Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

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

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

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

15 2018

Seite 1–9
37. Jahrgang
1. August 2018

Vors. Richter am VG Professor Dr. Andreas Dietz*

Reformvorschläge zum Asylprozessrecht im Kontext der Flüchtlingskrise

Deutschland hat die Folgen der Flüchtlingskrise des Jahres 2015 längst nicht bewältigt – weder verwaltungstechnisch noch verwaltungsgerichtlich. In der Literatur, in Verbandsstellungnahmen und nun auch als Gesetzgebungsinitiative einiger Bundesländer werden Vorschläge unterbreitet, wie die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Asylprozessen verringert und diese Verfahren beschleunigt werden könnten. Der folgende Beitrag stellt die Vorschläge in ihren ausländer- und asylrechtlichen Rahmen, zeigt ihre begrenzte Wirkung auf und unterbreitet eigene Vorschläge insbesondere zur Entlastung der Verwaltungsgerichte erster Instanz.

I. Das Asylprozessrecht im Gesamtgefüge des Ausländer- und Asylrechts

Das für das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) geltende Asylverfahrensrecht – verstanden als spezifisch für diese Behörde geltendes Verfahrensrecht aus Asylgesetz und Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes – und das Asylprozessrecht – verstanden als für die Verwaltungsgerichtsbarkeit spezifisch in Asylprozessen geltendes Verfahrensrecht aus Asylgesetz und Verwaltungsgerichtsordnung – hängen eng miteinander zusammen, denn die Verwaltungsgerichte kontrollieren ihrem Auftrag aus Art. 19 IV GG entsprechend in ihren Asylprozessen (nahezu ausschließlich) die Entscheidungen des BAMF.[1] Letztlich tragen daher alle Entscheidungen des BAMF, welche den Asylantrag eines Asylbewerbers ganz oder teilweise ablehnen, das Potenzial zu einem nachfolgenden Asylprozess in sich, wenn der Asylbewerber hiergegen einen Rechtsbehelf ergreift.

Die hohen Zugangszahlen Schutzsuchender im Jahr 2015 haben zunächst zu einem rasanten Anstieg der Asylanträge und zeitlich versetzt auch der Asylentscheidungen beim BAMF geführt. Da ein Großteil ablehnender Asylentscheidungen vor den Verwaltungsgerichten auch angefochten und ein (stärkerer) Schutzstatus begehrt wird, verschiebt sich der Berg an Asylfällen des BAMF als Berg an Asylklagen hin zu den Verwaltungsgerichten.[2] Zeitlich versetzt werden die – gegebenenfalls erst nach einem Rechtsmittelverfahren – getroffenen Gerichtsentscheidungen zu einem Anstieg der von den Ausländerbehörden zu behandelnden Fälle führen, sei es durch Gewährung eines Aufenthaltsstatus, sei es durch Vollzug von Ausreiseentscheidungen per Abschiebung. Rechtsstreitigkeiten über Vollzugsfragen, insbesondere die Erfüllung der Voraussetzungen für einen Aufenthaltstitel oder über die Verhältnismäßigkeit einer Abschiebung, erreichen erneut die Verwaltungsgerichte – diesmal als ausländerrechtliche Rechtsbehelfe. In dieser Abfolge kommt der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine doppelte weil asyl- und ausländerrechtliche Schlüsselstellung zu. Vor diesem Hintergrund sollen nun die Reformvorschläge mit Blick besonders auf die Bedürfnisse der Verwaltungsgerichte als Eingangsinstanz der Asylprozesse diskutiert werden:

II. Die mögliche Entlastung durch Änderungen des Asylprozessrechts

Die bisher veröffentlichten Reformvorschläge zielen weit überwiegend darauf ab, die Verwaltungsgerichte als Eingangsinstanz nur indirekt zu entlasten. Ungeachtet ihrer Wirksamkeit für einzelne Verfahren dürfen die Erwartungen an diese Änderungen nicht zu hoch geschraubt werden: Jegliche Veränderungen an den Stellschrauben des Asylprozessrechts kurieren allenfalls die Symptome, aber nicht die Ursachen der Belastung der Verwaltungsgerichte. An der schieren

* Der *Verf.* ist Vorsitzender Richter am Bayerischen *VG Augsburg* und außerplanmäßiger Professor an der Universität Augsburg. Der Beitrag gibt seine private Meinung wieder.

1 Sonderfälle, in denen die Ausländerbehörden Asylverfahrensrecht vollziehen, zB bei der Zuweisung eines Wohnorts nach § 50 IV AsylG oder bei der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis nach § 61 II AsylG, werden zwar ebenfalls durch die Verwaltungsgerichte überprüft, sollen hier aber außer Betracht bleiben.

2 Vgl. *Rennert*, Änderungen des Asylrechts und Verbesserung der personellen und sachlichen Ausstattung der Verwaltungsgerichte dringend geboten, DVBl 2018, 401: Anstieg der Asylsachen bei den Verwaltungsgerichten seit dem Jahr 2014 von 45.000 auf ca. 400.000 im Jahr 2017.

Zahl der Asylsuchenden und damit der Asylkläger werden sie nichts ändern.[3] Die Ursache hierfür liegt in der Grenzöffnung im Herbst 2015 und der Hinnahme eines unerwartet starken, unkontrollierten und unregistrierten Zustroms Schutzsuchender in jenen Monaten. Statt die an den Außengrenzen der Europäischen Union gelegenen und mit dem Zustrom Schutzsuchender überforderten Mitgliedstaaten vor Ort tatkräftig zu unterstützen, grenznahe Auffanglager einzurichten und Schutzgesuche dort zu prüfen, bevor die Menschen überhaupt den inneren Schengenraum erreichten, ließen Deutschland und seine Nachbarstaaten die Schutzsuchenden herein, was bis in die fernen Winkel der Welt als Einladung verstanden wurde und den Zustrom zu einer nicht erwarteten Flüchtlingswelle anschwellen ließ.[4] Der politische Fehler lässt sich heute nicht mehr korrigieren, da etwa eineinhalb Mio. Schutzsuchende ungeachtet ihrer individuellen Schutzbedürftigkeit ins Bundesgebiet gelangt sind. Nicht Schutzbedürftige im Nachhinein wieder aus dem Bundesgebiet zu entfernen, erweist sich als behördlich kaum leistbare und hochgradig rechtsbehelfsträchtige Aufgabe:[5] Zum 30.9.2017 lebten in Deutschland rund 229.000 ausreisepflichtige Ausländer, darunter fast 60.000 ohne Aufenthaltsstatus,[6] knapp 30.000 Personen reisten im Jahr 2017 freiwillig aus und rund 24.000 Personen wurden mangels freiwilliger Befolgung ihrer Ausreisepflicht auch abgeschoben.[7] Es ist also schlicht die Gesamtzahl der Schutzsuchenden, die Behörden und Gerichte belastet und teilweise überlastet.

Art. 19 IV GG gewährleistet allen Schutzsuchenden effektiven Rechtsschutz, den ihnen auch Änderungen des Asylprozessrechts nicht vorenthalten dürfen. Die Reformvorschläge können folglich nur bereichsweise zu einfacheren Verfahren und schnelleren Entscheidungen verhelfen.

