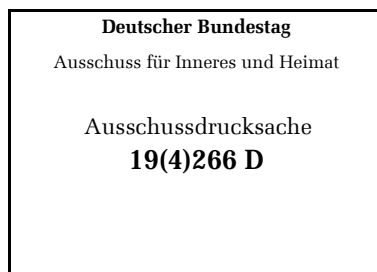


Dr. Michael Hoppe



Karlsruhe, den 2. Mai 2019

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

zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, Luise Amtsberg, Canan Bayram,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

*Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Beschleunigung von Ver-  
fahren durch erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln*  
*BT-Drucksache 19/1319 vom 22.03.2018*

Für die Möglichkeit, als Sachverständiger zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Ände-  
rung des Asylgesetzes zur Beschleunigung von Verfahren durch erweiterte Möglichkeit  
der Zulassung von Rechtsmitteln im Ausschuss für Inneres und Heimat des 19. Deut-  
schen Bundestages Stellung nehmen zu können, danke ich sehr.

Zu dem 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-Drs 19/4853 vom 10.10.2018 –  
werde ich – aufgrund der Kürze der Zeit seit meiner Bestellung als Sachverständiger  
– allein mündlich Stellung nehmen.

Meine Stellungnahme untergliedert sich in einen allgemeinen Teil mit zentralen Aus-  
sagen zur Bedeutung des Rechtsmittelrechts im Asylprozess (A.) sowie in eine genau-  
ere Analyse des im zur Anhörung stehenden Gesetzesentwurfs und der mit ihm vor-  
geschlagenen Regelungen (B.).

## A. Die Bedeutung des Rechtsmittelrechts im Asylprozess

Es ist im Grundsatz anerkannt, dass das Berufungsverfahren im Verwaltungsprozess regelmäßig zur Bündelung der Rechtsprechung von rund 50 Verwaltungsgerichten, die – bezogen auf alle Verwaltungsstreitsachen – häufig mit einem Einzelrichter entscheiden,<sup>1</sup> sich als sachlich schlechthin unentbehrlich erweist.<sup>2</sup> Rechtsmittel dienen der Richtigkeitsgewähr im Einzelfall ebenso wie dem Erhalt und der Förderung des Rechts. Die Kontrolle erstinstanzlicher Gerichte durch übergeordnete Gerichte stellt einen wesentlichen Beitrag zur Qualitätssicherung und zur Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung – einschließlich notwendiger richterlicher Rechtsfortbildungen<sup>3</sup> - dar.<sup>4</sup> Aufgrund der zwingend zu gewährleistenden Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter, wie sie in Art. 97 Abs. 1 GG garantiert ist, ist eine andere, ebenso effektive Form der Qualitätssicherung nicht denkbar. Die Qualitätssicherung ist schon deshalb bei den Verwaltungsgerichten ein derzeit bestimmendes Thema, weil sie zur Bewältigung der hohen Verfahrenseingänge gerade im Asyl mit einer Vielzahl neuer Stellen versehen wurden, die weit überwiegend von hoch motivierten und qualifizierten, aber auch unerfahrenen Berufs- und Quereinsteigern besetzt worden sind. Schließlich dienen Rechtsmittel der Rechtssicherheit, was bei der bei der Rechtsprechung bedeutet, dass eine gewisse Vorhersehbarkeit gewährleistet werden muss. Die Beteiligten sollen sich keiner Rechtsprechungslotterie<sup>5</sup> gegenübersehen. Rechtsprechung ist indes wegen der Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter konstitutionell uneinheitlich.<sup>6</sup> Das ist im Rechtsstaat nur erträglich, wenn Mittel und Wege zur Vereinheitlichung bestehen. Nur so wird Rechtsprechung vorherseh- und also berechenbar.<sup>7</sup>

Jede Einschränkung von Rechtsmitteln führt zu Abstrichen bei Einzelfallgerechtigkeit, Qualitätssicherung, der Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und damit auch bei der Vorhersehbarkeit der Entscheidungen. Das ist keine Kritik, sondern zunächst eine Feststellung. Rechtsmittel sind kosten- und zeitintensiv. Die knappe

---

<sup>1</sup> Im Asylprozess werden die Verwaltungsgerichte bezogen auf die Gesamtheit der durch Urteil zu entscheidenden Fälle fast ausschließlich durch die Einzelrichterinnen und -richter tätig.

<sup>2</sup> Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, Vor § 124 Rn. 1.

<sup>3</sup> Zu diesem Aspekt: BVerfG, Urteil vom 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79 –, BVerfGE 54, 277.

<sup>4</sup> Blanke, in: Sodan/Ziekow, VwGO, vor §§ 124 ff. Rn. 12.

