



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Migrationsrecht

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums
des Innern, für Bau und Heimat für ein Gesetz
zur Beschleunigung, Vereinfachung und
Vereinheitlichung von Asylklageverfahren**

(Bearbeitungsstand: 02.04.2019, 16:11 Uhr)

Stellungnahme Nr. 3/2020

Berlin, im Januar 2020

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwältin Gisela Seidler, München (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale
- Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/Main
(stellvertretender Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Jonathan Leuschner, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Maria Kalin, Passau (Berichterstatte(r)in)
- Rechtsanwalt Tim W. Kliebe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Julia Kraft, Berlin (Berichterstatte(r)in)
- Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln
- Rechtsanwalt Berthold Münch, Heidelberg
(Berichterstatte(r))
- Rechtsanwalt Thomas Oberhäuser, Ulm
- Rechtsanwältin Simone Rapp, Berlin (Berichterstatte(r)in)
- Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin
- Rechtsanwältin Eva Steffen, Köln

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

Verteiler

- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Inneres der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Menschenrechte und humanitäre Hilfe der im Bundestag vertretenen Parteien
- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Diakonisches Werk der EKD
- Deutscher Caritasverband
- Deutsches Rotes Kreuz
- AWO Bundesverband e.V.
- Flüchtlingsrat Berlin
- Jesuitenflüchtlingsdienst Deutschland
- Deutsches Institut für Menschenrechte
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen e.V.
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Der Paritätische
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Vorstand des DAV
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Ausschuss Migrationsrecht
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Migrationsrecht
- NVwZ

- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit seinen über 63.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung:

Der Deutsche Anwaltverein beschränkt sich in seiner Stellungnahme auf einige ausgewählte Änderungsvorhaben.

Der Deutsche Anwaltverein lehnt die Neuregelung in § 11a des Referentenentwurfs zum Asylgesetz (AsylG-E), durch die die Zeit zur Entscheidungsfindung verlängert werden soll, ab. Er befürchtet, dass die Wartezeit, die den schutzsuchenden Personen eine Integration erschwert, durch die Neuregelung weiter ausgedehnt wird.

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt den Vorschlag, in Abs. 1 von § 31 AsylG die Sätze 5 bis 7 zu streichen. Hierdurch wird sichergestellt, dass der Bevollmächtigte über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist im Bilde ist.

Der Vorschlag, § 31 Abs. 3 Satz 2 AsylG zu ändern, begegnet vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutzes des Lebens, der gesundheitlichen Unversehrtheit und der Freiheit Bedenken.

Der Deutsche Anwaltverein hält die Neuregelung in § 71a AsylG-E, wonach bei Vorliegen eines EURODAC-Treffers der Kennung 1 in der Regel ein Folgeantrag geprüft werden soll, vor dem Hintergrund des Amtsermittlungsgrundsatzes, des Refoulement-Verbots und der europarechtlichen Vorgaben für nicht haltbar.

Der Deutsche Anwaltverein lehnt die Neuregelung in § 74 AsylG-E, durch die die Möglichkeit, kurzfristig gestellte Befangenheitsanträge abzulehnen, erweitert wird, ab. Er kritisiert, dass Befangenheitsanträgen nur aufgrund der zeitlichen Nähe zum Termin der mündlichen Verhandlung pauschal Missbrauch unterstellt wird.

Der Deutsche Anwaltverein weist darauf hin, dass die Neuregelung des § 77 Abs. 1a AsylG-E dem System und den Grundprinzipien des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes widerspricht: Die gerichtliche Entscheidung auf Grundlage einer mündlichen Verhandlung ist der gesetzliche Regelfall. Die mündliche Verhandlung stellt das Kernstück des Gerichtsprozesses dar.

Der Deutsche Anwaltverein hält es für höchst problematisch, für eine Vielzahl von Asylklagen die Möglichkeit zu eröffnen, ohne Anhörung und ohne Zustimmung der Beteiligten vom Grundsatz der mündlichen Verhandlung abzuweichen.

Der Deutsche Anwaltverein meint, dass durch die Neuregelung in § 77 Abs. 3 AsylG-E das behördliche und das gerichtliche Asylverfahren zu eng miteinander verwoben würden. Dadurch würde die von Verfassungs wegen gebotene strikte Trennung von Exekutive und Judikative angetastet. Eine strikte Trennung zwischen dem behördlichen und dem gerichtlichen Asylverfahren ist geboten.

Der Deutsche Anwaltverein steht einer entscheidungserheblichen Mitwirkung an Asylklageverfahren von Richtern auf Probe, Richtern kraft Auftrags und abgeordneten Richtern kritisch gegenüber. Diese könnten nicht über die notwendige Entscheidungskompetenz im Asyl- und Aufenthaltsrecht verfügen.

Der Deutsche Anwaltverein ist weiterhin der Auffassung, dass nur eine umfassende Gleichstellung des Asylverfahrensrechtes mit dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht zu einer schnell wirksamen und nachhaltigen Verbesserung des Asylverfahrens führen kann (Stellungnahmen Nr. 39/2018 von August 2018, Nr. 28/17 vom 29.3.2017 und Nr. 14/15 vom 14.4.2015). Er lehnt die Einführung einer „Tatsachenrevision“ ab. Das Ziel, die Verwaltungsgerichte zu entlasten, darf nicht dazu führen, dass grundlegende Verfahrensprinzipien im Asylprozess keine Geltung haben. Die Schaffung weiteren Sonderrechts für Asylsuchende ist abzulehnen.

A. Zu den Regelungen im Einzelnen:

I. §§ 11a und 24 Abs. 4 AsylG-E

Der Änderungsvorschlag zum neu gefassten § 11a AsylG lautet:

§ 11a Vorübergehende Aussetzung von Entscheidungen

Auf Anweisung des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat setzt das Bundesamt Entscheidungen nach diesem Gesetz vorübergehend aus, wenn vom Bundesamt auf Grund einer voraussichtlich nur vorübergehend ungewissen Lage im Herkunftsland eine Entscheidung innerhalb der in § 24 Absatz 4 festgelegten Fristen nicht zu erwarten ist. Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat oder die von ihm beauftragte Stelle überprüft mindestens alle sechs Monate die Lage in diesem Herkunftsland. Das Bundesamt unterrichtet die betroffenen Ausländer innerhalb einer Frist von vier Wochen über die Gründe der Aussetzung. Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat oder die von ihm beauftragte Stelle unterrichtet die Europäische Kommission innerhalb einer Frist von vier Wochen über die Aussetzung der Verfahren für dieses Herkunftsland.

Die Anweisung des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat nach Absatz 1 Satz 1 ist im Gemeinsamen Ministerialblatt zu veröffentlichen. Die Unterrichtung nach Absatz 1 Satz 3 kann auch in allgemeiner Form im Wege der öffentlichen Bekanntmachung auf der Internetseite des Bundesamtes erfolgen.

Der Änderungsvorschlag zu § 24 Abs. 4 AsylG lautet:

Das Prüfungsverfahren ist in der Regel innerhalb von drei Monaten, längstens innerhalb von sechs Monaten nach Stellung eines Asylantrags nach § 14 Absatz 1 oder 2 abzuschließen. Ist ein Antrag gemäß dem Verfahren nach Maßgabe der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 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 (ABl. L 180 vom 29.6.2013, S. 31) zu behandeln, so beginnt diese Frist, wenn

1. die Bundesrepublik Deutschland als für die Prüfung zuständiger Mitgliedstaat gemäß jener Verordnung bestimmt ist,
2. der Ausländer sich im Bundesgebiet aufhält und
3. das Bundesamt von diesen Voraussetzungen Kenntnis erlangt hat.

Das Bundesamt kann die in Satz 1 genannte Sechsmonatsfrist auf höchstens 15 Monate verlängern, wenn

1. sich in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht komplexe Fragen stellen,
2. eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen Asyl beantragt und es dem Bundesamt dadurch erheblich erschwert wird, das Verfahren innerhalb der Frist von sechs Monaten abzuschließen, oder
3. die Verzögerung darauf zurückzuführen ist, dass der Ausländer seinen Pflichten nach § 15 nicht nachgekommen ist.

Ausnahmsweise kann das Bundesamt die Fristen gemäß diesem Absatz in ausreichend begründeten Fällen um höchstens weitere drei Monate überschreiten, wenn dies erforderlich ist, um eine angemessene und vollständige Prüfung des Asylantrags zu gewährleisten. Das Bundesamt schließt das Prüfungsverfahren in jedem Fall spätestens 21 Monate nach der Stellung eines Asylantrags gemäß § 14 Absatz 1 oder 2 ab. Das Bundesamt unterrichtet den betreffenden Ausländer für den Fall, dass innerhalb von sechs Monaten keine Entscheidung ergehen kann,

1. über die Verzögerung und
2. auf sein Verlangen über die Gründe für die Verzögerung und über den zeitlichen Rahmen, innerhalb dessen mit einer Entscheidung über seinen Antrag zu rechnen ist.

§ 24 Abs. 4 AsylG in der aktuellen Fassung lautet:

Ergeht eine Entscheidung über den Asylantrag nicht innerhalb von sechs Monaten, hat das Bundesamt dem Ausländer auf Antrag

Lange Zeiten der Ungewissheit stellen für schutzsuchende Personen eine besondere Belastung dar. Ein Ankommen und zur Ruhe kommen oder eine Integration wird durch eine lange Wartezeit im Asylverfahren erschwert. § 11a AsylG-E lässt befürchten, dass diese Wartefrist in Zukunft weiter ausgedehnt werden kann.

Bislang war eine Verlängerung der Zeit zur Entscheidungsfindung möglich, wenn die Beurteilung der Lage weiterer Aufklärung bedurfte, nunmehr genügt bereits eine sogenannte „voraussichtlich nur vorübergehende ungewisse Lage im Herkunftsland“. Ob eine solche tatsächlich vorliegt, lässt sich kaum beurteilen. Zumal davon auszugehen ist, dass sich jede Bürgerkriegssituation nur schwer einschätzen lassen wird. Aufgrund der zunehmenden Komplexität der Konflikte und Akteure wird eine sichere Prognose kaum zu treffen sein. Der Gesetzgeber stellt nicht klar, was ein nur vorübergehender Zeitpunkt sein soll. Er lässt so viel Spielraum für Interpretationen. Anträge werden lange Zeit unbearbeitet bleiben, da eine Überprüfung der Lage lediglich alle sechs Monate erfolgen soll.

