkeits- und Sozialrecht, Stuttgart 4.11.2017, Forderung Nr. 2, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen/Stellungnahmen«.

 $<sup>^{39}</sup>$  BVerwG, Urteil vom 15.1.2019 – 1 C 15.18 – asyl.net: M27051, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S.113.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Dazu Berlit, Aktuelle Rechtsprechung zum Flüchtlingsrecht 2017/18, NVwZ-Extra 5/2019, 6f.; Lean, Anmerkung zur Rechtsprechung zum Verfahren nach § 37 AsylG, Asylmagazin 7–8/2018, 269.

# 2.3 Tatsachenbewertungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts

Kontrovers diskutiert wird – auch aus diesem Grunde – der Vorschlag, dem Bundesverwaltungsgericht eine auf grundsätzliche Tatsachenfragen zu den Verhältnissen in Herkunfts- und Abschiebezielstaaten beschränkte Tatsachenfeststellungs- und -bewertungsbefugnis zuzuweisen, die durch eine Erweiterung der Revisions(zulassungs)gründe oder durch ein Vorlageverfahren eröffnet werden kann.<sup>41</sup> Neben dem Grundsatzbedenken, dass dies wieder ein »Sonderrecht« im Asylprozess bewirkte, 42 und den – berechtigten - Bedenken in Bezug auf die Belastungssituation und Personalausstattung des Bundesverwaltungsgerichts treten gewichtige, nach meiner Bewertung indes letztlich nicht durchgreifende Bedenken u.a. in Bezug auf die (rechtlichen oder faktischen) Bindungswirkungen sowie die erreichbare Aktualität von Länderleitentscheidungen bei volativen Verfolgungslagen in den Herkunftsländern bzw. Aufnahmebedingungen in den Überführungs- bzw. Abschiebungszielstaaten.

# V. Bewältigung der Herausforderungen durch die Verfahrensbeteiligten

Der Verwaltungsprozess ist ein kontradiktorisches Verfahren. Der Amtsermittlungsgrundsatz ist eingebunden in die Mitwirkungsobliegenheiten der Verfahrensbeteiligten, die bei der Erforschung des Sachverhalts heranzuziehen sind.

### 1. Mitwirkungsobliegenheiten des BAMF

Bereits angesprochen sind die Mitwirkungsobliegenheiten des BAMF. Das BAMF »schuldet« eine ordnungsgemäße Verfahrensbegleitung und -betreuung. Es hat jedenfalls nach der Klagebegründung

• auch beklagte, ablehnende Entscheidungen in Bezug auf Verfahren und Ergebnis zu überprüfen,

- gegebenenfalls einzelne Verfahrensschritte unabhängig davon, ob sie zur isolierten Aufhebung führen könnten, nachzuholen,
- auf veränderte Verfolgungs- oder Erkenntnislagen oder Rechtsprechungsentwicklungen zu reagieren und
- in geeigneten Fällen auch durch erneute Bescheidung dem Klagebegehren (ganz oder teilweise) abzuhelfen.<sup>43</sup>

## 2. Mitwirkungsobliegenheiten der Schutzsuchenden

Bei den Schutzsuchenden sind mit der Präklusionsregelung des §74 Abs. 2 AsylG die allgemeinen verwaltungsprozessualen Mitwirkungsobliegenheiten im Asylprozess spürbar verstärkt; dies kann durch Verfügungen nach §87b VwGO im Vorfeld einer mündlichen Verhandlung weiter gesteigert werden.<sup>44</sup>

Mitwirkung durch professionelle, qualitativ hochwertige Prozessführung durch die (meist) anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten wird im Ergebnis zu einer Entlastung auch der Gerichte führen. Sie wird zwar in einzelnen Verfahren den gerichtlichen Aufwand bei der Entscheidungsfindung erhöhen. Sie hilft aber, Verfahren strukturiert zu führen und trägt insgesamt zu Verbesserung der Entscheidungsqualität und damit auch der Akzeptanz der Entscheidungen bei; qualifizierte Beratung vor und im Asylprozess kann den Gerichten auch Verfahren bzw. streitige Entscheidungen ersparen. Eine konsequente und in diesem Sinne »parteiliche« Vertretung der Interessen und Belange der Mandantschaft bildet dabei keinen notwendigen Gegensatz zu der aus der anwaltlichen Organstellung heraus geschuldeten »Kooperation« bei der Bewältigung der Herausforderungen im Asylprozess.

Professionelle Rechtsberatung ist indes voraussetzungsvoll und gerade im Asylbereich alles andere als banal. $^{45}$ 

- Die Zahl der FachanwältInnen für Migrationsrecht oder sonst in diesem Rechtsgebiet Kundigen ist weiterhin überschaubar und nicht bedarfsdeckend; Entsprechendes gilt für den Kreis jener AnwältInnen, die zur Übernahme entsprechender Mandate bereit sind. Folge ist deren teils extreme Überlastung.<sup>46</sup>
- Die Mandate sind jedenfalls bei sachgerechter Wahrnehmung oft aufwändig. Zu nennen sind etwa
  - die sprachlichen und kulturellen Schwierigkeiten, die sich bei der Kommunikation mit der Mandantschaft ergeben,

92 Asylmagazin 4/2019

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Dazu Berlit/Dörig, Asylverfahren verbessern durch eine Tatsachenbewertungskompetenz des BVerwG im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen, NVwZ 2017, 1481; Berlit Sonderasylprozessrecht, a. a. O. (Fn. 22), 316 ff.; Nr. I.6 der Beschlüsse der migrationsrechtlichen Abteilung des 72. DJT, a. a. O. (Fn. 38); BDVR, Stellungnahme vom 2.3.2018, 3 f., www.bdvr.de; dazu kritisch Münch, a. a. O. (Fn. 34), 194 ff.; Dietz (Fn. 36), NVwZ-Extra 15/2018, 4 f.; zu einem Alternativmodell siehe Luth, Notwendigkeit und Instrumente der qualitativen Verbesserung und Vereinheitlichung der Einschätzung der Gefahrenlagen in Herkunfts- und Drittstaaten, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 2018, 331.

<sup>42</sup> Münch, a. a. O. (Fn. 34), 194 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Siehe auch Münch, a. a. O. (Fn. 34), 196.

<sup>44</sup> Sie setzen auf den vielfältigen, »sanktionsbewehrten« Mitwirkungsobliegenheiten im behördlichen Asylverfahren auf.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Maidowski/Hanschmidt, Flüchtlingsrecht vor Gericht. Professionelle Rechtsberatung und Prozessführung, Beilage zum Asylmagazin 7–8/2017, 27.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Siehe Maidowski/Hanschmidt, a. a. O. (Fn. 45), 31.

- eine komplexe, durch ein Mehrebenensystem der Rechtsetzung und -anwendung geprägte Rechtslage und
- die vielfältigen Probleme der Aufbereitung der allgemeinen Verfolgungs- oder Aufnahmelage im Herkunfts- oder Abschiebungs-/Überstellungszielstaat.
- Selbst wenn für die (Prozess-)Vertretung Prozesskostenhilfe gewährt wird,<sup>47</sup> ist eine (halbwegs) kostendeckende Bearbeitung jedenfalls nicht garantiert und oft nur über die Skaleneffekte zahlreicher (strukturell) gleichgelagerter Mandate erreichbar; auskömmliche Gebührenvereinbarungen sind zumindest nicht regelmäßig durchsetzbar. Unter den obwaltenden politischen Umständen ist eine Problemlösung oder -minderung über das Gebührenrecht auszuscheiden.

Die faktischen Voraussetzungen qualifizierter anwaltlicher Vertretung im Asylprozess – im Interesse des Systemganzen und damit auch der Rechtsverfolgung der Einzelnen – können durch eine »Entlastung« auch der Anwaltschaft verbessert werden. Dies ist indes keine (primär) staatliche Aufgabe oder eine Aufgabe des Gesetzgebers; innerhalb gewisser Grenzen kann eine richterliche Verfahrensführung weiterhelfen, welche die Funktionsbedingungen anwaltlicher Prozessvertretung zur Kenntnis nimmt.

- Entlastung bewirken kann eine Zulassung und Ausbau behördenunabhängiger qualifizierter Flüchtlingsberatung bereits während des behördlichen Asylverfahrens, die auch für die Anwaltschaft den Aufwand bei der Fallaufbereitung mindert.
- Entlastend wirken kann auch eine kluge, standesrechtlich kompatibel gestaltbare Vernetzung mit zivilgesellschaftlichen Beratungs- und Unterstützungsangeboten.
- Last but not least können sachkundige Unterstützungsangebote wie der Informationsverbund Asyl & Migration die anwaltliche Informationsbeschaffung und -aufbereitung partiell »zentralisieren« und zumindest das
  Problem mindern, dass in Zeiten des Internets die Herausforderung weniger in der Informationsbeschaffung
  denn in der Informationsaufbereitung und -filterung
  liegt.

# VI. Schlussbemerkung

Als Institution werden die Verwaltungsgerichte auch die Herausforderung durch die »Verlagerung von Asylverfahren« be- bzw. überstehen – und früher oder später aus dem subkutanen Krisenmodus in ihren traditionellen »Kontrollmodus« zurückkehren. Erst in einigen Jahren wird festzustellen sein, ob bzw. mit welchen »Kollateralschäden« z. B. für das Recht, den Rechtsschutz, die Betroffenen oder die »Organisationskultur« die Bewältigung der Herausforderung verbunden (gewesen) sein wird. Rechtspolitisch sehe ich hier drei wichtige Weichenstellungen:

- Bei den Gesetzesvorhaben in Umsetzung des »Masterplans Migration« wird entscheidend sein, welches Gewicht einem qualitativ hochwertigen Rechtsschutz auch und gerade im Asylprozess eingeräumt wird oder ob (weiterhin) quantitativem Erledigungsdenken in »überschlanken«, aber notwendig fehlerträchtigen Verfahren der Vorrang eingeräumt wird.
- Unter dem Aspekt des »Verursacherprinzips« wird sich zeigen, ob die Bewältigung der Folgen der Problemverlagerung primär als Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit gesehen und behandelt wird oder ob gewaltenübergreifend die Beteiligten(mit)verantwortung des BAMF für den Asylprozess aktiviert werden wird.
- Wird als »Asylverfahren« der gesamte Prozess von der Antragstellung über das behördliche Asylverfahren bis zum rechtskräftigen Urteil in den Blick genommen, wird entscheidend sein, ob/wie eine effektive, sachkundige behördenunabhängige Beratung schon vor der Erstantragstellung mit der rechtlichen Betreuung im Verwaltungsprozess so »vernetzt« werden kann, dass in allen Verfahrensstadien Verfahrenseffektivität nicht zulasten der Qualität geht und die oft schwierige Entscheidung, ob bzw. welcher Schutz zu gewähren ist, möglichst schnell und möglichst »richtig« getroffen wird.

Asylmagazin 4/2019 93

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Die Rechtsberaterkonferenz (a. a. O. [Fn. 38], Forderung Nr. 13) fordert eine – unionsrechtlich mögliche, aber nicht geforderte und dem PKH-System fremde – Prozesskostenhilfegewährung unabhängig von den Erfolgsaussichten des Verfahrens.

# INFORMATIONSBRIEF AUSLÄNDERRECHT

Heft 9/2018 · Seiten 309-348

**Fachbeiträge** 

# Sonderasylprozessrecht – Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz im Asylrecht

Von VRiBVerwG Prof. Dr. Uwe Berlit\*

Unionsrecht (I.1) und Verfassungsrecht (I.2.1) setzen den Rahmen für die einfachrechtliche Ausgestaltung des Zugangs zu gerichtlichem Rechtsschutz im Asylrecht (I.2.2); seine effektive Gewährung bildet angesichts der hohen Verfahrenszahlen eine Herausforderung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit insgesamt (I.3). Einer kurzen Bestandsaufnahme zu diesen Fragen (I.) folgt die Erörterung von Möglichkeiten zur weiteren Verschärfung des Asylprozessrechts (II.). Demgegenüber wird für eine Wiederannäherung des Asylprozessrechts an das allgemeine Prozessrecht plädiert, um kontraproduktiven Effekten einer zu starken Beschränkung insbesondere von Rechtsmitteln zu begegnen (III.). Der Bedeutung von fallübergreifenden Tatsachenfragen im Asylrecht sollte durch eine begrenzte Tatsachenkompetenz des Bundesverwaltungsgerichts Rechnung getragen werden (IV.). Inwieweit Schutzsuchende (in Deutschland) die Möglichkeit haben, ihre Rechte effektiv wahrzunehmen, beantwortet auch die Schlussbemerkung nicht (V.).

### I. Zur Problemlage

#### 1. Der unionsrechtliche Rechtsrahmen

Art. 46 RL 2013/32/EU gebietet den Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Antragsteller bei ablehnenden Bescheiden das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht haben. Ungeachtet der fortbestehenden Autonomie der Mitgliedstaaten in Bezug auf das gerichtliche Verfahrensrecht, also auch das Verwaltungsprozessrecht, haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass der wirksame Rechtsbehelf eine umfassende ex nunc-Prüfung vorsieht, die sich sowohl auf Tatsachen- als auch auf Rechtsfragen erstreckt und bei der gegebenenfalls das Bedürfnis nach internationalem Schutz zumindest in Rechtsbehelfsverfahren vor einem erstinstanzlichen Gericht beurteilt wird. Festzulegen sind angemessene Fristen und sonstige Vorschriften, welche die Wahrnehmung eines wirksamen Rechtsbehelfes ermöglichen, also insbesondere nicht zu kurz sind. Außer in Fällen offensichtlich unbegründeter und unzulässiger Anträge ist der Verbleib im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates für die Dauer der Rechtsbehelfsfrist und eines nachfolgenden gerichtlichen Verfahrens zu gestalten.

Dieser unionsrechtliche Rechtsrahmen wird durch bundesrepublikanisches Asyl(prozess)recht normativ (insgesamt) gewahrt. Selbst die in bestimmten Fällen geltende Wochenfrist für einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz und die entsprechende Klage (§ 74 Abs. 1 AsylG) unterschreitet nicht das unionsrechtlich Gebotene, zumal die Antragsteller damit rechnen können, dass eine Entscheidung des Bundesamts für Migration und Flücht-

linge (BAMF) über das Asylbegehren ergeht. Systematische Hindernisse bei der Inanspruchnahme unentgeltlicher Rechtsberatung und -vertretung bestehen nicht. Die nach Art. 20 Abs. 1 RL 2013/32/EU zu gewährleistende unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung muss nicht gewährt werden, wenn der Rechtsbehelf des Antragstellers nach Einschätzung des Gerichts oder einer anderen zuständigen Behörde keine konkrete Aussicht auf Erfolg hat. Das auf die hinreichenden Erfolgsaussichten abstellende System von Beratungs- und Prozesskostenhilfe stellt dies einschließlich der Überprüfung einer behördlichen Entscheidung in Bezug auf die Nichtgewährung von Rechtsberatung sicher. Auf der Normebene bestehen keine willkürlichen Einschränkungen oder Behinderungen der effektiven Wahrnehmung der Rechte eines Antragstellers. Für das behördliche Verfahren sieht Art. 21 Abs. 1 RL 2013/32/EU ohnehin vor, dass Nichtregierungsorganisationen, Fachkräfte von Behörden oder spezialisierte staatliche Stellen die unentgeltlichen rechts- und verfahrenstechnischen Auskünfte (Art. 19 RL 2013/32/EU) erteilen können.

Tatsächlich ist die Rechtsberatungs- und -durchsetzungswelt auch<sup>2</sup> im Asylprozess nicht »in Ordnung«. Der Zugang zu Rechtsanwälten, die zur Vertretung bereit sind, hängt nicht zuletzt von Ort und Art der Unterbringung ab. Ein – bewältigungsbedürftiges, aber auch -fähiges – Problem der »besonderen Aufnahmeeinrichtungen« (§ 5 Abs. 5 AsylG) sowie der künftigen AnkER-Zentren<sup>3</sup> ist, dass faktisch der Zugang zu

- \* Um einige Nachweise ergänzte »Key note« auf der Fachtagung »Zugang zu(m) Recht« der Refugee Law Clinics Deutschland am 05.06.2018. Die Vortragsform ist beibehalten. Der Vortrag spiegelt allein die persönliche Auffassung des Vortragenden. Der Beitrag von Dietz (Reformvorschläge zum Asylprozessrecht im Kontext der Flüchtlingskrise, NVwZ-Extra 15/2018) ist erst nach Redaktionsschluss erschienen und konnte nicht mehr berücksichtigt/eingearbeitet werden.
- S. aber ohne Rekurs auf das Unionsrecht VerfGH Österreich, Erk. v. 26.09.2017 – VfGH G 134/2017, G 207/2017 – NLMR 2017, 495 (kein Grund für eine Verkürzung der Beschwerde-/Rechtsbehelfsfrist bei negativer Entscheidung über Schutzbegehren).
- 2 Für das behördliche Asylverfahren s. Amnesty International u.a., Memorandum für faire und sorgfältige Asylverfahren in Deutschland. Standards zur Gewährleistung der asylrechtlichen Verfahrensgarantien, November 2016 (https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2015/12/Memorandum-f%C3%BCr-faire-und-sorgf%C3%A4ltige-Asylverfahrenin-Deutschland-2016.pdf).
- 3 Dazu BMI, Masterplan Migration. Maßnahmen zur Ordnung, Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung, 04.07.2018, Nr. 32; UNHCR, Empfehlungen zur Ausgestaltung der geplanten »AnkER«-Einrichtungen, Juni 2018; zur Kritik verschiedener Wohlfahrtsverbände an der Etablierung von AnkER-Zentren unter dem Aspekt der Rechte von Kindern s. Offener Brief v. 24.05.2018 (https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user\_upload/ Seiten/Presse/docs/AnschreibenAnKERKommunen\_24052018.pdf).

