

# Reform des Asylprozessrechts

## Von Lotterien, Lösungswegen und dem Grundgesetz

Von Ass. iur. **Sabrina Müller**, Ref. iur. **Tessa Hillermann**, Stud. iur. **Georg Kuhs**, Stud. iur. **Daniel Renner**, Hamburg/Trier\*

*Am 6.12.1992 beschließt der Deutsche Bundestag unter dem Eindruck der Migrationsbewegungen aus Osteuropa den sog. Asylkompromiss<sup>1</sup>, durch den das bis dahin geltende Asylrecht stark restriktiv umgestaltet wird. Ziele sind die Straffung der Verfahren und die Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.<sup>2</sup> Seitdem haben sich die Wirklichkeiten der Migration verändert, die rechtlichen Herausforderungen sind dagegen die gleichen geblieben. Der Asylkompromiss von 1992 und die im Anschluss ergangenen Regelungen wirken sich heute auf geflüchtete Menschen aus Syrien, dem Irak, Afghanistan und vielen anderen Herkunftsländern aus.*

*Der folgende Beitrag hat zum Ziel, die prozessualen und tatsächlichen Besonderheiten des dadurch entstandenen Asylsonderrechts (I.) und seine grundrechtlichen Implikationen (II.) darzustellen sowie entsprechende Reformvorschläge (III.) aufzuzeigen und zu evaluieren.*

### I. Asylprozessrechtlicher Status quo

Das deutsche Asylprozessrecht ist komplex.<sup>3</sup> In seinem Status quo weist es normative Besonderheiten auf, die angesichts des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts, in welches es nach wie vor eingebettet ist, dessen Prinzipien und der grundgesetzlichen Implikationen<sup>4</sup> ein ständiges Legitimationsbedürfnis indizieren. Sowohl bei ihrer Einführung als auch anlässlich der fortwährenden Reformbestrebungen war treibende Funktion dieser Sonderregelungen stets die Arbeitsökonomie. Dies liegt zum einen daran, dass das Asylrecht turnusmäßig im Fokus politischer Diskussion und medialer Berichterstattung steht, wodurch sich Parteien, die auf die effektivere und effizientere Gestaltung des behördlichen und gerichtlichen Asylverfahrens drängen, Sympathiepunkte er-

hoffen. Es sind indes nicht allein opportunistische Gründe, die die rechtliche Abspaltung des Asylprozesses bewirken. Das Credo der Verfahrenserleichterung und -beschleunigung ist angesichts der seit 2015 anhaltenden Zuwanderungssituation und der damit einhergehenden hohen Fallzahlen, deren Bewältigung in den zuständigen Stellen eine deutliche Effektivitätssteigerung bei gleichzeitigem Personalmangel unabdingbar machen, nach wie vor überaus relevant.<sup>5</sup> Die diesem Ziel verpflichteten prozessualen Besonderheiten führen zu rechtlichen Herausforderungen, derer es sich im Interesse der Allgemeinheit und der betroffenen asylbegehrenden Menschen<sup>6</sup> zu stellen gilt.

Der folgende Abschnitt betrachtet die aktuelle asylprozessuale Gesetzeslage in Folge ihrer schrittweisen gesetzgeberischen Entwicklung. Hierzu werden erst die prozessrechtlichen Spezifika als allgemeine Hintergrundproblematik mit einem korrespondierenden Handlungsbedarf aufgezeigt (1.) und in deren Rahmen anschließend konkrete rechtsstaatlich besonders bedenkliche Erscheinungen (2.) samt ihren praktischen Auswirkungen (3.) erläutert.

#### 1. Allgemeiner Gesetzesrahmen

Der im Fokus stehende gesetzliche Rahmen ist als Prozessrecht zu qualifizieren. Die maßgebliche Funktion eines jeden Prozessrechts besteht darin, das Pendant zum jeweils einschlägigen materiellen Recht zu sein und die Voraussetzungen zur gerichtlichen Geltendmachung dieser materiellen Rechte festzulegen.<sup>7</sup> Daraus folgt naturgemäß, dass es durch diejenige Rechtsmaterie, in die es hineingestellt ist, vorbestimmt und in gewisse Bahnen geleitet wird.

#### a) Untersuchungsgrundsatz und Tatsachen im Asylprozessrecht

Das für das Asylprozessrecht maßgebliche Regelwerk findet sich einerseits in der VwGO als Festschreibung des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts und andererseits in dem AsylG, das den erwähnten Besonderheiten der betroffenen Rechtsmaterie Rechnung tragen soll. Aus beiden bezieht es auch seine rechtlichen Maximen. Ein Grundsatz, der sich in diesen

\* Sabrina Müller ist Promotionsstudentin an der Universität Trier, Tessa Hillermann ist Lehrbeauftragte an der Universität Hamburg (Wintersemester 2019/2020), Georg Kuhs ist Stud. Hilfskraft am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union, Daniel Renner ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Thomas Riefner für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Neuere Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Internationales Zivilverfahrensrecht und am Institut für Recht und Digitalisierung Trier. Die Autorinnen und Autoren sind Mitglieder der Refugee Law Clinic Trier e.V.

<sup>1</sup> Gesetz zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften v. 30.6.1993, BGBl. I Nr. 33, S. 1062.

<sup>2</sup> Gesetzesentwurf zu obigem Gesetz (Fn. 1), BT-Drs. 12/4450.

<sup>3</sup> Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

<sup>4</sup> Das BVerfG beruft sich in seiner st. Rspr. insoweit primär auf die Verfahrenabhängigkeit des Asylgrundrechts aus Art. 16a GG, vgl. nur BVerfGE 52, 391 (407); 56, 216 (236); zur alten Rechtslage vgl. Rothkegel, NVwZ 1990, 717 ff.

<sup>5</sup> Berlitz, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>6</sup> Sämtliche personenbezogenen Angaben erfassen alle Geschlechter.

<sup>7</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 3; Gärditz, in: Baumeister u.a. (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 689 ff. bezeichnet das Prozessrecht als „Scharnierelement, das sowohl den Umgang mit den relevanten Tatsachen als auch die Rolle der rechtsprechenden Gewalt im gestuften Prozess der Rechtserzeugung entscheidend determiniert.“ In dem Beitrag zeigt der Autor auf, inwiefern das Asylprozessrecht als Prozessrecht „BT“ den „AT“, also die VwGO und ihre Dogmatik bereichern kann.

Regelwerken ausdrücklich normativ wiederfindet, ist der Amtsermittlungs- oder Untersuchungsgrundsatz.<sup>8</sup> Sein Hauptanliegen ist der Begriff der Tatsache, deren möglichst umfassender Aufklärung<sup>9</sup> er dient. Im Vergleich mit dem gesamteuropäischen und sonstigen internationalen Rechtsraum stellt dieser Grundsatz eine Besonderheit dar.<sup>10</sup> Hinsichtlich seiner Reichweite muss zwischen eigener Sachaufklärungskompetenz und reiner Tatsachenbewertungskompetenz der zuständigen Stelle unterschieden werden.<sup>11</sup> Die Gerichte, die sich dieser Aufgabe verschrieben haben, sind in erster Instanz die Verwaltungsgerichte sowie in zweiter und letzter Instanz die Obergerwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe der Bundesländer (Obergerichte).<sup>12</sup>

Rechtsgebietsübergreifend versteht man unter Tatsachen alle konkreten Vorgänge und Zustände in der Vergangenheit oder Gegenwart, die objektiv dem Beweis zugänglich sind.<sup>13</sup> Die im Asylrecht relevanten Tatsachen bestehen vor allem in den allgemeinen Gefahrenlagen in einem Herkunftsland, verbunden mit der individuellen Verfolgungssituation eines Betroffenen und der rechtlichen Auswirkung seiner Einstufung als Flüchtling gemäß § 3 AsylG oder subsidiär Schutzberechtigter nach § 4 AsylG.<sup>14</sup> Aktuell ist die faktische Einschätzung von Sanktionen des syrischen Staates gegen Deserteure von besonderer Bedeutung. Die Aufklärung von Auslands-sachverhalten und der sachgerechte Umgang mit Tatsachen im Asylprozess gehen wegen fremder politischer und sozialer Bedingungen naturgemäß mit großen Schwierigkeiten einher. Dabei ist insbesondere problematisch, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse in den jeweiligen Ländern vor Ort regel-

mäßig schnell ändern und die mehrere Monate oder sogar Jahre alten Lageberichte unter anderem des Auswärtigen Amtes nicht einmal ansatzweise der durch das BVerfG wegen Art. 19 Abs. 4 GG postulierten „tagesaktuellen“ Tatsachengrundlage<sup>15</sup> gerecht zu werden vermögen. Einen Gegenentwurf zum und dadurch gleichzeitig eine Erleichterung vom Untersuchungsgrundsatz stellt das auf Art. 16a Abs. 3 GG gestützte Konzept der sicheren Herkunftsstaaten dar.<sup>16</sup> Die Arbeit mit diesem Konzept indes ist nicht allein dazu in der Lage, die erforderliche Tatsachenaufklärung hinreichend, geschweige denn erschöpfend zu erreichen, weswegen neue Lösungsansätze einer rechtlichen Überprüfung bedürfen.

#### b) Beweiswürdigung im Asylprozessrecht

Im Zusammenhang mit der grundsätzlichen gerichtlichen Pflicht zur zutreffenden Tatsachenermittlung und -bewertung steht über § 86 Abs. 2 VwGO ein weiteres wichtiges Prinzip sowohl des allgemeinen Verwaltungs- als auch des Asylprozesses: Gem. § 108 Abs. 1 S. 1 VwGO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Dieser Grundsatz prägt Art. 97 Abs. 1 GG, wonach der Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen ist, einfachgesetzlich aus. Er sieht sich im Asylprozess der besonderen rechtlichen Herausforderung ausgesetzt, dass dort gem. § 76 Abs. 1 AsylG Einzelrichter als grundsätzlich zuständiger Spruchkörper im Sinne von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG fungieren – anders als im regulären Verwaltungsprozess, wo standardmäßig eine Kammerentscheidung vorgesehen ist und eine Entscheidung durch den Einzelrichter nur bei tatsächlich und rechtlich einfach gelegenen Fällen (v.a. § 6 VwGO, ferner § 87 VwGO) erfolgen darf.<sup>17</sup> Dies ist besonders problematisch, weil von der Entscheidung nur eines einzelnen Richters die Überzeugung darüber abhängt, ob eine Gefahrenlage gegeben ist oder nicht.<sup>18</sup> Um dieses Problems Herr zu werden, wurde der gesonderte Beweisgrad der „beachtlichen Wahrscheinlichkeit“<sup>19</sup>

<sup>8</sup> Der Amtsermittlungs-/Untersuchungsgrundsatz besagt, dass das Gericht von Amts wegen (also ohne darauf gerichteten Antrag oder Vortrag eines Beteiligten) die für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen Tatsachen selbst ermittelt, in den Prozess einführt und ihre Wahrheit überprüft sowie feststellt, § 86 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO; § 24 Abs. 1 S. 1 AsylG für das behördliche Verfahren vor dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Die erstgenannte Norm gilt mangels einer asylprozessrechtlichen Vorschrift auch für das Gerichtsverfahren.