Die individuelle Information der Antragstellenden, wie sie Art. 31 Abs. 4c) und Abs. 6 der Richtlinie 2013/32/EU (Asylverfahrensrichtlinie vom 26.06.2013, im Folgenden AsylVerfRL) vorsieht, wird nicht gewährleistet. Vielmehr soll eine Veröffentlichung im Gemeinsamen Ministerialblatt des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat genügen. Es ist davon auszugehen, dass die Betroffenen dieses nicht zur Kenntnis nehmen können. Zum einen stellt dieses Medium keine allgemein bekannte und leicht zugängliche Quelle dar, zum anderen finden individuelle Sprach- und Verständnisschwierigkeiten auf diesem Kommunikationsweg keinerlei Berücksichtigung. Die Aufklärung darüber, warum im Verfahren kein Fortgang erfolgt, wird damit Beratungsstellen und der informellen Weitergabe zwischen den Betroffenen überlassen.

Ob einer betroffenen Person Rechtsmittel gegen eine oder eine wiederholte Aussetzung zustehen, bleibt unklar. Da § 11a AsylG-E sehr weit gefasst wurde, ist fraglich, wie eine Überprüfung stattfinden soll. Eine rechtsstaatliche Kontrolle der Aussetzung wird sich daher nur sehr schwer realisieren lassen. Die im Gesetz selbst vorgesehene turnusmäßige Überprüfung soll durch eine vom Ministerium selbst benannte Stelle erfolgen. Eine unabhängige und kurzfristige Kontrolle der Aussetzung ist nicht vorgesehen. Dies erscheint deshalb bedenklich, weil der Eindruck entstehen könnte, dass Verfahren behördlicherseits bewusst „liegengelassen“ werden, um abzuwarten, ob eine aus Sicht der Betroffenen schlechtere Entscheidung möglich wird.

Die Maximalfrist von 21 Monaten, welche Art. 31 Abs. 5 AsylVerfRL für Migranten und

Flüchtlinge nennt findet sich in § 11a AsylG-E nicht. Dass sich diese Frist in dem neu gefassten § 24 Abs. 4 AsylG findet, vermag nicht für Klarheit zu sorgen. Es wird lediglich klar, dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge innerhalb dieser Maximalfrist zu entscheiden hat. Ob dem Ministerium darüber hinaus eine Aussetzung im Sinne des § 11a AsylG-E möglich ist, ist nicht explizit geklärt.

Diese Unschärfe nimmt der Gesetzgeber bewusst in Kauf.

Eine Verlängerung der Frist zur Entscheidung durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge wird nun auch für den Fall möglich, dass die antragstellende Person ihren Mitwirkungspflichten aus § 15 AsylG nicht nachkommt. Diese sind weiter gefasst als der zugrundeliegende Art. 13 AsylVerfRL über die Verpflichtungen der Antragsteller. So wird in Art. 13 Abs. 2b) der Richtlinie lediglich die Verpflichtung zur Vorlage im Besitz befindlicher Dokumente geregelt, wohingegen § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylG auch die Verpflichtung zur Beschaffung entsprechender Dokumente vorsieht.

Positiv anzumerken ist, dass die maximale Bearbeitungszeit von 21 Monaten nunmehr normiert ist und die Antragstellenden im Falle einer Verzögerung zu informieren sind. Ob diese dann gegen eine solche Verzögerung rechtliche Schritte einleiten können und inwieweit eine Überprüfung von gerichtlicher Seite möglich sein wird, ist leider ungeklärt. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre an dieser Stelle wünschenswert gewesen, um die Unterschiede bei der Handhabung von Untätigkeitsklagen durch die Gerichte zu minimieren.

II. § 31 AsylG-E

1. § 31 Abs. 1 AsylG-E

Der Änderungsvorschlag des Entwurfes zu § 31 lautet:

In Absatz 1 werden die Sätze 5 bis 7 gestrichen.

In Absatz 3 Satz 2 wird das Wort „oder“ durch ein Komma ersetzt und nach den Wörtern „zuerkannt wird“ werden die Wörter „oder in einem früheren Verfahren bereits über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 und 7 des Aufenthaltsgesetzes bestandskräftig entschieden worden ist“ angefügt.

§ 31 Abs. 1 Sätze 5 bis 7 in der aktuellen Fassung lauten:

Wird der Asylantrag nur nach § 26a oder § 29 Absatz 1 Nummer 1 abgelehnt, ist die Entscheidung zusammen mit der Abschiebungsanordnung nach § 34a dem Ausländer selbst zuzustellen. Sie kann ihm auch von der für die Abschiebung oder für die Durchführung der Abschiebung zuständigen Behörde zugestellt werden. Wird der Ausländer durch einen Bevollmächtigten vertreten oder hat er einen Empfangsberechtigten benannt, soll diesem ein Abdruck der Entscheidung zugeleitet werden.

Der Vorschlag, in Absatz 1 von § 31 AsylG die Sätze 5 bis 7 zu streichen, wird begrüßt. Er hat zur Folge, dass insbesondere auch in Dublinverfahren der Bescheid der anwaltlichen Vertretung zuzustellen ist, soweit der Antragsteller anwaltlich vertreten ist. Damit wird die bisherige, europarechtlich mindestens problematische Erschwerung des Rechtsschutzes (Art. 26 Abs. 1 Dublin III-VO) beseitigt und sichergestellt, dass der Bevollmächtigte über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist im Bilde ist.

2. § 31 Abs. 3 AsylG-E**§ 31 Abs. 3 in der aktuellen Fassung lautet:**

In den Fällen des Absatzes 2 und in Entscheidungen über unzulässige Asylanträge ist festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder 7 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen. Davon kann abgesehen werden, wenn der Ausländer als Asylberechtigter anerkannt wird oder ihm internationaler Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zuerkannt wird.

In der geänderten Fassung würde § 31 Abs. 3 AsylG lauten:

In den Fällen des Absatzes 2 und in Entscheidungen über unzulässige Asylanträge ist festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder 7 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen. Davon kann abgesehen werden, wenn der Ausländer als Asylberechtigter anerkannt wird, ihm internationaler Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zuerkannt wird oder in einem früheren Verfahren bereits über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 und 7 des Aufenthaltsgesetzes bestandkräftig entschieden worden ist.

Der Vorschlag, § 31 Abs. 3 Satz 2 AsylG zu ändern, begegnet vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutzes des Lebens, der gesundheitlichen Unversehrtheit und der Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG) Bedenken. Es wird angeregt, klarstellend die höchstrichterliche Rechtsprechung (etwa BVerfG, Beschluss vom 11.12.1992 – 2 BvR 1471/92; BVerfG, Beschluss vom 21.06.2000 – 2 BvR 1989/2000 m.w.N.) in einem S. 3 des Abs. 3 zu kodifizieren:

„Die Verpflichtung, im Ermessen über eine Wiederaufnahme zu entscheiden (§ 48 VwVfG), bleibt unberührt.“

III. § 71a AsylG-E

Der Änderungsvorschlag des Entwurfes zu § 71a Absatz 1 AsylG lautet:

Ein Zweitantrag liegt vor, wenn der Ausländer bereits in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem in der Anlage I zu § 26a genannten Staat einen Asylantrag gestellt hat. Dies wird vermutet, wenn dem Bundesamt ein Treffer mit der Kennung 1 nach Artikel 24 Absatz 4 der Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 übermittelt wurde. Ein weiteres Asylverfahren ist nur durchzuführen, wenn

1. dem Ausländer kein internationaler Schutz zuerkannt wurde,
2. die Zuständigkeit für die Durchführung des weiteren Asylverfahrens auf die Bundesrepublik Deutschland übergegangen ist und
3. die Voraussetzungen des § 51 Absatz 1 bis 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorliegen.

§ 71a Abs. 1 AsylG in der aktuellen Fassung lautet:

Stellt der Ausländer nach erfolglosem Abschluss eines Asylverfahrens in einem sicheren Drittstaat (§ 26a), für den Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft über die Zuständigkeit für die Durchführung von Asylverfahren gelten oder mit dem die Bundesrepublik Deutschland darüber einen völkerrechtlichen Vertrag geschlossen hat, im Bundesgebiet einen Asylantrag (Zweit Antrag), so ist ein weiteres Asylverfahren nur durchzuführen, wenn die Bundesrepublik Deutschland für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist und die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorliegen; die Prüfung obliegt dem Bundesamt.

Mit der Gesetzesänderung soll die Tatbestandsvoraussetzung des in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union bzw. einem sicheren *Drittstaat erfolglos abgeschlossenen Asylverfahrens*, welche im bisherigen § 71a Abs. 1 AsylG enthalten ist, entfallen. Stattdessen soll ausreichen, dass ein EURODAC-Treffer der Kennung 1 übermittelt wurde.

Der Änderungsvorschlag erweist sich vor dem Hintergrund des grundsätzlich geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes, des refoulement-Verbots und der europarechtlichen Vorgaben als rechtlich nicht haltbar.

Eine Asylantragstellung ergibt sich nicht zuverlässig aus einem EURODAC-Treffer der Kennung 1. Die Praxis hat gezeigt, dass es zu fehlerhafter Speicherung kommt. So berichten Geflüchtete wiederholt, dass ihnen im Ersteinreisestaat gesagt worden sei, sie müssten Fingerabdrücke wegen unerlaubter Einreise abgeben. Ein Asylgesuch oder einen Asylantrag hätten sie jedoch nie gestellt. Hiervon sei auch keine Rede gewesen, so dass auch eine konkludente Antragstellung ausscheidet. Andere Asylsuchende berichten, dass sie durch die Drohung, ihnen andernfalls in Haft die Versorgung mit Nahrung zu verweigern, zur Asylantragstellung gezwungen worden seien.