<sup>5</sup> Bergmann, Der SPIEGEL von 29.6.2018: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/asyl-verwaltungsrichter-jan-bergmann-beklagt-asyllotterie-a-1215733.html> (link aufgerufen am 01.05.2019)

<sup>6</sup> Siehe etwa: BVerfG, Beschluss vom 03.11.1992 – 1 BvR 1243/88 –, NJW 1993, 996.

<sup>7</sup> Rennert, DVBl. 2017, 857 (858).

Ressource Justizgewährung auf Verfahren zu konzentrieren, die „rechtsmittelwürdig“ sind, ist gewiss notwendig, auch damit die Berufungs- und Revisionsgerichte die notwendige Zeit für die Erarbeitung von Lösungen komplizierter Rechts- und / oder Tatsachenfragen haben.<sup>8</sup> Im Asylprozess kommt hinzu, dass es Anreize für den unterlegenen Kläger geben kann, sich eines Rechtsmittels zu bedienen, allein um das Verfahren in die Länge zu ziehen und von der verfahrensrechtlichen Komponente des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung<sup>9</sup> zu profitieren, also eine Aufenthaltsgestattung oder jedenfalls Duldung bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss zu be- oder erhalten.<sup>10</sup> Dies war 1982 die Hauptmotivation für die deutliche Einschränkung von Rechtsmitteln im Asylprozess.<sup>11</sup> Im Kern lassen sich die Beschränkungen der Rechtsmittel, wie sie heute in § 78 AsylG festgelegt sind, schon auf § 32 AsylVfG 1982<sup>12</sup> zurückführen.<sup>13</sup>

In diesem Spannungsfeld zwischen Notwendigkeit von Rechtsmitteln, ihren Kosten und der Möglichkeit ihres zweckwidrigen Gebrauchs steht jede gesetzgeberische Entscheidung über Art und Umfang der Schaffung, Erweiterung oder Beschränkung von Rechtsmitteln im Asylprozess. Die Gewichtung der einzelnen Argumente ist eine Frage, die der Legislative überantwortet ist. Weder nationales Verfassungsrecht noch Unionsrecht fordern allgemein oder im Asylverfahren einen Instanzenzug.<sup>14</sup> Gerade deswegen sollte der Umgang mit dem Ausschluss oder der Zulassung von Rechtsmitteln besonders sorgsam abgewogen werden. Während einerseits der Rechtsstaat sich nicht dadurch ad absurdum führen lassen darf, dass vom Rechtsmittelführer selbst als offensichtlich aussichtslos erkannte Rechtsmittel eingelegt werden – was bei einer beschränkungslosen Zulassung der Berufung im Asylverfahren zu erwarten wäre –, darf die Kehrseite der Beschränkung von Rechtsmitteln nicht außer Betracht gelassen werden: Die Einheit der Rechtsordnung ist im Kern bedroht, wenn gleiches Recht ungleich

---

<sup>8</sup> Siehe etwa Rennert, DVBl. 2017, 857 (860).

<sup>9</sup> Siehe dazu: EASO/IARLJ-Europe, Judicial Analysis, Asylum procedures and the principle of non-refoulement, 2018, S. 80 ff.

<sup>10</sup> § 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylG.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 9/221, S. 9 – zu dem nicht Gesetz gewordenen Entwurf eines § 7b des Zweiten Gesetzes zur Beschleunigung des Asylverfahrens: die Anrufung von Obergerichten sollte nur ermöglicht werden, wo sie aus verfassungspolitischen Gründen erhalten werden.

<sup>12</sup> Vom 16.07.1982, BGBl I S. 946.

<sup>13</sup> Zur Entwicklung von § 78 AsylG: Bergmann, in Bergmann/Dienelt, AusIR, 12. Aufl. 2018, § 78 Rn. 1 ff.

<sup>14</sup> Zum Unionsrecht: EuGH, Urteil vom 26.09.2018 – C-180/17 –, ZAR 2019, 38 <X, Y> zur Notwendigkeit einer zweiten Instanz im Asylprozess; zum nationalen Verfassungsrecht und § 32 AsylVfG 1982: BVerfG, Beschluss vom 24.05.1983 – 2 BvR 546/83 –, NVwZ 1983, 405.

gesprochen wird<sup>15</sup>, und diese Ungleichheit droht nicht nur, sie lässt sich vielmehr durchgehend in Asylprozessen belegen. Deswegen stehen die Rechtsmittelbeschränkungen, wie sie in den §§ 78, 80 AsylG vorgesehen sind – aus unterschiedlichsten Erwägungen – unter rechtspolitischem Druck.<sup>16</sup>

In diesem Zusammenhang ist nicht nur der hier zu diskutierende Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Beschleunigung von Verfahren durch erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln zu sehen, sondern unter anderem auch ein Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat eines Gesetz zur Beschleunigung, Vereinfachung und Vereinheitlichung von Asylklageverfahren.<sup>17</sup>