<sup>9</sup> Vgl. *Mitsch/Reiling*, VerfBlog v. 16.2.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-wissensproblem-im-asylprozess-und-wie-es-behoben-werden-kann/> (11.9.2019), wonach § 86 Abs. 1 VwGO im Grundsatz von der möglichst umfassenden Rekonstruktion des Einzelfalls ausgeht.

<sup>10</sup> *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019), der den Amtsermittlungsgrundsatz im Asylprozess für unionsrechtlich nicht zwingend befindet.

<sup>11</sup> *Dawin*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 86 Rn. 23.

<sup>12</sup> Dahingegen nimmt das BVerfG stets nur eine rechtliche Prüfung vor, § 127 Abs. 2 VwGO.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 25.11.1997 – VI ZR 306/96; BGH, Urt. v. 30.1.1996 – VI ZR 386/94; BGH, Urt. v. 25.3.1997 – VI ZR 102/96.

<sup>14</sup> *Mitsch/Reiling*, VerfBlog v. 16.2.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-wissensproblem-im-asylprozess-und-wie-es-behoben-werden-kann/> (11.9.2019).

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.4.2018 – 2 BvR 2435/17 (zum subsidiären Schutz).

<sup>16</sup> *Maaßen*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 41. Lfg., Stand: 15.11.2018, Art. 16a Rn. 83. Hierzu v.a. im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 3 GG vgl. *Werdermann*, ZAR 2018, 11 ff.

<sup>17</sup> Zu den Möglichkeiten einer anderweitigen Spruchkörperbesetzung vgl. *Dietsch*, NVwZ Extra 15/2018, 2 ff. sowie ferner zu gesonderten Beweisregeln im Asylprozess *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (698).

<sup>18</sup> *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019), schreibt der Spruchkörpereinbindung allgemein, insbesondere aber in der konkreten Konstellation des Asylrechts eine qualitätssichernde Funktion zu und schlussfolgert aus der jetzigen Gesetzeslage „kontraproduktive Qualitätsverluste“. Das BVerfG nimmt Nachteile hieraus hin, „soweit und solange es im Asylrecht keine speziellen gesetzlichen Beweisregeln [...] gibt“, BVerfG, Urt. v. 20.3.1990 – 9 C 91/89.

<sup>19</sup> Dieser Wahrscheinlichkeitsmaßstab bezieht sich vorrangig auf die Verfolgungsprognose und bedingt, dass bei einer zu-

entwickelt, der in seiner Konzeption der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bzw. Glaubhaftmachung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ähnelt. Auch er begegnet rechtsstaatlichen Bedenken.<sup>20</sup> Zudem führt die infolge der Soll-Vorschrift aus § 76 Abs. 1 AsylG reguläre Einzelrichterzuständigkeit zu der nicht minder fragwürdigen Folge, dass nur ausnahmsweise – bei besonders wichtigen Leitentscheidungen zur Gefahrenlage in einem bestimmten Herkunftsland – eine Kammerentscheidung getroffen wird, die den Einzelrichtern in nachfolgenden Verfahren als Orientierung an damit gerichtsbekanntem Tatsachen und gleichzeitig der Realisierung von Verfahrensökonomie dienen kann.<sup>21</sup>

### c) Konkret vs. generell – Spannungsfeld im Asylprozessrecht

In der Zusammenschau begründen die zeitgleiche Verflechtung und Abweichung zwischen Asylrecht und verwaltungsprozessualen Prinzipien ein äußerst konfliktgeladenes Spannungsfeld zwischen den Gerichtspflichten einerseits zur Entscheidung im Einzelfall und andererseits zur Generierung von generellem Wissen über Tatsachen – hier über die Gefahrenlagen in den Herkunftsländern – als Grundlage für eine zutreffende rechtliche Bewertung und Entscheidung über mehrere Instanzen hinweg. Bei der Generierung von Wissen im Allgemeinen sowie im Gerichtsverfahren geht es weniger um die Beweiserhebung und -würdigung von Tatsachen im engeren Sinne, als vielmehr um eine angemessene Lückenschließung im Normprogramm.<sup>22</sup> Ob eine derartige Lücke wirklich besteht, ist fraglich. Oder anders ausgedrückt: Begründet der asylprozessuale Status quo den viel beschworenen prozessualen Mischstand?<sup>23</sup> Als solcher lässt sich die geltende Rechtslage nur dann zurecht bezeichnen, wenn eine Überprüfung der

sammenfassenden Würdigung des zur Prüfung gestellten Lebenssachverhalts die für z.B. eine Verfolgung sprechenden Umstände ein größeres Gewicht besitzen als die dagegensprechenden und deshalb gegenüber ihnen überwiegen. Danach ist z.B. eine Verfolgung beachtlich wahrscheinlich, wenn einem besonnen und vernünftig denkenden Menschen in der Lage des Betroffenen nach Abwägung aller bekannten Umstände eine Rückkehr in den Heimatstaat als unzumutbar erscheint. Dabei stellt der Beweisgrad insbesondere nicht auf eine mathematisch-quantitative Wahrscheinlichkeit nach Prozentwerten ab, sondern auf den zwar theoretisch nur denkbaren, im Fall seines tatsächlichen Eintritts jedoch in qualitativer Hinsicht besonders schwerwiegenden und tiefgreifenden Eingriff (z.B. Bevorstehen einer „nur“ einmonatigen Gefängnisstrafe oder einer Todesstrafe), st. Rspr. zum „real risk“, vgl. BVerwG, Beschl. v. 7.2.2008 – 10 C 33.07; BVerwG, Ur. v. 20.2.2013 – 10 C 23.12, 32; BVerwG, Beschl. v. 15.8.2017 – 1 B 120.17.

<sup>20</sup> Vgl. dazu die Untersuchung durch *Reiling/Mitsch*, Die Verwaltung 50 (2017), 537 (553).

<sup>21</sup> *Bühs*, ZAR 2018, 424 (425); *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (700).

<sup>22</sup> *Reiling/Mitsch*, Die Verwaltung 50 (2017), 537 (564).

<sup>23</sup> So z.B. *Marx*, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

Erwägungen, die zur Schaffung dieser Rechtslage geführt haben (als Status quo ante), ergibt, dass ein legislativer Handlungsbedarf besteht.

Mit dem AsylVfG aus dem Jahr 1982 erging die erstmalige bewusste gesetzgeberische Entscheidung zur Einführung solch prozessualer Regelungen, die vom allgemeinen Verwaltungsprozessrecht abweichen.<sup>24</sup> Diese sind weitgehend bis heute in Geltung. Sowohl die Gründe für die Entscheidung als auch die Reichweite der Abweichung waren vornehmlich durch das erwähnte Credo der Arbeitsökonomie bestimmt. Es begann ein langwieriges Gesetzesvorhaben zur Änderung des Kerns des Sonderverwaltungsprozessrechts aus §§ 74 ff. AsylG. Seit 1992 besteht die alleinige Kompetenz der Obergerichte zur Zulassung der Berufung, worin eine bewusste Entscheidung gegen jene der Verwaltungsgerichte zu sehen ist. 1996 erfolgte die zusätzliche Einführung des weitgehend faktisch obligatorischen Einzelrichters und der eingeschränkten Berufungsmöglichkeit. Das BVerfG hat sämtliche Änderungen als verfassungsgemäß angesehen.<sup>25</sup> Hintergrund ist, dass es den Fachgerichten bei der Sachverhaltsfeststellung einen Wertungsrahmen zubilligt, in dem sich die betreffenden Regelungen abspielen.<sup>26</sup> Fernab dieses Wertungsrahmens könnte dem legislativen Handlungsbedarf grundsätzlich entgegenstehen, dass verschiedene Einzelschicksale als logische Folge verschiedener Zuständigkeiten immer hinzunehmen sind – anders ist dies höchstens in nicht durch föderale Strukturen geprägten Ländern wie dem Vereinigten Königreich.<sup>27</sup> Damit geht die Frage einher, ob obergerichtliche Rechtsprechung überhaupt und speziell im Asylprozessrecht eine koordinierende und rechtsvereinheitlichende Funktion innehaben soll.<sup>28</sup> Es stellt eine Besonderheit im behördlichen Verwaltungsverfahren und anschließenden Verwaltungsprozess vor Gericht dar, wenn sich wie hier die Beteiligten über Tatsachenfragen streiten – der Regelfall besteht in einem Streit ausschließlich über rechtliche Wertungen hinsichtlich weitestgehend feststehender Tatsachen.<sup>29</sup> Allerdings ist das BVerwG in seiner Funktion als Revisionsinstanz in verwaltungsgericht-

<sup>24</sup> *Marx*, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019); *Ritter*, NVwZ 1983, 202 ff.

<sup>25</sup> Flughafenverfahren: BVerfG, Ur. v. 14.5.1996 – 2 BvR 1516/93.

<sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. 1.7.1987 – 2 BvR 478/86.

<sup>27</sup> Anders sieht dies *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019), für den die durch die Kombination von Rechtsmittelbeschränkung und Einzelrichterentscheidung bedingte „Zersplitterung“ deutlich über das allgemein hinzunehmende Maß an „konstitutioneller Uneinheitlichkeit“ der Rspr. hinausgeht und ihre eigentliche Aufgabe der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gefährdet.

<sup>28</sup> So vertritt es *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, unter:

<http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>29</sup> Hierzu auch *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (695 ff.), der von der „weitgehend tatsachenblinden“ Verwaltungsrechtswissenschaft spricht sowie davon, dass im deutschen Recht ein unsensibler Umgang mit Tatsachenfragen vorherrsche.

lichen Verfahren de lege lata an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen gebunden.<sup>30</sup> Vor diesem Hintergrund müssen die verwaltungsrechtlichen Obergerichte aller Bundesländer von weitgehend übereinstimmenden Tatsachen ausgehen, um eine einheitliche Rechtsprechung in Asylsachen gewährleisten zu können.