Eine solche Willenserklärung, die unter Zwang abgegeben wurde, dürfte rechtlich anfechtbar sein. Wieder andere Antragsteller erklären, dass sie nicht verstanden hätten, dass die Fingerabdrücke als Asylantrag gewertet worden seien, da kein Sprachmittler vor Ort gewesen sei. Sie hätten keinen Asylantrag stellen wollen. Auch ein solcher Vorgang dürfte mangels Erklärungsbewusstseins angreifbar sein. Solche rechtsstaatlich äußerst bedenkliche Vorgänge reihen sich in eine unrühmliche Reihe belegter Menschenrechtsverletzungen ein: die Verweigerung von Nahrungsmittelversorgung von inhaftierten Geflüchteten in der ungarischen Transitzone, welche durch den EGMR mehrmals untersagt werden musste (HHC – Hungarian Helsinki Committee: Hungary Continues to Starve Detainees in the Transit Zones, 23. April 2019), rechtswidrige push backs, die zum Großteil mit Schlägen und Gewalt durch Grenzbeamte einhergehen (vgl. beispielsweise HHC - Hungarian Helsinki Committee; ECRE - European Council on Refugees and Exiles (Autor), veröffentlicht von ECRE – European Council on Refugees and Exiles: Country Report: Hungary, März 2019; USDOS – US Department of State: Country Report on Human Rights Practices 2018 - Hungary, 13. März 2019; Balkan Insight: ‘Nobody Hears You’: Migrants, Refugees Beaten on Balkan Borders, 13. Juni 2019)). Diese Vorgänge bedürfen der Untersuchung vom Amts wegen. Die Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes dahingehend, dass vermutet wird, dass der Asylsuchende einen (wirksamen) Asylantrag gestellt hat, ist in diesem Zusammenhang verfehlt.

Die Regelung widerspricht dem Verbot des Refoulement, indem sie auf die Feststellung des negativen Abschlusses eines vermeintlichen Erstverfahrens verzichtet. Die sich daran anknüpfenden, gravierenden Einschränkungen des § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG, wonach nur noch eine nachträglich geänderte Sach- und Rechtslage geltend gemacht werden kann, ist nicht gerechtfertigt, wenn nicht feststeht, dass die ursprünglichen Fluchtgründe überhaupt einmal in einem Land materiell geprüft worden sind. Asylsuchende von ihrem Recht auf Prüfung ihrer materiellen Asylgründe auszuschließen, verstieße gegen das Refoulement-Verbot aus der Genfer Flüchtlingskonvention. Die Prüfung von Abschiebungsverboten (§ 31 Abs. 3 AsylG) reicht nicht aus, um wirksam vor refoulement zu schützen.

Da die Voraussetzungen der Abschiebungsverbote gem. § 60 Abs. 5, 7 S. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) nicht deckungsgleich mit denjenigen der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gem. §§ 3ff. AsylG sind.

Der Änderungsvorschlag ist auch mit den europarechtlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren.

Die Regelung steht mit Art. 2 lit. q) AsylVerfRL nicht in Einklang. Ein Folgeantrag kann nur dann angenommen werden, wenn hinsichtlich des Erstantrages eine bestandskräftige Entscheidung vorliegt. Es kann daher keineswegs ausreichend sein, dass ein Asylantrag lediglich gesetzlich vermutet wird.

Dies gilt verstärkt vor dem Hintergrund, dass Asylsuchende die Behandlung als Zweitantrag noch nicht einmal dadurch abwenden können, dass sie den erfolglosen Abschluss eines Asylverfahrens im Erstverfahren widerlegen, da es hierauf nach dem Wortlaut des Änderungsvorschlags nicht ankommen soll. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es für den Antragsteller in der Regel in der Praxis nicht möglich sein dürfte, zu widerlegen, dass sein Asylverfahren im Erstantragstaat noch nicht erfolglos abgeschlossen ist. Der Bayerische VGH hat hierzu festgestellt, dass die Antragsteller in der Regel den Verfahrensablauf nicht durchschauen und deshalb auch keine verlässlichen Angaben hierzu machen können (Urteil vom 03.12.2015 – 13a B 15.50069, 13a B 15.50070, 13a B 15.50071, juris Rn 22). Eine Zulässigkeitsentscheidung, die auf einer derart unzuverlässigen Tatsachenbasis getroffen wird, könne für ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen durchzuführendes Verfahren keine Grundlage sein (Bayerischer VGH a.a.O. mit Verweis auf Marx, AsylVfG, 8. Aufl. 2014, § 71a Rn. 14).

Stellt ein Asylsuchender einen Antrag auf internationalen Schutz in einem anderen Mitgliedstaat und wird sein Verfahren wegen stillschweigender Rücknahme oder Nichtbetreibens gem. Art. 28 Abs. 1 AsylVerfRL eingestellt, ist er berechtigt, um Wiedereröffnung seines Verfahrens zu ersuchen oder einen neuen Antrag zu stellen. Nach Art. 28 Abs. 2 AsylVerfRL dürfen die Mitgliedstaaten frühestens neun Monate nach einer solchen Verfahrenseinstellung einen Wiedereröffnungsantrag als Folgeantrag behandeln. Vorher muss das Verfahren als Erstverfahren behandelt werden.

Diese Mindestnormen sind auch zu beachten, wenn nach der Dublin III-VO Deutschland für die Prüfung des Asylantrags zuständig geworden ist. Es reicht daher auch aus diesem Grund nicht aus, die bloße Asylantragstellung in einem anderen Mitgliedstaat festzustellen bzw. diese gesetzlich zu vermuten. Vielmehr bedarf es wegen Art. 28 Abs. 2 AsylVerfRL einer Feststellung, ob das Asylverfahren in dem

Erstasylverfahren wieder eröffnet werden kann, ohne als Folgeverfahren behandelt zu werden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat betont, dass sich der Dublin II-VO keine Grundlage für eine Handhabung entnehmen lässt, nach der der Zuständigkeitsübergang auf einen anderen Mitgliedstaat mit einer Verschlechterung der verfahrensrechtlichen Rechtsstellung verbunden wäre (BVerwG, Urteil vom 14.12.2016 – 1 C 4.16 –, juris Rn. 34). Die Dublin II-VO berechtigt insbesondere nicht dazu, an einen Zuständigkeitsübergang den Verlust des Rechts auf eine unbeschränkte, nicht durch die Regelungen zum Folgeverfahren eingeschränkte Antragsprüfung zu knüpfen, wenn dieses Recht im zuvor zuständigen Staat nach dem dort geltenden Asylverfahrensrecht noch bestand (BVerwG a.a.O. m.w.N). Für den Zuständigkeitsübergang nach der Dublin III-VO ergibt sich keine abweichende Auslegung.

In dem vom BVerwG entschiedenen Fall hatte das Berufungsgericht festgestellt, dass in Ungarn, wo die Kläger zuerst einen Asylantrag gestellt hatten, wegen deren Weiterreise das Verfahren zwar eingestellt worden war, das Verfahren jedoch im Falle einer Rückkehr der Kläger wiedereröffnet und ohne Einschränkung des Prüfungsumfangs wie ein Erstverfahren weitergeführt werden würde (a.a.O., Rn. 38). Vor diesem Hintergrund sah es das BVerwG – auch unter Auswertung des Urteils des EuGH vom 17.03.2016 – C-695/15 – nicht als zulässig an, die Prüfung der Asylgründe in der Bundesrepublik einzuschränken (a.a.O. Rn. 36f.).

IV. § 74 AsylG-E

Der Änderungsvorschlag des Entwurfes zu § 74 AsylG lautet:

- a) In der Überschrift werden nach dem Wort „Vorbringens“ ein Komma und die Wörter „Besorgnis der Befangenheit“ eingefügt.*
- b) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 angefügt:*
(3) § 47 Absatz 2 der Zivilprozessordnung gilt auch dann entsprechend, wenn ein Richter innerhalb eines Zeitraums von zwei Wochen vor der Verhandlung von einem der Beteiligten wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt wird.

§ 74 AsylG in der aktuellen Fassung lautet:

§ 74 Klagefrist, Zurückweisung verspäteten Vorbringens

(1) Die Klage gegen Entscheidungen nach diesem Gesetz muss innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung erhoben werden; ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung innerhalb einer Woche zu stellen (§ 34a Absatz 2 Satz 1 und 3, § 36 Absatz 3 Satz 1 und 10), ist auch die Klage innerhalb einer Woche zu erheben.

(2) Der Kläger hat die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung der Entscheidung anzugeben. § 87b Abs. 3 der Verwaltungsgerichtsordnung gilt entsprechend. Der Kläger ist über die Verpflichtung nach Satz 1 und die Folgen der Fristversäumung zu belehren. Das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel bleibt unberührt.

Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass durch die Regelung rechtsmissbräuchliche Befangenheitsanträge, welche lediglich einer Verfahrensverzögerung dienen, unterbunden werden sollen. Die Möglichkeit, einen befangenen Beteiligten abzulehnen, stellt im Rahmen einer rechtsstaatlichen Verhandlung ein unverzichtbares Mittel dar. Deswegen sollte die Möglichkeit, einen Befangenheitsantrag zu stellen, nicht eingeschränkt werden.

Häufig ist den Prozessbeteiligten bis kurz vor der mündlichen Verhandlung nicht bekannt, welche Richterin oder welcher Richter die Verhandlung leiten wird. Es ist daher häufig nur kurzfristig möglich, einen Befangenheitsantrag zu stellen. Diesen Anträgen pauschal zu unterstellen, sie würden aus rechtsmissbräuchlichen Gründen gestellt, ist ein schwerer Vorwurf. Darin zeigt sich, dass der Gesetzgeber kein Vertrauen in die Organe der Rechtspflege zu haben scheint. Dies bedauern wir aus anwaltlicher Sicht. Anwältinnen und Anwälte stellen Befangenheitsanträge wohlüberlegt. Ihnen nur aufgrund der zeitlichen Nähe zum Termin zur mündlichen Verhandlung einen grundsätzlichen Missbrauch der Antragstellung zu unterstellen, kritisiert der Deutsche Anwaltverein.

Bereits jetzt können offensichtlich unbegründete Befangenheitsanträge ohne größeren Zeitaufwand abgelehnt werden.