## **B. Der zu diskutierende Gesetzentwurf**

### I. Allgemeines

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Beschleunigung von Verfahren durch erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln wird das Problem eines drohenden Flickenteppichs von Einzelentscheidungen, die es zu vermeiden gelte, identifiziert. Es gelte, einen möglichst einheitlichen, schnellen und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Das derzeitige Rechtsmittelsystem habe zur Folge, dass eine obergerichtliche Klärung von Tatsachen- und Rechtsfragen fehle; gleichartige Fälle müssten immer wieder neu entschieden werden, divergierende erstinstanzliche Entscheidungen lösten Rechtsunsicherheit aus. Im Eilrechtsschutz fehlten

<sup>15</sup> BVerfG, Urteil vom 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79 –, BVerfGE 54, 277.

<sup>16</sup> Siehe nur: Bergmann, ZAR 2015, 81 (87); Berlit, DVBl 2015, 657, ders. InfAuslR 2018, 309; ders./Dörig, NVwZ 2017, 1481; Dietz, NVwZ-Extra 15/2018; Funke-Kaiser, in: GK-AsylG, Stand: Dezember 2015, § 78 AsylG Rn. 3.1; Münch, ZRP 2018, 193; Neidhardt/Ehrbeck, NVwZ 2015, 761; Rennert, VBIBW 2015, 45 (47); Rudisile, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Oktober 2015, § 124 Rn. 72; Stellungnahme des Bundes deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen vom 02.03.2018; [https://www.bdvr.de/index.php/id-20182019.html?file=files/bdvr-site/content/stellungnahmen/st\\_2018-03-02\\_zu-BR-Drs-51-18.pdf](https://www.bdvr.de/index.php/id-20182019.html?file=files/bdvr-site/content/stellungnahmen/st_2018-03-02_zu-BR-Drs-51-18.pdf) (zuletzt abgerufen am 01.05.2019)

<sup>17</sup> Stand 02.04.2019; dem Verfasser ist nicht bekannt, in welcher Phase der Ressortabstimmung sich dieser im Internet kursierende Entwurf befindet. Dieser Entwurf enthält auch eine Regelung für die Schaffung einer beschränkten „Tatsachenkompetenz“ des Bundesverwaltungsgerichts und zielt insoweit in die gleiche Richtung wie Art. 1 Nr. 2 f) des hier zu diskutierenden Gesetzentwurfs. Im Übrigen finden sich dort eine Reihe sinnvoller Bestimmungen, aber auch einiges unions- und verfassungsrechtlich Zweifelhafte.

obergerichtliche Leitentscheidungen.<sup>18</sup> Diese vom 22.03.2018 stammende Problemanalyse beansprucht auch über ein Jahr später Gültigkeit.

Die vorgeschlagenen Lösungen weisen durchweg in die richtige Richtung. Der Entwurf verdient deswegen grundsätzliche Unterstützung. Er geht drei zentrale Probleme des Rechtsmittelsystems des Asylgesetzes an, indem er sich dem Zugang zur Berufungsinstanz, dem bisherigen vollständigen Beschwerdeausschluss und der fehlenden bundesweiten Vereinheitlichung von Tatsachenbewertungen annimmt. In einigen Bereichen geht er nicht weit genug, was ich im nachfolgenden aufzeigen werde. Teilweise bedarf der Entwurf einer weiteren, näheren Ausgestaltung, damit die Regelungen praktikabel und gewinnbringend gehandhabt werden können.

## II. Die Regelungen im Einzelnen

### **1. Die Zulassung der Berufung durch das Verwaltungsgericht (Art. 1 Nr. 2 lit. a) – e))**

Der Vorschlag ist zu begrüßen, auch wenn er nicht weit genug geht.

a) Mit den Regelungen in Art. 1 Nr. 2 lit. a) bis e) des zu diskutierenden Entwurfs soll dem Verwaltungsgericht ermöglicht werden, die Berufung zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder das Urteil des Verwaltungsgerichts von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Die Vorschrift ist parallel zur allgemeinen verwaltungsprozessualen Norm des § 124a VwGO konzipiert.

b) Der Vorschlag verdient aus drei Gründen Zustimmung.

aa) Die Möglichkeit der Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht selbst dient in den Fällen, in denen das Verwaltungsgericht die grundsätzliche Bedeutung der

---

<sup>18</sup> BT-Drs. 19/1319 S. 1.