Als die entscheidende Gewissensfrage<sup>31</sup>, der sich der Gesetzgeber gegenüber sieht, stellt sich demnach heraus, wie groß die Eigenständigkeit des Asylprozessrechts bzw. wie eng seine Verzahnung mit dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht und seinen Prinzipien in Zukunft ausgestaltet sein soll. Diese Gewissensfrage tritt zu Tage, wenn man sich das Spannungsverhältnis zwischen den infrastrukturellen Bemühungen um das bestmögliche Erreichen von Prozessökonomie insbesondere in Gestalt des Beschleunigungsgrundsatzes einerseits und andererseits den menschenrechtlichen Anforderungen aufgrund der hier einschlägigen Materie und ihrer Regelungsgegenstände in Erscheinung von Individuen und ihren Schicksalen vor Augen führt.

Mit dem sukzessiven legislativen Maßnahmenpaket wurden eine Verkürzung und Vereinfachung des Asylverfahrens sowie eine Entlastung der Rechtsmittelinstanzen erreicht. Damit ging aber auch ein Mangel an obergerichtlicher Rechtsprechung als Orientierung und Leitentscheidungsquelle für die erstinstanzlich zuständigen Verwaltungsgerichte einher, der sich für die betroffenen schutzsuchenden Personen wiederum als Rechtszersplitterung<sup>32</sup> und Lotterie<sup>33</sup> darstellt. Darin ist ein allgemeiner Gesetzesrahmen zu sehen, der rechtsstaatlich mindestens stark bedenklich, wenn nicht gar untragbar sein dürfte. Diese generelle Analyse wird im Folgenden an konkreten Rechtsphänomenen verdeutlicht.

## 2. Konkrete Rechtsphänomene

Die Darstellung konzentriert sich auf drei prägende asylprozessrechtliche Merkmale in der Beziehung zwischen allgemeinem Verwaltungs- und Asylprozessrecht: die Einschränkung der Berufung im Hauptsacheverfahren (a), den Ausschluss der Beschwerde im vorläufigen Rechtsschutz (b) und die fehlende grundsätzliche Klärung von Tatsachenfragen (c).

### a) Einschränkung der Berufung im Hauptsacheverfahren

Die weitreichendste und daher verfassungsrechtlich problematischste Abweichung ist die Einschränkung der Berufung im Hauptsacheverfahren. Dabei ist zwischen den Aspekten, ob überhaupt eine Berufung zugelassen (a) und wie diese bejahendenfalls durchgeführt wird (b), zu differenzieren.

### aa) „Ob“ der Berufung

Wenn die Klage vom zuständigen Hauptsachegericht als offensichtlich unzulässig oder unbegründet abgewiesen wird, besteht anders als im regulären Verwaltungsprozess ein kompletter Rechtsmittelausschluss, § 78 Abs. 1 S. 1 AsylG. Auch erweist sich wie bei der Beweiswürdigung im Asylprozess das besondere Problem, dass es infolge der Einzelrichterzuständigkeit aus § 76 Abs. 1 AsylG der alleinigen subjektiven Entscheidung eines Richters unterliegt, für die gesamte gerichtliche Entscheidung aufgrund der von ihm bejahten Offensichtlichkeit weitere Überprüfungen auch und gerade in tatsächlicher Hinsicht auszuschließen.<sup>34</sup>

Weiterhin ist das Verwaltungsgericht anders als im allgemeinen Verwaltungsprozess gemäß §§ 124, 124a VwGO nicht dazu befugt, die Berufung als Rechtsmittel zur nächsthöheren Instanz zuzulassen. Die Möglichkeit der Berufungszulassung besteht nach § 78 Abs. 4 AsylG nur auf Antrag beim Verwaltungsgericht, über den das Oberverwaltungsgericht entscheidet. Diese Sonderregelung ist vor allem im Hinblick auf die frühere positive Regelung nach § 32 Abs. 1 AsylVfG von 1982 fraglich. Der 2017 gestartete Versuch, als Beweis des Vertrauens in die „Rechtsmittelweisheit“ der Verwaltungsgerichte die Sprungrevision einzuführen,<sup>35</sup> kann allein die rechtsstaatlichen Bedenken nicht ausräumen, da diese eben keine erneute Tatsachenprüfung und Beweiswürdigung beinhaltet.

### bb) „Wie“ der Berufung

Relativ gesehen besteht im Asylprozess gemäß § 78 Abs. 3 AsylG ein stark verkürzter Katalog an Berufungszulassungsgründen, die neben der Frage über das Ob der Berufung auch über den Prüfungsmaßstab der zweitinstanzlichen Gerichte entscheiden: Quantitativ sind statt der sonst üblichen fünf Gründe<sup>36</sup> im Asylprozess nur drei möglich, die darüber hinaus auch qualitativ stark eingeschränkt sind: So können nur Grundsatzrüge, Divergenzrüge und Gehörsrüge erhoben werden. Insbesondere ist ein Vorgehen wie nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO nicht vorgesehen. Dieser Ausschluss erstreckt sich auf die sonst mögliche Rüge der fehlerhaften Rechtsanwendung und Beweiswürdigung mit der Darlegung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Während der Ausschluss tatsachenbezogener Zulassungsgründe wegen der dargelegten Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Auslandssachverhalten zumindest folgerichtig

<sup>30</sup> *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1482).

<sup>31</sup> *Rothkegel*, NVwZ 1990, 717 (725), spricht dazu sehr passend vom „Kategorischen Imperativ“ u.a. der Beweiswürdigung.

<sup>32</sup> *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1481).

<sup>33</sup> *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1481); *Münch*, ZRP 2018, 193 ff. m.w.N.; *Baade*, VerfBlog v. 1.10.2018, unter: <https://verfassungsblog.de/asylrecht-auf-dem-juristentag-mehr-rechtseinheit-aber-auch-mehr-transparenz/> (11.9.2019).

<sup>34</sup> *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (701).

<sup>35</sup> *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1483).

<sup>36</sup> Diese sind nach § 124 Abs. 2 VwGO: ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (Nr. 1), Rechtssache von besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeit (Nr. 2), Rechtssache mit grundsätzlicher Bedeutung (Nr. 3), Diskrepanz zu einer Entscheidung des OVG, BVerwG, BVerfG oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Nr. 4), Verfahrensmangel durch Beurteilung des Berufungsgerichts (Nr. 5).

ist, erscheint es zweifelhaft, rechtliche Fehler ebenfalls auszunehmen.<sup>37</sup>

Zu der Beschränkung der einfachgesetzlichen Rechtsmittel kommt das Problem hinzu, dass auch der oft beschworene Weg über die Verfassungsbeschwerde<sup>38</sup> keine Abhilfe schafft. Denn Subsumtionsfehler und Beweisfragen sind grundsätzlich Fragen einfachen Rechts und damit gerade kein verfassungsbeschwerdefähiges spezifisches Verfassungsrecht.<sup>39</sup>

#### b) Ausschluss der Beschwerde im vorläufigen Rechtsschutz

Während im regulären Verwaltungsprozessrecht mit § 146 VwGO eine Vorschrift existiert, die auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren einen Devolutiveffekt mit erneuter Tatsachenprüfung in der Beschwerdeinstanz bedingt, ist dieser nach § 80 AsylG komplett ausgeschlossen. Die hierdurch begründete asylprozessuale Besonderheit ist insbesondere deswegen rechtsstaatlich bedenklich<sup>40</sup>, weil nach der gesetzlichen Grundlage die Beschränkung nicht explizit auf Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz zugeschnitten ist und ausschließlich diese erfasst. Daraus entwickelte sich mit der Zeit die gerichtliche Praxis, die Beschwerdemöglichkeit auch für diverse Nebenentscheidungen (Prozesskostenhilfverfahren, Kostenanfechtung) auszuschließen. Dies tun allerdings nicht sämtliche Obergerichte<sup>41</sup>, woraus überdies ein zusätzlicher problematischer Aspekt im Hinblick auf die Rechtseinheit und -sicherheit erwächst.

#### c) Keine grundsätzliche Klärung von Tatsachenfragen

Ist die zutreffende Tatsachenfeststellung in jedem gerichtlichen Verfahren von herausragender Bedeutung, hängt im Asylprozess von ihr ab, ob eine asylbegehrende Person überhaupt einen rechtlichen Schutzstatus<sup>42</sup> erhält und wie dieser

bejahendenfalls konkret ausgestaltet ist.<sup>43</sup> Wie gezeigt fungieren de lege lata die Obergerichte der Bundesländer als letzte Tatsacheninstanz.<sup>44</sup> Das BVerwG überprüft als Revisionsgericht allein die rechtliche Bewertung der Tatsachen und ist damit außerstande, die grundsätzliche – im Sinne einer bundesweit einheitlichen – Klärung von Tatsachenfragen herbeizuführen. Dies ist auch bei solchen Prozessen der Fall, bei denen es fernab der jeweils einschlägigen konkreten Einzelkonstellation und ihrer Besonderheiten um übergreifende allgemeine Fragen geht. Das Asylrecht ist zwar systematisch nicht darauf angelegt – besonders nicht im vorläufigen Rechtsschutz –, grundsätzliche Tatsachen- und Rechtsfragen abschließend zu klären und Leitentscheidungen herbeizuführen.<sup>45</sup> Jedoch wecken teleologische Erwägungen ein dringendes Bedürfnis, diese Divergenzen auszuräumen oder zumindest abzumildern.

#### 3. Praktische Auswirkungen

Die praktischen Auswirkungen dieser divergierenden Rechtsprechung lassen sich an ausgewählten Fallbeispielen darstellen.

##### a) Syrische Wehrdienstverweigerer

Eine Fallgruppe, die die verwaltungsrechtlichen Obergerichte der Bundesländer unterschiedlich bewerten, ist der Flüchtlingsstatus bei wehrpflichtigen syrischen Staatsangehörigen.<sup>46</sup> Konkret geht es bei diesen Sachverhalten um syrische Männer, welche entweder vor der Einberufung zum Wehrdienst oder als Reservisten geflohen sind und bei ihrer Rückkehr eine Verfolgung befürchten. Diese haben zwar oftmals im Asylverfahren den subsidiären Schutz nach § 4 AsylG erhalten.<sup>47</sup> Mit diesem ist jedoch – auch im Hinblick auf die am 1.8.2018 in Kraft getretene Neuregelung zum Familiennachzug<sup>48</sup> – ein hinsichtlich der rechtlichen Stellung deutlich hinter dem Flüchtlingsstatus zurückbleibendes Ergebnis erreicht. Für die Erlangung des Flüchtlingsstatus muss gemäß § 3 AsylG eine begründete Furcht vor politischer Verfolgung im Herkunftsstaats gegeben sein. Nach der sog. Zumutbarkeitsformel, die das BVerwG 1991 für die Asylberechtigung aufgestellt hat, kommt es für die Erfüllung dieser Voraussetzung unter anderem darauf an, ob es dem Geflüchteten „bei verständiger Würdigung der gesamten Umstände seines Falles nicht zuzumuten ist, in seinem Heimatstaat zu bleiben oder dorthin zurückzukehren“<sup>49</sup>. Bezüglich des Wehrdienst-

<sup>37</sup> Gärditz (Fn. 7), S. 689 (702), der an dieser Stelle dem AsylG weiterhin das Attribut als „Verfahrensbegrenzungsgesetz“ zuspielt.