InfAusiR 9 · 2018 309

qualifizierter Rechtsberatung erschwert wird. Ohnehin ist die Zahl im Migrationsrecht kundiger Rechtsanwälte nicht mit dem Bedarf mitgewachsen. Sollten tatsächlich in den AnkER-Zentren auch Außenstellen von Verwaltungsgerichten angesiedelt werden<sup>4</sup> – ein Ansatz, den die Berufsverbände der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Vergangenheit stets abgelehnt haben –, wird sich das Problem verschärfen. Zugang zu(m) Recht<sup>5</sup> setzt Wissen, Handlungskompetenz und tatsächliche Erreichbarkeit qualifizierten Rechtsrates voraus. Gerade bei Geflüchteten können das erforderliche Wissen und entsprechende Handlungskompetenzen nicht generell vorausgesetzt werden, sodass es zumindest entsprechender »Informationsmittler« bedarf. Die Gewährung von Beratungs- oder Prozesskostenhilfe ist immer wieder – in nicht klar quantifizierbarem Umfang – übermäßig restriktiv. Der rechtsstaatsaverse Vorwurf einer »Anti-Abschiebe-Industrie«6 leistet dem zusätzlich Vorschub. Die Inanspruchnahme von Recht(en) kann Recht selbst aber nur begrenzt beeinflussen.

#### 2. Der nationale Rechtsrahmen

#### 2.1 Verfassungsrecht

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert einen Rechtsweg bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts garantiert Art. 19 Abs. 4 GG einen auch in der Sache effektiven Rechtsschutz.

Vom Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht umfasst ist ein Instanzenzug. Der Gesetzgeber ist in der Ausgestaltung des Rechtsmittelrechts weitestgehend frei von verfassungsrechtlichen Vorgaben. Zwischen unbeschränkter Öffnung und vollständigem Ausschluss stehen ihm alle Möglichkeiten offen. Bei gegebener, tatbestandlich beschränkter Rechtsmittelmöglichkeit ist von Verfassungs wegen lediglich garantiert, dass bei der Auslegung und Anwendung der Rechtsmittelzugangsbeschränkungen der Zugang zu der nächsten Instanz nicht unzumutbar erschwert wird, der Rechtsschutz also auch im Hinblick auf gesetzlich vorgesehene Rechtsmittel effektiv sein muss.<sup>7</sup>

Nach nationalem Verfassungsrecht besteht grundsätzlich ein Anspruch auf vollständige – auch die Beurteilungsgrundlagen umfassende – Nachprüfung der angefochtenen Maßnahme in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht; eine Bindung an die von der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen ist ausgeschlossen. Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Exekutive, deren Anerkennung zu einer reduzierten Kontrolldichte führt, sind nur in Ausnahmefällen anzuerkennen; ein solcher liegt für die tatbestandlich gebundene Entscheidung über die Gewährung internationalen Schutzes nicht vor.

Eine Besonderheit des deutschen Verwaltungsprozesses ist die Möglichkeit der Verpflichtungsklage, wenn es um die Vornahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes geht. Der bundesrepublikanische Verwaltungsrichter ist aktiver in die Aufbereitung des entscheidungserheblichen Tatsachenstoffes und die Ermittlung der Rechtslage einbezogen als die auf Kassationsentscheidungen beschränkten RichterInnen vieler anderer EU-Staaten, in denen oft auch kein Amtsermittlungsgrundsatz besteht. Hierauf wird zurückzukommen sein.

#### 2.2 AsylG

Die im Abschnitt 9 AsylG zusammengefassten Regelungen zum Gerichtsverfahren in Streitigkeiten nach dem Asylgesetz (§§ 74 ff. AsylG), die den Kern des »Sonderverwaltungsprozessrechts des Asylverfahrens«<sup>8</sup> bilden, sind das Ergebnis einer langen Gesetzesentwicklung. Die Asylgesetzgebung der letzten 36 Jahre kann für das gerichtliche Asylverfahren als eine Geschichte der Beschleunigungsgesetzgebung erzählt werden, bei der der Gesetzgeber auf eine vermehrte Inanspruchnahme des Asylrechts vor Gericht mit Verfahrensmodifikationen und Abbau von Verfahrensrechten reagiert hat.<sup>9</sup>

Bereits das Gesetz über das Asylverfahren (Asylverfahrensgesetz) (1982)<sup>10</sup> enthielt in den §§ 30 ff. AsylVfG Sonderregelungen, die der vereinfachten und beschleunigten Verfahrensabwicklung dienen sollten. Neben dem obligatorischen Verfahrensverbund zwischen der asylrechtlichen und ausländerbehördlichen Entscheidung sind zu nennen die fakultative Übertragung auf den Einzelrichter und die Einführung einer Zulassungsberufung, die seinerzeit auch noch von dem Verwaltungsgericht hat ausgesprochen werden können. Die nächste Ştufe war dann die Neufassung im Jahre 1992<sup>11</sup> im Vorfeld des sog. Asylkompromisses, <sup>12</sup> durch die die §§ 74 ff. AsylG in den Grundzügen ihre heutige Gestalt erlangt haben.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Folgezeit alle wesentlichen Elemente des neuen Sonderasylprozessrechtes als mit dem Grundgesetz vereinbar erkannt. Die Kernelemente des (weitgehend) obligatorischen Einzelrichters und der lediglich eingeschränkten Berufungsmöglichkeit sind zum 01.01.1997 in abgemilderter Form in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht übernommen worden.

Beanstandungen des Bundesverfassungsgerichts hat es zwar immer wieder bei der Auslegung und Anwendung der Regelungen gegeben, etwa in Bezug auf vorschnelle Abweisungen

- 4 BMI, Masterplan Integration (Fn. 3), Nr. 32: »Möglichst auch Präsenz des zuständigen Verwaltungsgerichts vor Ort, um die verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren weiter zu beschleunigen. ... Verwaltungsgerichte müssen schnellstmöglich entscheiden«.
- 5 Hier im Sinne des Zugangs zu gerichtlichem Rechtsschutz, nicht verstanden als Zugang zu internationalem Schutz, der Gebietskontakt voraussetzt; s. dazu nur de Oliveira, Legaler Zugang zu internationalem Schutz zur Gretchenfrage im Flüchtlingsrecht, KJ 2016, 167.
- 6 S. SZ v. 06.05.2018, Dobrindt beklagte »Anti-Abschiebe-Industrie« (http://www.sueddeutsche.de/politik/asylpolitik-dobrindt-beklagt-anti-abschiebe-industrie-1.3968956); s. dazu https://www.stern.de/politik/deutschland/alexander-dobrindt--anti-abschiebungs-industrie---das-sind-die-fakten-7986538.html.
- 7 S. etwa BVerfG, Beschl. v. 08.12.2009 2 BvR 758/07 BVerfGE 125, 104 (137); Beschl. v. 14.11.2016 2 BvR 31/14 InfAuslR 2017, 41.
- 8 Gärditz, Das Sonderverwaltungsprozessrecht des Asylverfahrens, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), FS W.-R. Schenke, Berlin 2011, 689.
- 9 Dazu Berlit, Asylrecht und Asylverfahren in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG). Impressionen zum 60-jährigen Bestehen des Bundesamtes, in: BAMF (Hrsg.), Aufgaben und Herausforderungen. Ein Rückblick auf 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Nürnberg Juli 2013, 74.
- 10 AsylVfG 1982 v. 16.07.1982, BGBl. I, 946.
- 11 Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens vom 26.06.1992, BGBl. I, 1126.
- 12 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16 und 18) vom 23.06.1993, BCBL 1.1002
- 13 Zum Rechtsmittelrecht s. nur Berlit, in: GK-Asyl, § 78 Rn. 9 ff.
- 14 6. VwGO-ÄndG v. 01.11.1996, BGBl. I, 1626.

310 InfAuslR 9 · 2018

einer Asylklage als »offensichtlich unzulässig/unbegründet« oder überspannte Anforderungen an die Berufungszulassung, die seit 1992 zu beurteilen allein den Obergerichten obliegt. Die Grundstruktur aber ist unangefochten. Auch insoweit scheint die Rechtswelt in Ordnung.

#### 3. Verwaltungsgerichtliche Realität

# 3.1 Verfahrensentwicklung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Verwaltungsgerichtsbarkeit ist quantitativ derzeit überwiegend Asylgerichtsbarkeit. Die genaue Zahl der aktuell bei den Verwaltungsgerichten anhängigen gerichtlichen Asylverfahren ist nicht öffentlich bekannt; 15 sie liegt irgendwo zwischen 300.000 und 400.000 Verfahren. Für 2017 melden nahezu alle Verwaltungsgerichte weiterhin hohe Eingangszahlen und ungeachtet hoher Erledigungszahlen - vor allem - einen Anstieg der anhängigen Verfahren. Die Einstellung neuer RichterInnen, die in unterschiedlichem Umfang in den Ländern erfolgt ist, hat mit dem Verfahrensanstieg nicht Schritt gehalten. 16 Dies gilt gleichermaßen für den – für das »Gesamtergebnis« von Verwaltungsgerichtsbarkeit unverzichtbaren - nichtrichterlichen Dienst in den Serviceeinheiten/ Geschäftsstellen. Eine qualifizierte Richterassistenz, welche die Richterschaft z.B. bei Recherchearbeiten, der Aufbereitung von Tatsachen und Rechtsprechung oder der Erstellung von Erkenntnismittellisten unterstützt, besteht bislang nur in Ansätzen.<sup>17</sup>

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit schiebt einen Verfahrensberg vor sich her, der sie auch ohne jeden Neueingang bei gleichbleibend hoher Erledigungszahl drei bis vier Jahre beschäftigen wird. Unter Berücksichtigung eines Achtstundentages und 220 Arbeitstagen kann ein/e Verwaltungsrichter/in unter vollem Einsatz der Arbeitskraft sowie bei Zugrundelegung der Personalbedarfsbemessungszahlen 2016 im Jahr theoretisch max. 250 Hauptsacheverfahren oder 350 asylrechtliche Eilverfahren erledigen. Diese theoretischen Zahlen berücksichtigen indes wesentliche Elemente der Realität nicht.

Tatsache jedenfalls ist, dass die erheblichen Bemühungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit um einen Abbau von Verfahrensrückständen und um akzeptable Laufzeiten, die bis Anfang der 2010er Jahre durchaus erfolgreich waren, zunichte gemacht sind. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit steuert auf eine Situation zu, in der mehrjährige Verfahrenslaufzeiten im erstinstanzlichen Hauptsacheverfahren nicht mehr die Ausnahme, sondern wieder die Regel sind, der verwaltungsgerichtliche Eilrechtsschutz zulasten der Hauptsacheverfahren weiter an Bedeutung gewinnt<sup>18</sup> und insgesamt vermehrt nach Alternativen zur Verwaltungsgerichtsbarkeit gesucht werden wird.

#### 3.2 Besonderheiten des Asylverfahrens

Das gerichtliche Asylverfahren weist nicht nur im Prozessrecht Besonderheiten auf. Besonderheiten zeigen sich auch – und gerade – in der Verfahrensrealität.

Der Asylprozess ist ein insoweit »einseitiges« Gerichtsverfahren, als das BAMF als Vertreter der beklagten Bundesrepublik Deutschland vor den Verwaltungsgerichten in dem Herzstück jeden Gerichtsverfahrens, der mündlichen Verhandlung, in der ersten Instanz derzeit faktisch nicht auftritt. Viele junge VerwaltungsrichterInnen mit inzwischen bereits längerer Tätigkeit im Asylrecht haben in der mündlichen Verhandlung

noch nie eine/n BAMF-Vertreter/in gesehen. Die Verfahrensmitwirkung des BAMF ist auch außerhalb der mündlichen Verhandlung auf ein Minimum reduziert. Umfangreiche Generalprozesserklärungen erleichtern dem BAMF (und den Gerichten) den Ablauf, weil nicht gezielt verfahrensbezogen auf Anfragen des Gerichts reagiert werden muss. In vielen Gerichtsbezirken ist die in anderen Gerichtsbezirken funktionierende verfahrensbezogene Kommunikation zwischen Verwaltungsgerichten und BAMF schwierig bis de facto unmöglich; die vom BAMF eingerichteten »Servicecenter« erfüllen allenfalls begrenzt ihren Zweck, den Gerichten sachund verfahrenskundige Ansprechpersonen zur Verfügung zu stellen, die auch befugt und in der Lage sind, verfahrensbezogene Erklärungen abzugeben.

Die VerwaltungsrichterInnen sind mit BAMF-Bescheiden sehr unterschiedlicher und zu oft sehr geringer Qualität konfrontiert. Die primär dem BAMF obliegende Aufgabe zur Ermittlung des Sachverhalts und insbesondere zur umfassenden Anhörung zu den Fluchtgründen ist in den letzten Jahren unter dem massiven Erledigungsdruck vernachlässigt worden; dies gilt insbesondere für das Gebot, bei vermeintlichen oder tatsächlichen Widersprüchen nachzufragen. Die Bescheidgründe haben immer wieder wenig bis nichts mit den Fluchtgründen zu tun – selbst jenen, die sich aus der BAMF-Akte ergeben.

Das BAMF hat faktisch den großen Verfahrensberg, soweit es nicht zur Zuerkennung internationalen Schutzes gekommen ist, an die Verwaltungsgerichte »durchgereicht«.

## 3.3 Zu Konsequenzen des Verfahrensanstiegs für den Verwaltungsrechtsschutz

Die Verwaltungsgerichte haben nun im Spannungsfeld von Amtsermittlungsgrundsatz, Mitwirkungsobliegenheit und Präklusionsregelungen (zu) oft de facto die Aufgaben des BAMF zu übernehmen – nur dass das gerichtliche Asylverfahren auf eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung einer Behördenentscheidung, nicht auf eine Erstbescheidung angelegt ist.

Hoher Erledigungsdruck lastet auch auf den VerwaltungsrichterInnen. Belastbarkeit und Erledigungszahlen sind – zumindest informell – gerade für die jüngeren VerwaltungsrichterInnen zentrale Beurteilungskriterien. Sie entscheiden über Lebenszeiternennung und weiteren beruflichen Fortgang. Der Erledigungsdruck setzt Anreize, den Amtsermittlungsgrundsatz zugunsten der Obliegenheit zur Beibringung verfahrenserheblicher Tatsachen zurückzudrängen, verleitet zur Suche nach der »einfachsten Erledigung« und legt eine auch sonst allein auf maximale Erledigungszahlen optimier-

InfAuslR 9 · 2018 311

<sup>15</sup> Die genauen, bundesweit aggregierten Zahlen werden regelmäßig nur mit erheblicher Zeitverzögerung veröffentlicht; die schneller verfügbare Statistik des BAMF »rechnet« anders als die Zählkartenstatistik der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

<sup>16</sup> Die NRV (Masterplan der Neuen Richtervereinigung, Juni 2018) plädiert zur Überwindung personeller Engpässe dafür, statt auf den Einsatz von Richtern auf Zeit (dazu jüngst BVerfG, Beschl. v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16 – NJW 2018, 1935) auf Abordnungen oder Versetzungen aus anderen Gerichtsbarkeiten zu setzen.

<sup>17</sup> S.a. Nr. 3 NRV-Masterplan (Fn. 16).

<sup>18</sup> S. – am Beispiel des Beamtenrechts – Burghardt, Droht dem Bundesverwaltungsgericht ein Bedeutungsverlust durch die Verlagerung des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacherechtsschutzes in das Eilverfahren, DVBl 2018, 417.

te Bearbeitungsweise nahe. Effektiver Rechtsschutz bedeutet stets zwar auch zeitnaher Rechtsschutz. Schnelligkeit darf aber Gründlichkeit und Qualität nicht verdrängen.

Der vom Gesetz gewollte, sehr hohe Anteil von Einzelrichterentscheidungen führt dazu, dass die qualitätssichernde Funktion der Spruchkörpereinbindung wegfällt. Die verwaltungsgerichtliche Kammer, die stets auch ein Ort des Wissens- und Erfahrungstransfers und der Möglichkeit zur »ungeschützten« Kommunikation in Situationen eigener Ungewissheit oder Unsicherheit ist, erfährt so einen wesentlichen Funktionsverlust und -wandel hin zu Dezentralisierung und Individualisierung von Erledigungsverantwortung. Die bei verantwortlicher Bearbeitung oft auch psychisch belastende Tätigkeit im Asylbereich verlangte zudem nach entlastenden Kommunikationsstrukturen, für die die Kammern nicht (mehr) das »geborene« Angebot sind.

# 3.4 Besserer Zugang zu(m) Recht als Mehrbelastung?

Unter diesen Voraussetzungen bedeutet besserer Zugang zu(m) Recht durch qualifizierte Rechtsberatung und Verfahrensbetreuung objektiv stets auch eine (potentiell »störende«) Mehrbelastung. Es ist eine normativ kaum steuerbare Frage des richterlichen Selbstverständnisses (»Berufsethos«), wie – jenseits der vorauszusetzenden Beachtung des Prozessrechts mit einer qualifizierten Inanspruchnahme der Verfahrensrechte, einer sachgerechten Ausschöpfung des Beweisantragsrechts und sonstiger Verfahrensrechte umzugehen ist, die den Aufwand im jeweiligen Verfahren erhöhen und damit die Erledigungszahlen »drücken«. Ein (zu) hoher Erledigungsdruck gerade auf die jüngeren VerwaltungsrichterInnen ohne kompensierende »Schutz«- und Ausgleichsmechanismen lässt hier eine »Richtersozialisation« besorgen, welche das Selbstverständnis einer ganzen Gerichtsbarkeit oder doch einer RichterInnen»generation« zu verändern geeignet ist.

Hinzu kommen die methodischen und sachlichen Vorverständnisse, die in dem durch die richterliche Gesetzesbindung gezogenen Rahmen auf die Rechtsauslegung und -anwendung einwirken und ihrerseits durch die gesellschaftliche Debatte geprägt oder doch beeinflusst werden. In der aus guten Gründen pluralen Richterschaft spiegelt sich auch das gesamte Spektrum vertretbarer Positionen zu Migration allgemein und Fluchtmigration im Besonderen.