Eine vorherige Prüfung wird aufgrund der Neuregelung kaum noch stattfinden. Bei kurzfristigen Anträgen, welche dann erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung erörtert werden, besteht damit die Gefahr, dass das Gegenteil des beabsichtigten

Normzwecks erreicht wird. Im Falle der Stattgabe müsste die Verhandlung wiederholt werden, die Zahl der Verhandlungen würde steigen.

V. § 77 Abs. 1a AsylG-E

Dem aktuellen § 77 AsylG soll ein Absatz 1a hinzugefügt werden, dieser lautet:

Das Gericht kann außer in den Fällen des § 38 Absatz 1 und der §§ 73, 73b sowie 73c bei Klagen gegen Entscheidungen nach diesem Gesetz im schriftlichen Verfahren entscheiden. Auf Antrag eines Beteiligten muss mündlich verhandelt werden.

Die Neuregelung würde dazu führen, dass bei einer Vielzahl von Asylklagen keine mündliche Verhandlung mehr stattfinden muss. Betroffen wären fast alle Klagen, denen nicht von Gesetzes wegen eine aufschiebende Wirkung zukommt. Das entscheidende Gericht kann in diesen Fällen ohne Anhörung und ohne Zustimmung der Beteiligten von der mündlichen Verhandlung absehen.

Dies widerspricht dem System und den Grundprinzipien des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Danach ist die gerichtliche Entscheidung auf Grundlage einer mündlichen Verhandlung der gesetzliche Regelfall, weil die mündliche Verhandlung das Kernstück des Gerichtsprozesses darstellt.¹ Das Bundesverwaltungsgericht hält die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für einen „Rechtswert in sich“². Die mündliche Verhandlung ist unter anderem deshalb von so zentraler Bedeutung, weil sie einen Diskurs zwischen Gericht und Beteiligten gewährleistet und so der Ergebnisrichtigkeit gerichtlicher Entscheidungen dient.³ Der Grundsatz der Mündlichkeit soll zudem den Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör sichern.⁴ Darüber hinaus gewährleistet eine mündliche Verhandlung die Öffentlichkeit des Verfahrens und dient dem Schutz der Beteiligten, der Transparenz, der öffentlichen Kontrolle, dem Vertrauen in die Gerichte und einem fairen Verfahren.⁵ Es handelt sich um ein fundamentales Prinzip.⁶

¹ BVerwG NVwZ 2015, 1299.

² BVerwG NJW 1992, 2042 m.w.N.

³ BVerwG NvwZ 2015, 1299 m.w.N.

⁴ BVerwG NvwZ 2006, 478; NvwZ-RR 2014, 740, 742.

⁵ st.Rspr., vgl. nur EGMR NJW 1992, 1813, 1814; BVerwG, Urteil vom 16. 12. 1999 – 4 CN 9.98.

⁶ EGMR, Urteil vom 05.04.2016 – Helmut Blum v. Austria, Nr. 33060/10, m.w.N.

Vor diesem Hintergrund erweist es sich als höchst problematisch, für eine Vielzahl von Asylklagen vom Grundsatz der mündlichen Verhandlung abzuweichen. Dies ist auch europarechtswidrig. Das Gesetzesvorhaben ist mit Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), dem Recht auf ein faires Verfahren, nicht vereinbar. Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist *verhandelt* wird. Aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK folgt nach ständiger, auf Grundlage der Rechtsprechung des EGMR entwickelter höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass die Beteiligten im gerichtlichen Verfahren grundsätzlich einen Anspruch darauf haben, mindestens einmal die Gelegenheit zu erhalten, zu den entscheidungserheblichen Rechts- und Tatsachenfragen in einer mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen.⁷ Wenn kein Verzicht der Beteiligten auf eine mündliche Verhandlung vorliegt⁸, darf nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK nur unter außergewöhnlichen Umständen⁹ von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden: Nämlich allenfalls dann, wenn dies dem Schutz von Minderjährigen und der Privatsphäre dient¹⁰ oder wenn keine Fragen der Glaubhaftigkeit im Raum stehen *und* keine Tatsachenfragen umstritten sind *und* das Gericht eine verständige Entscheidung auf Grundlage des eingereichten schriftlichen Vortrags treffen kann oder wenn ausschließlich rein rechtliche oder hochtechnische Fragen umstritten sind¹¹.

Letzteres wird in den von der beabsichtigten Gesetzesänderung betroffenen Asylklageverfahren aber so gut wie nie der Fall sein. Zwar klammert die Neuregelung die Fälle des § 38 Absatz 1 und der §§ 73, 73b sowie 73c AsylG aus. Allerdings stellt sich auch in fast allen anderen Asylklageverfahren inhaltlich die Frage, ob in einen bestimmten Staat abgeschoben werden darf. Teilweise geht es um eine Abschiebung ins Herkunftsland, teilweise aber auch um eine Abschiebung in ein anderes

⁷ BVerwG NVwZ 2015, 600, 601; BVerwGE 72, 59, 61; vgl. auch BVerwG NVwZ 2015, 1299.

⁸ Zu dieser Möglichkeit vgl. EGMR NJW 1982, 2714, 2716 = EGMR, Urteil vom 23.06.1981 – Le Compte.

⁹ Karpenstein/Mayer, EMRK, 2012, Art. 6 EMRK, Rn 64 unter Bezugnahme auf EGMR, Entscheidung vom 23.02.1994, Fredin, Nr. 18928/91; EGMR, Urteil vom 19.02.1998, Allan Jacobsson, Nr. 16970/90.

¹⁰ EGMR, Entscheidung vom 14.02.2006, Kaplan, Nr. 45983/99.

¹¹ EGMR, Urteil vom 05.04.2016 – Helmut Blum v. Austria, Nr. 33060/10, m.w.N.

europäisches Land oder einen sonstigen Drittstaat. Von der Gesetzesänderung sind beispielsweise fast alle Fälle betroffenen, in welchen eine Abschiebung in ein anderes europäisches Land stattfinden soll. Auch insofern stellen sich nicht nur rechtliche oder hochtechnische Fragen. Oft gilt es beispielsweise, die Aufnahmebedingungen im anderen europäischen Land zu prüfen. Hierzu ist eine umfassende Tatsachenermittlung erforderlich. Betroffen von der Änderung sind auch viele Verfahren, in denen es um eine Abschiebung ins Herkunftsland geht, beispielsweise wenn es sich um ein Folge- oder Zweitantragsverfahren handelt. Auch hier ist eine umfassende Tatsachenermittlung erforderlich, ob der klagenden Partei dort eine Gefahr droht. Insofern kommt es entscheidend auf das Vorbringen der Betroffenen und auf die Glaubhaftigkeit ihres Vorbringens an.¹²

Auch der Umstand, dass die Neuregelung vorsieht, dass auf Antrag eines Beteiligten mündlich verhandelt werden muss, ändert nichts an ihrer Kritikwürdigkeit. Nicht anwaltlich vertretene Asylsuchende werden in aller Regel von der Antragsmöglichkeit gar nichts wissen. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK erfordert aber, dass der Betroffene die Möglichkeit hat, sich zu der Absicht des Berufungsgerichts, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, äußern kann.¹³ Auch Art. 103 Abs. 1 GG (Recht auf rechtliches Gehör) verlangt, dass der Betroffene sich jedenfalls zur Absicht des Gerichts, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden zu wollen, äußern kann.¹⁴

Selbst wenn eine Pflicht zur Belehrung über das Antragsrecht normiert würde, so wäre dies nicht ausreichend, und zwar auch dann nicht, wenn die Belehrung in einer für den Betroffenen verständlichen Sprache erfolgen müsste. Belehrungen erfolgen in der Praxis standardisiert auf Merkblättern. Die wichtige Bedeutung des Inhalts wird von den Betroffenen in aller Regel nicht erkannt. Dies gilt umso mehr, als es sich bei ihnen fast ausschließlich um juristische Laien handelt, die darüber hinaus mit dem deutschen Rechtssystem nicht vertraut sind. Bisher wird beispielsweise bei Asylantragstellung unter deutlichem Hinweis auf die negativen Folgen einer Nichtbefolgung über die Pflicht belehrt, Adressänderungen unverzüglich dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge mitzuteilen. Trotzdem haben in der

¹² Das Bundesverwaltungsgericht hat im Übrigen deutlich gemacht, dass die Bedeutung einer mündlichen Verhandlung umso höher ist, je größer die tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten der Streitsache sind, vgl. BVerwG NVwZ 2015, 1299.

¹³ BVerwG NVwZ 1992, 890.

¹⁴ BVerwGE 72, 59, 61.

Rechtspraxis häufig nicht einmal sehr gebildete Asylantragsteller von dieser Pflicht Kenntnis.

Auch der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ist eröffnet. Dass in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK von „zivilrechtlichen“ Ansprüchen und Verpflichtungen die Rede ist, ist insofern unproblematisch. Der EGMR versteht diesen Begriff nämlich sehr weit.¹⁵

Im Übrigen folgt auch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 ein Recht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Aus Art. 46 Abs. AsylVerfRL folgt ebenfalls, dass ein *wirksamer* Rechtsbehelf gewährleistet sein muss.

Für die Neuregelung besteht auch kein Bedarf. Den Gerichten steht bereits jetzt gem. § 84 VwGO die Möglichkeit zur Verfügung, ohne mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid zu entscheiden. Die Regelung des § 84 VwGO wahrt gleichzeitig die verfassungsrechtlich und europarechtlich garantierten Rechte der Beteiligten.