<sup>38</sup> So Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

<sup>39</sup> Und: Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz. Vgl. auch Gärditz (Fn. 7), S. 689 (694), der davon spricht, dass die Besonderheit des Asylgrundrechts aus Art. 16a GG darin besteht, „dass die Schwierigkeiten des Grundrechtsschutzes weniger in der Bestimmung der materiellen Maßstäbe als [...] in der prozeduralen Sachverhaltsfeststellung liegen“.

<sup>40</sup> So sieht z.B. Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019) darin eine Rechtsschutzverkürzung.

<sup>41</sup> BayVG, Beschl. v. 9.3.2016 – 10 C 16.324. Einige Obergerichte, so etwa der Hessische VGH (Beschl. v. 23.8.2018 – 7 D 1498/18.A), wenden den Beschwerdeausschluss sogar auch auf das dem Asylverfahren nachfolgende ausländerrechtliche Eilverfahren an.

<sup>42</sup> Der subsidiäre Schutz (§ 4 AsylG) greift ein, wenn weder der Flüchtlingsschutz (§ 3 AsylG) noch die Asylberechtigung (Art. 16a GG) gewährt werden können und im Herkunftsland ernsthafter Schaden (z.B. Todesstrafe, Folter) droht.

<sup>43</sup> Baade, VerfBlog v. 1.10.2018, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/asylrecht-auf-dem-juristentag-mehr-rechtseinheit-aber-auch-mehr-transparenz/> (11.9.2019) bezeichnet die Entscheidungen als für den Einzelnen lebensentscheidend und für die Gesellschaft hoch brisant.

<sup>44</sup> Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1481).

<sup>45</sup> Reiling/Mitsch, Die Verwaltung 50 (2017), 537 (538).

<sup>46</sup> Baade, DÖV 2018, 806 (816).

<sup>47</sup> Siehe etwa VG Minden, Urt. v. 22.12.2016 – 1 K 5137/16.A; VG Berlin, Urt. v. 9.3.2017 – VG 4 K 572.16 A.

<sup>48</sup> BT-Drs. 19/2438.

<sup>49</sup> BVerwG, Urt. v. 23.7.1991 – 9 C 154/90; BVerwG, Urt. v. 5.11.1991 – 9 C 118/90.

entzugs stellt das BVerwG klar, dass mögliche Sanktionen im Herkunftsland, die an den Wehrdienstentzug anknüpfen, nur dann eine flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgung darstellen, wenn sie als Ausdruck einer politischen Verfolgung oder anderer asylrechtlich relevanter Merkmale und nicht als Bestrafung wegen Verstoßes gegen allgemeine staatsbürgerliche Pflichten angesehen werden müssen.<sup>50</sup>

#### aa) Ablehnung der Flüchtlingseigenschaft

So hält etwa das OVG Nordrhein-Westfalen eine Verfolgung zurückkehrender Wehrdienstverweigerer für unwahrscheinlich. Es wirft der Vorinstanz<sup>51</sup> vor, dem Assad-Regime Realitätsblindheit zu unterstellen, wenn sie annimmt, die Wehrdienstverweigerung, die in Kriegszeiten ein kulturübergreifendes Phänomen sei, würde in den Augen des Regimes die Verweigerer zur Oppositionellen anstatt einfacher Kriegsflüchtlinge machen. Denn für diese Ansicht gebe es keine tatsächlichen Anhaltspunkte, sie sei „derart unplausibel“, dass die erforderliche Wahrscheinlichkeit einer politischen Verfolgung daraus nicht zu folgern sei.<sup>52</sup> Auch der 2. Senat des OVG Saarland<sup>53</sup> entschied sich gegen die Annahme einer politischen Verfolgung wegen Wehrdienstentzugs eines Klägers, der vor der Einberufung das Land verließ. Ebenfalls wird hier dem syrischen Staat unterstellt, zu erkennen, dass die Flucht nicht auf politischer Opposition, sondern auf Furcht vor dem Krieg gründet.<sup>54</sup> Das OVG Berlin-Brandenburg<sup>55</sup> sieht auch im Hinblick auf eine bestimmte Herkunftsregion, die von Rebellen kontrolliert wird, die Unterstellung der oppositionellen Gesinnung und die damit verbundene politische Verfolgung durch den syrischen Staat nicht als generell gegeben.

#### bb) Bejahung der Flüchtlingseigenschaft

Anders verhält es sich im Lager der Obergerichte, die eine begründete Verfolgung im Sinne von § 3 AsylG bei syrischen Wehrdienstverweigerern bejahen. So führt der VGH Hessen aus, dass bei einem syrischen Staatsangehörigen, welcher sich durch den Auslandsaufenthalt dem Wehrdienst entzogen hat und ferner aus einer vermeintlich regierungsfeindlichen Zone Syriens stammt, eine beachtliche Wahrscheinlichkeit bestehe, bei einer Einreise menschenrechtswidrige Maßnahmen zu erfahren.<sup>56</sup> Auch der VGH Bayern geht in seiner Entscheidung<sup>57</sup> davon aus, dass der syrische Staat in seinem Einflussgebiet ohne Rücksicht auf Menschenrechte gegen tatsächliche oder vermeintliche Oppositionelle vorgeht und somit bei einer (hypothetischen) Einreise im Rahmen von Sicherheitskontrollen aufgrund einer möglicherweise unterstellten op-

positionellen Gesinnung die beachtliche Wahrscheinlichkeit menschenrechtswidriger Behandlung droht.<sup>58</sup>

#### cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich aus den divergierenden obergerichtlichen Bewertungen der Sicherheitslage und der Verfolgungsgefahr bei Wehrdienstentzug eine für den Rechtssuchenden missliche Lage erkennen: Ohne einen maßgeblichen Einfluss auf den Ort, an dem die Klage behandelt wird – im Süden Deutschlands wäre die Klageerhebung strategisch meist günstiger –, ist er der „Rechtsprechungslotterie“<sup>59</sup> ausgeliefert. Während in den Bundesländern die Obergerichte Leitlinien zeichnen, fehlt mangels oberster Tatsacheninstanz bundesweit eine entsprechende Praxis.

#### b) Auswirkungen im Übrigen

Diese Lager-Rechtsprechung zu syrischen Wehrdienstverweigerern zeigt, dass sich anhand des (dem Asylrecht nicht eigentümlichen) Mangels einer Tatsacheninstanz auf Bundesebene die „Rechtsprechungslotterie“ trennscharf nachzeichnen lässt. Die Besonderheiten des AsylG führen im Übrigen zu weniger greifbaren Divergenzen, da sich diese auf der ersten Instanz abspielen, zum Teil sogar innerhalb desselben Gerichts in unterschiedlichen Kammern. Die fehlende Möglichkeit der Verwaltungsgerichte, die Berufung zuzulassen, führt dazu, dass, solange das jeweilige Obergericht die grundsätzliche Bedeutung, die Abweichung von einer höherinstanzlichen Entscheidung oder den Verfahrensmangel nach § 138 VwGO nicht bejaht, der Fall, und damit die ggf. noch klärungsbedürftige Frage in der ersten Instanz verharret und sich eine einheitliche Rechtsprechung der verschiedenen Verwaltungsgerichte und ihrer Kammern nicht bilden kann.

Auch im Eilrechtsschutz darf der Kläger, der zum Beispiel die aufschiebende Wirkung der Klage gegen eine Rückführungsanordnung in den zuständigen Dublin-Staat erreichen will, keine Rechtssicherheit erwarten. Mangels Devolutiveffekts kann er keine obergerichtliche Klärung seines Begehrens, von der auch ähnliche Fälle profitieren könnten, herbeiführen.

Jedoch ist besonders die fehlende Möglichkeit einer Klärung durch obere Gerichte in zweifacher Hinsicht nachteilig: Nicht nur dem Asylsuchendem werden Steine in den Weg gelegt. Auch die Gerichte, zu deren Entlastung die Besonderheiten dereinst eingeführt wurden, haben durch weniger Rechtssicherheit mehr Arbeit.

#### 4. Zwischenergebnis

Der asylprozessrechtliche Status quo begründet ein vom allgemeinen Verwaltungsprozessrecht abweichendes Asylsonderprozessrecht.<sup>60</sup> Die Beschränkung bzw. der gänzliche Aus-

<sup>50</sup> BVerwG, Beschl. v. 2.6.2017 – 1 B 108.17.

<sup>51</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 29.8.2016 – 13 K 9495/16.A.

<sup>52</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 4.5.2017 – 14 A 2023/16.A.

<sup>53</sup> OVG Saarland, Urt. v. 22.8.2017 – 2 A 228/17.

<sup>54</sup> OVG Saarland, Urt. v. 22.8.2017 – 2 A 228/17.

<sup>55</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21.3.2018 – OVG 3 B 28.17.

<sup>56</sup> VGH Hessen, Urt. v. 6.6.2017 – 3 A 3040/16.A.

<sup>57</sup> BayVGH, Urt. v. 12.12.2016 – 21 B 16.30372.

<sup>58</sup> BayVGH, Urt. v. 12.12.2016 – 21 B 16.30372.

<sup>59</sup> *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1482).

<sup>60</sup> Den Begriff des „Sonderrechts“ verwenden u.a. auch *Marx*, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter:

schluss einer die Tatsachenüberprüfung einschließenden zweiten Gerichtsinstanz führen im Zusammenspiel mit der fehlenden grundsätzlichen Klärung tatsächlicher Fragen zu einer stark divergierenden Rechtsprechung in Asylsachen, die sich an praktischen Fallbeispielen widerspiegelt.

## II. Grundrechtliche Implikationen

Die Hürden, denen diese Divergenz im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben begegnet, folgen insbesondere<sup>61</sup> aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG und dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Im Folgenden werden die verwaltungsprozessualen Regelungen, die im Ergebnis die Anerkennung eines Schutzstatus in erheblichem Maße vom Ort des Gerichtsstandes abhängig machen, auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand gestellt.