Rechtssache oder eine Abweichung des Urteils von höhergerichtlicher Rechtsprechung selbst erkennt, der Verfahrensbeschleunigung.<sup>19</sup> Es bedarf dann keines vorgeschalteten, fristgebundenen Zulassungsverfahrens, das insbesondere dann eine längere Verfahrenszeit in Anspruch nehmen kann, wenn die Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe eine hohe Zahl von Zulassungsanträgen zu bearbeiten haben.

bb) In meiner langjährigen Praxis am Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg<sup>20</sup> und auch als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht bei BVR aD Dr. Gerhardt<sup>21</sup> habe ich beobachtet, dass das Berufungszulassungsverfahren selbst in Fällen, in denen ein Zulassungsgrund offensichtlich vorliegt, eine nur schwer zu überwindende Klippe darstellen kann. Dies liegt an verschiedenen, oftmals mit einander kombinierten Faktoren wie etwa den juristischen Fähigkeiten einiger Prozessbevollmächtigter – dies meint Teile der Anwaltschaft ebenso wie einige Prozessvertreterinnen und Prozessvertreter des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge –, die Wirtschaftlichkeit des Arbeitseinsatzes bei der Anwaltschaft angesichts eines Gegenstandswerts von nur 5.000,- EUR<sup>22</sup> sowie auch hohe und teilweise überzogene Anforderungen der Oberverwaltungsgerichte / Verwaltungsgerichtshöfe an die erforderliche Darlegung<sup>23</sup> der Zulassungsgründe. Mit einer Zulassung eindeutig berufungswürdiger Verfahren durch das Verwaltungsgericht entfielen die sehr formale Hürde des Zulassungsverfahrens. Ein formales Scheitern auf dem gebotenen Weg zur nächsten Instanz bliebe den in erster Instanz unterlegenen Beteiligten dann erspart. „Berufungswürdige“ Verfahren würden mit größerer Gewissheit tatsächlich in die zweite Instanz gelangen und dort einer erneuten inhaltlichen Überprüfung unterzogen.

cc) Weiter würde mit der Ermächtigung der Verwaltungsgerichte, die Berufung selbst zuzulassen, eine mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht<sup>24</sup> entstandene dogmatische Unwucht ausgeglichen. Seit Juli 2017 ist das Verwaltungsgericht befugt, die Sprungrevision gegen sein Urteil nach den allgemeinen Regeln der

---

<sup>19</sup> Zu diesem Aspekt der Zulassung der Berufung durch das Verwaltungsgericht nach § 124a VwGO: Seibert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 124a Rn. 7.

<sup>20</sup> 2010 und 2013 – 2018.

<sup>21</sup> 2007 – 2009.

<sup>22</sup> § 30 Abs. 1 RVG.

<sup>23</sup> § 78 Abs. 4 Satz 4 AsylG.

<sup>24</sup> Vom 20.07.2017 (BGBl. I S. 2780).

Verwaltungsgerichtsordnung zuzulassen. Es ist in sich widersprüchlich, dass das Verwaltungsgericht zwar den Weg zur Rechtskontrolle in die dritte Instanz, nicht aber zur umfassenden Rechts- und Tatsachenkontrolle in die zweite Instanz eröffnen kann. Dieser Widerspruch würde durch die Möglichkeit, die Berufung zuzulassen, aufgelöst. Genau so wurde auch die Einführung der Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht in allgemeinen Verwaltungsrechtssachen<sup>25</sup> aufgefasst.<sup>26</sup>

c) Der Vorschlag geht indes nicht hinreichend weit. Man könnte versucht sein zu formulieren, er sei nicht „mutig“ genug, doch braucht es nicht viel politischen Mutes, um über den Vorschlag hinaus zu gehen. Der Vorschlag bleibt nämlich beim Kanon der Zulassungsgründe des § 78 Abs. 3 AsylG stehen und erweitert ihn nicht um den im allgemeinen Verwaltungsprozess zentralen Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Der Entwurf erweitert auch nicht den Kreis der Verfahrensfehler, die zu einer Berufungszulassung durch das Oberverwaltungsgericht / den Verwaltungsgerichtshof führen können, und passt ihn insbesondere nicht an die allgemeine Regelung des § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO an. Beide hier angesprochenen Zulassungsgründe dienen vor allem der Einzelfallgerechtigkeit.<sup>27</sup>

aa) § 124 Abs. 2 Satz 1 VwGO bildet 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 der Verfassungsbeschwerde eine gewisse Kontrolle tatrichterlicher Bewertungen der Glaubhaftigkeit des Vorbringens – und damit zentraler Entscheidungsgrundlagen im Asylverfahren – eröffnen könnte.<sup>28</sup> Dass ausgerechnet im Asylverfahren Einzelfallgerechtigkeit klein geschrieben werden soll, ist in keiner Weise überzeugend. Hinzu kommt, dass neben der Einzelfallgerechtigkeit auch der Gesichtspunkt der Qualitätssicherung als Aufgabe des Rechtsmittelrechts in den Blick zu nehmen ist. Nach dem derzeitigen

---

<sup>25</sup> Durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20.12.2001 (BGBl I. S. 3987) mit Wirkung zum 01.01.2002.