## II. Weitere »Verschärfungen« des Asylprozessrechts?

Der hohe Erledigungsdruck und die überschaubaren Chancen, ihm innerhalb halbwegs verträglicher Zeit und ohne bereits eingetretene Rückwirkungen auf die Laufzeiten in nicht asylverfahrensrechtlichen Streitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten entsprechen zu können, macht weitere Einschränkungen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes oder der gerichtlichen Bearbeitungstiefe wahrscheinlicher. Der »Masterplan Migration«<sup>20</sup> umfasst u.a. die »Erarbeitung eines Gesetzentwurfs zur Entlastung der Verwaltungsgerichte und Beschleunigung der Verfahren«, ohne die vorgesehenen Regelungen anzudeuten; auch die vorgesehene »Überprüfung der Rechtsmittel im Asylverfahren und Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht trotz Rechtsmittelverfahren« lässt Perspektive und Inhalte der Überprüfung offen.

#### 1. Rechtsschutz-Verkürzung dem Grunde nach?

Bereits Unionsrecht lässt eine weitere Verkürzung des Rechtsschutzes dem Grunde nach nicht zu. Zumindest eine gerichtliche Instanz muss eröffnet werden und bleiben, auch im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes. Eine (weitere) personelle Verkürzung des (erstinstanzlichen) Rechtsschutzes ist ebenso wenig möglich: der obligatorische Einzelrichtereinsatz im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes und der »Soll-in-der Regel«-Einzelrichter im Hauptsacheverfahren macht schon heute erstinstanzliche Kammerentscheidungen im Asylverfahren zur Rarität. Die Rückübertragungsmöglichkeiten und -pflichten in Rechtssachen grundsätzlicher Bedeutung (§ 76 Abs. 3 und 4 AsylG) werden weitestgehend nicht genutzt.

# 2. Weitere Beschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes

Nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO erforscht das Verwaltungsgericht den Sachverhalt von Amts wegen und hat die Beteiligten lediglich dabei heranzuziehen. Der Amtsermittlungsgrundsatz ist ein (wesentliches) Kennzeichen des deutschen Verwaltungsprozesses.

Unionsrechtlich ist er (jedenfalls) im Asylverfahren nicht zwingend. Art. 46 RL 2013/32/EU fordert zwar, dass sich der wirksame Rechtsbehelf sowohl auf Tatsachen als auch auf Rechtsfragen erstreckt. Eine Ermittlung von Amts wegen fordert diese Bestimmung nicht; jedenfalls lässt sie unionsrechtlich Spielraum für eine deutliche Erhöhung der Beibringungsund Mitwirkungsobliegenheiten der Schutzsuchenden. Mit dem Konzept der sicheren Herkunfts- und Drittstaaten, die eine durch den Schutzsuchenden widerlegliche Vermutung der Nichtverfolgung bzw. anderweitigen Verfolgungssicherheit statuieren und so die Kontrolldichte und damit den Kontrollaufwand reduzieren, haben solche Elemente bereits Einzug auch in das gerichtliche Asylverfahren gehalten. Ein weiteres Beispiel ist in Bezug auf die Abschiebungshindernisse die »Gesundheitsvermutung« in § 60 Abs. 7 AufenthG und die Obliegenheit zur unverzüglichen Vorlage qualifizierter ärztlicher Atteste, die mit Präklusionswirkung ausgestaltet ist.

Das dem Unionsrecht weitgehend fremde Konzept der Anknüpfung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes an »wehrfähige« subjektive Rechte ist ein weiterer Bereich, der zur aufwandssenkenden Beschränkung des gerichtlichen Kontrollprogramms genutzt werden mag.

Nationales Verfassungsrecht (Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 1 GG) zieht hier dem nationalen Gesetzgeber für eine nennenswerte Beschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes nach derzeitigem Verständnis Grenzen. Eine (weitestgehende) Aufhebung oder Beschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes kann schwerlich mit Besonderheiten des Asyl(verfahrens)rechts gerechtfertigt werden und müsste auch vergleichbare Konstellationen in anderen Rechtsgebieten in den Blick nehmen. Die Kollateralschäden für das deutsche Rechtssystem wären erheblich.

<sup>19</sup> Zum Nachfolgenden s. bereits Berlit, Rechtsschutz und Beschleunigungsmöglichkeiten im (gerichtlichen) Asylverfahren, in: Henneke (Hrsg.), Flüchtlingsunterbringung und Integration als kommunale Herausforderung, Stuttgart u.a. 2016, 66 (71 ff.).

S. dazu BMI, Masterplan Migration (Fn. 3), Nr. 40: Optimierung asylgerichtlicher Verfahren.

#### 3. Beurteilungsspielräume oder Beweislastregeln?

Der gerichtliche Überprüfungsaufwand kann durch Zubilligung von Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen an die Verwaltung (mitunter deutlich) reduziert werden. Im Bereich der gebundenen Entscheidungen, zu denen nach bundesrepublikanischer Dogmatik auch die Entscheidung über internationalen Schutz gehört, ist die Rechtsprechung mit der Anerkennung von Beurteilungsspielräumen – aus guten rechtsstaatlichen Gründen – bislang sehr zurückhaltend. Der EuGH hat für diesen Bereich – anders als im Visumrecht<sup>21</sup> – auch nicht erkennen lassen, dass hier unionsrechtlich »Ermessensspielräume« einzuräumen oder sonst notwendig sind, um die Ziele der unionsrechtlichen Bestimmung zu erreichen. Eine insoweit sachlich begrenzte Kontrolle ist mit dem Wirksamkeitsgebot des Art. 46 Abs. 3 Satz 1 RL 2013/32/EU auch schwerlich in Einklang zu bringen.

Die Kontrolldichte können aber auch Beweis- oder Entscheidungsregeln steuern, die erhöhte Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung stellen, den Prüfungsumfang beschränken oder Präklusionsregeln enthalten. Art. 16a Abs. 4 GG lässt ausdrücklich zu, was § 36 Abs. 4 Satz 2 und 3 AsylG für das Verfahren bei Unbeachtlichkeit oder offensichtlicher Unbegründetheit des Asylantrages umsetzen. Hier ziehen eher das unionsrechtliche Gebot wirksamer Kontrolle oder das Konventionsrecht<sup>22</sup> Grenzen.<sup>23</sup>

#### 4. Kassations- statt Verpflichtungsklage?

Die Zuerkennung internationalen Schutzes ist eine tatbestandlich gebundene, gerichtlich voll überprüfbare begünstigende Entscheidung. Die gerichtliche Überprüfung ist nach (herkömmlichem) Verständnis bei einem ablehnenden Bescheid des BAMF nicht auf Rechtsfehler in der Bundesamtsentscheidung beschränkt. Bei der allgemeinen Verpflichtungsklage hat das Gericht die Sache spruchreif zu machen und ggf. die Verpflichtung der Behörde zum Erlass des begehrten Verwaltungsaktes auszusprechen (§ 113 Abs. 5 VwGO). Hierfür ist im Asylrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch der Gedanke der Gesamtverfahrensbeschleunigung herangezogen worden. Die Kombination von Amtsermittlungsgrundsatz und Pflicht zum »Durchentscheiden« ist in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union indes eher die Ausnahme als die Regel. In den meisten Mitgliedstaaten sind die Gerichte auf eine reine Kassationsentscheidung beschränkt.

Von dem Grundsatz der Verpflichtungsklage sind unter dem Eindruck des Unionsrechts in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Abstriche gemacht worden. Der wichtigste Ausnahmebereich sind die nunmehr in § 29 Abs. 1 AsylG zusammengefassten Unzulässigkeitsentscheidungen, in denen das BAMF ein Schutzgesuch ohne eine Sachprüfung als unzulässig ablehnt. Hier ist hinsichtlich des internationalen Schutzes allein die Anfechtungsklage eröffnet; ist das Schutzgesuch zu Unrecht als unzulässig abgewiesen worden, ist die Unzulässigkeitsentscheidung aufzuheben und hat das BAMF nunmehr eine Sachentscheidung zu treffen.

Auch für die Untätigkeitsklage ist die (unbedingte) Pflicht zum Durchentscheiden infrage gestellt worden. Der BayVGH<sup>24</sup> hat angesichts der europäischen Entwicklungen im Asylrecht entschieden, dass im Rahmen einer Untätigkeitsklage isoliert die Verpflichtung des BAMF zur Entscheidung über den Asylantrag begehrt werden kann und das Verwaltungsgericht nicht gehalten ist, selbst inhaltlich über das Asylbegehren zu befinden und unmittelbar hierüber zu entscheiden. Das BVerwG hat jüngst eine hiergegen gerichtete Revision<sup>25</sup> zurückgewiesen und für eine reine Bescheidungsklage ein Rechtsschutzbedürfnis anerkannt; nicht entschieden worden ist, ob der Asylbewerber auf die Möglichkeit der Bescheidungsklage beschränkt ist oder er die Untätigkeitsklage auch mit dem Ziel erheben kann, das BAMF zur Gewährung internationalen Schutzes zu verpflichten.

Im Rahmen einer Vorlage mit einem anderen Schwerpunkt hat das BVerwG den EuGH auch zur Klärung der Frage angerufen, in welchem Umfang Fehler im behördlichen Asylverfahren nach § 46 VwVfG nicht zur Aufhebung des ablehnenden BAMF-Bescheides führen (müssen); der Sache nach geht es um die Reichweite einer Verselbständigung der asylverfahrensrechtlichen Behördenpflichten und die Frage, in welchem Umfang sie zur Disposition der Schutzsuchenden stehen (können).

Soweit nicht unter dem Eindruck des Unionsrechts in bestimmten Konstellationen von der Verpflichtungsklage als Regelklage zugunsten eines reinen Anfechtungsbegehrens Abstand zu nehmen ist, ist rechtspolitisch eine Entlastung der Verwaltungsgerichte durch erweiterte Möglichkeiten der »Zurückverweisung« an das BAMF auch im Rahmen von Verpflichtungsklagen in Anlehnung an § 113 Abs. 2 und 3 VwGO sachgerecht.<sup>26</sup>

# III. Wiederannäherung des Asylprozesses an den allgemeinen Verwaltungsprozess?

#### 1. Das Problem

Die erheblichen Einschränkungen insbesondere im Asylrechtsmittelrecht sind u.a. geschaffen worden, um die Rechtsmittelgerichte zu entlasten und so das Verfahren zu beschleunigen. Allzumal nach der partiellen Übernahme der Rechtsmittelbeschränkungen in das allgemeine Prozessrecht ist heute indes eine (schrittweise) Reintegration in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht angezeigt.<sup>27</sup>

Die Kombination von Rechtsmittelbeschränkungen und Einzelrichterentscheidungen führt zu einer Zersplitterung von Rechtsprechung, die über das allgemeine Problem der »konstitutionellen Uneinheitlichkeit« von Rechtsprechung

InfAusiR 9 · 2018 313

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 19.12.2013 – C-84/12 (Koushkaki), InfAuslR 2014, 89; s.a. BVerwG, Urt. v. 17.09.2015 – 1 C 37.14, InfAuslR 2016, 48.

<sup>22</sup> Das gerichtliche Asylverfahren unterfällt indes nicht Art. 6 EMRK.

Zur Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung s. Müller, in: Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2016, § 36 AsylG Rn. 4; Bergmann, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 12. Aufl., München 2018, § 36 Rn. 6.

 $<sup>24 \</sup>quad BayVGH, \, Urt. \, v. \, 23.03.2017 - 13a \, B \, 16.30951.$ 

<sup>25</sup> BVerwG, Urt. v. 11.07.2018 - 1 C 18.17.

<sup>26</sup> S. Berlit (Fn. 19), 80 f. In Östetreich etwa kann im Rahmen einer Untätigkeitsklage das Gericht die persönliche Anhörung der Schutzsuchenden der dortigen Asylbehörde übertragen.

<sup>27</sup> S. zum Nachfolgenden Berlit, Reformbedarf im Asylprozessrecht – für eine Reintegration des Sonderasylprozessrechts in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht, DVBl 2015, 657; s.a. Neidhardt/Ehrbeck, Das BVerfG als Beschwerdeinstanz in Dublin-Eilsachen?, NVwZ 2015, 761; Rennert, Änderungen des Asylrechts und Verbesserung der personellen und sachlichen Ausstattung der Verwaltungsgerichte dringend geboten, DVBl 2018, 401.

deutlich hinausgeht und die Funktion von Rechtsprechung beeinträchtigt, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu gewährleisten. Im Flüchtlingsschutzrecht werden die gravierenden Rechtsprechungsunterschiede auch bei vergleichbaren Sachverhalten angesichts der dichten Kommunikationszusammenhänge, die sich in den und durch die Flüchtlings-»communities« und die Flüchtlingsorganisationen ergeben, schnell bekannt. Bei den Schutzsuchenden und ihren Rechtsvertretern muss sich angesichts der regionalen und teils örtlichen Rechtsprechungsunterschiede der fatale Eindruck einer »Rechtsprechungslotterie« oder gar »willkürlichen«, jedenfalls nicht konsistenten Rechtsprechung<sup>28</sup> aufdrängen, die dem Ansehen des deutschen Rechtsstaates abträglich sein muss. Die Unterschiede sind aber auch für das BAMF als zentraler, bundesweit agierender Behörde erkennbar und schließen eine Orientierung des Behördenverhaltens an »der« Rechtsprechung »der« Verwaltungsgerichte aus; das BAMF hat keine Chance, konsistent und kohärent sowie zugleich rechtsprechungskonform zu entscheiden.

Dies gilt allzumal bei durchaus vorkommender uneinheitlicher Rechtsprechung innerhalb eines Gerichts oder gar innerhalb einer Kammer. Ihnen sollen die Rückübertragungsmöglichkeiten bzw. -pflichten nach § 76 Abs. 3 und 4 AsylG begegnen. Im Drange der allgemeinen Überlastung finden diese Vorschriften jedoch in der erstinstanzlichen Praxis nicht die gebotene Beachtung, und zwar auch im Eilrechtsschutz nicht, wo die Rückübertragung bei grundsätzlicher Bedeutung oder Abweichung von der Kammerrechtsprechung obligatorisch ist. Die Nichtbeachtung der Rückübertragungspflicht ist relativ risikolos möglich, weil die Nichtrückübertragung allenfalls in Willkürfällen wirksam als Verfahrensfehler gerügt werden kann. Das Credo, das im Asylrecht nur die Einzelrichterentscheidung eine gute Entscheidung ist, weil sie zur Beschleunigung führt, verkehrt sich hier vielfach in das Gegenteil und bewirkt jedenfalls kontraproduktive Qualitätsverluste. Neben Gesetzesänderungen muss hier die Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst die strikte Beachtung geltenden Rechts sicherstellen.

#### 2. Zugang zur Berufungsinstanz

Im Vergleich zum allgemeinen Verwaltungsprozessrecht ist im gerichtlichen Asylverfahren der Zugang zur Berufungsinstanz in Hauptsacheverfahren in mehrfacher Hinsicht spürbar beschränkt.

Bei einer Klagabweisung als »offensichtlich« unzulässig/unbegründet greift ein vollständiger Rechtsmittelausschluss. Bei der Zulassungsberufung sind die Fristen für den Berufungszulassungsantrag deutlich verkürzt. Die Berufungszulassungsgründe sind auf die »klassischen« Revisionsgründe beschränkt. Die Hauptzulassungsgründe im allgemeinen Verwaltungsprozess, die »ernstlichen Zweifel an der Ergebnisrichtigkeit« und die »besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten«, sind ausgeschlossen. Die Berufung kann nicht durch das Verwaltungsgericht selbst zugelassen werden.

Dies führt im Zusammenspiel dazu, dass die obergerichtliche Rechtsprechung ihre koordinierende und rechtsvereinheitlichende Funktion nicht hinreichend wahrnehmen kann, zumal die »Fallbreite« der in die Berufung gelangenden Verfahren zu eng ist. Viele an sich »berufungswürdige«

Verfahren gelangen deswegen nicht in die Berufungsinstanz, weil die jeweiligen Verfahrensbevollmächtigten die spürbaren Hürden zur Begründung eines erfolgversprechenden Antrages auf Zulassung der Berufung nicht überwinden können. Damit entfällt auch die Möglichkeit, zumindest hinsichtlich allgemeiner Lagebeurteilungen der Verhältnisse in bestimmten Herkunfts- oder Rückführungsstaaten ein Mindestmaß an regionaler Vereinheitlichung hinsichtlich der zugrunde liegenden Tatsachenbasis zu erwirken. Denn anders als im Revisionsverfahren kann sich die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache auch aus Tatsachenfragen fallübergreifender Bedeutung ergeben, etwa der Einordnung der Verfolgungshandlungen durch den syrischen Staat oder der Versorgungslage anerkannter Flüchtlinge in Bulgarien.

All dies sind Gründe für eine Wiederangleichung an das allgemeine Verwaltungsprozessrecht. Für sie sprechen sich inzwischen auch - mit im Detail unterschiedlicher Reichweite und Ausgestaltung - u.a. der Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen,<sup>29</sup> die Konferenz der PräsidentInnen der OVG/VGH und des BVerwG,<sup>30</sup> die Neue Richtervereinigung, der Deutsche Anwaltverein, die JustizministerInnenkonferenz<sup>31</sup> und – begrenzt – der Bundesrat aus;<sup>32</sup> auch der Masterplan Migration<sup>33</sup> sieht u.a. eine - wenngleich nach Richtung und Gestalt unklare - Überprüfung der Rechtsmittel im Asylverfahren vor. Ob sich eine Angleichung im Verfahrensergebnis zugunsten der Schutzsuchenden oder im Ergebnis zu deren Lasten auswirken, weil auch das BAMF von den erweiterten Rechtsmittelmöglichkeiten Gebrauch machen kann, ist für die systematische Ausgestaltung des Rechtsmittelrechts unerheblich; es kann zudem nicht sicher prognostiziert werden. Bei sachgerechter personeller und sächlicher Ausstattung der Berufungsinstanz ist auch der Zeitgewinn für die Schutzsuchenden, der sich allein durch die Durchführung des Rechtsmittel(zulassungs)verfahrens ergeben kann, auf einen vertretbaren Umfang zu begrenzen und so zu reduzieren, dass Rechtsmittel nicht allein oder vorrangig wegen dieses Zeitgewinns eingelegt werden.