### 1. Einschränkung der Berufung im Hauptsacheverfahren

Grundrechtliche Implikationen ergeben sich zunächst im Hinblick auf die fehlende Berufungszulassungskompetenz der Verwaltungsgerichte („Ob“ der Berufung) sowie der beschränkten Berufungszulassungsgründe („Wie“ der Berufung) im Rahmen von § 78 Abs. 2 und 3 AsylG.<sup>62</sup>

#### a) Art. 19 Abs. 4 GG

Die Einschränkungen der Berufung scheinen im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG problematisch.

#### aa) Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das „Ob“ der Berufung

Insbesondere die gänzlich fehlende Berufungszulassungskompetenz der Verwaltungsgerichte aus § 78 Abs. 2 AsylG könnte verfassungswidrig sein. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert ganz grundsätzlich den Zugang zu einem Gericht. Rechtssuchenden muss die Möglichkeit einer vollständigen richterlichen Nachprüfung gewährt werden.<sup>63</sup> Zudem enthält Art. 19 Abs. 4 GG das Gebot effektiven Rechtsschutzes,<sup>64</sup> das eine hinreichende Prüfungsbefugnis des Gerichts auf rechtlicher und *tatsächlicher* Ebene garantiert.<sup>65</sup> Art. 19 Abs. 4 GG ge-

währt dem Gesetzgeber zwar einen weiten Spielraum bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems<sup>66</sup>, stellt aber gleichzeitig den grundgesetzlichen Rahmen dar, in dem sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Prozessrechts zu bewegen hat.<sup>67</sup> Die Norm fordert keinen Instanzenzug.<sup>68</sup> Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem näher auszuformen und die prozessualen Voraussetzungen für Rechtsmittel festzulegen. Dabei muss er das Gebot effektiven Rechtsschutzes mit der Rechtssicherheit ausbalancieren.<sup>69</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG reicht es aus, wenn den Beteiligten eine Tatsacheninstanz zur Verfügung steht.<sup>70</sup> Doch geht aus der Rechtsprechung auch hervor: Stellt das Prozessrecht einen Instanzenzug zur Verfügung, so muss im Rahmen aller in der Prozessordnung vorgesehenen Instanzen nach Art. 19 Abs. 4 GG eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein, der Schutz darf nicht „leerlaufen“.<sup>71</sup> Insbesondere darf der Gesetzgeber den Zugang zur jeweils nächsten Instanz nicht in unzumutbarer, sachlich nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren.<sup>72</sup> Das BVerfG hat in der Vergangenheit mit dem Argument, die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Asylverfahren beeinträchtigt die justizielle Funktionsfähigkeit, einen Ausschluss der Berufungszulassungskompetenz im Asylprozessrecht gegen die Abweisung offensichtlich aussichtsloser Klagen für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten.<sup>73</sup> Die damals streitgegenständliche Regelung<sup>74</sup> ist nunmehr in § 78 Abs. 1 AsylG verankert. Letztlich kommt es nach der skizzierten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung also darauf an, ob § 78 Abs. 2 AsylG eine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu den Instanzen zur Folge hat.<sup>75</sup> Für eine solche Unzumutbarkeit spricht zwar, dass ausgerechnet den sachnähe-

<sup>66</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90.

<sup>67</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03.

<sup>68</sup> *Sodan*, in: *Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 27; BVerfG, Beschl. v. 21.10.1954 – 1 BvL 9/51; BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76; BVerfG, Beschl. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 19 Abs. 4 Rn. 30.

<sup>69</sup> BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 249/92.

<sup>70</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.07.1983 – 1 BvR 1470/82.

<sup>71</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.07.2015 – 1 BvR 625/15; BVerfG, Beschl. v. 29.10.1975 – 2 BvR 630/73; BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07; *Jachmann*, in: *Maunz/Dürig*, Kommentar zum GG, 87. Lfg., Stand: März 2019, Art. 95 Rn. 103; *Hofmann* (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 32.

<sup>72</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.7.2015 – 1 BvR 625/15; BVerfG NVwZ 2010, 1482 (1483); BVerfG, Beschl. v. 29.10.1975 – 2 BvR 630/73; BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07; *Jachmann* (Fn. 71), Art. 95 Rn. 103; *Hofmann* (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 32.

<sup>73</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.07.1983 – 1 BvR 1470/82; *Ritter*, NVwZ 1983, 202 (202); *Müller*, in: *Hofmann*, AuslR, 2. Aufl. 2016, § 78 AsylVfG Rn. 4.

<sup>74</sup> § 32 Abs. 6 S. 1, Abs. 8 AsylVfG v. 16.7.1982 (BGBl. I, S. 946).

<sup>75</sup> Vgl. *Hofmann* (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 32.

<https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019); *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019); *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (698) meint dasselbe und schlussfolgert hieraus „Dysfunktionalitäten des geltenden Rechts“.

<sup>61</sup> Weitere Vorgaben könnten sich aus Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 16a Abs. 1 GG ergeben.

<sup>62</sup> Der ebenfalls problematische vollständige Berufungsausschluss nach § 78 Abs. 1 AsylG bei als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründeten abgewiesenen Klagen bleibt außer Betracht.

<sup>63</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.4.1982 – 2 BvR 810/81.

<sup>64</sup> *Dietz*, NVwZ Extra 15/2018, 2 (3).

<sup>65</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.4.1982 – 2 BvR 810/81; *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter:

<http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

ren Verwaltungsgerichten die Berufungszulassungskompetenz verwehrt wird, während sachfernere Obergerichte über die Zulassung der Berufung entscheiden dürfen. Dabei legt die Sachnähe der Verwaltungsgerichte nahe, gerade ihnen die Entscheidung über das „Ob“ der Berufung zukommen zu lassen. § 78 Abs. 2 AsylG schließt ein Berufungsverfahren jedoch nicht *per se* aus. Die gesetzgeberische Beschränkung auf bestimmte Berufungsgründe ist auch in anderen Rechtsbereichen – beispielsweise § 144 SGG; § 511 ZPO – vor dem Hintergrund der Funktionsfähigkeit der Gerichte<sup>76</sup> anerkannt. Mit Blick auf den gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraum stellt sich der Ausschluss in § 78 Abs. 2 AsylG also nicht als Verfassungsverstoß dar.<sup>77</sup>

*bb) Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das „Wie“ der Berufung*

Jedoch könnte die Beschränkung der Berufungszulassungsgründe in Widerspruch zu Art. 19 Abs. 4 GG stehen. Wie bereits dargelegt, muss innerhalb der vorgesehenen Instanzen eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein.<sup>78</sup> Die Rechtsschutzgarantie erfasst gerade auch qualitativen Rechtsschutz und eine rechtsfehlerfreie Entscheidungsfindung.<sup>79</sup> Dies folgt schon aus der Befriedungsfunktion der Norm: Personen, die in einem Prozess unterliegen, werden eine Entscheidung nur akzeptieren, wenn sie einem gewissen Qualitätsminimum entspricht.<sup>80</sup> Auch im Falle der Beschränkung von Berufungsgründen stellt sich also die Frage nach der Zumutbarkeit der Beschränkung.<sup>81</sup> § 78 Abs. 3 AsylG eröffnet einen Instanzenzug. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG greift dann im Rahmen dieser eröffneten Berufungsinstanz.<sup>82</sup> Folglich muss eine Überprüfbarkeit hinsichtlich *tatsächlicher* und rechtlicher Gesichtspunkte möglich sein.<sup>83</sup> Dieser qualitätssichernde Befund ist gerade bei Asylrechtsstreitigkeiten von zentraler Bedeutung, denn der Ausgang eines solchen hängt meist von der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im Heimatland der Kläger ab.<sup>84</sup> Ein Berufungsausschluss bei Fragen rein tatsächlicher Natur verhindert gerade die Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen der Verwaltungsgerichte. Der Schutz-

bereich von Art. 19 Abs. 4 GG ist also im Hinblick auf § 78 Abs. 3 AsylG eröffnet. Der Ausschluss der Berufung bei tatsächlichen Schwierigkeiten verschließt zwar nicht den Gerichtszugang *per se*, steht aber einer umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung, wie sie Art. 19 Abs. 4 GG innerhalb des Instanzenzugs fordert, entgegen und ist somit als Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG zu qualifizieren. Bei der Frage einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung kommt es dann auf eine Abwägung zwischen Verfahrensbeschleunigung, d.h. letztlich der Funktionsfähigkeit der Justiz (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits und Rechtsschutz der Schutzsuchenden (Art. 19 Abs. 4 GG) andererseits, an. Im Lichte der Entwicklung hin zu divergierender Rechtsprechung in gleichgelagerten Asylstreitigkeiten trägt das Argument der Funktionsfähigkeit der Justiz allerdings nicht mehr ohne Weiteres.<sup>85</sup> Denn für die Belastung der Justiz durch divergierende Rechtsprechung ist gerade auch der Ausschluss der Überprüfbarkeit von Tatsachenfragen im Rahmen der Berufung mit verantwortlich, da die „Fallbreite“<sup>86</sup> der in die Berufung gelangenden Verfahren schlichtweg zu eng ist.<sup>87</sup> Dieser hat zu einer wachsenden Abhängigkeit der Gerichte von im konkreten Verfahren vorliegendem Informationsmaterial geführt. Mit Blick auf das Erfordernis einer „tagesaktuellen“<sup>88</sup> Entscheidung ist daher fraglich, ob ein Obergericht diesem Rechnung tragen kann, wenn es nachträglich über einen Sachverhalt entscheidet, dem bereits erstinstanzlich eine ungeklärte Tatsachenlage zugrunde liegt. Nicht zu unterschätzen ist auch „der fatale Eindruck“<sup>89</sup>, der durch örtlich-regionale justizielle Unterschiede bei Bürgern besteht und dem Ansehen des deutschen Rechtsstaates abträglich sein muss.<sup>90</sup> Die Beschränkung der Berufungsgründe macht mithin eine Schaffung von Einheitlichkeit durch obergerichtliche Rechtsprechung in tatsächlicher Hinsicht gerade unmöglich.<sup>91</sup> Zwar könnte man auf § 78 Abs. 3 Nr. 1 AsylG, der den Berufungszulassungsgrund der „grundsätzlichen Bedeutung“ normiert, verweisen. Jedoch setzt dieser voraus, dass der Tatsachenfrage eine über den Einzelfall hinausgreifende Bedeutung zukommt, d.h. dass die tatsächliche Frage auch für andere Fälle eine Leitfunktion darstellen könnte. Die klagende Person wird hierdurch zum „Sachwalter objektiver Klärungsbedürfnisse“<sup>92</sup>, was den am Individualrechtsschutz ausgelegten Grundrechten nicht entspricht.<sup>93</sup> Des Weiteren kann bemängelt werden, dass die von den Obergerichten geforderte Darlegungsdichte für die Geltendmachung der Zulassungs-

<sup>76</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02.

<sup>77</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02.

<sup>78</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.7.2015 – 1 BvR 625/15; BVerfG, Beschl. v. 29.10.1975 – 2 BvR 630/73; BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07; Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 103; Hofmann (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 32.

<sup>79</sup> Hofmann (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 30; Krugmann, ZRP 2001, 306 (307).

<sup>80</sup> Krugmann, ZRP 2001, 306 (308).

<sup>81</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 29.7.2014 – IV ZB 37/13; BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – V ZB 71/02; BVerfG, Beschl. v. 5.8.2002 – 2 BvR 1108/02; vgl. Hofmann (Fn. 68), Art. 19 Rn. 32.

<sup>82</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 Rn. 95.

<sup>83</sup> Hofmann (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 43.

<sup>84</sup> Ritter, NVwZ 1983, 202 (203); Groß/Kaiser, DVBl. 1997, 1315 (1315); Bühs, ZAR 2018, 424 (430).

<sup>85</sup> BR-Drs. 51/18, S. 1.

<sup>86</sup> Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>87</sup> BR-Drs. 51/18, S. 1.

<sup>88</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.4.2018 – 2 BvR 2435/17.

<sup>89</sup> Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>90</sup> Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>91</sup> Ritter, NVwZ 1983, 202 (203); Vgl. Rennert, DVBl. 2018, 401 (402).

<sup>92</sup> Gärditz (Fn. 7), S. 689 ff.

<sup>93</sup> Vgl. Gärditz (Fn. 7), S. 689 (702).

gründe die Berufung derart erschwert, dass sie von einem „durchschnittlichen, nicht auf das gerade einschlägige Rechtsgebiet spezialisierten RA mit zumutbarem Aufwand nicht mehr erfüllt werden können“.<sup>94</sup> Sieht man dies im Zusammenhang mit dem ohnehin eingeschränkten Rechtsmittelzugang, gelangt man zu der Diagnose, dass der Ausschluss von Berufungsgründen in § 78 Abs. 3 AsylG den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar erschwert und somit im Widerspruch zum Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG steht.

#### b) Art. 3 Abs. 1 GG

In Betracht kommt daneben wegen der Differenzierung nach Staatsangehörigkeit<sup>95</sup> eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG: § 78 Abs. 3 AsylG steht im Konflikt mit dem allgemeinen Gleichheitssatz. Dieser ergibt sich aus der verschiedenen verwaltungsprozessualen Ausgestaltung des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts im Vergleich zum Asylprozessrecht (Rechtssetzungsgleichheit). Dem Asylprozessrecht unterfallen ausschließlich rechtssuchende Personen nicht-deutscher Staatsangehörigkeit. Das hat zur Folge, dass die Beschränkungen des Rechtsschutzes faktisch nur diese Rechtssuchenden benachteiligen. Auch Nicht-Deutschen muss aber ein Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen zugesprochen werden.<sup>96</sup> Zum anderen führt die Beschränkung der Berufungsgründe zu divergierender Rechtsprechung innerhalb der Gruppe der Rechtssuchenden im Rahmen des Asylprozessrechts (judikative Rechtsanwendungsgleichheit).

§ 78 Abs. 3 AsylG könnte Art. 3 Abs. 1 GG also in Form der Rechtssetzungsgleichheit widersprechen. Zwar hat das BVerfG seinerzeit den Berufungsausschluss, der mittlerweile in § 78 Abs. 1 AsylG geregelt ist, auf eine Vereinbarkeit mit dem Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit hin untersucht und sie vor dem Hintergrund der hohen Zahl an Asylklagen als verfassungsgemäß eingestuft.<sup>97</sup> Das Gebot der *Rechtsanwendungsgleichheit* verpflichtet jedoch nur die mit der Anwendung von Recht betrauten Staatsgewalten der Exekutive und der Judikative, das geltende Recht gleichförmig anzuwenden, während die Legislative in Gestalt der *Rechtssetzungsgleichheit* gebunden ist.<sup>98</sup> Die gesetzgeberische Freiheit umfasst es grundsätzlich, den Zugang zum Rechtsmittelgericht, wie den Verfahrensgang, nach Zweckmäßigkeitsvorstellungen zu regeln und aus sachlichen Gründen Rechts-

mittel für einzelne Fallgruppen oder Sachgebiete unterschiedlich zu normieren.<sup>99</sup> Erst, wenn für eine gesetzlich geregelte Differenzierung „sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar sind, sodass ihre Aufrechterhaltung einen Verstoß gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden darstellen würde“, liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor.<sup>100</sup> Die in Bezug auf den heutigen § 78 Abs. 1 AsylG vom BVerfG angeführte Überlastung der Verwaltungsgerichte überzeugt aufgrund der jüngsten Entwicklungen bei der Überprüfung des § 78 Abs. 3 AsylG nicht mehr.<sup>101</sup> Die Erschwerung und Verkürzung des Rechtswegs verhindern eine rasche und zeitnahe obergerichtliche Klärung asylrechtlicher Fragestellungen.<sup>102</sup> Gerade in dem aktuellen „Verfahrensberg“ an Asylklagen, den die Verwaltungsgerichte zu bewältigen haben,<sup>103</sup> zeigt sich, dass sie ihr Hauptziel der Verfahrensbeschleunigung<sup>104</sup> nicht erreichen.<sup>105</sup> Vielmehr fördern sie sogar die Zersplitterung der Asylrechtsprechung durch mangelnde grundsätzliche obergerichtliche Klärungsmöglichkeiten.<sup>106</sup>

Die Beschränkung der Berufungszulassungsgründe in § 78 Abs. 3 AsylG könnte zudem dem Gebot der *Rechtsanwendungsgleichheit* widersprechen. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet Gerichte allgemein, die Gesetze gleich auszulegen und anzuwenden. Judikative Rechtsanwendungsgleichheit dient dazu, der Gefahr einer divergierenden Auslegung des bundeseinheitlichen Rechts durch verschiedene Landesgerichte zu begegnen und auf diesem Wege eine Rechtszersplitterung zu verhindern.<sup>107</sup> Durch Präjudizien soll die richterliche Meinungsbildung erleichtert werden und eine zügige Entscheidung in einer Vielzahl von Fällen gewährt werden.<sup>108</sup> Für Rechtssuchende, aber auch für die Verwaltung (insbesondere für das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge) dienen sie

<sup>94</sup> Müller (Fn. 73), § 78 AsylVfG Rn. 18; Vgl. Dietz, NVwZ Extra 15/2018, 2 (2).

<sup>95</sup> Vgl. Das BVerfG knüpft bei Ungleichbehandlung von Deutschen und Ausländern an die Staatsangehörigkeit an, vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 BvL 14/07; BVerfG, Beschl. v. 20.3.1979 – 1 BvR 111/74; „Heimat“ ist als Abgrenzungskriterium ungeeignet, Kischel, in: Beck'scher-Online Kommentar, GG, 41. Lfg., Stand: 15.5.2019, Art. 3 GG, Rn. 224 ff.

<sup>96</sup> Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 119.

<sup>97</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82.

<sup>98</sup> Schladebach, NVwZ 2018, 1241 (1241); Jarass (Fn. 96), Art. 3 Rn. 3.

<sup>99</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82.

<sup>100</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.6.1958 – 2 BvF 1/56.

<sup>101</sup> Gärditz (Fn. 7), S. 689 (699); Vgl. Münch, ZRP 2018, 193 (194).

<sup>102</sup> BR-Drs. 51/28, S. 1; Rennert, DVBl 2018, 401 (402).

<sup>103</sup> Berlitz, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019) spricht von Zahlen zwischen 300.000 und 400.000 aktuell bei den Verwaltungsgerichten anhängigen gerichtlichen Asylverfahren, die die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch ohne jeden Neueingang bei gleichbleibend hoher Erledigungszahl rechnerisch drei bis vier Jahre beschäftigen werden.

<sup>104</sup> Vgl. Gärditz, (Fn. 7), S. 689 (700); Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Asylverfahrens, BT-Drs. 12/2062, S. 1; Rennert, DVBl 2018, 401 (402).

<sup>105</sup> Vgl. Gärditz (Fn. 7), S. 689 (700); Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Asylverfahrens, BT-Drs. 12/2062, S. 1; Rennert, DVBl 2018, 401 (402); Vgl. Münch, ZRP 2018, 193 (194).

<sup>106</sup> Münch, ZRP 2018, 193 (193).

<sup>107</sup> Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 17.

<sup>108</sup> Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 18; Vgl. auch Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 262.

der Orientierung und schaffen damit Rechtssicherheit.<sup>109</sup> Seine Grenze findet das Gebot judikativer Rechtsanwendungsgleichheit in der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG.<sup>110</sup> Rechtsprechung ist „konstitutionell uneinheitlich“<sup>111</sup>. Ein Präjudiz ist zwar widerlegbar und auch widerlegungsbedürftig, wenn das Gericht von ihm abweichen will.<sup>112</sup> Es ist jedoch Aufgabe gerade der obersten Instanzen, diesen Verfassungsauftrag aus Art. 20 Abs. 1 GG innerhalb des ihnen jeweils zugewiesenen Gerichtszweigs zu erfüllen (Art. 95 Abs. 3 GG).<sup>113</sup> Vor diesem Hintergrund soll das Rechtsmittelrecht eine Balance zwischen Einzelfallgerechtigkeit und gleichmäßiger richterlicher Rechtsanwendung schaffen.<sup>114</sup> Die Beschränkungen der Berufungszulassung in § 78 Abs. 3 AsylG machen diese Aufgabe faktisch unmöglich, da Tatsachenfragen von vornherein der obergerichtlichen Rechtsprechung entzogen werden. Zwar hat das BVerfG in der Vergangenheit in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG betont, dass dieser nicht verletzt sei, wenn er aus sachlichen Gesichtspunkten Rechtsmittel für einzelne Fallgruppen oder Sachgebiete unterschiedlich regelt.<sup>115</sup> Da die Beschränkungen des § 78 Abs. 3 AsylG die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Asylverfahren sogar gesteigert haben, sind sie nicht sachdienlich.<sup>116</sup> Schwerlich wird man daher vom Vorliegen eines sachlichen Grundes ausgehen können. Die Beschränkungen des Berufungsverfahrens sind daher mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.<sup>117</sup>