VI. § 77 Abs. 3 AsylG-E

§ 77 Abs. 3 AsylG-E lautet:

Das Gericht soll die Beteiligten frühzeitig schriftlich darauf hinweisen, wenn es beabsichtigt, einer Klage gegen eine Entscheidung des Bundesamtes, durch die der Asylantrag gemäß § 29 Absatz 1 als unzulässig abgelehnt worden ist, stattzugeben. In diesen Fällen kann das Bundesamt dem Ausländer eine neue Entscheidung bekannt

¹⁵ Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gilt nicht nur für Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, sondern auch für verwaltungsgerichtliche Verfahren (stRspr, vgl. BVerwG NVwZ 2015, 600, 601 m.w.N.). Es dürften daher alle grundrechtlich fundierten Rechtspositionen „zivilrechtliche Ansprüche“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK darstellen (so eine vielfach vertretene Auffassung in der Literatur, Nachweise bei Ruthig, NVwZ 1997, 1189). Jedenfalls aber sind die meisten grundrechtlich fundierten Rechtspositionen und damit ein wesentlicher Teil der verwaltungsgerichtlichen Verfahren von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK erfasst (herrschende Meinung, vgl. nur Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Auflage 2018, § 101, Rn 9). Der EGMR hat bereits entschieden, dass beispielsweise das Recht auf Bildung (EGMR, Entscheidung vom 16.03.2010, Orsus u.a., Nr. 15766/03), das Recht auf Ehre (EGMR, Entscheidung vom 21.02.1997, Golder, Nr. 4451/70; EGMR, Entscheidung vom 13.07.1995, Tolstoy Miloslavsky, Nr. 18139/91), Beamtenrechte (EGMR, Urteil vom 19.04.2007 – Nr. 63235/00 – Eskelinen) und das Recht auf Freiheit (EGMR, Entscheidung vom 14.12.2010, Boulois, Nr. 37575/04) „zivilrechtliche Ansprüche“ i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK darstellen.

geben. Die für die neue Entscheidung notwendige Prüfung und die Bekanntgabe der Entscheidung haben unverzüglich, spätestens bis zum in Absatz 1 Satz 1 bezeichneten Zeitpunkt zu erfolgen. Über die neue Entscheidung und den Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe ist das Gericht unverzüglich zu unterrichten. Sie ersetzt die ursprüngliche Entscheidung und wird, sofern es sich um eine belastende Entscheidung handelt, Gegenstand des Rechtsstreits. Dies gilt nicht, wenn der Ausländer auf einen Rechtsbehelf verzichtet.

Auch diese geplante Neuregelung ist zu kritisieren. Mit ihr wird die von Verfassungs wegen gebotene strikte Trennung von Exekutive und Judikative angetastet. Die Regelung führt dazu, dass das behördliche und das gerichtliche Asylverfahren eng miteinander verwoben werden. Die Regelung dient damit nicht der Transparenz sowie dem Vertrauen in die Gerichte und in ein faires Verfahren. Durch die Regelung kann der Eindruck einer Kollusion zwischen Gericht und Behörde entstehen, da das Gericht einen rechtswidrigen Bescheid nicht aufhebt, sondern der Behörde durch einen richterlichen Hinweis die Möglichkeit einräumt, die ursprünglich falsche Entscheidung durch eine andere Entscheidung zu ersetzen und so gegebenenfalls ein Unterliegen abzuwenden.

Es ist zudem zu befürchten, dass der Umstand, dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge während eines laufenden Gerichtsverfahrens nach Ablehnung eines Asylantrags als unzulässig nun inhaltlich über einen Asylantrag entscheidet, beim Entscheider des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge den psychologischen Effekt haben wird, den Asylantrag tendenziell auch endgültig (inhaltlich) abzulehnen, da bereits ein Gerichtsverfahren läuft. Es ist zu erwarten, dass bei einem Entscheider, der eine (nun inhaltliche) Entscheidung während eines laufenden Gerichtsverfahrens trifft, der Gedanke vorherrschen wird, dass seine Entscheidung wohl in jedem Fall nochmals gerichtlich überprüft werden wird, da ja bereits Klage erhoben ist. Ihm könnte die eigene Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit des behördlichen Handelns nicht mehr im erforderlichen Maße bewusst sein. Dies stellt sich vor dem Hintergrund des Gebots eines rechtsstaatlichen Verfahrens als problematisch dar. Die zu erwartenden vermehrten inhaltlichen Ablehnungen durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge werden aber auch dazu führen, dass die Gerichte mehr inhaltliche Entscheidungen überprüfen müssen. Dies wird nicht zu einer Entlastung,

sondern zu einer Mehrbelastung der Gerichte führen. Denn auch wenn die inhaltliche Prüfung durch das Gericht im selben Prozess erfolgt wie die Zulässigkeitsprüfung, erfordert sie eine Einarbeitung des Gerichts auch zu den inhaltlichen Fragen. Eine solche inhaltliche Entscheidung wird dem Gericht erspart, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge nach gerichtlicher Aufhebung eines rechtswidrigen Unzulässigkeits-Bescheides neu entscheidet und dem Asylantrag inhaltlich stattgibt.

Die geplante Neuregelung ist auch mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht in Einklang zu bringen. Das Bundesverwaltungsgericht hat ausdrücklich klargestellt, dass in Asylverfahren dem behördlichen Verfahren und den daran anknüpfenden Verfahrensgarantien eine besonders hervorgehobene Stellung zukommt.¹⁶ Insofern ist eine strikte Trennung zwischen dem behördlichen und dem gerichtlichen Asylverfahren geboten. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Übrigen in den letzten Jahren in einer Vielzahl von Fällen den Grundsatz des verwaltungsgerichtlichen „Durchentscheidens“ eingeschränkt.¹⁷

Die Neuregelung dürfte die Gerichte zudem in vielen Fällen zu einer unzulässigen vorweggenommenen Beweiswürdigung veranlassen.

Höchst problematisch ist zudem, dass es nach dem Gesetzentwurf möglich ist, dass die neue Entscheidung dem Betroffenen erst in der mündlichen Verhandlung oder – wenn ein schriftliches Verfahren erfolgt – im Zeitpunkt der Entscheidung bekannt gegeben wird. Der Betroffene wird dann keinerlei Möglichkeit mehr haben, hierauf angemessen zu reagieren, sich auf die neue Prozesslage einzustellen und sich entsprechend zu verteidigen. Insofern dürfte die Neuregelung gegen den Grundsatz effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verstoßen.

Darüber hinaus sind Kostenfragen völlig ungeklärt – insbesondere, wer die Kosten zu tragen hat, wenn der Asylantragsteller den Prozess gegen die neue und zum

¹⁶ Vgl. nur ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 15.04.2019 – 1 C 46.18, Rn 20.

¹⁷ So BVerwG, Urteil vom 15.04.2019 - 1 C 46.18; BVerwG, Urteil vom 11.07.2017 – 1 C 18.17; BVerwG, Urteil vom 01.06.2017 – 1 C 9.17; BVerwG, Urteil vom 21.11.2017 - 1 C 39.16; BVerwG, Urteil vom 14.12.2016 - 1 C 4.16; BVerwG, Urteil vom 27.10.2015 - 1 C 32.14; BVerwG, Urteil vom 05.09.2013 – 10 C 1.13; BVerwG, Urteil vom 21.11.2006 – 1 C 10.06.

Gegenstand des Rechtsstreits gewordene Entscheidung verliert. Es dürfte kaum billig sein, wenn der Antragsteller in einem solchen Fall die gesamten Prozesskosten zu tragen hätte, obwohl er den Rechtsstreit gegen die ursprüngliche Entscheidung gewonnen hätte.

Auch dieser Änderungsvorschlag läuft auf eine Abweichung vom allgemeinen Prozessrecht zulasten von Asylantragstellern hinaus. Nach der allgemeinen Regelung des § 91 Abs. 1 VwGO ist eine Änderung der Klage nur dann zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält. Dabei handelt es sich um ein grundlegendes Prinzip. Nicht ohne Grund ist die Vorschrift bisher in ihrer ursprünglichen Fassung nahezu unverändert geblieben.¹⁸ Nun soll für das Asylrecht eine nicht zu rechtfertigende Sonderregelung geschaffen werden.

Die Möglichkeit einer Klageänderung unter bestimmten Voraussetzungen kann zwar in bestimmten Fällen der Vermeidung neuer Prozesse dienen. Deshalb erlaubt § 91 Abs. 1 VwGO auch aus Gründen der Verfahrensökonomie gewisse Umstellungen des Streitgegenstandes. Für eine darüber hinausgehende Regelung für gerichtliche Asylverfahren besteht aber weder ein Bedarf, noch wäre eine solche sinnvoll.

§ 91 VwGO will die übrigen Prozessbeteiligten vor einer willkürlichen Veränderung des Streitgegenstandes schützen.¹⁹ Eine Abweichung hiervon für Asylantragsteller ist nicht zu rechtfertigen und erscheint willkürlich.

Nicht ohne Grund bestehen teilweise bei den Verwaltungsgerichten sogar unterschiedliche Kammerzuständigkeiten für die Überprüfung inhaltlicher Ablehnungsbescheide des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge und für die Überprüfung von Entscheidungen des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, mit welchen Asylanträge beispielsweise gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1a AsylG in Dublin-Verfahren als unzulässig abgelehnt werden. Der Hintergrund ist, dass Kammern gebildet werden können, welche nur inhaltlich zu bestimmten eng umgrenzten Herkunftsländern entscheiden. Diese Kammern können sich für gewisse Herkunftsstaaten eine besondere Expertise aneignen und so die Verfahren

¹⁸ BeckOK VwGO/Wolff, 50. Ed. 1.1.2019, VwGO § 91 Rn. 1; Schoch/Schneider/Bier/Ortloff/Riese, 36. EL Februar 2019, VwGO § 91 Rn. 1.

¹⁹ OVG Münster NVwZ-RR 1996, 623; BeckOK VwGO/Wolff, 50. Ed. 1.1.2019, VwGO, § 91 Rn 1.

prozessökonomisch führen. Dies wäre mit der geplanten Neuregelung nicht mehr möglich. Die geplante Regelung würde also nicht dazu führen, die Verwaltungsgerichte zu entlasten.

VII. § 78 Abs. 8 AsylG-E

Der Deutsche Anwaltverein lehnt es weiterhin ab, dem Bundesverwaltungsgericht eine Tatsachenfeststellungs- und Tatsachenwürdigungskompetenz zuzuweisen. Dem Vorschlag unter Art. 1 Nr. 12, § 78 AsylG einen neuen Abs. 8 anzufügen, kann nicht gefolgt werden.