<sup>26</sup> Dazu: Seibert, in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 124a Rn. 7.

<sup>27</sup> Happ, in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 124 Rn. 11 und 47.

<sup>28</sup> Berlit, DVBl 2015, 657 (659).

System der Berufungszulassungsgründe des Asylgesetzes gilt: Je schlechter und falscher eine Entscheidung ist, desto weniger angreifbar wird sie. Denn alles, was offensichtlich falsch ist, kann nicht zu Fragen grundsätzlicher Bedeutung führen. Ich selbst musste Entscheidungen verfassen, in denen es beinahe wörtlich hieß:

„Das Vorbringen des Klägers gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil trifft vollständig zu. Das Urteil ist erkennbar fehlerhaft. Da sich dies aber unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, bedarf es zu dieser Feststellung keines Berufungsverfahrens, so dass der Antrag auf Zulassung der Berufung abzulehnen ist.“

Das befriedigt wirklich nicht, weder den erstinstanzlich unterlegenen Kläger noch die Richter zweiter Instanz und erst recht nicht den Rechtsstaat.

bb) Mag man befürchten, dass ein so weiter Zulassungsgrund zu einer erheblichen Überlastung der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe durch im Ergebnis dann erfolglose, aber kompliziert abzuarbeitende Zulassungsanträge führen könnte. Bei der Beschränkung der Verfahrensfehler, die zu einer Berufungszulassung führen können, kann dies allerdings nicht ins Feld geführt werden. Bislang sind nur die so genannten absoluten Revisionsgründe des § 138 VwGO als Verfahrensfehler zulassungsrelevant, was aus § 78 Abs. 3 Nr. 3 AsylG folgt. Anderer Verfahrensfehler eröffnen den Weg in die Berufungsinstanz nicht. Damit werden wichtige Elemente der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungsfindung der Kontrolle des Berufungsgerichts entzogen.<sup>29</sup> Insbesondere lassen sich Verstöße gegen die richterliche Aufklärungspflicht nach § 86 Abs. 1 VwGO, der im erstinstanzlichen Verfahren eine hohe Bedeutung zukommt und gravierende Fehler bei der richterlichen Beweiswürdigung, die dann, wenn sie objektiv willkürlich ist, gegen die Denkgesetze verstößt oder einen allgemeinen Erfahrungssatz missachtet, einen Verfahrensfehler als Verstoß gegen § 108 Abs. 1 VwGO darstellt<sup>30</sup>, nicht mit Erfolg im Berufungszulassungsverfahren nach dem Asylgesetz rügen. Die Erweiterung der zu einer Zulassung führenden Verfahrensfehler um Verstöße gegen § 86 Abs. 1 VwGO und § 108 Abs. 1 VwGO wäre deshalb bereits ein wesentlicher Fortschritt, um ein höheres Maß an Qualitätssicherung in der Rechtsprechung und an Einzelfallgerechtigkeit für die Beteiligten zu erzielen. Umgekehrt

---

<sup>29</sup> Funke-Kaiser, in: GK-AsylG, Stand: Dezember 2015, § 78 AsylG Rn. 67.

<sup>30</sup> BVerwG, Beschluss vom 14.07.2010 – 10 B 7.10 –, NVwZ 2011, 55 Rn. 4.



hieße dies aber nicht, ein unvertretbar hohes Maß an weiteren Gerichtsverfahren vor den Obergerichtsverfahren und Verwaltungsgerichtshöfen zu generieren. Denn schwerwiegende Ausreißer – und um solche handelt es sich bei den genannten Verfahrensverstößen – sind weiterhin die Ausnahme und nicht die Regel. Wenn solche Verfahrensfehler vorliegen – den Gerichten unterlaufen zwangsläufig auch Fehler – sollte es in einem funktionierenden Rechtsstaat auch die Möglichkeit geben, diese Fehler im Berufungsverfahren zu korrigieren.

d) Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Gesetzesentwurf mit der vorgeschlagenen Regelung zur Ermächtigung des Verwaltungsgerichts, die Berufung zuzulassen, einen wesentlichen Schritt in die richtige Richtung bedeutet. Die geäußerte Kritik, nicht weit genug zu gehen, darf nicht dahin missverstanden werden, dass der Entwurf ohne die hier vorgeschlagenen Erweiterungen nicht umgesetzt werden sollte.

## **2. Die Zulassung der Beschwerde durch das Verwaltungsgericht in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (Art. 1 Nr. 3)**

Der Vorschlag ist zu begrüßen.

a) Mit der Regelung in Art. 1 Nr. 3 des zu diskutierenden Entwurfs soll dem Verwaltungsgericht die Möglichkeit eröffnet werden, die Beschwerde im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zuzulassen, wenn der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zukommt, und zwar entweder, wenn eine Frage, die sich spezifisch auf das vorläufige Rechtsschutzverfahren bezieht oder aber eine, die sich auf das Hauptsacheverfahren bezieht, diese grundsätzliche Bedeutung hat.

b) Die Möglichkeit, in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Asylprozess den Weg in die zweite Instanz zu eröffnen, besteht bei der derzeitigen Regelung des § 80 AsylG nicht. Sie wird weiterhin dringend zur Beschleunigung von Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes sowie der Gewährleistung von Rechtssicherheit gerade bei den so genannten Dublin-Verfahren benötigt.

aa) Die Folge des im asylprozessualen Eilverfahrens obligatorischen Einzelrichters (§ 76 Abs. 4 Satz 1 AsylG) – die Rückübertragung an die Kammer (§ 76 Abs. 4 Satz 2

AsylG) spielt in der Praxis keine Rolle – ist eine in jeder Hinsicht unbefriedigende Rechtszersplitterung. In einem Asylgesprächskreis in meinem Verwaltungsgericht war aus einer mit vier Richterinnen und Richtern besetzten Kammer zu einem Problem zu hören, dass vier unterschiedliche Lösungsansätze judiziert werden. Das ist das Gegenteil von Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit, das ist für die Verfahrensbeteiligten „Lotterie“. Ohne die Möglichkeit, eine vereinheitlichende Linie wenigstens für das jeweilige Bundesland durch das Oberverwaltungsgericht / den Verwaltungsgerichtshof herbeizuführen, muss es aber bei diesem Rechtszustand verbleiben.

bb) Das Bedürfnis nach mehr Vereinheitlichung stellt sich vor allem in den Verfahren, in denen Überstellungsentscheidungen an andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union angegriffen werden. Dies betrifft vor allem so genannte Dublin-Überstellungen, aber auch Entscheidungen nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG (anderweitige Schutzgewähr in einem anderen Mitgliedstaat). Hier kommt es in den einzelnen Verfahren vor den verschiedenen Einzelrichterinnen und -richtern zu Diskrepanzen hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen zu Asylsystem und Aufnahmebedingungen in den anderen Mitgliedstaaten. Dies gilt aber auch bei Fragen der Maßstabsbildung und -anwendung.<sup>31</sup> Da sich eine Vielzahl dieser Verfahren dann, wenn die Überstellungsentscheidung im Eilverfahren bestätigt wird, nicht mehr in der Hauptsache stellen,<sup>32</sup> ist hier die Notwendigkeit einer Beschwerdeinstanz unabweisbar. Beschwerdeentscheidungen würden den Richterinnen und Richtern in der ersten Instanz insbesondere dadurch helfen, dass Fragen aus Sicht der Beschwerdeinstanz mit der dort deutlich großzügiger vorhandenen Zeit je Verfahren intensiv durchdacht würden und die Obergerichte umfassende Begründungen liefern könnten. Tatsachen wären aufgearbeitet und müssten nicht von jedem Verwaltungsgericht oder sogar jeder einzelnen Kammer – oder gar jedem / jeder Einzelrichter/in in eigener Verantwortung – erneut selbstständig ermittelt werden. Obergerichtliche Leitentscheidungen vermögen entweder nach Prüfung die Richterinnen und Richtern erster Instanz zu überzeugen und lassen sich dann auch in

---

<sup>31</sup> Beispielhaft sei verwiesen auf die Übersicht: <https://www.asyl.net/view/detail/News/rechtsprechungsuebersicht-zu-dublin-ueberstellungen-von-asylsuchenden-und-abschiebungen-von-anerkannt/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2019).

<sup>32</sup> Entweder, weil die Überstellung nicht innerhalb der für sie vorgesehenen Frist erfolgt oder weil nach erfolgter Abschiebung der Betroffene nicht mehr (rechtzeitig) Kontakt zu seinem / seiner Prozessbevollmächtigten und dem Verwaltungsgericht aufnimmt.

der Begründung übernehmen oder aber sie erleichtern es der ersten Instanz zu begründen, weshalb sie anderer Auffassung ist. In jedem Fall werden einige zugelassene und sodann durchgeführte Beschwerdeverfahren dazu führen, dass die Masse der Verfahren in der ersten – und auch letzten – Instanz wesentlich zügiger abgearbeitet werden können.

### **3. Revision wegen fallübergreifender allgemeiner Tatsachenfeststellungen (Art. 1 Nr. 2 lit. f))**

Die hinter dem Vorschlag stehende Idee, eine Möglichkeit zu einer Vereinheitlichung richterlicher Tatsachenbewertungen in Asylprozess zu schaffen, ist ebenfalls grundsätzlich zu begrüßen. Der Vorschlag selbst hingegen scheint noch nicht hinreichend ausgereift.

a) Der zu diskutierende Entwurf will die Zulassung der Revision und auch Sprungrevision in Fällen ermöglichen, bei denen es „auf fallübergreifende allgemeine Tatsachenfeststellungen ankommt.“

b) Die Schaffung einer Tatsachenkompetenz im Revisionsverfahren wäre eine dogmatische Neuerung. Bislang dient die Revision im gesamten Verwaltungsprozessrecht der einheitlichen Anwendung und Fortentwicklung von (im Wesentlichen) Bundesrecht.<sup>33</sup> Im Unterschied zu den (jedenfalls) meisten<sup>34</sup> Mitgliedstaaten der Europäischen Union gibt es daher kein Gericht, das abschließend und verbindlich über Tatsachenbewertungen im Asylprozess mit Geltungsanspruch für das gesamte Bundesgebiet entscheiden kann und darf. Das Bundesverwaltungsgericht ist mithin nicht zur Entscheidung über die Gefahreinschätzung in potenziellen Verfolgerstaaten zuständig.<sup>35</sup> Die Divergenz von Urteilen der Oberverwaltungsgerichte wird beklagt, lässt sich mit den Mitteln des geltenden Rechts aber nicht ändern. Dem sollte durch die Schaffung einer Kompetenz für länderbezogene Leitentscheidungen des Bundes entgegenge wirkt werden.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Czybulka/Hösch, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 132 Rn. 4.

<sup>34</sup> Möglicherweise auch allen Mitgliedstaaten, in der Kürze der Zeit konnte ich mir keinen abschließenden Überblick verschaffen.

<sup>35</sup> BVerwG, Beschluss vom 24.04.2017 – 1 B 22.17 –, NVwZ 2017, 1204.

<sup>36</sup> Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481.

Dieses Ziel sollte unbedingt verfolgt und erreicht werden. Es fällt schwer zu erklären, dass ein 19 Jahre alter syrischer Staatsangehöriger in Ludwigshafen am Rhein im Juli 2017 vor Gericht mit seinem Begehren, die Flüchtlingseigenschaft deshalb zuerkannt zu bekommen, weil er sich dem Wehrdienst entzogen habe, keinen Erfolg haben konnte, wohingegen ein mit ihm gut befreundeter 19 Jahre alter syrischer Staatsangehöriger in Mannheim, also einfach auf der anderen Rheinseite, mit der gleichen Klage Erfolg hatte und es keine Instanz gibt, die unterschiedliche Tatsachenbewertungen der Oberverwaltungsgerichte / Verwaltungsgerichtshöfe im Asylverfahren zusammenführen kann und darf.

Die Rechtslage im Vereinigten Königreich, die in der Literatur wiederholt als „leuchtendes“ Beispiel herangezogen wird,<sup>37</sup> kann als Inspiration, aber nicht als Blaupause dienen, weil die Länderleitentscheidungen dort vom Upper Tribunal und nicht vom letztinstanzlich zuständigen Supreme Court getroffen werden.<sup>38</sup> Lernen kann man von der dortigen Rechtslage, kopieren sollte man sie eigentlich nicht.

c) Die vorgeschlagene Regelung überantwortet dem Bundesverwaltungsgericht prozessuale Fragen zur Ausgestaltung der Revision, die der Gesetzgeber durchgängig beantworten könnte und zum Teil auch sollte, um ein von Anfang an effektives „Tatsachenrevisionsverfahren“ zu gewährleisten.

aa) Zunächst ist der Umfang der fortbestehenden Bindung an die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts zu klären und damit auch die Frage, in welcher Weise vom Bundesverwaltungsgericht Feststellungen zu solchen Umständen getroffen werden dürfen, die die Verfolgungs- oder Schadensgefahr eines Schutzsuchenden aufgrund der allgemeinen Lage individuell erhöhen.

bb) Von zentraler Wichtigkeit und daher durch die Legislative zu beantworten ist die Frage, ob für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage der Zeitpunkt der Berufungsentscheidung oder der des Bundesverwaltungsgerichts maßgeblich sein soll. Im Asyl-

---

<sup>37</sup> Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481; Reiling/Mitsch, Wissen im Asylprozess. Rechtsvergleichende Betrachtungen zum Vereinigten Königreich und zu Deutschland, Die Verwaltung 2017, 537.

<sup>38</sup> Zur Rechtslage im Vereinigten Königreich: Dörig, ZAR 2006, 272.

prozess hat das Revisionsgericht das Recht zugrunde zu legen, welches das Berufungsgericht anzuwenden hätte, würde es anstelle des Revisionsgerichts am Tag der Entscheidung des Revisionsgerichts zu urteilen haben.<sup>39</sup> Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen ist das Bundesverwaltungsgericht bisher aufgrund von § 137 Abs. 2 VwGO an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden. Wollte man die Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der Tatsachenfragen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht / Verwaltungsgerichtshof beschränken,<sup>40</sup> stellt sich unmittelbar die Frage, wie sich eine solche Einschränkung bei der Tatsachenfeststellung mit der aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleiteten, verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Gerichte, sich laufend über die tatsächlichen Entwicklungen zu unterrichten und nur auf der Grundlage aktueller Erkenntnisse zu entscheiden,<sup>41</sup> verhält.

cc) Überdies erwiese sich eine Tatsachenfeststellung auf einen zurückliegenden Zeitpunkt auch nicht als hinreichend effektiver Versuch, eine Entlastung der Verwaltungsgerichte zu erreichen.

Dies lässt sich an folgenden Überlegungen illustrieren. In einem fiktiven Beispielsfall entscheidet der Verwaltungsgerichtshof über die humanitären Bedingungen und die Gefahrenlage für Zivilpersonen in Afghanistan am 16. Oktober 2018 und zieht dafür aktuelle Jahresberichte von Organisationen aus dem Januar 2018 heran. Die Revision wird gestützt auf die hier vorgeschlagene Regelung zur Tatsachenkompetenz zugelassen. Das umfangreiche Urteil wird den Beteiligten am 30. November 2018 zugestellt.

Die Revision am 30. Dezember 2018 eingelegt und am 30. Januar 2019 begründet. Die Gegenseite erwidert innerhalb der ihr gesetzten Frist am 15. März 2019. Das Bundesverwaltungsgericht kann das Verfahren schnell terminieren und vorbereiten. Es verhandelt am 15. September 2019, das Urteil ist am 2. November 2019 abgesetzt und zugestellt.

---

<sup>39</sup> BVerwG, Urteil vom 20.02.2013 – 10 C 23.12 –, BVerwGE 146, 67 Rn. 12.

<sup>40</sup> So etwa Art. 1 Nr. 12 des Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (Fn. 16).

<sup>41</sup> BVerfG, Beschluss vom 25.04.2018 – 2 BvR 2435/17 –, NVwZ 2018, 1563 Rn. 34.

Wenn hinsichtlich der Tatsachen auf den 16. Oktober 2018 abgestellt wird, gäbe es neben den allgemeinen Entwicklungen einen neueren Jahresbericht der verschiedenen Organisationen zur Lagebewertung aus dem Januar 2019, im Übrigen sind die Tatsachen im Zeitpunkt der Entscheidung rund ein Jahr alt. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht mehr dazu dienen kann, die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zu erleichtern und im Sinne einer größeren Einheitlichkeit zu prägen, erscheint demnach hoch und ist jedenfalls nicht vernachlässigbar, wenn und weil sich die Lage in Afghanistan weiterentwickelt hat.

dd) Eine weitere, eng damit verbundene Frage ist die nach dem Umfang der Ermittlungspflichten und -rechte des Bundesverwaltungsgerichts und nach der Bindungswirkung der Tatsachenfeststellungen im Falle der Zurückverweisung bei – behaupteten – Änderungen der Lage im Herkunftsstaat. Auch hier wäre eine Klärung bereits durch den Gesetzgeber wünschenswert, damit nicht langwierige Gerichtsverfahren mit zwei Revisionsverfahren beim Bundesverwaltungsgericht erforderlich werden, um Rechtssicherheit zu gewinnen.

d) Die aufgezeigten zu beantwortenden Fragen sprechen nicht gegen die Einführung der Tatsachenkompetenz beim Bundesverwaltungsgericht. Sie müssen vielleicht nur anders angegangen und sodann mit einem gesetzgeberischen Konzept bewältigt werden.

### III. Abschließende Bemerkungen

Meine Ausführungen machen deutlich, dass in der Verwaltungsgerichtsbarkeit definitiv dringender Handlungsbedarf besteht. Dieser Handlungsbedarf besteht vor allem jetzt und nicht erst in drei bis vier Jahren, wenn die Mehrzahl der zahllosen Klageverfahren abgearbeitet sein dürfte. Deshalb begrüße ich Reformvorschläge, die eine sinnvolle und behutsame Erweiterung der Rechtsmittel zum Verwaltungsgerichtshof / Obergericht ermöglichen. Denn diese Erweiterung wird auf die Masse der Verfahren gesehen eine spürbare Arbeitserleichterung und damit Verfahrensbeschleunigung mit sich bringen. Im Detail kann man zu vielen Punkten verschiedene Meinungen haben. Diese verschiedenen Auffassungen dürfen aber nicht dazu führen, dass alle Reformvorschläge zerredet und letztendlich überhaupt kein Reformvorschlag umgesetzt

wird. Die Zeit zum Handeln ist jetzt. Handeln können und müssen Sie, der Deutsche Bundestag und der Bundesrat.