1. Die bisher fast fehlenden Reformvorschläge für die erste Instanz

Auffallend ist, dass sich die aktuellen Reformvorschläge nahezu ausschließlich im Bereich des Rechtsmittelrechts bewegen, aber nicht im Asylprozessrecht der ersten Instanz, obwohl hier durchaus Handlungsbedarf bestünde. Gerade mit geringen Änderungen ließen sich hier unnötige Verfahrensschritte einsparen:

a) *Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Richtern auf Probe, kraft Auftrags oder kraft Abordnung.* Ein veröffentlichter Vorschlag für die erste Instanz zielt auf die Änderung des § 29 DRiG, der es derzeit ausschließt, dass mehr als ein Richter auf Probe, kraft Auftrags oder kraft Abordnung an einer gerichtlichen Entscheidung mitwirken darf. Mit Blick auf die große Zahl von Neueinstellungen an Richterinnen und Richtern in der Verwaltungsgerichtsbarkeit solle eine effizientere Besetzung der Spruchkörper ermöglicht werden.[8] So erfreulich Neueinstellungen sind und die vorhandenen Kammern personell verstärken, sollte doch deutlich unterschieden werden zwischen der Besetzung der Kammern und der Besetzung der in ihnen gebildeten Spruchkörper: Es ist richterrechtlich und prozessrechtlich möglich, eine Kammer neben dem Vorsitzenden und einem Richter auf Lebenszeit auch mit zwei weiteren Richtern auf Probe, kraft Auftrags oder kraft Abordnung zu besetzen. Nach geltendem Recht sind aus einer Vierer-Besetzung aber zwei Spruchkörper zu bilden mit jeweils dem Vorsitzenden, einem Richter auf Lebenszeit und einem Richter auf Probe, kraft Auftrags oder kraft Abordnung. Dies dient der ausgewogenen Zusammensetzung des Spruchkörpers, der nicht von einem Lebenszeitrichter, dem Vorsitzenden, kraft seiner Berufserfahrung dominiert werden soll. Der zweite Richter auf Lebenszeit verfügt ebenfalls über langjährige Erfahrung und bildet ein Gegengewicht, das fehlen würde, wäre der Spruchkörper neben dem Vorsitzenden nur mit Richtern auf Probe, kraft Auftrags oder kraft Abordnung besetzt. An dieser bewährten Struktur sollte nicht ohne Not etwas geändert werden.

b) *Die Einführung des obligatorischen Einzelrichters im Asylprozess.* Bisher nicht diskutiert wurde, ob der derzeit regelmäßige Einsatz von Einzelrichtern nicht zum gesetzlichen Modell gemacht werden könnte, um durch Wegfall der Übertragungsbeschlüsse die erstinstanzlichen Gerichte zu entlasten:

Nach geltendem Recht soll die *Kammer* nach § 76 I AsylG in der Regel Rechtsstreitigkeiten nach dem Asylgesetz einem ihrer Mitglieder als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen, wenn nicht die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist oder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.

Diese Regel ist in der Praxis zum Standard geworden; die Übertragungen auf den Einzelrichter erfolgen durch Formblattbeschluss und in großer Zahl. Da der Einzelrichter aber nach § 76 III AsylG nach Anhörung der Beteiligten den Rechtsstreit auf die *Kammer* zurückübertragen kann, wenn sich aus einer wesentlichen Änderung der Prozesslage ergibt, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, ist gesichert, dass in grundsätzlich bedeutsamen Fällen die *Kammer* entscheidet. Sinnvoll wäre, der praktischen Handhabung an den Verwaltungsgerichten folgend die gesetzliche Übertragung umgekehrt zu regeln, so dass der Einzelrichter regelmäßig entscheidet unter Rückübertragungsvorbehalt. Auf diese Weise würde den Kammern und ihren Geschäftsstellen der Verwaltungsaufwand der serienmäßigen Einzelrichter-Übertragungsbeschlüsse erspart.

§ 76 AsylG könnte folgenden Wortlaut erhalten:[9]

„(1) In Streitigkeiten nach diesem Gesetz entscheidet ein Mitglied der Kammer als Einzelrichter. Der Einzelrichter überträgt den Rechtsstreit auf die Kammer, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder wenn er von der Rechtsprechung der Kammer abweichen will. Eine erneute Übertragung auf den Einzelrichter ist ausgeschlossen.

(2) Ein Richter auf Probe darf in den ersten sechs Monaten nach seiner Ernennung nicht Einzelrichter sein. In den ihm als Berichterstatter zugeteilten Verfahren entscheidet sein nach der Geschäftsverteilung bestimmter Vertreter als Einzelrichter."

c) *Die Anforderungen an ärztliche Gutachten im Asylprozess.* Weiterer Bedarf an Klarstellungen besteht im Verhältnis zwischen den Anforderungen an ärztliche Atteste hinsichtlich inlandsbezogener Abschiebungshindernisse in § 60 a II c AufenthG einerseits, die ausdrücklich geregelt sind und hinsichtlich zielstaatsbezogener Abschiebungsverbote in

3 Daten zu Asylerst- und Asylfolgeanträgen sowie Entscheidungsquoten im Jahresvergleich bei Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Schlüsselzahlen Asyl 2017, Stand Jan. 2018, www.bamf.de.

4 Eine Bewertung mit Blick auf Migrationsursachen, Auswahlkriterien der Zielländer aus Sicht der Zuwanderer sowie das Scheitern des Dublin-Systems bei *Luft*, Die Flüchtlingskrise, 2. Aufl. 2017, 43 f., 71 f., 75 f.

5 Zumal bei mangelnder politischer Unterstützung der Behörden in der Durchsetzung geltenden Rechts und in ihrer Auseinandersetzung mit anderen Akteuren in der öffentlichen Kommunikation, vgl. *Luft*, Die Flüchtlingskrise, 87 f., 98 ff.

6 Vgl. BT-Drs. 19/136, 53 ff.,

7 Vgl. BT-Drs. 19/800, 2 ff., 34, 58.

8 So Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen (BDVR), „Beschleunigung und Vereinheitlichung asylgerichtlicher Verfahren zur Sicherung zeitnahen qualitativ hochwertigen Rechtsschutzes", Stellungnahme v. 2.3.2018, 5 f., www.bdvr.de.

9 § 76 II AsylG könnte entfallen.

§ 60 VII 2 ff. AufenthG andererseits, die nicht ausdrücklich geregelt sind. Dies sorgt in der Praxis für erhebliche Rechtsunsicherheit, weil zB oft nicht ohne Weiteres abgrenzbar ist, ob eine im Inland entwickelte psychische Erkrankung ihre Ursache hier oder im Zielstaat hat. Hier unterschiedliche Anforderungen ohne sachlich rechtfertigenden Grund zu stellen, sorgt für unnötige Reibungsverluste in den Asylprozessen. Daher sollten die Anforderungen angeglichen werden, was ebenfalls die erstinstanzlichen Gerichte erheblich entlasten könnte.

Dazu sollte § 60 VII AufenthG um einen neuen Satz 2 ergänzt werden, die bisherigen Sätze 3–5 werden Sätze 4–6 nF: „§ 60 a II c gilt entsprechend."

§ 60 a II c AufenthG sollte um einen neuen Satz 4 ergänzt werden, der zur Klarstellung für Mediziner und Juristen im Inland – und für Beweiserhebungen im Ausland – die Terminologie standardisiert:

„Die Krankheit muss mit ihrem lateinischen Namen und der international üblichen Klassifizierung (ICD 10), Medikamente müssen mit der Angabe ihrer Wirkstoffe und diese mit ihrer international gebräuchlichen Bezeichnung aufgeführt sein."

Auf diese Weise können die inhaltlichen Anforderungen an medizinische Atteste vereinheitlicht werden. Angesichts der großen Zahl in Asylprozessen eingereichter Atteste ist es nicht Aufgabe des Gerichts, die Diagnosen zu entschlüsseln. Für etwaige Beweiserhebungen bezogen auf die Behandelbarkeit von Erkrankungen und die Verfügbarkeit von Medikamenten in Herkunftsstaaten sind zudem nähere international gebräuchliche Angaben erforderlich, insbesondere um allseits zeitraubende Rückfragen des Auswärtigen Amts bei den Verwaltungsgerichten oder dem Bundesamt zu verhindern.

d) *Die Verwendung fremdsprachiger Erkenntnismittel im Asylprozess.* Ungeklärt ist die Verwendung fremdsprachiger Erkenntnismittel im Asylprozess. Zunehmend werden von den Verwaltungsgerichten Auskünfte europäischer oder internationaler Institutionen zur Sachverhaltsaufklärung herangezogen;[10] auch die Beteiligten beziehen sich zunehmend auf fremdsprachige Quellen.

§ 77 III AsylG nF könnte dazu folgende Klarstellung treffen:

„Die Gerichtssprache ist auch in Streitigkeiten nach diesem Gesetz Deutsch (§ 184 des Gerichtsverfassungsgesetzes). Beruft sich ein Beteiligter auf fremdsprachige Urkunden, hat er eine deutsche Übersetzung einzureichen; anderenfalls kann das Gericht die Urkunden als unbehelflich zurückweisen. Das Gericht kann auf fremdsprachige Erkenntnismittel abstellen, wenn hierzu eine deutsche Übersetzung vorliegt oder das Gericht mit den Beteiligten den Inhalt in der mündlichen Verhandlung erörtert. Es kann weiter auf fremdsprachige Erkenntnismittel abstellen, soweit diese von einem Beteiligten in das Verfahren eingeführt worden sind, sich der andere Beteiligte darauf rügelos eingelassen hat und das Gericht dieser Sprache hinreichend mächtig ist."