Der Entwurf sieht für § 78 Abs. 8 AsylG-E folgenden Wortlaut vor (Nummerierung der Sätze von den Verfassern der Stellungnahme):

„(8) [Satz 1] Gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht abweichend von § 132 Absatz 1 und § 137 Absatz 1 VwGO auch zu, wenn das Oberverwaltungsgericht

- 1. in der Beurteilung der allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevanten Lage in einem Zielstaat von deren Beurteilung durch ein anderes Oberverwaltungsgericht oder durch das Bundesverwaltungsgericht abweicht und*
- 2. die Revision deswegen zugelassen hat.*

[Satz 2] Eine Nichtzulassungsbeschwerde kann auf diesen Zulassungsgrund nicht gestützt werden. [Satz 3] Die Revision ist beschränkt auf die Beurteilung der allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevanten Lage in einem Zielstaat. [Satz 4] In dem hierfür erforderlichen Umfang ist das Bundesverwaltungsgericht abweichend von § 137 Absatz 2 VwGO nicht an die in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden. [Satz 5] Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt für die Beurteilung der allgemeinen Lage diejenigen zielstaatsbezogenen Erkenntnisse, die von den in Satz 1 Nummer 1 genannten Gerichten verwertet worden sind, die ihm zum Zeitpunkt seiner mündlichen Verhandlung oder Entscheidung (§ 77 Absatz 1 AsylG) von den Beteiligten vorgelegt oder die von ihm beigezogen oder erhoben worden sind. [Satz 6] Eine weitere

Tatsachenermittlung oder Sachaufklärung zur allgemeinen Lage oder zu den individuellen Schutzgründen findet abweichend von § 86 Absatz 1 VwGO nicht statt. [Satz 7] Eine Beweiserhebung ist abweichend von § 86 Absatz 2, § 96 Absatz 1, § 89 VwGO i.V.m. §§ 358 bis 444 und 450 bis 494 der Zivilprozessordnung ausgeschlossen. [Satz 8] Eine Anschlussrevision nach § 141 VwGO in Verbindung mit § 127 VwGO kann nur auf die in Satz 1 Nummer 1 und die in § 137 Absatz 1 VwGO genannten Gründe gestützt werden.“

Im Entwurf wird zur Begründung ausgeführt:

„Durch die Regelung wird die Revisionsmöglichkeit in Asylsachen vor dem Bundesverwaltungsgericht über Rechtsfragen hinaus auch für asyl-, abschiebungs- und überstellungsrelevante Tatsachenfragen erweitert.

Bislang ist es dem Bundesverwaltungsgericht durch die Bindung an die Tatsachenwürdigung und -feststellungen der Vorinstanz untersagt, eine höchstrichterliche Würdigung von asyl-, abschiebungs- und überstellungsrelevante Tatsachenfragen vorzunehmen. Dieses Fehlen einer höchstrichterlichen Tatsachenwürdigungskompetenz führt zu einer Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung. Dies wiederum wird in großem Ausmaß von Asylantragstellern zum Anlass genommen, unter Berufung auf die jeweils ihnen günstige oberverwaltungsgerichtliche Tatsachenwürdigung den Klageweg zu beschreiten. Dies trägt zur großen Zahl der Klagen in Asylsachen bei. Die Gesetzesänderung wird dem entgegenwirken. Denn durch die höchstrichterliche Klärung der entsprechenden Tatsachenfragen in Fällen der Divergenz wird den Asylantragstellern frühzeitig eine realistische Einschätzung der Erfolgsaussichten ihres Klageverfahrens ermöglicht. Zudem dient die Regelung der Vereinheitlichung der Rechtsprechung in Asylsachen und schafft Rechtsklarheit für das BAMF, was zu einer Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren und damit zu einer Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit führen wird.

Die Regelung ermöglicht dabei eine instanzenabschließende Entscheidung in den jeweiligen Verfahren.

Der Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde soll eine ansonsten drohende zusätzliche Belastung des Bundesverwaltungsgerichts verhindern und die Konzentration auf Tatsachenfragen von fallübergreifender Bedeutung sicherstellen.

Durch die in Satz 1 dargelegte und durch Satz 6 bekräftigte Beschränkung des Prüfumfangs auf Tatsachen, die die asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevante Lage im Zielstaat betreffen, achtet die Regelung die primäre Tatsachenwürdigungskompetenz der Oberverwaltungsgerichte und verhindert, dass das Bundesverwaltungsgericht weitere regelmäßig zeitaufwändige Tatsachenermittlungen zu betreiben hat.

Die Vorgaben des § 144 VwGO zu Form, Inhalt und Folgen der revisionsgerichtlichen Entscheidungen gelten auch für die erweiterte Revisionsmöglichkeit bezüglich asyl-, abschiebungs- und überstellungsrelevante Tatsachenfragen. Dies gilt insbesondere für die Regelungen zur Möglichkeit der Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Oberverwaltungsgerichte.“

Der Deutsche Anwaltverein hat bereits in seiner Stellungnahme Nr. 39/18 vom August 2018 die Einführung einer „Tatsachenrevision“ abgelehnt. Er hat dabei u.a. kritisiert, dass

- statt einer Angleichung des Rechtsmittelrechts im Asylverfahren an das allgemeine Verwaltungsprozessrecht weiteres Sonderrecht für Asylverfahren geschaffen wird,
- durch die Pauschalisierung der Tatsachenfeststellungen die große Gefahr einer Verkürzung des Individualrechtsschutzes besteht,
- um die Reichweite der einzelnen Festlegungen des Bundesverwaltungsgerichts stets gestritten werden müsste,
- es einen Mechanismus geben muss, bei veränderter Sachlage Änderungen bzw. die Aufhebung der bundesgerichtlichen Entscheidung rasch herbeizuführen, und
- der Vorschlag hochkomplexe Fragen aufwirft, die einer Beschleunigung des Asylverfahrens entgegenstehen.

An dieser Kritik hält der Deutsche Anwaltverein ausdrücklich fest. Die jetzt vorgeschlagene Regelung führt nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins weder zu einer Verringerung der Klagen noch zu einer spürbaren Vereinheitlichung der Rechtsprechung noch zu einer Vereinfachung oder gar Beschleunigung der Asylverfahren und schon gar nicht zu einer Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Im Gegenteil: Sie ist hoch komplex und wirft zahlreiche rechtliche Zweifelsfragen auf,

sodass im Hinblick auf die fachgerichtliche erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts eine Reihe von Verfassungsbeschwerden zu erwarten sind. Sie widerspricht außerdem zentralen Grundsätzen unserer Rechtsordnung. Mit ihr wird weiteres Sonderrecht im gerichtlichen Asylverfahren geschaffen.

1.

- a) Mit dem Verbot „weiterer Tatsachenermittlung“ (Satz 6) und dem Verbot einer Beweiserhebung (Satz 7) wird trotz Zuweisung einer Tatsachenfeststellungs- und Tatsachenwürdigungskompetenz die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes ausgerechnet für die höchste fachgerichtliche Instanz eingeschränkt.

Der in § 86 VwGO einfachgesetzlich geregelte Untersuchungsgrundsatz gibt wegen des bestehenden öffentlichen Interesses an der Richtigkeit der Entscheidung dem Gericht die Klärung des Sachverhalts von Amts wegen auf. In Fällen, in denen es z.B. um die Beurteilung der Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK in einem Drittstaat geht, kommt der verfahrensrechtlichen Sachaufklärungspflicht (§ 86 Abs. 1 VwGO) verfassungsrechtliches Gewicht zu.²⁰ Die Erforschung des Sachverhalts ist unabdingbare Voraussetzung der richterlichen Überzeugungsbildung gem. § 108 VwGO. Der Untersuchungsgrundsatz ist zugleich Folge des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG und, soweit in der zu entscheidenden Sache Grundrechte betroffen sind, auch aus diesen Grundrechten. Zudem ist die Verpflichtung zur Sachverhaltsermittlung Folge des Rechts, Beweisanträge zu stellen, und des Anspruchs, auf deren Berücksichtigung durch das Gericht, Art. 103 Abs. 1 GG, sowie auch insoweit aus den in der Sache betroffenen materiellen Grundrechten.²¹ Bei der Sachaufklärung ist das Gericht verpflichtet, alle vernünftigerweise zu Gebote stehenden Aufklärungsmöglichkeiten bis zur Grenze der Zumutbarkeit auszuschöpfen.²²

Die nach dem Referentenentwurf dem Bundesverwaltungsgericht zugewiesene Verfahrensweise widerspricht in der vorgesehenen Ausgestaltung diesen

²⁰ BVerfG, B. v. 4.5.2018 – 2 BvR 632/18, Rn. 38.

²¹ So fast wörtlich Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 86 Rn. 1 ff; allgemeine Auffassung.

²² BVerfG, Urt. v. 28.7.2011 – 2 C 28.10 Rn 24; Kopp/Schenke, aaO., Rn. 5.

Grundsätzen offensichtlich. Die Sachaufklärungspflicht wird Beschränkungen unterworfen, die ihre verfahrensrechtliche und verfassungsrechtliche Funktion aushebeln.

Zwar soll das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der allgemeinen Lage gemäß Satz 5 diejenigen zielstaatsbezogenen Erkenntnisse berücksichtigen, die von den in Satz 1 Nummer 1 genannten Gerichten verwertet worden sind, die ihm zum Zeitpunkt seiner mündlichen Verhandlung oder Entscheidung (§ 77 Absatz 1 AsylG) von den Beteiligten vorgelegt oder die von ihm beigezogen oder erhoben worden sind.

Das Bundesverwaltungsgericht soll mithin das Recht behalten, noch bis in die mündliche Verhandlung oder bis zu seiner Entscheidung Erkenntnisse wahrzunehmen, die der Betroffene vorbringt. Schon damit werden system- und zweckwidrig wesentliche Teile der Sachaufklärung den Parteien aufgebürdet. Das Gericht soll zudem nach dem Referentenentwurf keine Möglichkeit haben, weitere Tatsachen zu ermitteln oder Beweis zu erheben. Zwar schließt Satz 5 die Beiziehung oder Erhebung von Erkenntnissen seitens des Bundesverwaltungsgerichts nicht aus. Es bleibt aber unklar, was unter „erheben“ zu verstehen ist, wenn eine Beweiserhebung nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Satz 7 ausgeschlossen sein soll.