## 2. Ausschluss der Beschwerde im vorläufigen Rechtsschutz

Verfassungsrechtlichen Bedenken könnte auch der Ausschluss der Beschwerde im einstweiligen Rechtsschutz in § 80 AsylG begegnen. Diese Distanzierung vom allgemeinen Verwaltungsprozessrecht wirft hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 GG in Ausprägung der Rechtssetzungsgleichheit verfassungsrechtliche Fragen auf.<sup>118</sup> Auch hier muss sich die Restriktion am Vorliegen eines sachlichen Grundes messen lassen. Die zugleich erst- und letztinstanzliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die Vollziehbarkeit einer Abschiebungsanordnung hat zu einer erhöhten Belastung des BVerfG geführt, welches in Asylrechtsstreitigkeiten vermehrt angerufen wird, jedoch keine verwaltungsgerichtliche Leitentscheidungen treffen kann.<sup>119</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass das BVerfG sich

mangels vorgelagerten Rechtsweges nicht auf die Feststellungen eines Fachgerichts stützen kann.<sup>120</sup> Folge ist auch hier divergierende Asylrechtsprechung und damit ineffiziente Asylgerichtsbarkeit.<sup>121</sup> Besonders im Zusammenspiel mit der Beschränkung der aufschiebenden Wirkung gem. § 75 Abs. 1 AsylG ergeben sich durch den Beschwerdeausschluss für Klagende unzumutbare Härten im Rechtsschutz. Gerade in Dublin-Verfahren findet der Sache nach die wesentliche Prüfung im Verfahren des Eilrechtsschutzes statt.<sup>122</sup> Durch den Wegfall des Suspensiveffekts aus § 75 Abs. 1 AsylG kommt dem Eilrechtsschutz für Betroffene besondere Bedeutung zu. Dieser hohen Bedeutung wird das Asylprozessrecht jedoch an der Stelle nicht gerecht: Das gerichtliche Prüfprogramm im einstweiligen Rechtsschutz ist eingeschränkt und bei aller Sorgfalt, die Gerichte auch im Eilverfahren walten lassen, ist eine Aufarbeitung des Sach- und Streitstoffes wie im Hauptsacheverfahren kaum möglich.<sup>123</sup> Auch hier lässt sich am Vorliegen eines sachlichen Grundes zweifeln. Der durch den Rechtsmittelausschluss verfolgte Beschleunigungseffekt wird durch die justizielle Zersplitterung und deren Folgen bei einer verfahrensübergreifenden Betrachtung wieder aufgehoben. Der Beschwerdeausschluss ist daher bei aller Beachtung des gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraums völlig unzumutbar. Ein sachlicher Grund kann hierauf nicht gestützt werden.<sup>124</sup> Auch der Beschwerdeausschluss steht damit in Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>125</sup>

Ein Verstoß gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG liegt indessen nicht vor.<sup>126</sup> Zum einen steht § 80 AsylG der Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes nicht im Weg. Zum anderen schließt sie eine gerichtliche Überprüfung im nachfolgenden Hauptsacheverfahren nicht aus.<sup>127</sup> Den Anforderungen, die Art. 19 Abs. 4 GG aufstellt<sup>128</sup>, ist mit der Möglichkeit einer Überprüfung im nachfolgenden Hauptsacheverfahren Rechnung getragen.<sup>129</sup>

<sup>120</sup> Gärditz (Fn. 7), S. 689 (704).

<sup>121</sup> Münch, ZRP 2018, 193 (193); Sachverständigen-Stellungnahme von Pro-Asyl für die öffentliche Anhörung am 27.3.2017 vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages zum GE der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht“, BR-Drs. 179/17.

<sup>122</sup> Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>123</sup> Seeger, in: Beck'scher Online-Kommentar zum AuslR, 22. Lfg., Stand: 1.5.2019, § 75 AsylG Rn. 1.

<sup>124</sup> Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>125</sup> Vgl. Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

<sup>126</sup> BVerfG, Urt. v. 14.5.96 – 2 BvR 1516/93; Bergmann (Fn. 119), § 80 AsylG Rn. 5; Hörich, InfAuslR, 2012, 292 (293).

<sup>127</sup> Hörich, InfAuslR, 2012, 292 (293).

<sup>128</sup> Der Gesetzgeber darf den Zugang zur jeweils nächsten Instanz nicht in unzumutbarer, sachlich nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren.

<sup>129</sup> Bergmann (Fn. 118), § 80 AsylG Rn. 5.

<sup>109</sup> Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 18; Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1481).

<sup>110</sup> Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 18.

<sup>111</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.4.1988 – 1 BvR 669/87.

<sup>112</sup> Brocker/Knops, Jura 1993, 300 (301).

<sup>113</sup> Dietz, NVwZ Extra 15/2018, 2 (3).

<sup>114</sup> Schmidt, in: ErfK, GG, 19. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 18.

<sup>115</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82.

<sup>116</sup> Münch, ZRP 2018, 193 (193).

<sup>117</sup> Vgl. Münch, ZRP 2018, 193 (193), der von einer Gleichheitswidrigkeit ausgeht.

<sup>118</sup> Vgl. Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, AuslR, 12. Aufl. 2018, § 80 AsylG Rn. 5.

<sup>119</sup> BR-Drs. 51/18, S. 11; Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

### 3. Keine grundsätzliche Klärung von Tatsachenfragen

Dem BVerwG kommt die Aufgabe zu, eine divergierende Auslegung des Bundesrechts im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verhindern.<sup>130</sup> Aus Art. 95 Abs. 1 GG folgt, dass keine gesetzliche Beschränkung dazu führen darf, dass die obersten Gerichtshöfe ihrem Auftrag nicht mehr gerecht werden können.<sup>131</sup> Die Beschränkung der Berufungszulassungsgründe macht es dem BVerwG jedoch faktisch unmöglich, diese Aufgabe bei Asylklagen zu erfüllen, da Tatsachenfragen von vornherein seiner Kontrolle entzogen sind, d.h. die „Fallbreite“<sup>132</sup> der in die Berufung gelangenden Verfahren ist schlichtweg zu eng.<sup>133</sup> Indessen wäre die Schaffung einer grundsätzlichen Tatsachenbeurteilungskompetenz verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Hier könnte ein Konflikt mit dem Erfordernis einer tagesaktuellen Entscheidung (Art. 103 Abs. 1 GG)<sup>134</sup> sowie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) entstehen. Zudem ist der Judikative eine Uneinheitlichkeit schlichtweg immanent. Jedoch darf das Rechtsmittelrecht nicht seiner koordinierenden und vereinheitlichenden Funktion beraubt werden. Nur eine bundesweite Rechtsprechung mit einem „Mindestmaß der Rechtsvereinheitlichung“<sup>135</sup> in vielen Fällen vermag Rechtssicherheit herzustellen. Aus dieser Erkenntnis erwuchs Art. 95 Abs. 1 GG seinerzeit.<sup>136</sup> Nicht zuletzt aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt, dass Effektivität und Effizienz nicht gleichgesetzt und verwechselt werden dürfen.<sup>137</sup>

### 4. Zwischenergebnis

Die asylprozessualen Restriktionen halten einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Eine Reform, die die mahnenden Worte „Schnelligkeit darf Gründlichkeit nicht verdrängen.“<sup>138</sup> verinnerlicht, erscheint vor diesem Hintergrund zwingend.

## III. Reformvorschläge

Die jüngsten Reformdiskussionen haben diverse Änderungsvorschläge hervorgebracht. Tendenziell zielen diese darauf ab, das Asylprozessrecht wieder dem allgemeinen Verwal-

tungsprozessrecht anzunähern, gehen zum Teil jedoch darüber hinaus.

### 1. Einrichtung eines unabhängigen Instituts zur Klärung von Tatsachenfragen

Entscheidungen im Asylprozess erfolgen in der Regel anhand unterschiedlicher Quellen, denen zum Teil eine politische Motivation<sup>139</sup> vorgeworfen wird. Ein Vorschlag, welcher zur Lösung dieses Problems vorgestellt wurde<sup>140</sup> lautet, eine unabhängige Facheinrichtung, welche von hinsichtlich der Bewertung von Gefahrenlagen ausgebildeten Experten besetzt ist, einzurichten („Robert-Koch-Institut für Asylfragen“). Die in einer solchen Einrichtung gewonnen Erkenntnisse sollen dann von den entscheidenden Richtern berücksichtigt werden müssen, es sei denn, es läge im konkreten Fall eine bessere Erkenntnisquelle vor. An diesem Vorschlag wurde u.a. kritisiert, dass unter der verbindlichen Einbeziehung solcher Einrichtungen die richterliche Unabhängigkeit gemäß Art. 97 Abs. 1 GG leiden würde.<sup>141</sup> Ein weiterer Kritikpunkt ist der hohe personelle und finanzielle Aufwand, welcher mit der Einrichtung eines solchen unabhängigen Instituts einherginge<sup>142</sup> und die Unsicherheit, ob eine solche Einrichtung dem vom BVerfG aufgestellten Erfordernis der Tagesaktualität der Erkenntnisquelle bei der Bewertung von Sicherheitslagen gerecht werden könnte.<sup>143</sup> Hinsichtlich des Arguments, die Einrichtung eines Instituts würde übermäßig Ressourcen in Anspruch nehmen, ist anzumerken, dass das Kosten-Nutzen-Verhältnis durch einen effektiveren Prozess letztendlich sogar positiv ausfallen könnte. Der Kritikpunkt, der eine Einschränkung der richterlichen Unabhängigkeit anspricht, ist dagegen nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen, da eine Erkenntnisquelle, die die Rspr. vereinheitlichen soll, in den meisten Fällen verpflichtend sein muss. Indes erreicht der Sinn dieser Verfassungsnorm dort seine Grenzen, wo der Richter diese Unabhängigkeit nicht mehr sinnvoll einsetzen kann, weil die Bewertung von ausländischen Sachverhalten in tagesaktueller Form nicht problemlos vom einzelnen Richter oder der Kammer geleistet werden kann. Dieses Problem ist auch aus anderen Rechtsgebieten bekannt, in denen z. B. durch Technische Anleitungen (etwa TA Luft, TA Lärm) darauf reagiert wurde. Das gedachte Institut könnte dafür sorgen, dass der mitunter sehr fehleranfällige Spagat zwischen den derzeitigen verfügbaren Quellen (z.B. Lageberichte des Auswärtigen Amtes oder von NGO's) bald der Vergangenheit angehört. Wenig durchschlagend ist bei genauerer Betrachtung auch das Erfordernis der Tagesaktualität. Ein mit Experten besetztes Institut, das sich ausschließlich um die Bewer-

<sup>130</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 95, Rn. 1, 2; Das BVerwG hat sich in der Vergangenheit als wirksam bei der Herstellung und Erhaltung der Einheitlichkeit des Verwaltungsrechts erwiesen, Hufen (Fn. 7), Rn. 12.

<sup>131</sup> Heusch (Fn. 130), Art. 95 Rn. 6.

<sup>132</sup> Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>133</sup> Rennert, DVBl 2018, 401 (402); BR-Drs. 51/18, S. 2.

<sup>134</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.3.2017 – 2 BvR 681/17 (Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung).

<sup>135</sup> Heusch (Fn. 130), Art. 95 Rn. 1.

<sup>136</sup> Heusch (Fn. 130), Art. 95 Rn. 1.

<sup>137</sup> Krugmann, ZRP 2001, 306 (307).

<sup>138</sup> Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

<sup>139</sup> Zum Lagebericht des Auswärtigen Amtes, Baade, VerfBlog v. 1.10.2018, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/asylrecht-auf-dem-juristentag-mehr-rechtseinheit-aber-auch-mehr-transparenz/> (11.9.2019).

<sup>140</sup> Kluth, ZAR 2018, 331 (336); ebenso aufgegriffen in ders./Giesen, Gutachten D/E zum 72. Deutschen Juristentag, D 62 Nr. 3 26.

<sup>141</sup> Münch, ZRP 2018, 193 (196).

<sup>142</sup> Münch, ZRP 2018, 193 (196).

<sup>143</sup> Münch, ZRP 2018, 193 (196).

tion von länderspezifischen Tatsachen z.B. der Sicherheitslage auseinandersetzt, kommt einer Lösung, die das Erfordernis der Tagesaktualität erfüllt, am nächsten.

## 2. Einführung einer Tatsachenbewertungskompetenz des BVerwG im Rahmen länderbezogener Entscheidungen

Eine weiter diskutierte Möglichkeit ist, das BVerwG asylrechtliche Fragen tatsächlicher Art und fallübergreifend behandeln zu lassen. Hierzu werden drei Modelle vorgeschlagen.<sup>144</sup> Die Modelle orientieren sich an der Praxis der country guidance determinations der Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber des Vereinigten Königreichs,<sup>145</sup> bei der geeignete Berufungsverfahren als Leitentscheidungen zu bestimmten Tatsachenfragen erklärt werden können.<sup>146</sup> Die Modelle setzen bei den Regelungen über das Berufungsverfahren und über die Revision an oder schaffen originär ein Vorlageverfahren.

Hinsichtlich der Vorschläge lässt sich kritisieren, dass stets alle Umstände des individuellen Einzelfalls beachtet werden müssen; eine pauschalisierte Festlegung im Tatsachenbereich, welche nicht alle individuellen Umstände beachten kann, hätte eine Verkürzung des Rechtsschutzes zur Folge.<sup>147</sup> Ferner ist anzuführen, dass Leitentscheidungen dem Erfordernis einer schnellen und flexiblen Änderung bei der Beurteilung sich rasch ändernder (Sicherheits-)Lagen entgegenstünden.<sup>148</sup> Auch muss rechtsvergleichend die Frage gestellt werden, ob die Praxis eines Rechtskreises, der sich dem Case Law verschrieben hat, übernommen werden kann. Vor allem im Hinblick auf das Erfordernis der Tagesaktualität, das generell Zweifel an Leitentscheidungen jeder Form im Asylrecht aufkommen lässt, könnte sich eine solche Vorgehensweise als problematisch erweisen. Zwar ist eine gewisse Kasuistik auch den Rechtskreisen des Code Law immanent; diese bildet sich jedoch meist hinsichtlich solcher Fallgruppen, bezüglich derer auf der Tatsachenebene mit der Zeit keine wesentlichen Änderungen stattfinden, wie man an den Fallgruppen zur Sittenwidrigkeit einer Bürgerschaftserklärung erkennen kann. Würde man die Möglichkeit länderbezogener Leitentscheidungen dem BVerwG unter dieser Maßgabe zusprechen, ist ebenso zu beachten, dass untere Gerichte bei veränderter Lage abweichen könnten und damit die Gefahr bestünde, dass die Leitentscheidungen binnen weniger Monate obsolet würden. Dies ist vor dem Hintergrund bedenklich, dass eine andere Gestaltung schwerlich mit den Erfordernissen des BVerfG vereinbar wäre. Verglichen mit der Instituts-Lösung ist dieser Ansatz deutlich ineffektiver und behäbiger und daher abzulehnen.

<sup>144</sup> Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1482).

<sup>145</sup> Detaillierter hierzu Mitsch/Reiling, VerfBlog v. 16.2.2018, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/das-wissensproblem-im-asylprozess-und-wie-es-behoben-werden-kann/> (11.9.2019).

<sup>146</sup> Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1482).

<sup>147</sup> Münch, ZRP 2018, 193 (195).

<sup>148</sup> Münch, ZRP 2018, 193 (195).

## 3. Rückkehr zum „normalen“ Verwaltungsprozess

Andere Vorschläge zur Lösung der etwaigen Divergenz setzen nicht auf der Tatsachenebene an, sondern auf der Rechtsmittelebene. Verschiedentlich wurde in der Politik vorgeschlagen, hinsichtlich der Rechtsmittelzulassung nach §§ 78 ff. AsylG das Asylprozessrecht wieder an das normale Verwaltungsprozessrecht anzunähern oder sogar darüber hinaus zu gehen.<sup>149</sup> Im Fokus steht hierbei die Wiedereinräumung der Möglichkeit der Verwaltungsgerichte, die Berufung im Hauptsacheverfahren bzw. die Beschwerde im Eilrechtsverfahren, zuzulassen. Die jeweiligen Vorschläge führen dazu, dass das Verwaltungsgericht den Fällen grundsätzliche Bedeutung attestieren oder in ihrem Urteil von obergerichtlicher Rechtsprechung abweichen kann. Eine Möglichkeit der Zulassung auch durch die Verwaltungsgerichte im Hauptsache- und Eilverfahren soll eine Entwicklung der gefestigten und einheitlichen Rechtsprechung fördern. Die Straffung der Fallbearbeitung als vorrangiges Ziel des Asylsonderprozessrechts sehen die Gesetzesentwürfe nicht erreicht.<sup>150</sup> Daher wollen sie von diesem Sonderweg wieder abkehren. Im Hauptsacheverfahren brächte dies den Kläger in die Position, dass er nicht nur von der Ansicht des Obergerichts abhängig wäre, sondern unter Umständen vom Verwaltungsgericht, welchem der Gesetzesentwurf implizit eine gesteigerte Sachnähe zuspricht, eine das Obergericht bindende Berufungszulassung erlangt. Hinsichtlich des Eilverfahrens würde dem Kläger eine Beschwerdemöglichkeit durch die Gesetzesentwürfe erstmalig gegeben, da § 80 AsylG die Beschwerdemöglichkeit vorbehaltlich der Erfordernisse der Nichtzulassungsbeschwerde aus § 133 VwGO gar nicht erst eröffnet.

Gegen den Reformvorschlag ist anzuführen, dass im Berufungszulassungsverfahren im Rahmen der VwGO die Zahl erfolgreicher Zulassungsanträge primär von der Strenge der Obergerichte hinsichtlich der Darlegungserfordernisse abhängt.<sup>151</sup> Alternativ ließe sich eine Zulassungsmöglichkeit der Obergerichte vorschlagen, bei der im öffentlichen Interesse die Darlegungshürden gesenkt wären, wobei durch Ausschluss eines hierauf bezogenen Rechtsmittels die Ausweitung der Rechtsbehelfe verhindert wäre.<sup>152</sup> Fraglich ist hierbei jedoch, ob auf die sachnäheren Verwaltungsgerichte verzichtet werden kann.

Zusammenfassend lässt sich ein Trend zur Rückkehr zum allgemeinen Verwaltungsprozessrecht ausmachen, bisweilen sind die Vorschläge sogar überschießend (Tatsacheninstanz beim BVerwG). Die Erkenntnis, dass das Asylsonderrecht als Mittel zur Effizienzsteigerung endgültig gescheitert ist, drängt sich vor diesem Hintergrund auf.

## IV. Fazit

Nach der in diesem Beitrag vorgenommenen Gesamtbetrachtung kann keinem der vorgestellten Reformansätze der Anspruch beigemessen werden, das vor über 20 Jahren wie heute gleichermaßen aufgeworfene Problem der Bewältigung

<sup>149</sup> BT-Drs. 19/1319, S. 3.

<sup>150</sup> BT-Drs. 19/1319, S. 3.

<sup>151</sup> Dietz, NVwZ Extra 15/2018, 2 (4).

<sup>152</sup> Dietz, NVwZ Extra 15/2018, 2 (4).

der hohen Zahl an Asylrechtsstreitigkeiten abschließend zu lösen.

Die Einführung einer bundesverwaltungsgerichtlichen Tatsachenbewertungskompetenz im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen stößt auf praktisch-kapazitäre Schwierigkeiten, die vorrangig in der fehlenden Expertise der erkennenden Bundesrichter über fremde Sachverhalte, insbesondere wegen der Gefahrenlagen in Krisengebieten, bestehen. Eine Rückkehr zum regulären Verwaltungsprozessrecht, namentlich zur Erleichterung des Zugangs zur Berufung, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht wünschenswert, zum Teil sogar geboten. Jedoch wären neben erheblichen Investitionen in Ausstattung und Personal des Justizapparats auch umfassende Gesetzesänderungen erforderlich. In naher Zukunft scheint dieser Lösungsansatz daher nicht umsetzbar, ist aber langfristig sinnvoll. Unter den in diesem Beitrag erörterten Vorschlägen stellt die Einführung einer Art „Robert-Koch-Institut“ für asylrechtsrelevante Tatsachenfragen den erstrebenswertesten dar.<sup>153</sup> Er sollte indes freilich nur als Anlass- und Ansatzpunkt für eine gezielte Reformierung des deutschen Asylrechts genutzt werden. Denn sei er auch nicht ausgereift, ist mit ihm die Erkenntnis verbunden, dass der Status quo den Anforderungen des Grundgesetzes nur teilweise bis gar nicht gerecht wird. Stimmen, die sämtliche Reformmaßnahmen wegen ihrer vermeintlich fehlenden Finanzierbarkeit oder deswegen abtun, weil nicht hinreichend feststehe, ob sie wirklich zielführend sind, seien mit Nachdruck daran erinnert, dass Untätigkeit noch weitaus weniger zielführender sein dürfte.

---

<sup>153</sup> Dafür plädiert in ebenfalls vorsichtigem Ton auch *Bühs*, ZAR 2018, 424 (430).