Für Urkunden, die besondere Beweiskraft haben, bleibt es beim Erfordernis einer deutschen Übersetzung. Für Erkenntnismittel hingegen genügt die Verständlichkeit für die Beteiligten, die entweder vom VG durch Erörterung des Inhalts oder von den Beteiligten selbst durch Bezugnahme bestätigt wird.

e) *Die Entlastung von mündlichen Verhandlungen im Asylfolgeprozess.* Eine weitere Entlastung für die Verwaltungsgerichte könnte darin liegen, die Durchführung mündlicher Verhandlungen in Asylprozessen über Asylfolgeanträge zur Ausnahme zu machen.

§ 71 IX AsylG nF könnte folgende Neuregelung treffen:

„Das VG entscheidet über Klagen wegen abgelehnter Asylfolgeanträge ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Das VG kann zur Sachaufklärung eine mündliche Verhandlung durchführen; ein Anspruch hierauf besteht nicht."

Der grundsätzliche Ausschluss einer mündlichen Verhandlung über Klagen wegen abgelehnter Asylfolgeanträge ist gerechtfertigt, denn im Asylerstverfahren hat der Kläger zur Sachaufklärung nicht nur eine Anhörung beim Bundesamt gehabt, sondern im Fall einer Klage gegen eine ablehnende Entscheidung regelmäßig auch eine mündliche Verhandlung vor dem VG. Ob die Voraussetzungen des § 71 I AsylG vorliegen, lässt sich regelmäßig ohne eine weitere mündliche Verhandlung beurteilen; soweit ausnahmsweise doch eine mündliche Verhandlung erforderlich sein sollte, zB um die Glaubwürdigkeit des Asylfolgeklägers zu bewerten, kann das *VG* diese durchführen. Um Rechtsstreitigkeiten über diese Verfahrensfrage zu unterbinden, sollte auf die Durchführung kein Anspruch bestehen. Im Regelfall können die Verwaltungsgerichte also in Asylfolgeprozessen ohne den zeitlichen Aufwand einer weiteren mündlichen Verhandlung entscheiden, was die Asylfolgeprozesse beschleunigen wird.

2. Die Reformvorschläge für das Berufungs (zulassungs)recht

Die veröffentlichten Reformvorschläge betreffen im Rechtsmittelrecht zunächst das Berufungszulassungsverfahren. Mit einer dosierten Erleichterung des Zugangs zum Rechtsmittel soll unter Inkaufnahme einer Verlängerung eines einzelnen Verfahrens die ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung gefestigt und verdichtet werden, was Vorbildwirkung für die übrigen erstinstanzlichen Verfahren hätte und insgesamt die Verfahrenslaufzeiten dort verkürzte.[11]

a) *Die Einführung einer Berufungszulassungskompetenz des VG.* Ein Reformvorschlag der Länder Hamburg, Berlin, Brandenburg, Bremen zielt auf die Einführung einer Zulassungskompetenz des VG für die Berufung gegen seine Urteile in Anlehnung an § 124 und § 124 a VwGO. Hierbei soll dem VG in § 78 II AsylG nF eine Zulassungskompetenz für Fälle des § 78 III Nr. 1 und Nr. 2 AsylG, also Fälle von grundsätzlicher Bedeutung oder von Divergenz, eingeräumt werden. Die Zulassungskompetenz für Fälle erstinstanzlicher Verfahrensmängel iSd § 78 III Nr. 3 AsylG bliebe wie auch im regulären Berufungszulassungsrecht dem OVG vorbehalten.[12]

Als Begründung wird angeführt, die bislang auf das OVG beschränkte Berufungszulassungskompetenz im Asylprozessrecht befördere nicht mehr nur die damit angestrebte Verfahrensstraffung und -beschleunigung, sondern sie führe auch zu einem Mangel an obergerichtlicher Rechtsprechung, insbesondere an Leitentscheidungen, an denen sich die Verwaltungsgerichte orientieren könnten. Den Verwaltungsgerichten als Eingangsinstanz wird im Vergleich zu den Oberverwaltungsgerichten eine größere Sachnähe für die Bewertung der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtsfrage sowie vorhandener Divergenz zugesprochen, während das OVG sich mit einem Fall erst auf einen entsprechenden Zulassungsantrag hin und abhängig von der Qualität der anwaltlichen Darlegungen hierzu befassen kann. Bei unzureichender Darlegung oder Versäumung der Rechtsmittelfrist

10 ZB nur in Englisch verfügbare Dokumente des EASO (European Asylum Support Office) und der UNAMA (United Nations Assistance Mission Afghanistan).

11 Diese Erwartung äußert *Rennert*, DVBl 2018, 401 (402).

12 Vgl. Art. 1 Nr. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Verfahrensbeschleunigung durch die erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln, BR-Drs. 51/18, 1, 4.

könne es selbst bei objektiver Erfüllung der Anforderungen an eine grundsätzliche Bedeutung oder Divergenz nicht über den Fall entscheiden. Dem soll durch die Berufungszulassungskompetenz für Verwaltungsgerichte abgeholfen werden, um durch Leitentscheidungen die Bearbeitung der Asylverfahren einheitlicher, effektiver und schneller zu machen.[13]

Dieser Vorschlag führt das Asylprozessrecht vorsichtig wieder an das allgemeine Verwaltungsprozessrecht heran und orientiert sich an § 124 und § 124 a VwGO, ohne aber formell den Sonderstatus des im Asylgesetz statt in der Verwaltungsgerichtsordnung verankerten Asylprozessrechts zu ändern oder es materiell durch vollständige Übernahme des regulären Berufungszulassungsrechts anzugleichen. Die Auswirkungen lassen sich nicht belastbar abschätzen, denn auch im regulären Berufungszulassungsrecht hängt die Quote der erfolgreichen Zulassungsanträge weniger von der Zulassungsquote durch die Verwaltungsgerichte als vielmehr von der Strenge der Oberverwaltungsgerichte in der Handhabung der Darlegungserfordernisse ab. Je höher die Oberverwaltungsgerichte die Hürden für die Darlegung setzen, desto schwieriger sind sie zu nehmen und desto geringer ist die Quote erfolgreicher Zulassungsanträge. Kurz: Die Oberverwaltungsgerichte können in gewissem Umfang ihre Verfahrenszahl selbst regulieren. Dies ist die Konsequenz des Berufungszulassungsverfahrens mit seinem Darlegungserfordernis sowohl im regulären Verwaltungsprozess als auch im Asylprozessrecht, ohne dass diese Ursache in der Begründung des Reformvorschlags angesprochen wird. Insofern weist der Reformvorschlag Misstrauen gegenüber den Oberverwaltungsgerichten auf, das durch eine gegenläufige Berufungszulassungskompetenz der als sachnäher angesehenen Verwaltungsgerichte korrigiert werden soll. Ob diese Korrektur erfolgen wird, hinge dann von der Wahrnehmung der Zulassungskompetenz nicht mehr durch die Oberverwaltungsgerichte sondern durch die Verwaltungsgerichte ab.

Eine Alternative könnte darin liegen, den Oberverwaltungsgerichten eine Berufungszulassung auch dann zu ermöglichen, wenn die Darlegungen des Antragstellers nicht ausreichen, aber ein öffentliches Interesse an der Behandlung des Falls durch das OVG besteht.

Hierzu könnte § 78 III AsylG um einen weiteren Satz ergänzt werden:

„Das OVG kann die Berufung aus einem in Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 genannten Grund zulassen, auch wenn dieser zwar nicht hinreichend dargelegt ist, aber die Zulassung im öffentlichen Interesse liegt; ein Anspruch auf diese Zulassung besteht nicht."

Auf diese Weise bliebe die Berufungszulassungskompetenz im Sinne des bisherigen Asylprozessrechts bei den Oberverwaltungsgerichten konzentriert, würde aber um eine sachgerechte Ermessenszulassung ergänzt für Fälle, in denen eine Leitentscheidung erforderlich erscheint. Durch Ausschluss eines Anspruchs auf diese Zulassung wird eine Ausweitung der Rechtsbehelfe vermieden und der systematische Gleichklang mit dem regulären Berufungszulassungsrecht gesichert. Einer Abschaffung des Zulassungsverfahrens und darin des Darlegungserfordernisses – wie anderweitig für das allgemeine Verwaltungsprozessrecht gefordert[14]– bedürfte es hierzu nicht.

b) *Die Wiedereinführung einer Zurückverweisungskompetenz für das OVG.* Ein weiterer Reformvorschlag will das Zurückverweisungsverbot im Asylprozess beseitigen. Derzeit schließt § 79 II AsylG die Anwendung von § 130 II und III VwGO im Asylprozess aus, so dass ein OVG, hält es die Entscheidung des VG für falsch und hat das VG zB nicht über eine individuelle Verfolgung des Klägers entschieden, sondern zu Unrecht eine Gruppenverfolgung angenommen, diese nicht zur weiteren Sachaufklärung und Entscheidung zurückverweisen darf, sondern selbst die Einzelfallprüfung vornehmen muss.[15]

Für die Nachprüfung im Einzelfall sei aber nicht das OVG eingerichtet, sondern das VG. Gerade kleinere Oberverwaltungsgerichte würden mit Asylprozessen regelrecht verstopft.[16] Allerdings ist auch das OVG nach § 130 I VwGO Tatsachen- und nicht nur Rechtsinstanz,[17] so dass die Fähigkeit zur Prüfung der individuellen Klage keineswegs nur beim VG konzentriert ist. Um der misslichen Situation – der Bundesgesetzgeber wollte mit dem Ausschluss der Zurückverweisung ein Hin- und Herschieben der Rechtssache zwischen den Instanzen vermeiden und einen zügigen Verfahrensabschluss fördern,[18] aber nicht durch Überlastung des OVG die Verfahren in die Länge ziehen – Herr zu werden, käme eine asylspezifische Einschränkung des Zurückverweisungsverbots in Betracht.

§ 79 II AsylG könnte lauten:

„§ 130 II und III der Verwaltungsgerichtsordnung findet nur Anwendung, soweit das Verwaltungsgericht eine Gruppenverfolgung nach § 3 I Nr. 1 iVm § 3 b I Nr. 4 AsylG zu Unrecht angenommen und eine Prüfung einer individuellen Verfolgung nicht vorgenommen hat."

Auf diese Weise wäre der Bereich einer Zurückverweisung eng abgegrenzt und würde für die Verwaltungsgerichte einen Anreiz bieten, im Einzelfall nicht nur die Gruppen- sondern vorsorglich auch die Individualverfolgung zu prüfen, was allerdings einen Mehraufwand bedeutet, sollte das OVG nachfolgend ebenfalls eine Gruppenverfolgung bejahen.

3. Die Reformvorschläge für das Revisions (zulassungs)recht

Weitere Reformvorschläge betreffen im Rechtsmittelrecht auch das Rechtsmittelverfahren. Trotz der bereits im Asylprozessrecht eingeführten Sprungrevision nach § 78 VI AsylG wird bemängelt, dass das *BVerwG* im Revisionsverfahren – systemkonform mit dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht – nur über Rechts- und nicht über (grundsätzlich bedeutsame) Tatsachenfragen entscheiden kann.

a) *Die Einführung einer Tatsachenbeurteilungskompetenz im Revisionsverfahren.* Einem Vorschlag zu Folge soll das *BVerwG* abweichend vom allgemeinen Verwaltungsprozessrecht im Revisionsverfahren auch eine Prüfungskompetenz für die Beurteilung der allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevanten Lage in einem Zielstaat erhalten.[19] Den Beteiligten eines Berufungsverfahrens vor einem OVG soll die Revisionszulassung offenstehen, wenn das OVG in seiner Beurteilung von jener eines anderen OVG oder des *BVerwG* abweicht. Die Beteiligten können ihrerseits aber keine versagte Revisionszulassung auf diesen Zulassungsgrund stützen. Sachlich soll das *BVerwG* an die im angefochtenen Urteil getroffenen Tatsachenfeststellungen gebunden

13 Vgl. Begründung Teil A BR-Drs. 51/18, 3. Ebenso BDVR, Stellungnahme v. 2.3.2018 (o. Fn. 8), 2 f., www.bdvr.de.
14 Vgl. *Rennert*, Zur Reform des Rechtsmittelrechts in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 2017, 857 (860).
15 Vgl. *Rennert*, DVBl 2017, 857 (859); *ders.*, DVBl 2018, 401 (402).
16 Dies beklagt *Rennert*, DVBl 2018, 401 (402).
17 Wie hier auch *Rennert*, DVBl 2017, 857 (859).
18 Vgl. *Gärditz/Dietz*, VwGO, 2. Aufl. 2018, § 130 Rn. 3 aE
19 So BDVR, Stellungnahme v. 2.3.2018, 3 f., www.bdvr.de; zuvor *Berlit/Dörig*, Asylverfahren verbessern durch eine Tatsachenbewertungskompetenz des BVerwG im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen, NVwZ 2017, 1481 (1483).

sein, keine eigene Sachaufklärung vornehmen und nur die zum Zeitpunkt seiner mündlichen Verhandlung oder Entscheidung maßgeblichen Erkenntnisse zugrunde legen.[20] Alternativ zu dieser Erweiterung der Revisionsgründe werden ein gesondertes erweitertes Berufungsverfahren vor dem *BVerwG* oder ein Vorlageverfahren des *OVG* an das *BVerwG* jeweils für den Fall der (beabsichtigten) Abweichung eines OVG in der Beurteilung der allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevanten Lage in einem Zielstaat von jener eines anderen OVG vorgeschlagen.[21]

Dieser Vorschlag will dem *BVerwG* also eine Tatsachenbewertungskompetenz zuweisen, keine eigene Sachaufklärungskompetenz, dh selbst wenn die im im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren zugrunde gelegten Tatsachen für die revisionsgerichtliche Bewertung nicht ausreichten, dürfte das *BVerwG* nicht selbst ermitteln. Es dürfte nur die ermittelten Tatsachen bewerten oder anderenfalls das Urteil aufheben und die Rechtssache zurückverweisen (vgl. § 144 III 1 Nr. 2, S. 2 VwGO).

Abgesehen davon, dass eine solche Bewertungskompetenz gemessen an der Zweiteilung des Rechtsmittelrechts zwischen Sach- und Rechtsfragen klärender Berufung einerseits und auf reine Rechtsfragen beschränkter Revision andererseits[22] systemwidrig wäre, dürfte auch der materielle Wert für die nachgeordneten Instanzen aus asylspezifischen Gründen nicht allzu hoch veranschlagt werden:

Erstens ist das *BVerwG* – wie der Haupt-Reformvorschlag auch betont – nach § 77 I AsylG an die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. seiner Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gebunden. Dies gilt aber auch für die Verwaltungsgerichte und die Oberverwaltungsgerichte, die sich dem Reformvorschlag folgend an der Bewertung des *BVerwG* orientieren sollen. Sie stehen dann vor dem Dilemma, einerseits die Beurteilung des *BVerwG* und andererseits auch tagesaktuell zwischenzeitlich neu vorgetragene oder bekannt gewordene Tatsachen berücksichtigen zu müssen, so dass sich von Verfassungs wegen keine gesicherte obergerichtliche Rechtsprechung bilden könnte, wie das *BVerfG* erst jüngst betont hat.[23] Auf diese Weise verliert eine Leitentscheidung des *BVerwG* rasch an Aussagekraft. Anders als seine Beurteilung von Rechtsfragen, die bis zur Änderung seiner eigenen Rechtsprechung oder bis zur Änderung des Gesetzes durch den Gesetzgeber maßgeblich bleibt, ändert sich die Tatsachengrundlage für asylgerichtliche Entscheidungen laufend und entwertet jede gerichtliche Beurteilung einer notwendigerweise stichtagsbezogenen Sachlage. Ohne eine Art prozessuale oder materiell-rechtliche „Wertsicherungsklausel" würden auch solche Leitentscheidungen des *BVerwG* binnen Kürze ihren Wert verlieren. Der Entlastungseffekt für die nachgeordneten Ebenen der übrigen Verwaltungsgerichte bliebe daher aus.

Zweitens lässt der Reformvorschlag die Antwort darauf vermissen, wie ein durch die Leitentscheidungskompetenz des *BVerwG* ausgelöster Entscheidungsstau bei den nachgeordneten Verwaltungsgerichten vermieden werden kann. Stehen nach bisherigem Revisionsrecht Leitentscheidungen des *BVerwG* zu Rechtsfragen aus, neigen die Verwaltungsgerichte zu Recht dazu, Rechtsstreitigkeiten nach § 94 VwGO vorläufig auszusetzen, in denen es auf die in Leipzig entscheidungserhebliche Rechtsfrage ankommt, um nicht dem Revisionsgericht vorzugreifen. Die anhängigen Verfahren bleiben so lange ausgesetzt, bis die Entscheidungsgründe des *BVerwG* vorliegen und die offenen Fälle in seinem Sinne entschieden werden können. Dies verzögert zwar die Rechtsfindung im einzelnen Fall, sichert aber die Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Vergleichbar müssten die Verwaltungsgerichte analog § 94 VwGO auch Asylstreitigkeiten aussetzen, in denen es auf die dem *BVerwG* vorgelegte Beurteilung der allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevanten Lage in einem Zielstaat ankommt. Diese betreffen aber unter Umständen tausende Verfahren, so dass die Asylstreitigkeiten offenblieben und sich die Verfahren bei den Verwaltungsgerichten stauen würden. Eine zwischenzeitliche statistische „Erledigung" dort kaschierte nur den Zeitverlust, der einträte, wäre die Entscheidungstätigkeit der Verwaltungsgerichte in vergleichbaren Fällen quasi gehemmt. Ob der erhoffte Entlastungseffekt durch spätere Leitentscheidungen zur allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevanten Lage in einem Zielstaat die Verzögerungen in den nachgeordneten Instanzen bis zur Herbeiführung solcher Leitentscheidungen aufwöge, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden. Hinzu käme die zwangsläufige Gewährung von Prozesskostenhilfe nach § 166 VwGO iVm §§ 114 ff. ZPO in allen anhängigen Verfahren, da die Erfolgsaussichten noch hinreichend offen sind, bis das *BVerwG* seine Leitentscheidung getroffen hat. Die finanzielle Belastung der Länder sollte hier auch nicht unterschätzt werden.

b) *Die Einführung einer „Wertsicherungsklausel" für solche Leitentscheidungen.* Wie weit eine Leitentscheidung durch Zeitablauf nicht nur asylprozessrechtlich sondern auch tatsächlich in der Rechtsprechungsentwicklung entwertet würde, ist mangels prozessualer Erfahrungen in Deutschland offen. Gute Erfahrungen ausländischer Rechtsordnungen können hier nicht unbesehen auf das strukturell unterschiedliche deutsche Asylprozessrecht übertragen werden. Als „Wertsicherungsklausel" wäre erstens für das Asylklageverfahren notwendig, eine relative Verbindlichkeit der Leitentscheidung – eine absolute Verbindlichkeit würde der eigenständigen Prüfungskompetenz der Instanzgerichte nach § 77 I 1 AsylG widersprechen – einzuführen.

§ 77 I 2 AsylG nF (S. 2 aF würde S. 4 nF) könnte lauten (Ergänzung kursiv):

„Das Verwaltungsgericht folgt für die Beurteilung der allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevanten Lage im Zielstaat der Abschiebungsandrohung einer Leitentscheidung des BVerwG nach § 78 VIII AsylG nF, sofern diese nicht sachlich oder zeitlich überholt ist. Das VG hat eine Überholung in seiner Entscheidung zu begründen; ein sich auf Überholung berufender Kläger hat diese Überholung darzulegen."

Durch das Begründungserfordernis für das VG wird sichergestellt, dass dieses zwar seine eigene Entscheidung trifft, aber sich gegebenenfalls mit einer Leitentscheidung auseinandersetzt, sei es durch inhaltlichen Anschluss als Regelfall oder durch inhaltliche Abweichung als näher begründungsbedürftige Ausnahme. Für den Kläger wird ein Darle-

20 So BDVR, Stellungnahme v. 2.3.2018, 4, www.bdvr.de.
21 Beide Alternativen bei *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1482 f.).
22 Vgl. *Gärditz/Winkelmüller/Schewick*, VwGO, 2. Aufl. 2018, § 132 Rn. 1.
23 Die wesentlichen Tatsachenbehauptungen eines Rechtsbehelfsführers müssen in den Entscheidungsgründen verarbeitet werden; auf tatsächliche Entwicklungen im Zielland, die für das Bestehen von Abschiebungshindernissen möglicherweise von wesentlicher Bedeutung sind, muss das VG von Amts wegen eingehen, selbst wenn es sich nicht mit jeder einzelnen Erkenntnisquelle auseinandersetzen muss, so *BVerfG*, NVwZ 2017, 1702 Rn. 11 f.; *BVerfG*, NVwZ 2017, 1698 (1699) Rn. 15. Eine gesicherte obergerichtliche Rechtsprechung soll sich daher gar nicht herausbilden können, so *BVerfG*, Beschl. v. 25.4.2018 – 2 BvR 2435/17, BeckRS 2018, 8252 Rn. 34, www.bverwg.de, was Leitentscheidungen irrelevant machen würde!

gungserfordernis eingeführt, das den Maßstäben des § 124 a IV 4 VwGO entspricht. Die bloße Behauptung einer Überholung genügt also für den Erfolg des Klagebegehrens nicht. Eine Überholung kommt zB in Betracht, wenn im Herkunftsstaat ein Regimewechsel stattgefunden hat oder sich die Sicherheitslage erheblich verändert hat; es liegt in der Wertung des VG, ob zB einzelne seit Ergehen der Leitentscheidung stattgefundene Sprengstoffanschläge im Zielstaat bereits die Leitentscheidung überholen, wenn diese das Risiko von Anschlägen beurteilt hat.

Zweitens bedarf es für das Asylfolgeverfahren einer entsprechenden „Wertsicherungsklausel".

§ 71 III 1 AsylG könnte lauten (Ergänzung kursiv):

„In dem Folgeantrag hat der Ausländer seine Anschrift sowie die Tatsachen und Beweismittel anzugeben, aus denen sich das Vorliegen der Voraussetzungen des § 51 I bis III des Verwaltungsverfahrensgesetzes ergibt; *soweit der Beurteilung der allgemeinen asyl-, abschiebungs- oder überstellungsrelevanten Lage im Zielstaat der Abschiebungsandrohung des Asylerstverfahrens eine Leitentscheidung des BVerwG nach § 78 VIII AsylG nF zu Grunde gelegen hat, muss für einen vor Ablauf eines Jahres seit Bestandskraft der letzten Entscheidung des Bundesamts auf eine abweichende Beurteilung gestützten Folgeantrag dargelegt werden, wodurch diese Beurteilung überholt sein soll.*"

Auf diese Weise würde eine Leitentscheidung des *BVerwG* verfahrensrechtlich vorübergehend konserviert, um mutwillige Folgeanträge zu unterbinden. Bewusst offenbliebe, ob bereits das Bundesamt oder erst ein VG seine Beurteilung auf jene des *BVerwG* gestützt hat, solange sie letztlich die bestandskräftig gewordene Entscheidung bzw. deren gerichtliche Prüfung im Asylerstverfahren materiell trägt. Das Darlegungserfordernis stellt eine höhere Anforderung an die Antragsbegründung. Die Vereinbarkeit einer solchen Ausschlussklausel mit Art. 19 IV GG und Art. 103 I GG mag einer vertieften Überprüfung bedürfen, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann und soll. Vielmehr soll deutlich werden, welche Konsequenzen es nach sich zöge, sollte dem neuen Rechtsinstitut o. g. Leitentscheidungen des *BVerwG* auch jene Bindungs- und Entlastungswirkung für die übrigen Verwaltungsgerichte verschafft werden, die seine revisionsgerichtlichen Entscheidungen über Rechtsfragen unbestritten haben.

4. Die Reformvorschläge für das Beschwerde (zulassungs)recht

Ein weiterer Reformvorschlag der Länder Hamburg, Berlin, Brandenburg, Bremen will für den asylprozessrechtlichen Eilrechtsschutz ein Beschwerdeverfahren als Rechtsmittel neu einführen. Bislang gilt nach § 80 AsylG ein umfassender Ausschluss der Beschwerde in Verfahren nach dem Asylgesetz, der nun modifiziert werden soll:

Nach dem Gesetzesvorschlag soll den Beteiligten über § 80 II AsylG nF die Beschwerde an das OVG offenstehen, wenn sie vom VG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache in seinem angefochtenen Beschluss zugelassen worden ist. Diese grundsätzliche Bedeutung wird als solche nicht näher definiert, so dass letztlich die Auslegung zum gleich lautenden Berufungszulassungsgrund des § 124 II Nr. 3 VwGO maßgeblich sein dürfte. Die grundsätzliche Bedeutung kommt der Rechtssache aber nur zu, wenn das VG in seinem Beschluss tragend entweder über eine Frage des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes von grundsätzlicher Bedeutung entschieden hat oder seine Bewertung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache auf eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung gestützt hat. Die Beschwerdeeinlegung erfordert wie bei § 146 IV 2–6 VwGO ua die Darlegung der Gründe, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist.[24]

Dieser Reformvorschlag zielt letztlich auf eine Entlastung des *BVerfG*, das wegen des Beschwerdeausschlusses in Asylstreitigkeiten vermehrt angerufen werde, aber kein Superrevisionsgericht sei, sondern nur über die Verletzung von Verfassungsrecht entscheide, also keine verwaltungsrechtlichen Leitentscheidungen treffe. Um der Beschleunigung des Asylverfahrens willen soll die Beschwerde aber anders als im regulären Verwaltungsprozessrecht nicht im Belieben des Antragstellers stehen, sondern – durch das VG quasi gefiltert – nur nach Zulassung wegen grundsätzlicher prozessualer oder materiell-rechtlicher Bedeutung der Rechtssache.[25]

Der Reformvorschlag vermengt in seiner Begründung drei unterschiedliche Problemkreise, ohne sie einer wirklich überzeugenden Lösung zuzuführen:

Der erste Bereich sind prozessrechtliche Fragen des asylrechtlichen Eilrechtsschutzes von grundsätzlicher Bedeutung. Eine solche könnte beispielsweise die Frage nach der Länge der Antragsbegründungsfrist in Dublin-Eilanträgen nach § 80 V VwGO iVm § 29 I Nr. 1 AsylG sein, da § 36 I AsylG ausdrücklich Fälle des § 29 I Nr. 1 AsylG nicht einschließt, also aus der Wochenfrist für die gerichtliche Entscheidung nicht auf eine Antragsbegründungsfrist geschlossen werden kann, § 74 II AsylG andererseits aber ausdrücklich nur die Klagebegründungsfrist regelt. Allerdings könnten solche prozessrechtlichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung durch eine klärende Anpassung des Asylgesetzes ohne Weiteres gelöst werden. Ihretwegen allein lässt sich die Einführung eines Beschwerdeverfahrens jedenfalls nicht rechtfertigen.

Der zweite Bereich sind materiell-rechtliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung. Für ihre Beantwortung aber ist ein Eilverfahren nicht geeignet, das zum einen – so auch der Reformvorschlag – selbst bei einer Zulassung der Beschwerde durch das *VG* noch von der Qualität der Darlegung des Beschwerdeführers abhinge und zum anderen für solche Fragen von vornherein prozessual nicht ausgelegt ist: § 124 II Nr. 3 VwGO weist solche Fragen im regulären Verwaltungsprozess ebenso dem Hauptsacheverfahren zu wie § 78 III Nr. 1 AsylG im Asylprozess. Gute Gründe sprechen für diese Lösung, denn unter dem Zeitdruck von Eilverfahren lassen sich materiell-rechtliche Fragen grundsätzlicher Bedeutung nicht mit der gebotenen Gründlichkeit klären. Das gilt für das erstinstanzliche Eil- ebenso wie für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren.

Der dritte Problembereich ist die Belastung des *BVerfG* mit Verfassungsbeschwerden im Anschluss an asylrechtliche Eilentscheidungen, insbesondere kurz vor Abschiebeterminen. Praxiserfahrungen zeigen, dass solche Verfassungsbeschwerden im Nachgang zu abgelehnten Eilanträgen häufig erst spät gestellt und bisweilen mit zwischenzeitlich erstellten ärztlichen Attesten über den Gesundheitszustand des Ausländers oder mit dicken Telefaxstapeln an Erkenntnismitteln über die Situation im Zielstaat begründet werden. Da solche Aspekte kurz vor einer Abschiebung verständlicherweise verfassungsrechtlich nicht abschließend entschieden werden können, neigt das *BVerfG* dazu, im Beschlussweg eine Folgenabwägung zu treffen und wegen des hohen Rangs der berührten Rechtsgüter tendenziell eher eine Abschiebung zu unterbinden, um die behaupteten Verfassungsverstöße ohne

24 Vgl. Art. 1 Nr. 3 des Reformvorschlags BR-Drs. 51/18, 2. Ebenso BDVR, Stellungnahme v. 2.3.2018, 3, www.bdvr.de.
25 Vgl. Begründung Teil A und B BR-Drs. 51/18, 3 f.

Zeitdruck zu prüfen. Vielfach kommt es dazu aber nicht mehr, weil die Verfassungsbeschwerde durch Rücknahme oder in sonstiger Weise erledigt wird – der Verfassungsbeschwerdeführer hat sein Ziel, die bevorstehende Abschiebung zu verhindern, erreicht. An der Klärung der behaupteten Verfassungsfragen hat er kein Interesse (mehr). Die beklagte Belastung durch Verfassungsbeschwerden nach asylrechtlichen Eilentscheidungen hat aber noch eine tiefere Ursache als lediglich den allgemeinen Anstieg der Asylstreitigkeiten: Im Grunde geht es um das Verhältnis zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit. Je umfassender das *BVerfG* seinen Auftrag als „Rechtsschutz gegen den Richter“[26] versteht, je breiter und tiefer es in fachgerichtliche Tatsachen- und Rechtsfragen anlässlich von Verfassungsbeschwerden einsteigt und je großzügiger es die verfassungsprozessuale Mitwirkungspflicht der Beteiligten handhabt, desto mehr Verfassungsbeschwerden wird es auf sich ziehen.[27]

Die von den vier Ländern vorgeschlagene Einführung eines Beschwerdeverfahrens für Fragen grundsätzlicher Bedeutung kann die drei Problembereiche nicht gleichermaßen lösen. Allein für asylprozessrechtliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung lohnt sich die Einführung eines eigenen Beschwerdeverfahrens in Abkehr vom grundsätzlichen Beschwerdeausschluss nicht, da solche Fragen erfahrungsgemäß nicht allzu häufig auftreten. Für materiell-rechtliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung kommt eine Beschwerde zwar in Betracht, sie dürfte aber nicht das erste Mittel der Wahl sein. Dieselbe Wirkung könnte erzielt werden, wenn der Entscheidungsmaßstab für das *VG* in Eilverfahren nach § 80 V VwGO entsprechend modifiziert würde (dazu sogleich). Das im Reformvorschlag angesprochene Beschwerdeverfahren würde den Eilrechtsschutz nur um eine weitere Instanz verlängern und auch die Oberverwaltungsgerichte einem erheblichen Fall- und Zeitdruck aussetzen, gleichwohl die Belastung des *BVerfG* allenfalls dadurch mindern, dass der von manchen Rechtsschutzsuchenden erstrebte Aufschub und Zeitgewinn eben im fachgerichtlichen statt im verfassungsgerichtlichen Weg erreicht wird. Bei Eilrechtsschutz versagenden fachgerichtlichen Entscheidungen bliebe das *BVerfG* aber wie bisher Ziel von Verfassungsbeschwerden – genau diese Fälle machen aber die beklagte Belastung aus. Darin handelt sich oft um individuelle Fälle, denen die Fachgerichte in ihren vorausgegangenen Entscheidungen auch keine grundsätzliche Bedeutung zugemessen haben. Die Einführung einer Beschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung würde daran also nichts ändern.

Alternativ zum Reformvorschlag der Länder bietet sich an, den Verwaltungsgerichten im Eilverfahren eine stattgebende Entscheidung über „ernste Zweifel“ an der Entscheidung des Bundesamts hinaus auch zu ermöglichen, wenn sich Fragen grundsätzlicher materiell-rechtlicher Bedeutung stellen. So könnte deren Prüfung in das Hauptsacheverfahren verlagert werden, das vom Zuschnitt her hierfür geeignet ist (vgl. oben).

§ 36 IV 1 AsylG könnte folgenden Wortlaut erhalten (Ergänzung kursiv):[28]

„Die Aussetzung der Abschiebung darf nur angeordnet werden, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen *oder sich Fragen grundsätzlicher Bedeutung stellen*.“

Fragen grundsätzlicher Bedeutung können hier nur solche materiell-rechtlicher Natur sein, da prozessrechtliche Fragen des Eilverfahrens im Hauptsacheverfahren nicht beantwortet werden können. Für eine stattgebende Eilentscheidung wegen grundsätzlicher Bedeutung bedürfte es nach § 76 IV 2 AsylG einer Kammerentscheidung, da sie vom Einzelrichter nicht getroffen werden darf.[29] Der große Vorteil läge darin, dass das VG im Klageverfahren die Sach- und Rechtsfragen gründlicher prüfen kann, die Oberverwaltungsgerichte nur im sich an ein Hauptsacheverfahren anschließenden Berufungs (zulassungs)verfahren damit befasst werden, also nicht zusätzlich in einem Beschwerdeverfahren und schließlich eine systemkonforme Lösung für die Mehrzahl der Fallkonstellationen ohne tiefe Änderungen des Asylprozessrechts erreicht werden kann.

III. Die indirekte Entlastung durch Änderungen im Ausländerrecht

Die von verschiedenen Seiten vorgeschlagenen Änderungen des Asylprozessrechts bleiben in ihrer Wirkung auf die anhängigen Verfahren vor den Verwaltungsgerichten aller drei Instanzen begrenzt. Sie können allenfalls dazu beitragen, die Folgen der Flüchtlingswelle des Jahres 2015 für die Verwaltungsgerichtsbarkeit etwas abzumildern, aber nicht die Ursachen der hohen Zahl an Klageverfahren beseitigen. Sie werden auch nichts ändern an den bekannten Vollzugsdefiziten in der Umsetzung ablehnender Asylentscheidungen und daraus begründeter Ausreisepflichten.[30] Anders formuliert: Was nützen schnellere Asylprozesse, wenn die bestandskräftigen Behördenentscheidungen doch nicht vollzogen werden (können)? Was nützen noch besser begründete Asylurteile, wenn im nächsten Asylfolgeverfahren die Sachprüfung wegen Zeitablaufs (beinahe) wieder von vorne beginnt? Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist jedenfalls nicht das hemmende Nadelöhr für die Durchsetzung des Asyl- und Ausländerrechts.

Das Vollzugsdefizit hat seine wesentliche Ursache zum einen in der fehlenden Rückkehrbereitschaft Schutzsuchender, deren Asylantrag abgelehnt ist, zum anderen in der unzureichenden Rückführungsmöglichkeit der Ausländerbehörden im Falle fehlender Identitätspapiere. Es entsteht eine Pattsituation: Der Ausländer muss ausreisen, will aber nicht; die Ausländerbehörde muss ihn abschieben – § 58 I 1 AufenthG ist eine zwingende Vorschrift, was in der moralisch aufgeladenen politischen Diskussion um „Menschlichkeit“ statt Durchsetzung von „Recht und Gesetz“ nach Art. 20 III GG gerne verdrängt wird[31] –, kann ihn aber nicht abschieben. Auffallend in der asylgerichtlichen Praxis ist, dass Asylbe-

26 So der Titel der Dissertation des heutigen Präsidenten des BVerfG.

27 Vielfach unterbindet erst das *BVerfG* grundrechtsgefährdende Abschiebungen – teils sogar nach erfolglosen Beschwerdeverfahren vor einem OVG, vgl. *BVerfG*, NVwZ 2018, 318 f. (drohende Folter im Zielstaat Türkei); *BVerfG*, NVwZ 2018, 254 f. (Rechtsschutzbedürfnis für einen Eilantrag bei terminlich überraschender Abschiebung). Andererseits kann es hohe Anforderungen an den Beschwerdevortrag stellen und bei missbräuchlichen Verfassungsbeschwerden auch eine Missbrauchsgebühr verhängen, vgl. *BVerfG*, NVwZ-RR 2018, 329 (330) Rn. 10 ff.; *BVerfG*, NVwZ 2017, 1698.

28 Eine entsprechende Anpassung für Dublin-Verfahren ist auch in § 34 a AsylG möglich. Die Überstellungsfrist würde damit allerdings neu an- und auch ablaufen, sobald das asylgerichtliche Eilverfahren mit einer stattgebenden Entscheidung abgeschlossen ist, was bei einem Beschwerdeverfahren erst nach dessen Abschluss der Fall wäre.

29 Diesen Punkt lässt der Reformvorschlag BR-Drs. 51/18 außer Betracht.

30 Einen schonungslosen Überblick über die Vollzugsdefizite, die daraus entstehende Bleibeperspektive für abgelehnte Asylbewerber und die auch deswegen ungebrochene Attraktivität Deutschlands als Zielland gibt *Luft*, Die Flüchtlingskrise, 97 ff. Zum 30.9.2017 waren im Ausländerzentralregister 605.260 Personen mit einem abgelehnten Asylantrag erfasst, darunter 403.251 mit einem Aufenthalt von mehr als sechs Jahren Dauer, 76 % unter ihnen hatten mittlerweile ein Aufenthaltsrecht, 22 % waren geduldet, so BT-Drs. 19/136, 46 f.

31 Vgl. *Luft*, Die Flüchtlingskrise, 98 f.

werber, die sich eine gute Bleibeperspektive in Deutschland versprachen, eher mit identitätsklärenden Papiere (Geburtsurkunde, Personalausweis, Reisepass oÄ) eingereist sind und dies auch dem BAMF offenbart haben, während dagegen jene, die um jeden Preis bleiben können wollten, regelmäßig angegeben haben, ihre Dokumente auf der Reise auf Weisung von Schleusern weggeworfen zu haben. In Einzelfällen mögen diese Angaben der Wahrheit entsprechen; in ihrer stereotypen Häufung aber sind erhebliche Zweifel angebracht, wenn angeblich die Papiere weggeworfen aber die Mobiltelefone durch alle Fährnisse der langen Reise gerettet worden sind oder – bei einer konkreten Aussicht auf einen Aufenthaltstitel oder ein Bleiberecht in Deutschland – angeblich fehlende Papiere rasch beschafft oder gar bereits vorhandene vorgelegt werden. Dass zum 30.9.2017 über 60.000 Ausländer in Deutschland insbesondere wegen fehlender Reisedokumente geduldet waren,[32] spricht eine deutliche Sprache.

Die Ursache liegt darin, dass Deutschland insbesondere im Jahr 2015 so viele Menschen entgegen der grundsätzlich für alle Ausländer geltenden und sonst auch regelmäßig durchgesetzten Passpflicht nach § 3 I AufenthG ins Land gelassen hat. Wer auf dem Luftweg einreiste und einreist, braucht (echte oder gefälschte) Papiere, wer auf dem Landweg einreiste und einreist – und das war und ist die große Mehrheit der Schutzsuchenden –, brauchte und braucht nach der Vollzugspraxis deutscher Grenzbehörden tatsächlich keine vorzulegen. Dabei ist, wer auf dem Landweg die deutsche Grenze zu passieren sucht, wegen der Einreise über einen sicheren Drittstaat nicht mehr verfolgt, wie Art. 16 a II GG deutlich macht. Die Passpflicht wird – auch mangels Grenzkontrollen und Identitätsklärung[33] – aber nicht effektiv durchgesetzt.

Die tatsächliche Bleibeperspektive für Schutzsuchende bestimmter Herkunftsstaaten scheint sich deutlich zu verbessern, wenn sie keine Identitätspapiere mit sich führen bzw. vorlegen, weil ihre Herkunftsstaaten unbekannt bleiben oder eine Dokumentenausstellung auf Verlangen deutscher Behörden ablehnen. Dies ist den gut vernetzten Schleusern und ihren Kunden bekannt und wirkt sich direkt auf die Attraktivität Deutschlands als Zielland der Zuwanderung aus.[34] Will der Gesetzgeber diese ungewollt hohe Attraktivität Deutschlands mindern, kommen neben einer tatsächlichen, europa- oder zumindest bundesweit konsequenten Zurückweisung an der Landgrenze im Fall fehlender Dokumente auch rechtlich eine konsequentere Verwehrung eines künftigen Aufenthaltstitels im Fall fehlender Identitätsklärung in Betracht. Jene, die ohnehin nicht mit einer Schutzgewähr rechnen und nur einen tatsächlichen Daueraufenthalt in der Hoffnung auf eine langfristige Legalisierung durch eine „Altfallregelung“ anstreben, lassen sich so zwar nicht von der dokumentenlosen Einreise und einem Aufenthalt unter Verletzung ihrer dokumentenrelevanten Mitwirkungspflichten abhalten. Aber all jene, die auf einen legalen Aufenthalt hoffen, sollten so motiviert werden können, von Anfang an mit identitätsklärenden Dokumenten einzureisen bzw. freiwillig solche möglichst früh im Asylverfahren selbst vorzulegen:

1. Die Voraussetzung der Identitätsklärung für die Legalisierung eines Aufenthalts

Bislang kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 I und II AufenthG an Schutzsuchende, die als Asylberechtigter anerkannt sind oder für welche die Flüchtlingseigenschaft nach § 3 AsylG festgestellt oder denen subsidiärer Schutz nach § 4 AsylG zuerkannt worden ist, nicht nur dann in Betracht, wenn sie keinen Reisepass besitzen (was bei staatlich Verfolgten durch Ausstellung eines Reiseausweises nach der Genfer Flüchtlingskonvention ausgeglichen wird), sondern auch dann, wenn ihre Identität ungeklärt ist. Von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen und damit auch der Identitätsklärung ist nach § 5 I Nr. 1 a, III 1 AufenthG für die o. g. Schutzberechtigten zwingend abzusehen. Selbst für Geduldete kann hiervon nach § 5 I Nr. 1 a, III 2 AufenthG abgesehen werden. Diese Zurücknahme des staatlichen Informationsanspruchs gegenüber dem bleibeberechtigten Ausländer ist so pauschal nicht gerechtfertigt.

Zum einen ist selbst einem staatlich Verfolgten die Vorlage identitätsklärender Dokumente (Personalausweis, Geburtsurkunde etc) nicht von vornherein unzumutbar (arg. ex § 72 I Nr. 1 AsylG, der nur bei Erneuerung des nationalen Reisepasses den Flüchtlingsschutz entfallen lässt), wie die häufige Vorlage von Dokumenten von vor dem syrischen Präsidenten geflohener Syrer zeigt. Erst recht ist sie einem nicht staatlich sondern von Dritten Verfolgten (zB einem vor islamistischen Terroristen geflohenen Yeziden) oder einem lediglich subsidiär Schutzberechtigten zumutbar. Der pauschale Verzicht auf eine Identitätsklärung ist also sachlich nicht gerechtfertigt.

Die Änderung des § 25 III AufenthG könnte folgenden Wortlaut haben (Ergänzung kursiv):

„In den Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 24 oder § 25 I bis III ist von der Anwendung der Abs. 1 *(mit Ausnahme der Nr. 1 a)* und 2, in den Fällen des § 25 IV a und 4 b von der Anwendung des Absatzes 1 Nr. 1 *und* Nr. 2 und 4 sowie des Abs. 2 abzusehen. In den übrigen Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 kann von der Anwendung der Absätze 1 (*mit Ausnahme der Nr. 1a*) und 2 abgesehen werden. In den Fällen des Satzes 1 darf v*on der Anwendung des § 5 I Nr. 1 a nur abgesehen werden, wenn die Beschaffung von Identitätspapieren (Personalausweis, Geburtsurkunde) glaubhaft unmöglich oder mit Blick auf die Schutzgewährung unzumutbar ist*. Wird von der Anwendung des Absatzes 1 Nr. 2 abgesehen, kann die Ausländerbehörde darauf hinweisen, dass eine Ausweisung wegen einzeln zu bezeichnender Ausweisungsinteressen, die Gegenstand eines noch nicht abgeschlossenen Straf- oder anderen Verfahrens sind, möglich ist. In den Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 26 III ist von der Anwendung des Absatzes 2 abzusehen.“

Wird die Erteilung eines ausländerrechtlichen Aufenthaltstitels unter einen strengen Vorbehalt der Identitätsklärung gestellt, könnte die Zahl der Dokumente vorlegenden Schutzsuchenden indirekt deutlich erhöht werden. Bislang beruht die Zuerkennung einer Schutzberechtigung oft allein auf den Angaben des Schutzsuchenden ohne objektive Beweise, obwohl seine Identität keineswegs geklärt ist, wenn das BAMF den Betroffenen lediglich unter seiner behaupteten Identität ohne weitere Nachweise führt.[35] Die Versagung eines Aufenthaltstitels bis zur Klärung der Identität wäre auch gegenüber Flüchtlingen iSd Art. 1 GFK kein Rechtsverstoß, weil die Regelung des Aufenthalts eines anerkannten Flüchtlings dem nationalen Recht obliegt[36] und dem Zurückweisungsverbot (Non-Refoulement) nach Art. 33 GFK bereits durch die Erteilung einer abschiebungshindernden Duldung entsprochen werden kann. Dies diente der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und dem Schutz der Bevölkerung im Unionsgebiet vor Identitätstäu-

32 Vgl. BT-Drs. 19/136, 37.
33 Vorgelagert an der EU-Außengrenze oder an der deutschen Staatsgrenze.
34 Vgl. *Luft*, Die Flüchtlingskrise, 41 ff.
35 AA *Heinhold*, Passpflicht für ausländische Staatsangehörige, Asylmagazin 1–2/2018, 7/13 e. E.
36 Vgl. *Schmahl/Jung*, Die Genfer Flüchtlingskonvention, NVwZ-Extra 3/2018, 1/2.

schungen ua durch sonst unerkannt gebliebene Gefährder, mithin auch einem zwingenden Grund der nationalen Sicherheit in Zeiten transkontinentalen Terrorismus und der öffentlichen Ordnung iSv Art. 24 I UAbs. 1 und II RL 2011/95/EU.

2. Die Voraussetzung der Identitätsklärung für die Erteilung einer Ausbildungsduldung

Für die Erteilung einer Duldung zu Ausbildungszwecken (Ausbildungsduldung) nach § 60 a II 4 AufenthG wird bislang von Gesetzes wegen noch nicht die Vorlage eines Identitätspapiers gefordert, von einigen Ausländerbehörden aber aufgrund allgemeiner Weisungen verlangt.[37]

Hier wäre eine Klarstellung sinnvoll mit folgendem Wortlaut des § 60 a II 4 AufenthG (Ergänzung kursiv):

„Eine Duldung wegen dringender persönlicher Gründe im Sinne von Satz 3 ist zu erteilen, wenn der Ausländer eine qualifizierte Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf in Deutschland aufnimmt oder aufgenommen hat, *seine Identität nach § 5 I Nr. 1 a geklärt ist,* die Voraussetzungen nach Absatz 6 nicht vorliegen und konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht bevorstehen."

3. Die Voraussetzung der Identitätsklärung für die Erteilung einer Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit im laufenden Asylverfahren

Um auch für Asylbewerber, die entgegen dem allgemeinen Arbeitsverbot des § 61 I AsylG sowie des § 4 II iVm § 4 III 1 AufenthG bereits im laufenden Asylverfahren arbeiten wollen, einen Anreiz zur Identitätsklärung zu schaffen, kommt eine Ergänzung des § 61 II 1 AsylG in Betracht.

§ 61 II 1 AsylG nF könnte lauten (Ergänzung kursiv):

„Im Übrigen kann einem Asylbewerber, der sich seit drei Monaten gestattet im Bundesgebiet aufhält, abweichend von § 4 III des Aufenthaltsgesetzes die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist, *sowie seine Identität iSd § 5 I Nr. 1 a des Aufenthaltsgesetzes geklärt ist.*"

Auf diese Weise könnten verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten, ob die Berücksichtigung einer mangelnden Mitwirkung des Asylbewerbers an seiner Identitätsklärung als Ermessensgesichtspunkt die behördliche Versagung der Beschäftigungserlaubnis rechtfertigt, vermieden werden.

IV. Die Reformansätze als ein Baustein zur Bewältigung der Asylklagewelle

Betreffen die bisher publizierten Reformvorschläge den engen Bereich des Asylprozessrechts mit Schwerpunkt in der zweiten und dritten Instanz, sollte auch über die erste Instanz direkt entlastende Gesetzesänderungen nachgedacht werden, wie sie hier zusätzlich vorgeschlagen werden. Den Rahmen des Prozessrechts verlassen die weiteren ausländerrechtlichen Vorschläge, die den Blick eher auf die künftige Prävention jener Vollzugsprobleme richten, die mit der Flüchtlingskrise 2015 einhergehen und ihre ausländerrechtliche Bewältigung behördlich und gerichtlich erheblich erschweren. ■

37 In ihrer Vollzugspraxis erteilen sie zunächst für die Aufnahme der Ausbildung nur eine kürzer befristete Duldung und erst nach Passvorlage die – regelmäßig auf drei Jahre befristete – Duldung für die konkrete Ausbildung.