Unklar ist außerdem die unbestimmte Festlegung in Satz 4 der vorgeschlagenen Regelung. Danach soll das Bundesverwaltungsgericht in dem „hierfür erforderlichen Umfang“ nicht an die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts gebunden sein. Es stellt sich die Frage, wie weit das Bundesverwaltungsgericht in die Feststellungen des Berufungsgerichts eingreifen darf, insbesondere, ob es beiläufig Fragen klären darf, die sich im gegebenen Fall so gar nicht stellen.

Entgegen der ratio des Referentenentwurfs werden dem Bundesverwaltungsgericht entscheidende Möglichkeiten vorenthalten, Zweifelsfragen im Tatsachenbereich selbst zu klären. Eine derartige Klärungsmöglichkeit wäre – wenn man schon eine Tatsachenkompetenz des Bundesverwaltungsgerichts einführen wollte – in den hier zu regelnden Konstellationen unverzichtbar. Denn in Verfahren, die Gegenstand einer Tatsachenrevision sein sollen, sind gerade die Tatsachenfeststellung und Tatsachenwürdigung hoch umstritten. Ansonsten würde eine Regelung wie die

vorgeschlagene weder einer Beschleunigung des Asylverfahrens noch einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung dienen, sondern wäre im Gegenteil kontraproduktiv, weil es nur den falschen Schein einer in Wirklichkeit nicht erfolgten abschließenden Klärung begründete.

Besonders problematisch sind Konstellationen, in denen nach der Entscheidung des OVG bzw. VGH Tatsachen neu entstehen oder neu bekannt werden und deshalb die Bewertung der Sicherheitslage aufgrund neuer Entwicklungen zwangsläufig dynamisch ist. Dann ist vorprogrammiert, dass zum stets gleichen Komplex immer wieder neue Zweifelsfragen aufgeworfen werden, wie dies insbesondere bei Herkunftsstaaten mit volatiler Sicherheitslage an der Tagesordnung ist. Ausgerechnet in diesen Fällen soll das Bundesverwaltungsgericht nach dem Referentenentwurf die neue Lage nicht umfassend ermitteln, feststellen und würdigen dürfen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 4.7.2019 – 1 C 38.17 – erst jüngst wieder die Pflichten des Tatsachengerichts unmissverständlich dargestellt. In Rn 17 heißt es:

„In dem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verwaltungsprozess ist es Aufgabe des Tatsachengerichts, den maßgeblichen Sachverhalt zu ermitteln, dazu von Amts wegen die erforderliche Sachverhaltsaufklärung zu betreiben und sich eine eigene Überzeugung zu bilden (§ 86 Abs. 1 Satz 1, § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Auch die in Asylverfahren gesteigerten Mitwirkungspflichten (§§ 15 und 25 AsylG) entbinden das Gericht nicht von seiner Aufklärungspflicht, um sich so die für seine Entscheidung gebotene Überzeugungsgewissheit zu verschaffen. Hierzu muss es die Prognosetatsachen ermitteln, diese im Rahmen einer Gesamtschau bewerten und sich auf dieser Grundlage eine Überzeugung bilden.“

Und in Rn 18 stellt das Bundesverwaltungsgericht klar, dass diese Anforderungen auch hinsichtlich der in die Gefahrenprognose einzustellenden allgemeinen Erkenntnisse gelten.

Darin spiegelt sich die Rechtsprechung des BVerfG, nach der es zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes insbesondere gehört, dass dem Richter eine hinreichende Prüfungsbefugnis hinsichtlich der tatsächlichen und

rechtlichen Seite eines Streitfalls zukommt.²³ Das Gericht muss die tatsächlichen Grundlagen seiner Entscheidung selbst ermitteln; hierzu muss es genügend Entscheidungsbefugnisse besitzen.²⁴

Es liegt damit auf der Hand, dass die vorgeschlagene Regelung dem öffentlichen Interesse an einer richtigen Entscheidung nicht gerecht werden kann. Eine richterliche Überzeugungsbildung kann unter diesen Umständen nicht fehlerfrei erfolgen. Die mit der Regelung erhoffte Befriedungswirkung wird sich schon deshalb nicht im erwarteten Umfang einstellen.

- b) Nach der – vom Deutschen Anwaltverein für verfehlt gehaltenen – Konzeption des Referentenentwurfs ist eine „abschließende“ bzw. endgültige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im tatsächlichen Bereich erwünscht. Ein Sachverhaltsermittlungsverbot oder gar ein Beweiserhebungsverbot schwächen jedoch die Wirkkraft einer Entscheidung erheblich. Eine Entscheidung auf der Grundlage des Referentenentwurfs könnte allenfalls den gefährlichen falschen Schein oder gar die Fiktion einer abschließenden und zutreffenden Lagebeurteilung erwecken.

Die vorgeschlagene Regelung lässt im Übrigen nicht erkennen, wie eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts andere Gerichte binden könnte. Diese bleiben von vornherein weiterhin gehalten, den Sachverhalt umfassend aufzuklären und gleichsam tagesaktuell zu ermitteln. Das gilt gerade für Staaten mit volatiler Sicherheitslage. Daran kann und darf kein dictum des Bundesverwaltungsgerichts etwas ändern.

- c) Aus diesen Gründen ist nicht damit zu rechnen, dass eine Tatsachenentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur allgemeinen Klärung einer Tatsachenfrage führt, die eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung bewirken könnte. Es wird – gerade in Konstellationen volatiler Sicherheitslagen – deshalb auch nicht zu dem erhofften generalpräventivem

²³ BVerfG, Urt. v. 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04, Rn. 101 ff (Europ. Haftbefehl), B. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1550/03 ua, Rn. 117 (Abruf von Kontendaten).

²⁴ BVerfG, B. v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, Rn. 68 (Vorlage der Verwaltungsvorgänge an das Gericht); BVerfG, B. v. 4.5.2018 – 2 BvR 632/18, Rn. 38 ff (Sachaufklärungspflicht); Marx, AsylG, 10. Aufl. 2019, § 78 Rn 20 ff.

Effekt einer „realistischen Einschätzung der Erfolgsaussichten einer Klage“ kommen können.

Der Deutsche Anwaltverein unterstreicht erneut, dass der beste Weg zu größtmöglicher Vereinheitlichung der Rechtsprechung über die Angleichung der Rechtsmittel im Asylverfahren an die Regelungen der VwGO führt.

- d) Unbestreitbar bleibt, dass der Aufwand, den das Bundesverwaltungsgericht betreiben müsste, erheblich wäre.²⁵ Er führte zu einer weiteren Belastung des ohnehin schon stark in Anspruch genommenen Gerichts²⁶ und damit letztlich zu Verfahrensverlängerungen. Dies wäre nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins die verfassungsrechtlich gebotene Konsequenz, wenn man – systemwidrig – eine Tatsachenfeststellungskompetenz will. Die zum Vorbild genommene Regelung des Vereinigten Königreichs setzt im Übrigen ausdrücklich voraus, dass bei sogenannten country guidance Entscheidungen das Gericht selbst Beweis erheben kann, z.B. durch Einholung umfassender Gutachten.²⁷

Allenfalls könnte man diskutieren, dass eine Rückverweisung an das OVG bzw. den VGH zu erfolgen hat. Aber auch dann rücken Beschleunigung des Asylverfahrens und Vereinheitlichung der Rechtsprechung in weite Ferne.

2.

Aus Sicht des Betroffenen stellen sich Ermittlungs- und Beweiserhebungsverbot als Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

Der Betroffene kann zwar noch bis in die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht oder bis zur Entscheidung neue Erkenntnisse in das Verfahren vorbringen. Er soll jedoch nach dem Referentenentwurf keine Möglichkeit haben, weitere Tatsachenermittlung oder eine Beweiserhebung zu erzwingen. Dies ist besonders in den Konstellationen, in denen nach der Entscheidung des OVG bzw.

²⁵ *Münch*, Reuige Rückkehr zum allgemeinen Verwaltungsprozessrecht? Zur aktuellen Diskussion über Rechtsmittel im Asylverfahren., ZRP 2018, 193, 195.

²⁶ Zur Geschäftslage des Bundesverwaltungsgerichts im Jahre 2018 siehe Pressemitteilung 20/2019, www.bverwg.de.

²⁷ Das UK Upper Tribunal erhebt übrigens selbst Beweis, siehe z.B. Entscheidung vom 16.4.2018 AS (Safety of Kabul) Afghanistan CG [2018] UKUT 00118 (IAC) <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=printdoc&docid=5ad638104>. Zum britischen System vertiefend Lukas Mitsch, Wissen im Asylprozess, Die Verwaltung 2017, 537ff.

VGH Tatsachen neu entstehen und neue Zweifelsfragen aufwerfen, nicht hinnehmbar. Es muss jedenfalls vermieden werden, dass die erzwungen mangelhafte Sachverhaltsermittlung zu einer Entscheidung allein auf der Grundlage der jeweiligen Darlegungslast und damit in aller Regel zu Lasten des Betroffenen führt.

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nach allgemeiner Meinung vor, wenn ein ordnungsgemäß gestellter Beweisantrag in einer der Prozessordnung widersprechender Weise abgelehnt wird. Untersagt aber die Prozessordnung abweichend von den verfassungsrechtlich fundierten Grundsätzen, die für die ersten beiden Instanzen gelten, jede Möglichkeit einer Beweiserhebung, so verletzt bereits dies von vornherein den Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör. Denn das grundsätzliche Recht, Beweisanträge zu stellen, konkretisiert die Rolle der Partei und ihres Rechts auf rechtliches Gehör, nämlich aktiv an der Sachverhaltsfeststellung im Verfahren Teil zu haben.²⁸ Diese Position wird durch die vollständige Versagung des Beweisantragsrechts in ihrem Kern getroffen. Es ist dann evident, dass der Betroffene nicht verfassungsgemäß gehört werden kann.

3.

Unabhängig davon kann – wie bereits ausgeführt – Rechtsschutz, bei dem einem zur Tatsachenfeststellung und Tatsachenwürdigung berufenen Gericht weitere Tatsachenermittlung oder eine Beweiserhebung verwehrt ist, nicht effektiv sein.