Beim Rechtsmittelausschluss bei Klagabweisung als »offensichtlich« unbegründet führt eine Angleichung vor allem zu einer Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, das gegen eine überzogene Anwendung der Möglichkeit einer Klagabweisung als »offensichtlich« unbegründet/unzulässig ohne jeden zusätzlichen Rechtsmittelfilter direkt mit der Verfas-

314 InfAuslR 9 · 2018

<sup>28</sup> Zu diesem Ziel s. M. Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion: Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997.

<sup>29</sup> BDVR-Stellungnahme v. 02.03.2018, BDVR-Rundschreiben 2/2018, 27 ff. (www.bdvr.de/index.php/id-20182018.html).

<sup>30</sup> S.a. Rennert, Änderungen des Asylrechts und Verbesserung der personellen und sachlichen Ausstattung der Verwaltungsgerichte dringend geboten, DVBI 2018, 401.

<sup>31</sup> Beschluss der 89. JuMiKo v. 6./07.06.2018 (TOP I.14); s.a. Länderoffene Arbeitsgruppe Asylprozess, Zweiter Zwischenbericht für die 89. JuMiko »Prüfung und Bewertung des Vorschlags einer fallübergreifenden Prüfung allgemeiner Tatsachenfragen durch das Bundesverwaltungsgericht als Revisionsinstanz. Prüfung und Bewertung weiterer Vorschläge zum Haftrecht« (Stand: 24.04.2018).

<sup>32</sup> BR-Drucks. 179/17 (Beschluss) v. 10.03.2017; BR-Drucks. 51/18 (Gesetzesantrag der Länder Hamburg, Berlin, Brandenburg, Bremen v. 20.02.2018) (dazu BRAK, Stellungnahme Nr. 12/2018 vom April 2018); s.a. Gesetzentwurf Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 19/1319.

<sup>33</sup> Nr. 40 »Masterplan Migration« (Fn. 3).

sungsbeschwerde in Anspruch genommen werden kann. In diesen Fällen ist der Mehraufwand eines Berufungszulassungsantrages beim OVG/VGH regelmäßig überschaubar.

Bei der Berufungszulassung wissen die Verwaltungsgerichte am besten, wo Vereinheitlichungsbedarf besteht. Dies spricht dafür, ihnen auch bei unveränderten Berufungszulassungsgründen die Zulassungskompetenz zu eröffnen.<sup>34</sup> Mit der Zulassung der Sprungrevision im Juli 2017<sup>35</sup> hat der Gesetzgeber bereits zu erkennen gegeben, dass er der »Rechtsmittelweisheit« der Verwaltungsgerichte vertraut, mag wegen des Zustimmungserfordernisses des Rechtsmittelgegners bei der Sprungrevision auch eine Zulassung gegen den Willen des BAMF nicht erfolgen können. Die bislang bei dem Bundesverwaltungsgericht eingelegten Sprungrevisionen zeigen aber, dass mitunter im Gewande einer Rechtsfrage letztlich doch Tatsachenfragen zur Entscheidung gestellt und damit die Entscheidungsmöglichkeiten des Bundesverwaltungsgerichts verkannt werden.

Die Erweiterung der Sachgründe für die Berufungszulassung entlastete die Berufungsinstanz von der mitunter nicht einfachen Prüfung, ob bei Bewertungsdivergenzen zur Verfolgungslage im Herkunftsland oder bei Dublin-Rückführungen schon »grundsätzliche Tatsachenfragen« i.S.d. § 78 Abs. 3 Nr. 1 AsylG oder lediglich »besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten« gegeben sind. Die Maßstäbe für eine Zulassung wegen »ernstlicher Zweifel an der Ergebnisrichtigkeit« sind inzwischen in der obergerichtlichen Rechtsprechung auch so gefestigt, dass dem Berufungsgericht mit vertretbarem Mehraufwand eine Korrektur schwerer Mängel der erstinstanzlichen Entscheidung ermöglicht werden sollte.

Die Angleichung der Antrags- und Begründungsfristen entspricht bei fortbestehendem Vertretungszwang (§ 67 VwGO) einem Gebot prozessualer Fairness, weil auch die Zahl der sachgerechten Vertretung befähigten, auf das Migrationsrecht spezialisierten Rechtsanwälte begrenzt ist.

#### 3. (Punktuelle) Aufhebung des Beschwerdeausschlusses (§ 80 AsylG)?

Der (unions- und verfassungsrechtlich zulässige) vollständige Ausschluss der Beschwerde in Verfahren nach dem Asylgesetz ist für all die Verfahren, in denen der Sache nach die wesentliche Prüfung im Verfahren des Eilrechtsschutzes stattfindet (insbesondere: Dublin-Verfahren), kontraproduktiv. Gerade hier besteht besonderer Vereinheitlichungsbedarf hinsichtlich der Bewertung tatsächlicher Verhältnisse, etwa zum Bestehen/ Nichtbestehen »systemischer Mängel« in EU-Mitgliedstaaten, die an sich zur Rückübernahme verpflichtet sind, aber auch von Rechtsfragen.<sup>36</sup> Die (zumindest begrenzte) Eröffnung eines Rechtsmittels kann der rechtsstaatlich gebotenen Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit gerichtlicher Entscheidungen dienen und eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung bewirken.<sup>37</sup> Der durch den Rechtsmittelausschluss bewirkte Beschleunigungseffekt wird durch die Rechtsprechungszersplitterung und deren Folgen bei einer verfahrensübergreifenden Betrachtung wieder aufgehoben; negative Effekte für die Selbstdarstellung des Rechtsstaates kommen hinzu.

Als Alternative zu einer vollständigen Aufhebung des Beschwerdeausschlusses kommt eine Zulassungsbeschwerde in Betracht, die von dem Verwaltungsgericht wegen grund-

sätzlicher Bedeutung zugelassen<sup>38</sup> oder für die – ergänzend oder alternativ – ein besonderes Zulassungsbeschwerdeverfahren zum Oberverwaltungsgericht eröffnet werden kann. Dabei können die Zulassungsgründe auf die grundsätzliche Bedeutung einer bestimmten Rechts- oder Tatsachenfrage beschränkt bleiben oder auch weitere Berufungszulassungsgründe in den Blick genommen werden.

Bei den Antragsfristen ist angesichts der durchschnittlichen Verfahrensdauer beim BAMF, aber auch der Verfahrensdauer im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren eine Verlängerung zumindest rechtspolitisch ein Gebot der Fairness. Die verkürzten Antragsfristen tragen zur Beschleunigung des Gesamtverfahrens allenfalls marginal bei, wenn und weil der fristgerecht gestellte und begründete Eilantrag wegen der Verfahrensmängel erst einmal längere Zeit unbearbeitet liegen bleibt.

#### 4. Sonstige Vereinheitlichungsmöglichkeiten

Bei der Übertragung von Rechtsstreitigkeiten auf den Einzelrichter bestehen mit dessen Einführung auch im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht (§ 6 VwGO) keine tragfähigen Gründe für die Beibehaltung der Sonderregelung in § 76 AsylG mehr. Der Bedeutung des Asylrechts und seiner besonderen Anforderungen entspricht nicht, den Einzelrichter im gerichtlichen Asylverfahren schon nach sechs Monaten, im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht indes erst nach einem Jahr einsetzen zu können.<sup>39</sup>

Das Zurückverweisungsverbot (§ 79 Abs. 2 VwGO) ist ebenfalls kontraproduktiv. Es verpflichtet selbst in den Fällen, in denen ein Verwaltungsgericht systematisch von obergerichtlicher Rechtsprechung abweicht und ohne Einzelfallprüfung der Klage stattgibt/sie abweist, das Berufungsgericht bei wegen Divergenz zuzulassender Berufung zur Vollprüfung; das Berufungsgericht muss in diesen Fällen aber stets in voller Senatsbesetzung entscheiden, soweit nicht die Beteiligten in eine Entscheidung durch den Einzelrichter einwilligen. Die Praxis im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht zeigt, dass die Obergerichte mit der Zurückverweisungsmöglichkeit verantwortungsvoll umzugehen in der Lage sind. Als Alternative ist an eine fakultative Möglichkeit der Übertragung auf einen Einzelrichter durch das Gesetz unabhängig von der Zustimmung der Beteiligten zu denken, die auf Fälle der Divergenzzulassung oder Verfahren nach ergangener Grundsatzentscheidung im Senat begrenzt werden sollte.

<sup>34</sup> S. Gesetzentwurf Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 19/1319 v. 21.03.2018.

<sup>35</sup> Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.07.2017, BGBl. I. 2780.

<sup>36</sup> Z.B. in Bezug auf das Bestehen subjektiv-öffentlicher Rechte, Details der Fristberechnung, Anwendbarkeit bei Sekundärmigration.

<sup>37</sup> Krit. zur Zulassungsbeschwerde im asylgerichtlichen Eilverfahren Müller-Rentschler, Echo: Änderungen des Asylprozessrechts?, BDVR-Rundschreiben 2/2018, 33.

<sup>38</sup> So der Gesetzentwurf Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 19/1319 v. 21.03.2018.

<sup>39</sup> Nr. 40 des Masterplans Migration (Fn. 20) sieht u.a. eine »Beteiligung von mehr Richtern, die noch nicht auf Lebenszeit eingestellt sind, bei Gerichtsentscheidungen« vor; das BVerfG hat jüngst die erweiterte Verwendung von Beamten auf Lebenszeit zu Richtern auf Zeit bei verfassungskonformer Auslegung als verfassungsgemäß gebilligt (BVerfG, Beschl. v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16 – NJW 2018, 1935).

# IV. Rechtsmittelerweiterung durch Tatsachenkompetenz des Bundesverwaltungsgerichts?

#### 1. Notwendigkeit von Leitentscheidungen

Auf eine Rechtsmittelerweiterung, die auf spezifische Probleme des gerichtlichen Asylverfahrens reagiert, zielen Vorschläge, dem Bundesverwaltungsgericht eine (begrenzte) Tatsachenkompetenz zuzuweisen. 40

Im gerichtlichen Asylverfahren haben fallübergreifende, allgemeine Tatsachenfragen oft eine ganz zentrale Bedeutung. 41 Dies unterscheidet das Asylrecht von nahezu allen anderen Rechtsgebieten des Verwaltungsrechts. Derzeit entscheiden über Tatsachenfragen letztinstanzlich die 15 Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe der Länder. 42 Konsequenz ist eine Zersplitterung der Rechtsprechung, bei der gleiche Einzelschicksale je nach regionaler Gerichtszuständigkeit zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. 43 Dies ist in jüngerer Zeit insbesondere zum Problem bei der Bewertung der Verfolgungsmaßnahmen des syrischen Regimes gegenüber wehrpflichtigen Personen geworden und hat zu gerichtlichen Asylverfahren in zumindest fünfstelliger Zahl geführt. Weitere Beispiele betreffen die Verhältnisse in Eritrea, Somalia oder Afghanistan oder die Lebensbedingungen von Asylbewerbern oder -berechtigten z.B. in Bulgarien oder Italien.

Das Bundesverwaltungsgericht kann insoweit revisionsrechtlich nicht zu einer Recht(sprechung)svereinheitlichung beitragen. Es darf nur beurteilen, ob die Tatsachengerichte bei ihrer rechtlichen Bewertung von einem rechtlich zutreffenden Maßstab ausgegangen sind: es darf aber nicht die Tatsachenbewertung selbst überprüfen. <sup>44</sup> Diese beschränkte Prüfungskompetenz entspricht in Deutschland gefestigter Recht(sprechung)stradition, welche die Revision als reine Rechtsinstanz von der Berufungsinstanz abgrenzt, die neben Rechts- auch über Tatsachenfragen zu befinden hat.

Andere Rechtsstaaten in der EU lösen dieses Problem anders. In der Schweiz, Österreich und in den anglo-amerikanischen Ländern entscheiden ausschließlich Bundesrichter über das Ausländer- und Asylrecht und haben regelmäßig auch eine Tatsachenkompetenz, insbesondere dann, wenn sie erstinstanzliche Entscheidungskompetenzen haben. Das in der case law-Tradition stehende britische Asylverfahren sieht länderbezogene Leitentscheidungen (»country guidance determinations«)45 vor, die in Bezug auf die Verfolgungslage in einem bestimmten Land oder nur bezogen auf eine bestimmte Gruppe mit relativer Bindungswirkung<sup>46</sup> durchentscheiden.<sup>47</sup> Dieser Ansatz kann nicht bruchlos in das deutsche Rechtssystem übernommen werden, zumal nach deutschem Rechtsverständnis eine formelle Bindung an Präjudizien nach angloamerikanischem Vorbild ausscheidet. Dies schließt aber eine Klärungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts, dem hierfür in einem Rechtsmittelverfahren begrenzte Tatsachenkompetenzen einzuräumen wären, durch Länderleitentscheidungen nicht aus.

# 2. Grundsätzliche Bedenken gegen eine Tatsachenfeststellungskompetenz des BVerwG

Der Vorschlag ist nicht auf ungeteilte Zustimmung gestoßen und hat teils grundsätzliche Einwendungen evoziert, die über die Feststellung einer – gerade gewollten – Systemerweiterung hinausgehen oder schon kein (gewichtiges) bewältigungsbedürftiges Problem sehen.<sup>48</sup>

Rein praktisch sei das Bundesverwaltungsgericht ungeachtet der hohen Zahl erstinstanzlicher Verfahren, in denen es auch Tatsacheninstanz ist, derzeit nach der personellen und sächlichen Ausstattung nicht (hinreichend) dafür gerüstet, die (erwartbar) hohe Nachfrage nach Länderleitentscheidungen innerhalb angemessener Zeit zu befriedigen. Empirisch ist diese Einschätzung zutreffend. Für die künftige Gestalt eines Rechtsmittels ist dies systematisch aber kein tragfähiges Element und benennt nur eine - wenngleich zentrale - Zusatzbedingung. Ein Ansatz, personelle Engpässe zu mildern, kann hier - wie vor allem in den Instanzgerichten, die die Hauptlast zu tragen haben - in der Schaffung qualifizierter (Richter)Assistenzstellen liegen, welche die RichterInnen »bei der Recherche von Rechtsprechung und Tatsachenmaterial, der Einholung von Auskünften und der Zusammensetzung von Erkenntnismittellisten unterstützen.«49

Gewichtig ist das Argument der fehlenden (rechtlichen) Bindungswirkung der Instanzgerichte. Selbst bei Anordnung einer Bindung bleibt dem zur Entscheidung berufenen Instanzgericht regelmäßig die Möglichkeit, unter Berufung auf (vermeintliche oder tatsächliche) entscheidungserhebliche Veränderungen der Tatsachenlage sich aus der Bindung an die Länderleitentscheidung zu befreien. Normativ ist dies zutreffend, zumal den Instanzgerichten eine »tagesaktuelle« Erfassung der entscheidungsrelevanten Tatsachengrundlage abverlangt ist. <sup>50</sup> Es ändert aber nichts an der Erwartung, dass sich zumindest die große Mehrheit der VerwaltungsrichterInnen mit Blick auf den auch rechtlichen Eigenwert von Rechtssicherheit faktisch gebunden fühlen wird. So kann zwar keine perfekte, wohl aber weitgehende Rechtsvereinheitlichung bewirkt werden.

- 40 Dazu Berlit/Dörig, Asylverfahren verbessern durch eine Tatsachenbewertungskompetenz des BVerwG im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen, NVwZ 2017, 1481; s. bereits Berlit (Fn. 27), DVBl 2015, 657 (660).
- 41 S. nur Kossens, Die Tatsachenfeststellung im Asylverfahren, 1999; Möller, Tatsachenfeststellung im Asylprozess, 2005; Reiling/Mitsch, Wissen im Asylprozess. Rechtsvergleichende Betrachtung zum Vereinigten Königreich und zu Deutschland, DVerw 50 (2017), 537 (537 f., 549 ff.).
- 42 Zu möglichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Form gerichtlicher Wissensgenerierung s.a. *Reiling/Mitsch* (Fn. 41), 563 ff.
- 43 S.a. Reiling/Mitsch (Fn. 41), 561 (»vereinheitlichende Funktion begrenzt«).
- 44 Dazu etwa BVerwG, Beschl. v. 24.04.2017 1 B 22.17, InfAuslR 2017, 307. Die im Zweiten Zwischenbericht ([Fn. 31], 12 f.) zum Beleg dafür aufgelistete Rechtsprechung, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner früheren Rechtsprechung Tatsachen(würdigungs)fragen grds. Bedeutung »wiederholt, wenn nicht gar regelmäßig beantwortet« habe, belegen dies bei näherer Betrachtung gerade nicht. Es standen zumeist Maßstabsfragen im Raum, die auf die Tatsachenwürdigung einwirkten, teils wurde auch die Tatsachengrundlage als für die tatrichterlich gezogenen Schlüsse zu schmal erkannt.
- 45 Zugänglich unter https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/.
- 46 Country Guidance-Entscheidungen sind als verbindlich zu behandeln, solange sie nicht ausdrücklich aufgehoben oder durch eine neue ersetzt wurde und auch sonst an die Aktualität der informatorischen Grundlagen rückgebunden ist; s. Reiling/Mitsch (Fn. 41), 550 f.
- 47 Dörig, Flüchtlingsschutz in Großbritannien, ZAR 2006, 272 (274 f.); s.a. Reiling/Missch (Fn. 41), 537 f., 548 ff.
- 48 Exemplarisch Müller-Rentschler (Fn. 37), BDVR-Rundschreiben 2/2018, 33.
- 49 NRV (Fn. 16), Nr. 3.
- 50 S. nur BVerfG, Beschl. v. 21.04.2018 2 BvR 273/16 InfAuslR 2016, 315; v. 27.03.2017 2 BvR 681/17 NVwZ 2017, 1702. Der Zweite Zwischenbericht ([Fn. 31], 12) verweist indes zutreffend auch darauf, dass sich je nach Zielstaat die allgemeine Gefahrenlage nicht ständig und grundlegend ändert.

Eine weitere Sorge gilt der Verlängerung der Gesamtverfahrensdauer durch eine weitere Instanz. Dies ist in Bezug auf das einzelne Verfahren, das zur Länderleitentscheidung führt, evident zutreffend. Bei hinreichend zeitnahen und aktuellen Länderleitentscheidungen wird aber das Rechtsprechungssystem insgesamt signifikant entlastet, weil es nach der Klärung effizienter und schneller entscheiden kann. Dies hängt indes von einer zeitnahen Entscheidung in Verfahren zu Länderleitentscheidungen ab.

#### 3. Ausgestaltungsmöglichkeiten

Die Öffnung für Länderleitentscheidungen betritt dogmatisch Neuland. Denkbar sind unterschiedliche Ausgestaltungen, die jeweils Vor- und Nachteile haben.<sup>51</sup>

Die Ausgestaltung als weiteres (beschränktes) Berufungsverfahren knüpft an divergierende Entscheidungen von Obergerichten zur allgemeinen Gefahrenlage in einem bestimmten Verfolgerstaat/Zielstaat der Abschiebung an. Hier kann ein Oberverwaltungsgericht die beschränkte Berufung zulassen. Rechtspolitisch zu entscheiden ist dann, ob die Nichtzulassung auch mit einer Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht soll angefochten werden können. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist in dieser Variante auf die Beurteilung der allgemeinen Gefahrenlage beschränkt; ausgeblendet bleiben alle weiteren Fragen, die sich im Einzelfall als entscheidungserheblich ergeben können.

Bei einer Ausgestaltung als erweitertes Revisionsverfahren wird die Revision (und deren Zulassung) abweichend von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO auch zur Klärung von Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung geöffnet. Hier ist u.a. klärungsbedürftig, ob insoweit auch die Sprungrevision eröffnet werden soll und ob eine Nichtzulassungsbeschwerde nach ergangener Länderleitentscheidung auch auf eine Abweichung von dieser soll gestützt werden können. Hier entscheidet nach der Zulassung der Revision das Bundesverwaltungsgericht ohne Begrenzung auf die zur Zulassung führende Tatsachenfrage zur allgemeinen Gefahrenlage. Die Leitfunktion bleibt implizit.

Ein Vorlageverfahren konzentriert die Befassung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Tatsachenfrage allgemeiner Bedeutung und verpflichtet ein Obergericht zur Vorlage, wenn es insoweit von der Entscheidung eines anderen Obergerichts abweichen möchte. Die Tatsachenkompetenz des Bundesverwaltungsgerichts einschließlich der Kompetenz zur Ermittlung weiterer Tatsachen ist auf die »Grundsatzfrage« beschränkt. Eine Nichtvorlagebeschwerde findet nicht statt.

# 4. (Verbindliche) Lageeinschätzung durch eine unabhängige wissenschaftliche Einrichtung?

Als Alternative zu einer Länderleitentscheidungskompetenz ist jüngst vorgeschlagen worden, zur Vereinheitlichung der Feststellung der Gefahrenlage in den Herkunfts- und Zielstaaten durch die Behörden und Gerichte eine unabhängige wissenschaftliche Einrichtung des Bundes zu errichten, die aktuelle Lageeinschätzungen vornimmt, an die Behörden und Gerichte grundsätzlich gebunden sein sollen. <sup>52</sup> Ausgestaltung und Unabhängigkeit dieser Einrichtung sind nicht in einer Weise ausgeführt, die eine abschließende Bewertung dieses Vorschlages erlaubte.

Eine – auch von innen- wie außenpolitischen Zwängen – unabhängige Einrichtung bedeutete für die Gerichte sicherlich eine wertvolle Unterstützung. Wird diese Einrichtung mit entsprechenden personellen Ressourcen ausgestattet, mildert sie auch das Problem, dass namentlich bei den derzeitigen Hauptherkunftsländern die Zahl der erreichbaren Erkenntnismittel - allzumal in Zeiten des Internets - nahezu unendlich ist und diese oft auch nur in Sprachen verfügbar sind, die VerwaltungsrichterInnen (regelmäßig) nicht beherrschen. Schon die Vielzahl der nur in englischer oder französischer Sprache vorliegenden Erkenntnismittel (z.B. EASO-Länderberichte) wirft die Frage auf, ob § 184 Satz 1 GVG für das Asylverfahren angepasst werden muss, zumal auch die für das Flüchtlingsrecht relevante Rechtsprechung des EGMR oftmals nicht oder nur mit erheblicher Zeitverzögerung in deutscher Sprache verfügbar ist.

Schon die Übertragung einer Kompetenz zur Zusammenstellung und Bewertung der gesammelten Erkenntnismittel wirft Fragen auf, soweit diese über einen weiteren - wenngleich fachlich kompetenten – Beitrag zur gerichtlichen Entscheidungsfindung hinausgehen soll. Lagebeurteilungen sind nie vollständig »objektiv«. In sie fließen notwendig - teils unausgewiesen, teils ausgewiesen - rechtliche Bewertungen ein. Auch bei einer Vielzahl von Erkenntnisquellen ist die Erkenntnislage notwendig selektiv, unvollständig und gründet auf Erkenntnisquellen, die ihrerseits »interessengeleitete« Darstellungen enthalten (können).53 Eine wie auch immer geartete - strikte oder relative - Bindungswirkung der jeweiligen Lagebeurteilung, von denen Gerichte nur unter bestimmten Voraussetzungen sollen abweichen dürfen, ist jedenfalls de lege lata dem deutschen Prozessrecht fremd. Auch bei einer Qualifizierung als »antizipiertes Sachverständigengutachten« verbleibt dem Gericht die Aufgabe (und die Befugnis) zur eigenständigen Bewertung - einschließlich der Abweichungsbefugnis.

Eine Bindungswirkung steht auch in einem Spannungsverhältnis zu der von Verfassungs wegen exklusiv den Gerichten zugewiesenen Rechtsprechungsaufgabe. Jedenfalls eine normative Bindung an die Ermittlungen und Bewertungen externer Stellen scheidet nach Art. 92 GG aus, weil diese Einrichtung unabhängig von ihrer Ausgestaltung jedenfalls nicht Teil der »rechtsprechenden Gewalt« ist. Bei einer relativen Bindung, von der (nur?) bei besserer Erkenntnis soll abgewichen werden können, stellt sich die Frage nach der Reichweite der Amtsermittlung und den Kriterien der statthaften Abweichung.

InfAusiR 9 · 2018 317

<sup>51</sup> Dazu Berlit/Dörig (Fn. 40), 1481 (1482 f.); Zweiter Zwischenbericht ([Fn. 31], 14 ff.). Die JuMiKo (Fn. 31) spricht sich in ihrem Beschl. v. 6./07.06.2018 für ein um die Tatsachenfeststellungsbefugnis erweitertes Revisionsverfahren aus, der Masterplan Migration ([Fn. 20], Nr. 40) präferiert ein Vorabentscheidungsverfahren zur Klärung von Grundsatzfragen.

<sup>52</sup> W. Kluth, Migration und ihre Folgen – wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und soziale Ordnung steuern? Gutachten D zum 72. Deutschen Juristentag, München 2018, D 43; Empfehlung 26.

<sup>53</sup> Dazu nur die Debatten um die Vorlagen eines aktualisierten Asyllageberichts, den das Auswärtige Amt noch im Februar 2018 wegen des Anschlages vom 31.05.2017 und der stark eingeschränkten Arbeitsfähigkeit der Botschaft in Kabul noch nicht vorgelegt hatte; s. BT-Drucks. 19/632, 2.

#### V. Schlussbemerkung

Inwieweit Schutzsuchende (in Deutschland) die Möglichkeit haben, ihre Rechte »effektiv« wahrzunehmen, lässt sich nicht eindeutig beantworten. »Inwieweit« fragt nach einem Grad der Zielerreichung, die Frage nach der »Effektivität« der Rechtsdurchsetzung lässt zudem keinen klaren Maßstab erkennen. Die im europäischen Vergleich - insgesamt und in Bezug auf unterschiedliche Herkunftsstaaten - durchaus unterschiedlichen (behördlichen) Schutzquoten<sup>54</sup> allein sind kein aussagekräftiger Indikator für die Effektivität des Rechtsschutzes. Es fehlen schon belastbare EU-weite Vergleiche zu den Erfolgsquoten bei Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes. Ein effektives Rechtsschutzsystem muss - vor allem - die gerichtliche Durchsetzung bestehender Schutzansprüche ebenso gewährleisten wie die Nichtgewährung von Schutz in Fällen, in denen die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Ergebnisbezogene Erfolgsquoten sind zumindest f
ür sich allein – vor allem kein aussagekr
äftiger Indikator für die Qualität eines Rechtsschutzsystems und dessen Zugangsoffenheit.

Beantworten lässt sich allerdings, ob das normative Gerüst einem effektiven Rechtsschutz nachhaltig entgegensteht. Bei allen Mängeln im Detail und systematischen Verbesserungsbedarfen ist dies nicht der Fall. Das gerichtliche Asylverfahren steht aber vor Herausforderungen. Die Maßnahmen zu ihrer Bewältigung können normativ wie tatsächlich den Zugang erleichtern oder erschweren.

Eine Grunderkenntnis der rechtssoziologischen Forschung Ende der 1970er/Anfang der 1980er Jahre<sup>55</sup> war, dass der Mobilisierung von Recht – und damit dem Zugang zum Recht – vielfältige (außerrechtliche) Mobilisierungsbarrieren entgegenstehen können und hier eine zentrale Funktion von Rechtsberatung und -hilfe liegt. <sup>56</sup> Dies hat sich bis heute nicht grundlegend geändert. Die beim BAMF nicht erfolgreichen Schutzsuchenden wissen in aller Regel, dass sie ein Rechtsproblem haben. Ohne kompensatorische Hilfe Dritter können sie dies aber nicht optimal angehen. Refugee Law Clinics <sup>57</sup> können hier eine wichtige Vermittlerrolle einnehmen.

- 54 S. nur Schneider, Das Gemeinsame Europäische Asylsystem: Auf Sand gebaut? Emergenz und Agonie eines teilharmonisierten Politikfeldes, in: T. Oppelland (Hrsg.), Das Recht auf Asyl im Spannungsfeld von Menschenrechtsschutz und Migrationsdynamik, 2017, 113 (135 ff.).
- 55 S. T. Rasehorn (Hrsg.), Rechtsberatung als Lebenshilfe, Neuwied/Darmstadt 1979; E. Blankenburg/U. Reifner/I. Gorges/F. Tiemann, Rechtsberatung, Soziale Definition von Rechtsproblemen durch Rechtsberatungsangebote, Neuwied/Darmstadt 1982.
- Zum behördlichen Asylverfahren und der Bedeutung frühzeitiger sachkundiger Verfahrensbegleitung für die Betroffenen, die Qualität des Behördenverfahrens und dessen Effizienz s. nur BAMF (in Zusammenarbeit mit UNHCR Deutschland), Evaluation des Pilotprojekts »Asylverfahrensberatung«, Entwurf (Stand 25.09.2017) (https://www.nds-fluerat.org/wpcontent/uploads/2018/05/FB\_Asylverfahrensberatung\_Entwurf170925. pdf); s.a. DRK/Diakonie/Caritas, Stellungnahme und Hinweise zum Entwurf des Evaluationsberichts (10.08.2017) zum Pilotprojekt »Asylverfahrensberatung«; BAGFW, Unabhängige Verfahrensberatung ein Beitrag zur Verbesserung der Fairness, Qualität und Effizienz des Asylverfahrens, 14.11.2017 (https://www.bagfw.de/gremien-themen/sozialkommission-i/detail/article/unabhaengige-asylverfahrensberatung-ein-beitrag-zurverbesserung-von-fairness-qualitaet-und-eff/).
- 57 Zum Konzept s. vom Felde/Hilb, Refugee Law Clinics in Deutschland ein studentisches Modell für die Veränderung der juristischen Ausbildung, KJ 2016, 220; dies., Refugee Law Clinics Aktuelle Entwicklungen, NVwZ 2017, 598; Borouski/Helmrich, Refugee Law Clinic Regensburg das erste Jahr, Jura 2017, 678; s.a. https://rlc-deutschland.de/.; allgemein zu Law Clinics in der juristischen Ausbildung s. etwa Deckenbrock, Law Clinics als Rechtsdienstleister, AnwBl. 2017, 937; Kilian, Klinische Juristenausbildung als Element einer modernen Juristenausbildung, AnwBl. 2017, 950; Möslein/Rennig, Business Law Clinics in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung, Juar 2017, 1084; Paal, Legal Clinics als Element der universitären Juristenausbildung, AnwBl. 2017, 956.

#### Freizügigkeitsrecht

#### Familiennachzug zu rückkehrenden Unionsbürgern

AEUV Art. 21 Abs. 1

Art. 21 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass er der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, wonach einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats besitzt und dahin zurückkehrt, nachdem er sich auf der Grundlage und unter Beachtung des Unionsrechts in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Unionsrecht nicht gewährt wird, wenn die Einreise des Familienangehörigen des betreffenden Unionsbürgers in den Herkunftsmitgliedstaat dieses Unionsbürgers oder die dortige Stellung eines Antrags auf einen Aufenthaltstitel nicht »in der natürlichen Verlängerung« zu der Rückkehr des Unionsbürgers in diesen Mitgliedstaat erfolgt,

soweit nach dieser Regelung im Rahmen einer umfassenden Beurteilung auch die Berücksichtigung anderer relevanter Gesichtspunkte gefordert wird, insbesondere solcher, mit denen sich nachweisen lässt, dass trotz der Zeit, die zwischen der Rückkehr des Unionsbürgers in seinen Herkunftsmitgliedstaat und der Einreise des drittstaatsangehörigen Familienangehörigen dorthin verstrichen ist, das im Aufnahmemitgliedstaat entwickelte oder gefestigte Familienleben nicht beendet wurde, so dass dem betreffenden Familienangehörigen das abgeleitete Aufenthaltsrecht gewährt werden kann, was zu überprüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.

EuGH, Urt. v. 27.06.2018 – C-230/17 (Erdem Deha Altiner und Isabel Hanna Ravn)

Sachverhalt: Herr Erdem Deha Altiner wurde am 02.09.2004 in der Türkei geboren und ist türkischer Staatsangehöriger. Sein Vater, Herr Metin Altiner, der am 17.07.2008 nach Dänemark eingereist

# Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982-2001

Herausgegeben von Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer, Bonn – Prof. Dr. Martin Burgi, München – Prof. Dr. Christian Calliess, Berlin – Dr. Josef Christ, Vizepräsident des BVerwG, Leipzig – Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Frank Fellenberg, Rechtsanwalt, Berlin – Dr. Andreas Heusch, Präsident des VG, Düsseldorf – Prof. Dr. Thomas Mayen, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hubert Meyer, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Münster – Prof. Dr. Joachim Scherer, Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – Dr. Heribert Schmitz, Ministerialrat, Berlin – Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg – Dr. Thomas Schröer, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Streinz, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

20 2017 Seite 1481–1560 36. Jahrgang 15. Oktober 2017

Vors. Richter am BVerwG Professor Dr. Uwe Berlit und Richter am BVerwG Professor Dr. Harald Dörig\*

# Asylverfahren verbessern durch eine Tatsachenbewertungskompetenz des BVerwG im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen

Die Verwaltungsgerichte verzeichnen seit mehr als einem Jahr einen exponentiellen Anstieg von Asylklagen. Ihre Zahl übersteigt mittlerweile die Gesamtzahl aller übrigen Verwaltungsstreitverfahren deutlich. Gestritten wird über Rechtsund Tatsachenfragen. Viele reichen über das individuelle Verfolgungsschicksal hinaus: Wie ist die Verfolgungslage in den verschiedenen Provinzen Afghanistans? Steht syrischen Flüchtlingen nur subsidiärer Schutz zu oder der Schutz von Flüchtlingen im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention?

#### I. Hinführung

Letzte Tatsacheninstanz sind de lege lata die 15 Oberverwaltungsgerichte der Bundesländer. Folge ist eine Zersplitterung der Rechtsprechung auch in fallübergreifenden, allgemeinen Tatsachenfragen: Gleiche Einzelschicksale führen je nach regionaler Gerichtszuständigkeit zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die allein auf Rechtsfragen beschränkte Revision kann nicht zur Vereinheitlichung betragen. Für die Betroffenen führt dies zu einer Art Rechtsprechungs "lotterie". Das Bundesamt für Migration für Flüchtlinge kann sich nicht an einer vereinheitlichten Rechtsprechung orientieren. Die Rechtszersplitterung führt so auch zu deutlich mehr gerichtlichen Verfahren und erhöht insgesamt den Aufwand deren Bearbeitung. Rechtsstaatlich ist all dies im Ergebnis schwer erträglich.

Abhilfe kann de lege ferenda nur eine auf das Asylverfahren zu begrenzende Tatsachenermittlungs- und -beurteilungs-kompetenz des *BVerwG* bei grundsätzlich bedeutsamen Tatsachenfragen im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen schaffen.<sup>2</sup>

#### II. Über Bundesrecht entscheidet ein Bundesgericht

In den meisten Ländern der Welt entscheiden Bundesrichter über die Auslegung von Bundesrecht. Das gilt auch für föderale Staaten wie die Schweiz, Österreich, die USA, Kanada und Australien. In den föderal organisierten Staaten – mit

Ausnahme Deutschlands - entscheiden die Gerichte der Bundesländer über Rechtsstreitigkeiten auf Gebieten der einzelstaatlichen Gesetzgebung, zB über Polizei- oder Baurecht. Bundesgerichte entscheiden hingegen schon in erster Instanz über Rechtsstreitigkeiten auf der Grundlage von Bundesgesetzen. So entscheiden ausschließlich Bundesrichter in der Schweiz, Österreich und in den angloamerikanischen Ländern über das Ausländer- und Asylrecht. Man denke an die Urteile von Bundesrichtern über die Einreisedekrete von Donald Trump. Gleiches gilt aber auch für Österreich und die Schweiz. Dort entscheiden die Richter des dortigen BVerwG erstinstanzlich über asylrechtliche Streitigkeiten. Das erleichtert eine einheitliche Beurteilung von Tatsachen- und Rechtsfragen. Eine solche Vereinheitlichung durch ein Bundesgericht gibt es in Deutschland nur für Rechtsfragen. Hingegen ist das deutsche BVerwG nicht zur Entscheidung über die Gefahreinschätzung in potenziellen Verfolgerstaaten zuständig, die Divergenz von Urteilen der Oberverwaltungsgerichte wird beklagt, lässt sich mit den Mitteln des geltenden Rechts aber nicht ändern. Dem könnte durch länderbezogene Leitentscheidungen des BVerwG entgegen gewirkt werden.

#### III. Vorbild Großbritannien

Das britische Asylverfahren kennt ein System der länderbezogenen Leitentscheidungen ("country guidance determina-

Siehe jüngst BVerwG, NVwZ 2017, 1204 (keine Revisionszulassung wegen grundsätzlich bedeutsamer Tatsachenfrage).

2 Siehe bereits Berlit, DVBI 2015, 657.

<sup>\*</sup> Der Autor Berlit ist Vorsitzender Richter am BVerwG und Mitglied des 1. Revisionssenats, der ua für das Asylrecht zuständig ist, zudem ist er Honorarprofessor an der Universität Leipzig; der Autor Dörig ist stellvertretender Vorsitzender des 1. Revisionssenats beim BVerwG, Honorarprofessor an der Friedrich-Schiller-Universität in Jena und Vorstandsmitglied der Internationalen Vereinigung der Asylrichter (IARLJ). – Der Beitrag gibt allein die persönliche Auffassung der Autoren wieder; er ist weder den anderen Mitgliedern des Senats noch dem BVerwG zuzurechnen.

tions"). Der Präsident des obersten Asylfachgerichts (Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber - UTIAC) kann bestimmte asylrechtliche Berufungsverfahren als geeignet einstufen, als Leitentscheidung für die Verfolgungslage in einem bestimmten Land - unter Umständen für eine bestimmte Gruppe in diesem Land – zu dienen. Dann sind alle Tatsachengerichte im Vereinigten Königreich an diese Lageeinschätzung gebunden, es sei denn, der Fall weist beachtliche Besonderheiten auf oder dem Richter liegen relevante neue Erkenntnisse vor.<sup>3</sup> Konkret gestaltet sich das Verfahren der Autorisierung bestimmter Entscheidungen als Country-Guidance-Entscheidungen wie folgt: Der Präsident des UTI-AC hat nach § 107 III Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 die Befugnis, seinem Gericht die Direktive (practise direction) zu geben, eine "bestimmte Entscheidung des Gerichts als verbindlich in Bezug auf eine bestimmte Frage zu behandeln". Am 4.4.2005 erteilte er die Direktive, dass Entscheidungen des Gerichts, die die Buchstaben "CG" (für "Country Guidance") tragen, von den Richtern als bindend anzusehen sind, soweit es die ermittelten Tatsachen in Bezug auf das konkrete Land und die konkrete Fragestellung in dem Land betrifft (zB Verfolgungsgefahr für christliche Apostaten im Iran,4 für Zivilpersonen im somalischen Bürgerkrieg,5 für Rückkehrer in die Demokratische Republik Kongo<sup>6</sup>). Eine Liste der gültigen CG-Entscheidungen wird auf der Website des UTIAC bereitgehalten.<sup>7</sup> Dieses System der länderbezogenen Leitentscheidungen, auch deren Bindungswirkung für die Instanzrichter, wird vom britischen Court of Appeal anerkannt.8

Weicht ein Gericht von den Feststellungen einer CG-Entscheidung ab, ohne einen besonderen Grund hierfür aufzuzeigen, stellt dieses einen "error of law" dar, der die Zulassung im Berufungs- oder Revisionsverfahren rechtfertigt. Der Court of Appeal hat dies unter anderem damit begründet, dass es eine Ungleichbehandlung gleichartiger Fälle darstellt, wenn ein Gericht trotz gleichgelagerten Sachverhalts von einer Leitentscheidung des UTIAC abweicht.9 Die britischen Länderleitentscheidungen bereiten die Tatsachenlage so sorgfältig auf, dass sich der EGMR häufig darauf als Referenz für seine eigene Tatsachenwürdigung bezieht. 10

#### IV. Regelungsansätze für Deutschland

#### 1. Eckpunkte einer Regelung

Im Ausland erprobte Ansätze zur Herstellung und Wahrung der Rechtsprechungseinheit können nicht einfach in das bundesrepublikanische Rechts(mittel)system übertragen werden. Jedes Land hat eine eigene Rechtskultur - auch und gerade im Prozessrecht, das unionsrechtlich nur im (noch) relativ überschaubaren Umfange überformt ist. In Deutschland rechnet de lege lata dazu, dass die obersten Bundesgerichte als Rechtsmittelinstanz an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen gebunden sind und dann auch keine eigene Tatsachenfeststellungs- und Bewertungskompetenz haben. Im Asylverfahren ist dies genau das Problem, das es de lege ferenda zu lösen gilt. Hierfür ist eine grundlegende Systemänderung, etwa hin zu einem (formellen) Präjudiziensystem nach angloamerikanischen Vorbild, denkbar, aber nicht zwingend. Erforderlich, aber auch hinreichend ist im Asylrecht eine Bewertungskompetenz des BVerwG bei Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung.

Die Ausgestaltung einer Regelung muss unterschiedliche Aspekte zu einem angemessenen Ausgleich bringen. Sie muss dem BVerwG eine hinreichende Klärung fallübergreifender Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung ermöglichen. Der Zugang zu dem "Klärungsverfahren" muss weit genug

sein, um die erforderlichen Klärungswirkungen zu erreichen und sollte eine Begrenzung auf die wirklich klärungsbedürftigen Verfahren gewährleisten. Systematische Friktionen zum geltenden Prozessrecht sind auf das Notwendige zu beschränken. Der Aufwand für das Rechtsschutzsystem insgesamt ist zu begrenzen; es geht nicht um ein zusätzliches und gar durch Art. 19 IV GG gebotenes Rechtsmittel, sondern um die Klärung fallübergreifender Tatsachenfragen zur Verfolgungslage in einem Herkunftsstaat aus Anlass eines einzelfallbezogenen Rechtsschutzgesuchs. Die Zusatzbelastung für das BVerwG ist auf ein bewältigbares Maß zu begrenzen; dabei sind auch Personalverstärkungen namentlich im Bereich der Informationsaufbereitung in den Blick zu nehmen. Regelungsstandort sollte, weil es um eine Ausnahme allein für das Asylverfahren geht, das Asylgesetz sein.

#### 2. Regelungsvarianten

Denkbar sind unterschiedliche Regelungsvarianten

a) Weiteres (beschränktes) Berufungsverfahren. § 78 VIII AsylG erhält folgende Fassung:

§ 78 (8). Das BVerwG entscheidet in einem weiteren Berufungsverfahren in Streitigkeiten nach diesem Gesetz, wenn die Entscheidungen zweier Oberverwaltungsgerichte über die allgemeine Gefahrenlage in einem bestimmten Zielstaat der Abschiebung voneinander abweichen. Das BVerwG trifft dann eine auf die Beurteilung der allgemeinen Gefahrenlage beschränkte länderbezogene Leitentscheidung. Das Öberverwaltungsgericht kann die auf eine länderbezogene Leitentscheidung beschränkte Berufung zum BVerwG zulassen. Gegen die Nichtzulassung steht den Beteiligten die Beschwerde an das BVerwG zu. Die Beschwerde kann auch darauf gestützt werden, dass ein Oberverwaltungsgericht von einer länderbezogenen Leitentscheidung des BVerwG abweicht.

Diese Variante stellt durch die Bezeichnung klar, dass Ziel eine weitere Prüfung (grundsätzlicher) Tatsachen ist. Es schafft neben der weiterhin möglichen Revision ein eigenständiges Rechtsmittel mit eigenen Zugangsvoraussetzungen und beschränktem Prüfungsgegenstand. Zu entscheiden ist allein über die allgemeine Gefahrenlage in einem bestimmten Zielstaat der Abschiebung. Alle weiteren Fragen, die sich in einem Revisionsverfahren stellen könnten, bleiben ausgeblendet. Die Beschränkung auf die Gefahrenlage im Abschiebezielstaat ermöglicht auch die Klärung anderweitiger Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung, zB das Vorliegen systemischer Mängel in einem anderen EU-Staat. Die

nal and non-criminal) (CG) [2015] UKUT 293.

Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber Guidance 2011 No 2; Urteil des Upper Tribunal v. 3.10.2014, MOJ & Ors (Return to Mogadishu) Somalia CG [2014] UKUT 00442 (IAC).

Urteil des Asylum and Immigration Tribunal v. 12.11.2008, SZ and JM (Christians – FS confirmed) Iran CG [2008] UKAIT 00082.

Upper Tribunal-Urteil v. 3.10.2014, MOJ & Ors (Return to Mogadishu) Somalia CG [2014] UKUT 00442 (IAC).

Upper Tribunal-Urteil v. 2.6.2015, BM and Others (returnees – crimi-

https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac. Court of Appeal, Urt. v. 27.7.2005, R (Iran) v SSHD [2005] EWCA Civ 982 para 21–27, 90; Urt. v. 16.3.2017, [2017] EWCA Civ 143 Rn, 24–33.

Vgl. Urt. v. 27.7.2005, R (Iran) v SSHD [2005] EWCA Civ 982 pa-

EGMR, Urt. v. 20.6.2017 - 41282/16, BeckRS 2017, 123577 Rn. 52 -M. O./Schweiz; EGMR, NVwZ 2016, 1785 Rn. 31-32, 65 - R. H./

Beteiligten können auf die Zulassung durch eine entsprechende Nichtzulassungsbeschwerde einwirken, die insoweit auch die Divergenzrüge zu vorangegangenen Länderleitentscheidungen umfasst.

b) Erweitertes Revisionsverfahren, § 78 VIII AsylG erhält folgende Fassung:

§ 78 (8). In Rechtsstreitigkeiten nach diesem Gesetz ist die Revision abweichend von § 132 II Nr. 1 VwGO auch zur Klärung von Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung liegen (nur/insbesondere) vor, wenn die Entscheidungen zweier Oberverwaltungsgerichte über die allgemeine Gefahrenlage in einem bestimmten Zielstaat der Abschiebung voneinander abweichen. Auf den Zulassungsgrund nach Satz 1 kann die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision (§ 133 VwGO) oder die Zulassung der Sprungrevision (§ 134 VwGO) \*nicht\* gestützt werden. Eine Nichtzulassungsbeschwerde nach § 133 iVm § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO kann auch darauf gestützt werden, dass ein Oberverwaltungsgericht von einer nach Satz 1 zu einer Tatsachenfrage grundsätzlicher Bedeutung ergangenen Entscheidung des BVerwG abweicht.

Diese Variante erweitert ohne Einführung eines gesonderten Rechtsmittels das Revisions(-zulassungs-)verfahren auf ,Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung. Dieser Begriff übernimmt den in der Rechtsprechung zu § 78 III Nr. 1 AsylG geprägten Begriff. 11 Insoweit greift der Regelungsvorschlag ergänzend auf die Definition der Variante 1 zurück. Sie kann abschließend ("nur") oder exemplarisch ("insbesondere") ausgeformt werden. Diese Variante ist offen dafür, den Beteiligten insoweit die Nichtzulassungsbeschwerde zu eröffnen und auch die jüngst zugelassene Sprungrevision auf diesen Komplex zu erweitern; dies kann aber auch ausgeschlossen werden. 12 Nach der Zulassung ist die Revision nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Ergebnis ist eine "normale" Revisionsentscheidung, die implizit auch Klärung zu den länderbezogenen Grundsatzfragen enthalten kann, keine auf die "Länderleitentscheidung" beschränkte Entscheidung. Eine fallübergreifende Bindungswirkung wird nicht angeordnet. Die (implizite) Leitfunktion wird durch die insoweit (vorsorglich ausdrücklich) zugelassene Divergenzrevision unterstützt.

c) Vorlageverfahren. § 78 VIII AsylG erhält folgende Fassung:

§ 78 (8). Beabsichtigt ein Oberverwaltungsgericht, von der Beurteilung der allgemeinen Gefahrenlage in einem bestimmten Zielstaat einer verfügten Abschiebung durch ein anderes Oberverwaltungsgericht abzuweichen, hat es die Entscheidung des BVerwG einzuholen. Dieses entscheidet auf die Vorlage des Oberverwaltungsgerichts und trifft eine länderbezogene Leitentscheidung. Hierzu kann es ergänzende Tatsachenermittlungen durchführen. Das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht ist bis zur Entscheidung des BVerwG auszusetzen. Eine gesonderte Beschwerde gegen die Unterlassung einer gebotenen Vorlage findet nicht statt.

Diese Variante weist die Klärung der entscheidungsbedürftigen Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung einem Zwischenverfahren zu, das durch eine Vorlage eines Oberverwaltungsgerichts eingeleitet wird. Der Regelungsvorschlag greift Elemente des Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV und des Vorlageverfahrens nach § 47 V bis VII VwGO (aF) auf. Die Vorlagepflicht entsteht bereits bei erst beabsichtigter Divergenz zu der allgemeinen Lageeinschätzung eines anderen Oberverwaltungsgerichts. Der Verfahrensgegenstand ist beim BVerwG auf die allgemeine Tatsachenfrage beschränkt. Die in den beiden anderen Regelungsvorschlägen implizit vorausgesetzte Tatsachenermittlungskompetenz des BVerwG wird ausdrücklich betont. Der Ausschluss einer Beschwerde gegen die Nichtvorlage konzentriert die Verfahren auf die Tatsachenfrage fallübergreifender Bedeutung.

#### IV. Ausblick

Der Beitrag will eine rechtspolitische Diskussion anstoßen. Sie sollte – tunlichst zu Beginn der 19. Legislaturperiode – für asylrechtliche Streitigkeiten zu einer Lösung des Problems obergerichtlich divergierender Bewertungen in Tatsachenfragen grundsätzlicher Bedeutung führen. Präsentiert werden unterschiedliche Lösungsansätze. Sie mögen im Detail noch umgestaltet oder ergänzt werden; insoweit sind sie rechtsdogmatisch weiterer Überlegungen wert und bedürftig und lassen Raum für rechtspolitische Akzentsetzungen. All dies ist gegenüber der drängenden rechtspolitischen Grundsatzfrage nachrangig, ob das Rechtsmittelrecht fortzuentwickeln ist, um wieder zu mehr Rechtssicherheit und Rechtseinheit im Asylrecht zu gelangen.

11 GK-AsylG/Berlit, § 78 Rn. 102 ff. (Stand Dezember 2015).

12 Zu den unterschiedlichen Regelungsmodellen bei der Revisionszulassung s. nur Berchtold/Guttenberger, NZS 2017, 121.

Professor Dr. Kai v. Lewinski\*

### Datenschutzaufsicht in Europa als Netzwerk

Es gibt es keine "Super-Datenschutzbehörde", sondern die Datenschutzaufsicht ist als Netzwerk (I.) organisiert. Diese verteilte, nach Meinung einiger auch zersplitterte Datenschutzaufsichtslandschaft (II.) auf der einen Seite bei weitgehender Harmonisierung des materiellen Datenschutzrechts auf der anderen bietet Anlass und Ansatz für eine weitgehende Europäisierung auch der Aufsichtsstrukturen mittels eines Netzwerks. Wegen der bisherigen fühlbaren Unterausstattung der Datenschutzbehörden und ihres bislang überwiegend beratungsorientierten Aufsichtsansatzes sind allerdings die rechtsstaatlichen und rechtsschutzbezogenen Aspekte von Netzwerken erst ansatzweise diskutiert

Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medienund Informationsrecht an der Universität Passau. - Der Beitrag basiert auf einer aktualisierten Fassung eines Vortrags auf dem Deutsch-japanisches Symposium "Verwaltung in Netzwerken" an der DUV Speyer im Februar 2015.

# DVB1 DEUTSCHES VERWALTUNGSBLATT

Heft 11/2015 · 130. Jahrgang · Seiten 657-724

#### Schriftleitung:

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Richter am BGH-Senat für Anwaltssachen, Münster/Osnabrück (Schriftleitung, Abhandlungen, Berichte, Rezensionen) · Dr. Peter Szczekalla, Osnabrück (Redaktion)

#### Herausgeber

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz, Luxemburg · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn · Marion Eckertz-Höfer, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts a.D., Leipzig · Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkreistages, Berlin · Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Heidelberg · Prof. Dr. Christoph Moench, Rechtsanwalt, Berlin · Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück · Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Leipzig · Prof. Dr. Bernhard Stüer, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Münster/Osnabrück

#### Aufsätze

# Reformbedarfe im Asylprozessrecht – für eine Reintegration des Sonderasylprozessrechts in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht

von Prof. Dr. Uwe Berlit, Leipzig\*

Für das gerichtliche Asylverfahren ist ein partielles Sonderprozessrecht geschaffen worden, um die gerichtlichen Asylverfahren zu vereinfachen und u.a. durch eine Entlastung der Beschwerde-/Berufungsinstanz zu beschleunigen. Dieses Sonderprozessrecht besteht ungeachtet aller Veränderungen des allgemeinen Prozessrechts fort. Das allgemeine Verwaltungsprozessrecht hat insb. mit dem Zulassungsrechtsmittel die im Asylrecht »erprobten« Veränderungen teils modifizierend aufgegriffen. Etliche der Sonderregelungen zeitigen indes zunehmend kontraproduktive Wirkungen. Abhilfe durch eine (schrittweise) weitgehende Reintegration in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht ist angezeigt. Der Beitrag stellt einige der wichtigsten, teils schon kurzfristig zur »Qualitätssicherung« der Rechtsprechung nötigen Änderungen vor.

#### I. Zum Problem

Die Zahl der Flüchtlingsschutzanträge beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) hat im Jahr 2014 eine deutliche Steigerung erfahren und mit ca. 173 072 Erstanträgen den bislang höchsten Stand seit 20 Jahren erreicht. Die internationale Flüchtlingssituation lässt einen weiteren Anstieg auch in den nächsten Jahren erwarten; die EU-Staaten insgesamt und auch die Bundesrepublik Deutschland erreicht bislang nur ein sehr kleiner Teil der weltweit inzwischen über 50 Millionen Flüchtlinge. Ungeachtet der schon im Bundesamt durchaus beachtlichen Schutzquote² von 2014 durchschnittlich ca. 30 v.H. aller Erstanträge – bei deutlich höheren Quoten für einzelne Herkunftsländer – lässt sich zeitversetzt ein weiterer Anstieg der Eingangszahlen bei den erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten durch Rechtsschutzgesuche der nicht Anerkannten erwarten. 3

Signifikant gestiegen ist bereits vor allem der Anteil der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, in denen um die unionsrechtliche Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland für die Bearbeitung des Schutzgesuches nach den sog. Dublin-Verordnungen<sup>4</sup> bzw. die Rechtmäßigkeit einer Überstellung der Schutzsuchenden in einen anderen, aus Sicht des BAMF zuständigen Unionsstaat gestritten wird (sog. Dublin-

Verfahren).<sup>5</sup> In diesen Eilverfahren entscheidet der obligatorische Einzelrichter (§ 76 Abs. 4 Satz 1 AsylVfG), der den Rechtsstreit nur bei grundsätzlicher Bedeutung oder bei beabsichtigter Abweichung von der Kammerrechtsprechung auf die Kammer überträgt; die Beschwerde zum OVG/VGH ist ausgeschlossen (§ 80 AsylVfG). Konsequenz ist – nicht nur, aber gerade – in diesen »Dublinfällen« eine extreme Rechtsprechungsheterogenität auch in fallübergreifenden Fragen. Nur ein Beispiel ist die Beurteilung, ob wegen systemischer Mängel<sup>6</sup> im Asylverfahren eines anderen Mitgliedstaates eine Überstellung in diesen Staat generell oder für bestimmte Personengruppen<sup>7</sup> ausgeschlossen ist. Hier unterscheidet sich die

- \* Der Verfasser ist Bundesverwaltungsrichter und Honorarprofessor der Universität Leipzig. Der Beitrag gibt allein die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Das Manuskript wurde Anfang Februar 2015 abgeschlossen. Die Stellungnahme Nr. 14/2015 des Ausschusses Ausländer- und Asylrecht des Deutschen Anwaltvereins vom April 2015 sowie die Diskussionen im Vorfeld der sog. ChefpräsidentInnenkonferenz Ende April 2015 konnten nicht mehr eingearbeitet werden.
- S. BAMF, Asylgeschäftsstatistik für den Monat Dezember 2014, Januar 2015:
   202 834 Anträge, davon 173 072 Erstanträge.
- 2 Anerkennung von internationalem Schutz (Flüchtlingsschutz, subsidiärer Schutz) und Abschiebungsschutz nach nationalem Recht.
- 3 Die Justizstatistik »hinkt« zeitlich hinterher, so dass genaue Zahlen für 2014 nicht genannt werden können.
- 4 Für Schutzgesuche ab dem 01.01.2014 VO (EG) Nr. 604/2013 v. 26.06.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (sog. Dublin III-VO). Zu den Neuerungen etwa Marx, Änderungen im Dublin-Verfahren nach der Dublin III-Verordnung, ZAR 2014, 5; Huber, Umsetzung ausländer- und flüchtlingsrechtlicher Richtlinien der EU und die neue Dublin III-VO, NVwZ 2014, 548: Pelzer, Die Dublin III-Verordnung. Die neue EU-Verordnung zur Bestimmung des zuständigen Asylstaats, Beilage zum Asylmagazin 7–8/2013, 29.
- 5 Eingehend M. Hoppe, Eilrechtsschutz gegen Dublin II-Überstellungen, Baden-Baden 2013.
- 6 Grundlegend: EGMR, Urt. v. 21.01.2011 Nr. 30696/09 (M.S.S./Belgien und Griechenland); EuGH, U.v. 21.12.2011 C-411/10 (N.S. u.a.); Urt. v. 14.11.2013 C-4/11 (Puid); Urt. v. 10.12.2013 C-394/12 (Abdullahi). Zu diesem Begriff s.a. Lübbe, »Systemische M\u00e4ngel« in Dublin-Verfahren, ZAR 2014, 105; BVerwG, Beschl. v. 19.03.2014 10 B 6.14; Beschl. v. 15.04.2014 10 B 16.14; Beschl. v. 21.05.2014 10 B 31.14; Beschl. v. 06.06.2014 10 B 35.14; Beschl. v. 14.07.2014 1 B 9.14.
- 7 Zur Unzulässigkeit einer Überstellung von Familien mit kleinen Kindern nach Italien s. BVerfG (Kammer), Beschl. v. 17.09.2014 – 2 BvR 732/14; Beschl. v.

DVBI 11 · 2015 657

Beurteilung für einzelne Mitgliedstaaten oft innerhalb eines Gerichts und teils selbst innerhalb einer Kammer. Eine gewisse Harmonisierung durch obergerichtliche Entscheidungen in einem Hauptsacheverfahren kommt zumindest für die Länder, in denen systemische Mängel ernsthaft in Betracht kommen, wegen der ständigen Veränderung der Erkenntnislage regelmäßig zu spät.

All dies mag verfassungsrechtlich wegen der notwendigen konstitutionellen Uneinheitlichkeit von Rechtsprechung noch gerechtfertigt sein. Fachlich weist dieser Zustand auf erhebliche Qualitätsmängel des Rechtsschutzsystems; rechtspolitisch besteht dringender Veränderungsbedarf. Das Recht verliert seine Schutz- und Steuerungsfunktion, wenn es bei identischer Fallfrage vom »Zufall der Geschäftsverteilung« oder der Zuweisung an einen bestimmten Wohnort abhängt, ob ein (vorläufiges) Rechtsschutzgesuch Erfolg hat oder nicht. Rechtsberatung durch Anwälte oder Hilfsorganisationen ist zielgerichtet und zuverlässig kaum noch möglich. Das BAMF, bei dem diese divergierenden Entscheidungen gebündelt auflaufen, kann sich angesichts der Heterogenität nicht an »der« Rechtsprechung »der« Verwaltungsgerichte orientieren. Diese »Zerfaserung von Rechtsprechung« unterminiert so auch die Steuerungsfunktion von Recht für die rechtsgebundene Verwaltung - und letztlich die »Autorität des Rechts« selbst. All dies gibt Anlass, das Sonderprozessrecht für das gerichtliche Asylverfahren insgesamt zu überdenken.

# II. Aufhebung des Beschwerdeausschlusses (§ 80 AsylVfG)

§ 80 AsylVfG schließt – mit Ausnahme der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in Hauptsacheverfahren – alle Beschwerden in Rechtsstreitigkeiten nach dem Asylverfahrensgesetz aus. Diese Beschränkung des Eilrechtsschutzes auf nur eine Instanz begegnet grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>8</sup> Art. 19 Abs. 4 GG fordert keinen Instanzenzug.<sup>9</sup> Ein Rechtsmittel wird auch durch Unionsrecht nicht gefordert; Art. 46 Abs. 1 AsylverfahrensRL (n.F.)<sup>10</sup> fordert nur, dass Antragsteller das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht haben. Der durch den vollständigen Rechtsmittelausschluss bewirkte Beschleunigungseffekt wird aber durch die Rechtsprechungszersplitterung rechtsstaatlich (zu) teuer erkauft.

Als Abhilfe drängt sich die ersatzlose Aufhebung des § 80 AsylVfG auf. § 146 Abs. 4 VwGO stellt nicht unerhebliche Anforderungen an die Darlegung der Beschwerdegründe und beschränkt die Überprüfung auf die dargelegten Gründe. Das Beschwerdegericht kann auf dieser Grundlage ohne erhebliche Verzögerungen entscheiden. Da der Ablauf der Dublin-Fristen bei Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes gehemmt ist, kann die Beschwerde nicht dazu genutzt werden, einen Zuständigkeitswechsel durch Ablauf der Überstellungs(antrags)fristen<sup>11</sup> zu erwirken. Soll es (vorerst) bei der besonderen Beschleunigung des Asylverfahrens in Fällen der Unbeachtlichkeit und bei offensichtlicher Unbegründetheit (§ 36 AsylVfG) auch im gerichtlichen Asylverfahren bleiben (§ 74 Abs. 1 Halbsatz 2 AsylVfG), mag daran gedacht werden, diese Verfahren von der Beschwerdemöglichkeit auszunehmen. Systematisch wäre dies indes nur dann stimmig, wenn an dem absoluten Berufungsausschluss bei Klagabweisung als offensichtlich unbegründet (§ 78 Abs. 1 AsylVfG) festgehalten wird.

Lösungsansätze unterhalb der ersatzlosen Aufhebung des § 80 AsylVfG bergen jeweils Abgrenzungs- und neue Gerechtigkeitsprobleme. Als »second best«-Lösungsansätze bzw. erster Schritt einer stufenweisen Aufhebung des Sonderasylprozessrechts mögen sie die geschilderten Verwerfungen im Rechtsschutzsystem lindern. In Betracht kommt etwa, die Beschwerdebegründungsfrist auf zwei Wochen zu verkürzen. Dies aber erschwert erheblich die anwaltliche Vertretung – allzumal in Fällen, in denen ein Schutzsuchender in der ersten Instanz nicht durch eine nach § 67 Abs. 4 VwGO zur Vertretung berechtigte Person vertreten war - und blendet die teils erheblichen Verständigungsschwierigkeiten zwischen Anwalt und Mandant im Asylverfahren aus. In Betracht kommt auch eine Zulassungsbeschwerde, die entweder nur von dem Verwaltungsgericht aus den in § 124 Abs. 2 VwGO bzw. § 78 Abs. 3 AsylVfG benannten Gründen zugelassen werden kann oder bei der die Zulassung auch vom Schutzsuchenden durch einen eigenständigen Zulassungsantrag angestrebt werden kann. Für das allgemeine Prozessrecht hat der Gesetzgeber indes aus guten Gründen von dem 1997 eingeführten<sup>12</sup> Zulassungsrechtsmittel 2002 wieder Abstand genommen. 13

Von vornherein nur das Teilproblem kammerinterner Rechtsprechungsdivergenzen erfasste eine Abkehr vom originären Einzelrichter (§ 76 Abs. 4 AsylVfG). Bereits de lege lata können bei kammerinternen Rechtsprechungsdivergenzen auch Tatsachenfragen eine »grundsätzliche Bedeutung«, z.B. zur Verfolgungslage im Herkunftsstaat oder der Möglichkeit internen Schutzes, herbeiführen,14 die eine Rückübertragung auch zur Bildung einer Kammerrechtsprechung gebieten; in der Praxis wird »im Drange der Geschäfte« hiervon aber nicht stets Gebrauch gemacht, ohne dass dem mit ordentlichen Rechtsmitteln entgegengesteuert werden könnte. Schon bei kammerübergreifenden Rechtsprechungsdivergenzen besteht - neben vielerorts bestehenden »informellen« Koordinationsoder »Qualitätssicherungs«runden – kein prozessrechtlich geordneter Mechanismus zur Herstellung und Wahrung von Rechtssicherheit und Rechtseinheit.

<sup>17.09.2014 - 2</sup> BvR 939/14; EGMR, Urt. v. 04.11.2014 - Nr. 29217/12 (Tarakhel).

BVerfG (Kammer), Beschl. v. 27.02.2001 – 2 BvR 2967/00; s.a. – zum sog. Flughafenverfahren – BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1516/93 – BVerfGE 94, 166 (189 ff.).

<sup>9</sup> BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a. – BVerfGE 92, 365 (410);

<sup>10</sup> RL 2013/32/EU v. 26.06.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes; so bereits Art. 39 Abs. 1 RL 2005/85/EG.

<sup>11</sup> Nach Art. 21 Abs. 1 UAbs. 3 VO (EU) Nr. 604/2014 wird in den Fällen, in denen das Gesuch um Aufnahme eines Antragstellers nicht innerhalb der in den unter Abs. 1 und 2 niedergelegten Fristen unterbreitet wird, der (ersuchende) Mitgliedstaat, in dem der Antrag auf internationalen Schutz gestellt wurde, für die Prüfung des Antrages zuständig.

<sup>12 6.</sup> VwGOÄndG v. 01.11.1996, BGBl. I, 1626.

<sup>13</sup> RmBereinVpG v. 20.12.2001, BGBl. I, 3987.

<sup>14</sup> So – zur Berufungszulassung nach § 78 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG – BVerwG, Urt. v. 31.07.1984 – 9 C 46.84 – BVerwGE 70, 24 (26); s.a. Berlit in GK AsylVfG, § 78 Rdnr. 90 ff. (52. Lfg.).

#### III. Zugang zur Berufungsinstanz

#### 1. Berufungszulassungsgründe

§ 78 Abs. 3 AsylVfG knüpft für die Gründe, aus denen die Berufungszulassung angestrebt werden kann, an die »klassischen« Revisionszulassungsgründe (Grundsatz, Divergenz und Verfahren) an und begrenzt die möglichen Verfahrensrügen über § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO hinaus auf die absoluten Revisionsgründe des § 138 VwGO. Diese verfassungsgerichtlich bestätigte<sup>15</sup> Rechtsmittelbeschränkung ist mit der Einführung der Berufungszulassung im allgemeinen Verwaltungsprozess ebenfalls der Überprüfung wert und würdig. Nicht einsichtig ist, aus welchen Gründen gerade im Flüchtlingsrecht eine Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung bei ernstlichen Zweifeln an ihrer Richtigkeit (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) oder bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) nicht soll erwirkt werden können. Diese beiden Zulassungsgründe bilden im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht einen deutlichen Schwerpunkt bei den Zulassungsgründen<sup>16</sup> und so einen Eckstein in der Abwägung des Gesetzgebers zwischen einer Rechtsmittelbegrenzung aus Gründen der Effektivität des Rechtsschutzes und dem Anspruch des Einzelnen auf eine richtige Entscheidung im Einzelfall. Der Zulassungsgrund der »ernstlichen Zweifel« ist der einzige, der jenseits des verfassungsgerichtlichen Verfahrens eine gewisse Kontrolle tatrichterlicher Bewertungen der Glaubhaftigkeit des Vorbringens oder der Glaubwürdigkeit des Schutzsuchenden – und damit zentraler Entscheidungsgrundlagen im Asylverfahren – eröffnet. Die Herausnahme der »besonderen Schwierigkeiten« aus dem Kanon der Zulassungsgründe ist angesichts der deutlich verbesserten Möglichkeiten der Ermittlung der Verhältnisse im Herkunfts- oder Übermittlungsstaat auch nicht deswegen konsequent, weil wegen der Auslandsberührung von Asylverfahren dieser Zulassungsgrund regelmäßig vorläge. 17

Eine Erweiterung der Sachgründe für die Berufungszulassung entlastete das Beschwerdeverfahren von der Prüfung, ob bei Bewertungsdivergenzen zur Verfolgungslage im Herkunftsland oder der für Dublin-Rückführungen erheblichen Ausgestaltung des Asylverfahrens in anderen EU-Mitgliedstaaten sich schon »grundsätzliche Tatsachenfragen« i.S.d. § 78 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG oder lediglich »besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten« ergeben. Eine Erweiterung der Verfahrensrüge auf alle Verfahrensfehler (so in § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) kann weiterhin eine Konzentration im erstinstanzlichen Verfahren auf die Sachprüfung des Anliegens befördern; es entfallen zumindest gelegentliche anwaltliche Versuche, das Gericht zu nach § 138 VwGO auch beachtlichen Verfahrensfehlern zu verleiten, um die Chance einer Berufung zu wahren. Nicht ersichtlich ist eine Beoder Überlastung der Oberverwaltungsgerichte mit Asylverfahren, die eine moderate Erweiterung der Berufungszulassung zur Verbesserung des Individualrechtsschutzes wie der Rechtsprechungsqualität nicht – ggfls. mit gewisser personeller Wiederaufstockung der Berufungsinstanz – als rechtfertigungsfähig erscheinen ließe. Auch die »Koordinations«- und Vereinheitlichungsfunktion bereits der Berufungsgerichte erfordert auch eine gewisse Fall«bandbreite«, die durch das reduzierte Berufungszulassungsrecht im Asylverfahren nicht mehr durchweg gewährleistet erscheint.

Die Erfahrungen, die mit der Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht selbst im allgemeinen Verwaltungsprozess gemacht worden sind (§ 124a Abs. 1 VwGO), ermuntern dazu, diese Möglichkeit auch im gerichtlichen Asylverfahren zu eröffnen. Es sollte dann erwogen werden, dem Verwaltungsgericht auf den Berufungszulassungsantrag hin eine Abhilfemöglichkeit zu eröffnen, die dann auch auf den Berufungszulassungsgrund »Verfahrensmangel« (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) zu erstrecken wäre.

#### 2. Frist zur Begründung des Berufungszulassungsantrages

Zumindest diskussionswürdig erscheint, die Fristen für die Stellung und Begründung des Nichtzulassungsantrages anzugleichen. Während die Berufungszulassungsgründe im allgemeinen Verwaltungsprozess innerhalb von zwei Monaten nach Urteilszustellung darzulegen sind, muss dies im gerichtlichen Asylverfahren binnen Monatsfrist erfolgen. Diese durch Beschleunigungsgründe motivierte Regelung blendet die Kommunikationsprobleme aus, die oftmals im Asylverfahren zwischen Anwalt und Schutzsuchenden bestehen. Als Zwischenlösung kommt in Betracht, den Berufungszulassungsantrag von seiner Begründung zu entkoppeln und eine kürzere Einlegungsfrist (z.B. von zwei Wochen [s.a. § 74 Abs. 1 Halbs. 1 AsylVfG]) mit einer einmonatigen Begründungsfrist zu verknüpfen; zur Vereinfachung der Fristberechnung mag die Gesamtdauer von sechs Wochen an die Zustellung der erstinstanzlichen Entscheidung gebunden werden.

#### 3. Rechtsmittelausschluss bei Klagabweisung als »offensichtlich« unzulässig/unbegründet

Unter Bedingungen einer außerordentlichen Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Asylverfahren war der Rechtsmittelausschluss in Fällen der Klageabweisung als »offensichtlich« unzulässig/unbegründet auch unter dem Aspekt des effizienten Einsatzes knapper öffentlicher Mittel als verfassungskonform erkannt worden. <sup>18</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat die sachlich-rechtlichen Anforderungen an das Offensichtlichkeitsurteil sowie die Benennung der Gründe, die im Einzelfall diese Bewertung tragen, in den Entscheidungsgründen schon seit längerer Zeit hinreichend klargestellt, <sup>19</sup> dass eine überzogene Anwendung der Möglichkeit einer Klageabweisung als »offensichtlich« unbegründet oder unzulässig nicht zu beobachten war. Der vollständige Rechtsmittelausschluss lässt sich rechtspolitisch leichter begründen als andere Sonderregelungen des Asylprozessrechts.

Dies ändert nichts an der systematischen Sonderstellung dieser Regelung. Ein vollständiger Ausschluss jedes Rechtsmittels ist dem Verwaltungsprozess sonst fremd. In den überschaubaren Fällen eines gesetzlichen Berufungsausschlusses<sup>20</sup> ist dann zumindest – nach Zulassung – die Revision eröffnet (§ 135 VwGO). In den Fällen der »Offensichtlichkeit« des

**DVBI** 11 · 2015

<sup>15</sup> Berlit in GK AsylVfG, § 78 Rdnr. 17 ff. (52. Lfg.).

<sup>16</sup> S.a. Neuhäuser, Die Zulassung der Berufung im Verwaltungsprozess unter den Einwirkungen des Verfassungs- und Unionsrechts, 2012, 94.

<sup>17</sup> A.A. S. Gärditz, Das Sonderverwaltungsprozessrecht des Asylverfahrens, in: FS Schenke, 2011, 689 (701).

<sup>18</sup> So – zur Vorgängerregelung des § 32 AsylVfG (a.F.) – BVerfG, Beschl. v. 12.07.1983 – 1 BvR 1470/82 – BVerfGE 65, 76; s.a. Rennert, Fragen zur Verfassungsmäßigkeit des neuen Asylverfahrensrechts, DVBl 1994, 717 (718).

<sup>19</sup> S. etwa Berlit in GK AsylVfG, § 78 Rdnr. 36 ff.; Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl., § 78 AsylVfG, Rdnr. 40 ff.

<sup>20</sup> S. Berlit in BeckOK-VwGO, § 135 Rdnr. 4.

Entscheidungsergebnisses wird es zudem regelmäßig kaum möglich sein, einen begründeten Berufungszulassungsantrag zu stellen. Die Bearbeitung eines derartigen Antrages sollte anderweitig sinnvoller einsetzbare Ressourcen nur in geringem Umfange binden. Dies mag langfristig auch rechtfertigen, auf die Sonderregelung in »o.u.-Fällen« zu verzichten.

#### IV. Ausschluss der Sprungrevision

Kontraproduktiv ist auch der vollständige Ausschluss der Sprungrevision (§ 78 Abs. 2 Satz 2 AsylVfG).<sup>21</sup> Allzumal die Europäisierung des Flüchtlingsschutzrechts wirft immer wieder klärungsbedürftige Rechtsfragen auf, die sich aus dem Unionsrecht selbst oder seiner Umsetzung in das nationale Recht ergeben können. Soweit es sich dabei um unionsrechtliche Zweifelsfragen handelt, können sie letztverbindlich zwar nur durch den Gerichtshof der Europäischen Union im Vorlageverfahren (Art. 267 ff. AEUV) geklärt werden. Aber schon die Frage, ob es sich denn um eine unionsrechtliche Zweifelsfrage handelt, bedarf einer schnellen Klärung zumindest für den nationalen Rechtsraum. Zur Vorlage verpflichtet (§ 267 Abs. 3 AEUV) sind hier ohnehin nur die obersten Bundesgerichte und damit das Bundesverwaltungsgericht, soweit nicht ein Rechtsmittelausschluss (z.B. § 78 Abs. 1 AsylVfG) greift.

Ein »Missbrauch« der Sprungrevision zur Verfahrensverzögerung oder sonst verfahrensfremden Zwecken erscheint ausgeschlossen. Sie ist nicht nur von dem Verwaltungsgericht zuzulassen; es bedarf auch der Zustimmung durch den anderen Verfahrensbeteiligten. Ohne die Zustimmung des BAMF kann eine Sprungrevision nicht eingelegt werden. Dass es im Asylverfahren stets auf einen durch zwei Tatsacheninstanzen geklärten Sachverhalt ankomme, bevor das Bundesverwaltungsgericht Rechtsfragen sinnvoll entscheiden könne, ist überzeugend schwerlich begründbar. Eine andere Frage ist, ob de lege ferenda - hier dann in sachbereichsbezogener Abweichung von allgemeinem Prozessrecht - dem Bundesverwaltungsgericht in Anlehnung an britische Vorbilder im Rahmen von »Länderleitentscheidungen« eine gewisse Tatsachenfeststellungs- und Würdigungskompetenz einzuräumen ist. Dies will – nicht nur wegen der nicht unproblematischen Entwicklung des Bundesverwaltungsgerichts hin zum erstinstanzlichen Tatsachengericht<sup>22</sup> - wohl erwogen sein, bedeutete es doch einen Schritt hin zu einem dem deutschen Verwaltungsprozessrecht fremden »case law«-Ansatz.

#### V. Weitere Regelungsbereiche

#### 1. Einzelrichterübertragung

Mit der weitgehenden Einführung des Einzelrichters auch in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht (§ 6 VwGO) sind tragfähige Gründe für die Beibehaltung der Sonderregelung in § 76 AsylVfG nicht mehr ersichtlich. Problematisch ist etwa die Verkürzung der Frist für den Einsatz von ProberichterInnen, die im allgemeinen Prozessrecht erst nach einem Jahr als Einzelrichter tätig werden dürfen, im gerichtlichen Asylverfahren aber schon nach sechs Monaten. Personalwirtschaftliche Gründe sind ungeachtet der teils verzerrten Altersstruktur in der Verwaltungsgerichtsbarkeit schwerlich geeignet, den jungen ProberichterInnen die komplexen Tatsachenfeststellungs-<sup>23</sup> und Rechtsanwendungsfragen im Asylverfahren deutlich früher aufzubürden. Die implizite Vorstel-

lung, es handele sich im Vergleich zu sonstigen, zudem im Studium zumindest dem Grunde nach oftmals schon vermittelten Rechtsgebieten »einfachere« Rechtsstreitigkeiten, trifft auch bei einer dem Gesetzgeber zuzubilligenden typisierenden Betrachtungsweise empirisch nicht zu; dazu variieren die Problem- und Schwierigkeitsgrade nach Herkunftsländern viel zu sehr. Der Aufwand für eine Einzelrichterübertragung im Einzelfall ist nicht so hoch, dass verfahrensökonomische Aspekte eine »Umkehrung« des Regel-Ausnahmeverhältnisses bei der Einzelrichterübertragung rechtfertigen könnten, die zudem de facto die »koordinierende Kraft der Kammer« von der Beachtung der gesetzlichen Rückübertragungsvoraussetzungen abhängig macht.

#### 2. Verweis auf den Eilrechtsschutz

Aus Beschleunigungs- und Effektuierungsgründen beschränkt § 75 AsylVfG die aufschiebende Wirkung der Klage<sup>24</sup> auf eng begrenzte Ausnahmefälle.<sup>25</sup> Dies ist inzwischen nicht mehr ungewöhnlich.<sup>26</sup> Der vielfach kritisierte,<sup>27</sup> vollständige Ausschluss selbst des verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes<sup>28</sup> bei Dublin-Überstellungen ist unter dem Eindruck des Unionsrechts inzwischen aufgehoben.<sup>29</sup> Für den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen hat sich im allgemeinen Prozessrecht eine bereichs- bzw. situationsspezifische Betrachtung durchgesetzt; die restriktiveren Regelungen des AsylVfG sind nicht allein mit Blick auf »das« allgemeine Verwaltungsprozessrecht zu kritisieren.

Überprüfungsbedarf besteht aber bei den deutlich verkürzten Rechtsschutzfristen auch<sup>30</sup> für den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz. Die Zielsetzung, über das Bestehen eines Schutzanspruchs und/oder eine Abschiebungsmöglichkeit zeitnah Klärung zu erwirken, ist legitim und auch unionsrechtlich anerkannt; dabei können Fristen auch nach Maßgabe der (voraussichtlichen) Erfolgsaussichten verkürzt werden,<sup>31</sup> soweit sie noch angemessen sind. Bei allen Bestrebungen zur Verfahrensbeschleunigung sind die Dauer des durchschnittlichen Asylverfahrens beim BAMF und die Dauer auch gerichtlicher Eilverfahren zu berücksichtigen; sehr kurze Antrags(begründungs)fristen tragen zur Beschleunigung des Gesamtverfahrens allenfalls unwesentlich bei, wenn der fristgerecht gestellte und begründete Eilantrag dann erst einmal unbearbeitet liegen bleibt. Geschieht dies regelhaft für nennenswerte Zeiträume, entfällt auch die innere Rechtfertigung für eine Verkürzung der Antrags(begrün-

<sup>21</sup> Die Regelung übernimmt ohne nähere Begründung des Regelungszwecks § 32 Abs. 8 AsylVfG (a.F.) (BT-Drucks. 12/2062, 41).

<sup>22</sup> S. Rennert, Wo steht die Verwaltungsgerichtsbarkeit?, SächsVBl. 2015, 25 (28).

<sup>23</sup> Dazu nur Kossens, Die Tatsachenfeststellung im Asylverfahren, 1999.

<sup>24</sup> Das Widerspruchsverfahren ist nach § 11 AsylVfG ausgeschlossen.

<sup>25</sup> Zur verfassungsrechtlichen Absicherung von Beschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes s. Art. 16a Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 GG

<sup>26</sup> S. etwa § 212a BauGB.

<sup>27</sup> Zur Diskussion zusammenfassend Hoppe (Fußn. 5).

<sup>28 § 34</sup>a Abs. 2 AsylVfG (i.d.F. v. 02.09.2008): "Die Abschiebung nach Absatz 1 darf nicht nach § 80 oder § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung ausgesetzt werden."

<sup>29 § 34</sup>a Abs. 2 AsylVfG i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung der RL 2011/95/EU v. 28.08.2013, BGBl. 1, 3474.

<sup>30 § 74</sup> Abs. 1 AsylVfG verkürzt die Klagefrist auf zwei Wochen bzw. – in den Fällen des § 36 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG – auf eine Woche.

<sup>31</sup> S. Erwägungsgründe 19 bis 20 RL 2013/32/EU (Fußn. 10).

dungs)fristen.<sup>32</sup> Für das gerichtliche Asylverfahren haben sich dabei Ansätze, das Gericht unter Entscheidungsdruck zu setzen (§ 36 Abs. 3 Sätze 5 bis 7 AsylVfG), allenfalls begrenzt bewährt.<sup>33</sup>

#### VI. Fazit

Zeiten deutlich steigender Eingangszahlen bei den Gerichten und Schutzanträge beim BAMF mögen für Überlegungen zur Reintegration des Sonderasylprozessrechts in das allgemeine Verwaltungsprozessrecht vordergründig nicht die besten sein. Scheinbar konterkarieren sie den erklärten politischen Willen, die Asylverfahren so zu beschleunigen, dass sie innerhalb von drei Monaten abschlossen werden können<sup>34</sup> - eine für das Bundesamtsverfahren allzumal dann »ehrgeizige« Zielgröße, wenn darunter die unionsrechtlichen und nationalen Verfahrensgarantien oder die Entscheidungsqualität nicht leiden sollen. Tatsächlich führt Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung zu Mehraufwand und Verfahrensverlangsamung. Veränderungen bei Sonderregelungen des gerichtlichen Asylverfahrens, die einst nicht zuletzt aus Beschleunigungsgründen eingeführt worden sind, können indes leicht unter den politisch kontraproduktiven Verdacht gestellt werden, Verzögerungen bewirken zu wollen. Sachlich gerechtfertigt wäre dies nicht. Eine Reintegration »aus einem Guss« ist in diesem Umfeld kurzfristig weder politisch realistisch noch fachlich zwingend. Möglich und sinnvoll ist aber ein schrittweises Vorgehen, bei dem zunächst die Herstellung und Wahrung von Rechtssicherheit und Rechtseinheit durch eine Wiedereinführung der Beschwerde im gerichtlichen Asylverfahren, eine Erweiterung der Berufungsmöglichkeiten und die Wiedereinführung der Sprungrevision ermöglicht wird.

- 32 Hier ausgeblendet bleiben soll die Sondersituation im sog. Flughafenverfahren (§ 18a AsylVfG), in dem ein Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach der Verwaltungsgerichtsordnung innerhalb von drei Tagen nach Zustellung der Entscheidungen des Bundesamtes und der Grenzbehörde zu stellen ist.
- 33 S.a. Funke-Kaiser in GK AsylVfG, § 36 Rdnr. 105 (97. Lfg.): Der Regelung werde »auch teilweise in der gerichtlichen Verfahrenspraxis schlicht die Gefolgschaft verweigert, indem, ohne dass ein einziger Verlängerungsbeschluss ergeht, zu dem Zeitpunkt entschieden wird, den der zuständige Einzelrichter für richtig erachtet«.
- 34 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD »Deutschlands Zukunft gestalten« vom 16.12.2013, 65: »Die Verfahrensdauer bis zum Erstentscheid soll drei Monate nicht übersteigen«.

# Das Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht am Beispiel des Krankenhausrechts

von Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Peter Wysk, Leipzig\*

Das öffentliche Krankenhausrecht ist zwischen Bund und Ländern aufgeteilt, was immer wieder Zweifel an der Verbandszuständigkeit und der Konformität von Landesrecht provoziert. Der Beitrag analysiert die verfassungsrechtlichen Kompetenzstrukturen mit der darin angelegten Verzahnung von Krankenhausfinanzierung und Krankenhausplanung und erläutert die höchstrichterliche Überprüfung des nordrhein-westfälischen Modells der sog. Baupauschalen, die Genehmigungsbedürftigkeit des Mehrleistungsabschlags und die Zuschlagsfähigkeit von Krankenhauszentren. Ein Schwerpunkt liegt auf prozessualen Zusammenhängen wie der Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen und von Landesrecht durch das Bundesverwaltungsgericht.

#### 1. Krankenhausrecht als Rechtsmaterie

Das Recht des Krankenhauswesens ist keine neue Materie, aber immer noch eine für Spezialisten. Bei den Verwaltungsgerichten gehört sie zum Gesundheitsverwaltungsrecht (zusammen mit dem Arzneimittel-, dem Apotheken- und dem Heilberuferecht), in der anwaltlichen Praxis zum Medizinrecht, das auch die zivil- und strafrechtlichen Bereiche umfasst und seit 2004 von Fachanwälten bearbeitet wird (vgl. § 14b der Fachanwaltsordnung). Auch wenn das Medizinrecht mittlerweile in Masterstudiengängen vertieft werden kann, scheint seine wissenschaftliche Durchdringung noch entwicklungsfähig. Das Krankenhausrecht zählen manche sogar zu den »Stiefkindern der Rechtswissenschaft«.¹ Dazu will seine außerordentliche praktische und ökonomische Bedeutung nicht recht passen.² Nicht nur geht es dort um eine bezahlbare Versorgung mit Krankenhausleistungen für alle;

auch sind für diese jährlich Milliardenbeträge aufzuwenden, über deren Verteilung intensiv verhandelt und oft heftig gestritten wird. Dass die einschlägigen Rechtsgrundlagen auf Bund und Länder verteilt sind, macht die Dinge nicht einfacher und versperrt oft den Weg zu einer höchstrichterlichen Klärung von Fragen.

#### II. Kompetenzverteilung

#### 1. Grundsätze

Das Recht der Gesetzgebung für das Krankenhauswesen steht nach der Regel der Art. 30 und 70 Abs. 1 GG den Ländern zu, soweit das Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten richtet sich seit der Föderalismusreform I (2006)³, wie Art. 70 Abs. 2 GG hervorhebt, nur noch nach den Vorschriften über die ausschließliche (Art. 73 und 71 GG) und die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 74 und 72 GG). Freilich entstammen alle bislang »entdeckten« Kompetenztitel der konkurrierenden Gesetzgebung. Damit haben »die Länder

- \* Der Autor ist zudem Lehrbeauftragter an der Humboldt-Universität zu Berlin. Es handelt sich um die überarbeitet Fassung eines Vortrages auf der 21. Jahresarbeitstagung Verwaltungsrecht des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. am 30.01.2015 in Leipzig
- 1 Literarisch hat sich die Lage freilich deutlich verbessert, denn mittlerweile widmen sich eine ganze Reihe systematischer Darstellungen diesem Gebiet, vgl. speziell zum Krankenhausrecht: Dettling/Gerlach (2014): Huster/Kaltenborn (2010) und Lenz/Dettling/Kieser (2007), zum Medizinrecht: Quaas/Zuck (3. Aufl. 2014), Bergmann/Pauge/Steinmeyer (2. Aufl. 2014) und Spickhoff (2. Aufl. 2014).
- 2 Vgl. dazu Dettling/Gerlach (Fußn. 1), Einl. Rdnr. 1 ff.
- 3 Umgesetzt mit dem (52.) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl. 1 S. 2034 (Begründung in BT-Drucks. 16/813, S. 7).

661