Dies gilt insbesondere für die Berücksichtigung „gleichsam tagesaktueller“ Erkenntnisse, wie das das Bundesverfassungsgericht mehrfach entschieden hat.²⁹ Der entsprechende Auszug aus dem Beschluss vom 25.4.2019 – 2 BvR 2435/17 führt in Rn. 34 aus:

„Zum anderen kann von einer gefestigten obergerichtlichen Rechtsprechung auch deswegen nicht gesprochen werden, weil die Verwaltungsgerichte bei einem Land, das – wie Afghanistan – aufgrund der Dynamik des dort herrschenden Konflikts von einer äußerst volatilen und zudem regional sehr unterschiedlichen Sicherheitslage geprägt ist und in dem wegen einer stetigen Verschlechterung der Sicherheitslage in den letzten zwei Jahren die Gefahr besteht, dass die Schwelle des

²⁸ BVerfG, B. v. 9.7.1980 – 2 BvR 701/08 = BVerfGE 55, S. 1; BVerwG, B. v. 17.9.2019 – 1 B 43.19.

²⁹ Bereits in der DAV-Stellungnahme Nr. 39/18 wiedergegeben, wegen der hohen Bedeutung noch einmal abgedruckt; einschränkend *Naumann*, „Tagesaktuelle“ Erfassung bei volatilen Herkunftsstaaten, Asylmagazin 2019, 300 ff.

§ 4 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 3 AsylG überschritten sein könnte, verpflichtet sind, sich laufend über die tatsächlichen Entwicklungen zu unterrichten und nur auf der Grundlage aktueller Erkenntnisse zu entscheiden (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 27. März 2017 - 2 BvR 681/17 -, juris, Rn. 11 und Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 21. April 2016 - 2 BvR 273/16 -, juris, Rn. 11). Besteht aber eine Pflicht zu einer gleichsam „tagesaktuellen“ Erfassung und Bewertung der entscheidungsrelevanten Tatsachengrundlage, kann sich schon aufgrund der in zeitlicher Hinsicht nur begrenzten Belastbarkeit der Tatsachenfeststellungen eine gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung, die die Abweisung der Klage auf Zuerkennung subsidiären Schutzes als offensichtlich unbegründet rechtfertigen könnte, nicht sicher herausbilden. Dies gilt umso mehr, als die Beurteilung, ob eine ernsthafte individuelle Gefahr für Leib und Unversehrtheit im Rahmen eines innerstaatlichen Konflikts vorliegt, nach der - verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden - fachgerichtlichen Rechtsprechung neben den tatsächlichen Feststellungen zu etwaigen gefahrerhöhenden Umständen in der Person des Betroffenen auch stets umfangreiche und komplexe tatsächliche Feststellungen im Hinblick auf das Niveau willkürlicher Gewalt beziehungsweise die Gefahrendichte für die Zivilbevölkerung erfordert. Im Rahmen der jeweils gebotenen wertenden Gesamtbetrachtung kann aber schon bei Veränderung nur eines der maßgeblichen Tatsachenkomplexe eine rechtliche Neubewertung der Gefahrenverdichtung insgesamt veranlasst sein.“

Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins darf es aber bei einer schlichten „Berücksichtigung“ jedenfalls dann nicht bleiben, wenn weitere Tatsachenermittlung oder eine Beweiserhebung eine dem non liquet ähnlichen Situation vermeiden könnte, die sich zu Lasten des Betroffenen auswirken würde.

Dem entsprechen auch die unionsrechtlichen Festlegungen, nach denen vorausgesetzt wird, dass die allgemeinen Informationen aktuell sein müssen. So wird in Art. 4 Abs. 3 lit. a der Qualifikationsrichtlinie geregelt, dass alle mit dem Herkunftsland verbundenen Tatsachen berücksichtigt werden müssen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag relevant sind. Das setzt ohne weiteres voraus, dass sich das Gericht über die aktuell relevanten Tatsachen kundig macht. Gemäß Art. 10 Abs. 3 AsylVerfRL stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass genaue und aktuelle Informationen aus verschiedenen Quellen, wie etwa EASO und UNHCR sowie einschlägigen internationalen Menschenrechtsorganisationen, eingeholt werden, die Aufschluss geben über die allgemeine Lage in den Herkunftsstaaten

(lit. b). Sie stellen ebenfalls sicher, dass die für die Prüfung und Entscheidung der Anträge zuständigen Bediensteten die Möglichkeit erhalten, in bestimmten, unter anderem medizinischen, kulturellen, religiösen, kinder- oder geschlechtsspezifischen Fragen, den Rat von sachverständigen einzuholen, wann immer das erforderlich ist (Art. 10 Abs. 3 lit. d). Und gemäß Art. 46 AsylVerfRL muss sichergestellt sein, dass Antragsteller ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor Gericht haben.

4.

Unter der Voraussetzung, dass das Bundesverwaltungsgericht zu einer weiteren Tatsacheninstanz wird, ist nicht einsehbar, weshalb eine Tatsachenrevision nur auf Zulassung durch OVG/VGH möglich sein sollte. Auch der Betroffene müsste in der fraglichen Konstellation die Möglichkeit einer Tatsachenrevision haben.

5.

Dem allem steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 19 Abs. 4 GG nicht die Gewährleistung eines bestimmten Instanzenzuges erfordert. Denn wird ein Instanzenzug vom Gesetzgeber geschaffen, muss er in seiner Ausgestaltung den aus Art. 19 Abs. 4 GG sowie aus dem weiteren Verfassungsrecht folgenden Grundlagen entsprechen, also insbesondere auch einen wirksamen Rechtsbehelf für die Partei darstellen.³⁰ Den damit vorgegebenen Rahmen überschreitet der Entwurf, indem er den Rechtsbehelf so gestalten will, dass dieser, wie ausgeführt, schon aufgrund der vorgesehenen, systematischen Einschränkung der Sachverhaltsaufklärung nicht mehr als wirksamer Rechtsbehelf fungieren könnte.

³⁰ BVerfG, B. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82 – BVerfGE 65, S. 76, NJW 1983, 2929 und BVerfG, B. v. 7.7.1992 – 2 BvR 1631/90 und 1728/90 – BVerfGE 87 S. 48, NVwZ 1992, 1182.

VIII. § 29 Deutsches Richtergesetz (DRiG)

Der Änderungsvorschlag des Entwurfes zu § 29 DRiG lautet:

§ 29 Besetzung der Gerichte mit Richtern auf Probe, Richtern kraft Auftrags und abgeordneten Richtern

(1) Bei einer gerichtlichen Entscheidung darf nicht mehr als ein Richter auf Probe oder ein Richter kraft Auftrags oder ein abgeordneter Richter mitwirken. Er muss als solcher in dem Geschäftsverteilungsplan kenntlich gemacht werden.

(2) Abweichend von Absatz 1 dürfen bei Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei einer gerichtlichen Entscheidung nicht mehr als insgesamt zwei Richter auf Probe oder Richter kraft Auftrags oder abgeordnete Richter mitwirken. Sie müssen als solche in dem Geschäftsverteilungsplan kenntlich gemacht werden.

§ 29 DRiG in der aktuellen Fassung lautet:

Bei einer gerichtlichen Entscheidung darf nicht mehr als ein Richter auf Probe oder ein Richter kraft Auftrags oder ein abgeordneter Richter mitwirken.

Das Ziel der schnellen Abarbeitung der Verfahren darf nicht zulasten der Qualität der Urteile erreicht werden. Der Deutsche Anwaltverein steht deswegen einer entscheidungserheblichen Mitwirkung an Asylklageverfahren von Richtern auf Probe, Richtern kraft Auftrags und abgeordneten Richtern sehr kritisch gegenüber.

Das Asyl- und Aufenthaltsrecht spielt in der juristischen Ausbildung, trotz seiner praktischen Relevanz, keinerlei Rolle. Weder das Studium der Rechtswissenschaften noch das Referendariat sieht Bezüge zu diesem Rechtsgebiet vor. Neu eingestellte Richterinnen und Richter sind mit der Materie bislang nicht befasst gewesen. Schon aufgrund der zahlreichen Gesetzesänderungen der vergangenen Jahre kann die Komplexität des Rechtsgebietes nicht in Abrede gestellt werden.

Im Hinblick auf die persönliche Bedeutung der Verfahren für die einzelnen Kläger und Klägerinnen ist eine gute und fundierte Kenntnis der Sach- und Rechtslage zu verlangen. Letztlich geht es nicht selten um Leben und Tod, der einer Klagepartei im Falle einer Rückkehr ins Heimatland drohen kann.

Außerdem existieren, um eine Entscheidungskompetenz im Asyl- und Aufenthaltsrecht

zu erlangen, über die reinen Rechtskenntnisse hinausgehende Anforderungen. Dies können Länderkenntnisse oder Kenntnisse zur Bewertung von Aussagen schwer traumatisierter Personen sein

Richterinnen und Richter müssen sich mit den Gepflogenheiten, Traditionen und Gegebenheiten der jeweiligen Herkunftsländer auskennen. Nur so ist gewährleistet, dass diese die Schilderungen der Betroffenen angemessen einordnen und bewerten können.

Häufig dürften im Rahmen der Verfahren auch Fluchtgeschichten zur Sprache kommen, die sich als äußerst belastend für die Richterinnen und Richter darstellen. Der Umgang mit entsprechenden Schicksalen spielt in der Richterausbildung keine Rolle. Auch findet keine Schulung statt, wie Aussagen schwer traumatisierter Personen zu bewerten sind oder wie mit diesen Personen umzugehen ist.

Richterinnen und Richter auf Probe, kraft Auftrags und in Abordnung unterliegen zudem stärker als andere den Bewertungen der ihnen übergeordneten Richter und Richterinnen. Es dürfte ihnen vor diesem Hintergrund schwerer fallen, sich losgelöst von der innerhalb der Kammern bzw. des Gerichts gebildeten Rechtsprechung eine eigene Meinung zur Situation in den Herkunftsstaaten und der individuellen Situation der Kläger zu bilden. Dies widerspricht dem Grundsatz der Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung.