

# Zuständigkeit der Ausländerbehörde für das Feststellen von Abschiebungsverboten

von David Werdermann<sup>1</sup>  
Stand: 09.03.2014

## Inhalt

I. Einleitung.....	1
II. Einführung in die rechtlichen Grundlagen.....	3
III. Bundesverwaltungsgericht: Kein Wahlrecht des Antragstellers.....	4
IV. Kritik.....	6
1. Der Wortlaut ist ambivalent.....	6
2. Die Rechtsprechung des BVerwG führt nicht zur erwünschten Verfahrensvereinfachung und Kompetenzsicherung.....	7
3. Eine Einschränkung des Wahlrechts ist vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.....	8
4. Das Asylverfahren ist mit Nachteilen verbunden.....	10
5. Die Rechtsprechung des BVerwG führt zu Rechtsunsicherheit bei Behörden und Antragstellern.....	11
6. Die Rechtsprechung des BVerwG führt zur faktischen Abschaffung der Zuständigkeit von Ausländerbehörden.....	11
7. Das Europarecht stellt auf den Willen des Antragstellers ab.....	12
8. Schutzsuchende werden zum Stellen von eindeutig unbegründeten Anträgen gezwungen.....	14
9. Schutzsuchende werden zum Stellen von unzulässigen Anträgen gezwungen.....	14
10. Die Ausländerbehörden sind im Rahmen von Androhung und Durchführung der Abschiebung für das Feststellen von Abschiebungsverboten zuständig.....	18
V. Fazit.....	20

## I. Einleitung

Wer ist zuständig für welches Schutzersuchen? Auf der Website des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge heißt es relativ einfach zum sogenannten nationalen subsidiären Schutz: „Wenn ein Ausländer zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote geltend macht, ohne dass er einen Asylantrag stellt oder bereits zuvor gestellt hat, ist die Ausländerbehörde für diese Entscheidung zuständig.“<sup>2</sup>

Die Praxis sieht anders aus. Werden bei Ausländerbehörden auf den nationalen subsidiären Schutz beschränkte Anträge gestellt, verweisen diese oft auf das

---

1 Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität und engagiert sich beim Freiburger Forum aktiv gegen Ausgrenzung. Der Beitrag entstand unter Mitwirkung von Laura Jäckel. Er ist als Hilfestellung oder Materialsammlung für zukünftige rechtliche Auseinandersetzungen vor Ausländerbehörden und Gerichten konzipiert. Nachfragen und Anmerkungen nimmt der Autor per Email ([david\\_werdermann@yahoo.de](mailto:david_werdermann@yahoo.de)) entgegen.

2 *BAMF*, Begriff und Arten des subsidiären Schutzes, abrufbar unter <http://www.bamf.de/DE/Migration/AsylFluechtlinge/Subsidiaer/BegriffArten/begriff-arten-node.html> (letzter Zugriff 13.01.2014).

Asylverfahren mit dem dafür zuständigen Bundesamt. Hintergrund ist die Rechtsprechung des BVerwG, nach der das Bundesamt zuständig ist, wenn in der Sache asylrelevante Tatsachen vorgebracht werden.

Diese Rechtsprechung hat für die Betroffenen zum Teil weitreichende negative Konsequenzen. Denn das Asylverfahren hat nicht nur Vorteile<sup>3</sup> sondern auch Nachteile.<sup>4</sup>

Die Betroffenen haben also unter Umständen ein starkes Interesse daran, kein Asylverfahren zu durchlaufen. Das gilt insbesondere für Fälle, in denen die Anerkennung als Asylberechtigter, Flüchtling oder international subsidiär Schutzberechtigter ausgeschlossen oder sehr unwahrscheinlich ist. Als Beispiel seien Roma aus dem ehemaligen Jugoslawien genannt. Trotz erheblicher Diskriminierungen ist die Anerkennung als Asylberechtigter oder Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention nahezu ausgeschlossen.<sup>5</sup>

Eine weitere relevante Fallgruppe sind jene Flüchtlinge, die bei einem Asylantrag unter die Dublin-Regelung fallen. In diesen Fällen würde ein Asylantrag inhaltlich erst gar nicht geprüft werden. Eine Dublin-Abschiebung kann jedoch verhindert werden, indem man den Antrag auf nationalen subsidiären Schutz beschränkt.<sup>6</sup> Dies kann zwar auch noch nachträglich geschehen, eine Beschränkung von Anfang an vermeidet jedoch die negativen Folgen eines Asylverfahrens.

Die Frage nach der Zuständigkeit hat sich durch die jüngste Asylrechtsreform<sup>7</sup> nicht erledigt. Zwar wurde der internationale subsidiäre Schutz in das Asylverfahren eingegliedert, für isolierte Anträge auf nationalen subsidiären Schutz ist jedoch weiterhin im Grundsatz die Ausländerbehörde zuständig.

Im Folgenden soll untersucht werden, wann die Ausländerbehörden für das Feststellen von Abschiebungsverböten zuständig sind. Es soll wie folgt vorgegangen werden: Zunächst werden die einschlägigen rechtlichen Grundlagen vorgestellt. Anschließend wird

---

3 Dazu gehören etwa die Möglichkeit eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG zu bekommen, die aufschiebende Wirkung von Klagen, sofern der Antrag nicht als offensichtlich unbegründet wird, und niedrigere Anwalts- und Gerichtskosten, dazu *Müller Asylmagazin* 2011, 358.

4 Siehe dazu unten unter IV.4.

5 Von den letzten 17109 asylbeantragenden Roma aus Serbien und Mazedonien in den Quartalen 4/2012, 1/2013 und 2/2013 wurde einer einzigen Person Asyl oder Flüchtlingsanerkennung gewährt. Zwischen nationalem und dem inzwischen ins Asylverfahren eingegliederten internationalen Schutz wurde in der Statistik nicht differenziert, jedoch ist davon auszugehen, dass die meisten positiven Entscheidungen auf den nationalen subsidiären Schutz (individuelle Gefahr für Leib und Leben) zurückgehen. Zahlen nach BT-Ds. 17/14553, S. 28; BT-Ds. 17/13636, S. 26, 27.

6 Siehe dazu unten unter IV.9.

7 Gesetz vom 28.08.2013 - Bundesgesetzblatt Teil I, 2013, Nr. 54, 05.09.2013, S. 3474.

der Frage nachgegangen, ob der Antragsteller ein Wahlrecht zwischen dem Asylverfahren und dem ausländerrechtlichen Verfahren hat. Dazu wird die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. März 2006 dargestellt und anschließend einer Kritik unterzogen. Dabei wird insbesondere auf die geänderte Rechtslage, die in der Literatur geäußerte Kritik sowie auf neuere Entscheidungen von EuGH und Verwaltungsgerichten eingegangen.

## **II. Einführung in die rechtlichen Grundlagen**

Folgende humanitäre Gründe kommen für das Erteilen einer Aufenthaltserlaubnis in Betracht:

1. Anerkennung als Asylberechtigter nach § 25 Abs. 1 AufenthG i.V.m. Art. 16a GG. Voraussetzung ist u.a. eine politische Verfolgung.
2. Anerkennung als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention nach § 25 Abs. 2 AufenthG i.V.m. §§ 3 bis 3e AsylVfG. Voraussetzung ist eine Verfolgung wegen Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen der politischen Überzeugung.
3. Internationaler subsidiärer Schutz nach § 25 Abs. 1 i.V.m. § 4 AsylVfG. Voraussetzung ist hier die Gefahr der Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts.
4. Nationaler subsidiärer Schutzes nach § 25 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 60 Abs. 5, 7 AufenthG. § 60 Abs. 7 AufenthG ist einschlägig, wenn eine individuelle Gefahr für Leib und Leben (außerhalb eines bewaffneten Konflikts) besteht.

Nach § 71 Abs. 1 AufenthG sind grundsätzlich die Ausländerbehörden für aufenthaltsrechtliche Maßnahmen und Entscheidungen zuständig. Darunter fallen grundsätzlich auch Entscheidungen über das Vorliegen von Abschiebungsverboten, wie es in § 79 Abs. 1 S. 2 AufenthG ausdrücklich geregelt ist.

Abweichend von der Zuständigkeitsregel des § 71 Abs. 1 AufenthG regelt § 5 Abs. 1 AsylVfG jedoch, dass das Bundesamt für die Entscheidung über Asylanträge

zuständig ist. Der Begriff des Asylantrags wird im Gesetz unterschiedlich verwendet. § 5 Abs. 1 AsylVfG verweist auf den formellen Asylantrag, der gemäß § 14 Abs. 1 AsylVfG bei einer Außenstelle des Bundesamtes gestellt werden muss. Von diesem formellen Antrag ist der Asylantrag nach § 13 Abs. 1 AsylVfG zu unterscheiden. Hierbei handelt es sich um ein informelles Asylgesuch, das zu der Erteilung einer Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylVfG führt. Der Schutzsuchende hat daraufhin zwei Wochen Zeit, um einen formellen Antrag gemäß § 14 AsylVfG zu stellen. Tut er dies nicht, erlischt die Aufenthaltsgestattung gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 2 AsylVfG.

Ein Asylantrag liegt nach § 13 AsylVfG vor „wenn sich dem schriftlich, mündlich oder auf andere Weise geäußerten Willen des Ausländers entnehmen lässt, dass er im Bundesgebiet Schutz vor politischer Verfolgung sucht oder dass er Schutz vor Abschiebung oder einer sonstigen Rückführung in einen Staat begehrt, in dem ihm eine Verfolgung im Sinne des § 3 Absatz 1 oder ein ernsthafter Schaden im Sinne des § 4 Absatz 1 droht.“ Umfasst sind somit die in Nr. 1 (Asyl) und Nr. 2 (Flüchtlingsanerkennung), neuerdings auch die in Nr. 3 (internationaler subsidiärer Schutz) genannten Schutzformen. Nicht umfasst ist weiterhin der in Nr. 4 (nationaler subsidiärer Schutz) genannte Schutz. Jedoch regelt § 24 Abs. 2 AsylVfG, dass "nach Stellung eines Asylantrags" dem Bundesamt auch die Entscheidung über das Vorliegen von nationalem subsidiären Schutz obliegt. Die Äußerung eines Asylgesuchs gemäß § 13 AsylVfG führt dazu, dass das Bundesamt für die Entgegennahme des formellen Asylantrags und anschließend für das Entscheiden über alle zielstaatsbezogenen Abschiebungsverbote zuständig wird.

Fraglich ist somit, wann ein solcher Asylantrag vorliegt, der die Zuständigkeit des Bundesamtes auf die jeweils nicht unmittelbar umfasste Zuständigkeit ausweitet.

### ***III. Bundesverwaltungsgericht: Kein Wahlrecht des Antragstellers***

Das BVerwG hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 3. März 2006 ein Wahlrecht des Ausländers abgelehnt.<sup>8</sup>

In dem zugrundeliegenden Fall hatte eine moslemische Familie aus dem Sandzak Anträge auf die Erteilung von Duldungen wegen eines zielstaatbezogenen Abschiebungsverbots v.a. nach § 60a Abs. 2 i.V.m. § 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthG gestellt. Diese wurden mit einer Traumatisierung durch Repressalien durch serbische Behörden und der Verfolgung von

---

<sup>8</sup> BVerwG v. 3. März 2006 – 1 B 126/05 –, juris.

Muslimen durch paramilitärische Gruppen begründet. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass es weiterhin ethnische Konflikte in der Region gebe.

Das BVerwG sah darin ein materielles Asylbegehren im Sinne von § 13 Abs. 1 AsylVfG, das die Zuständigkeit des Bundesamtes begründe. Dass die Antragssteller ausdrücklich nicht Asyl und Flüchtlingsanerkennung beantragt hätten, sei nicht entscheidend:

"Ein 'Wahlrecht' des Ausländers zwischen asylrechtlichem oder ausländerrechtlichem Schutz vor Verfolgung im Heimatland besteht nicht."

Dies wird – relativ knapp – damit begründet, dass § 13 Abs. 1 AsylVfG die Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens sowie auch den Ausschluss von Verfahrensverzögerungen durch nachgeschaltete Asylanträge bezweckt. Zudem liefe es dem Gesetzeszweck einer sachgemäßen Aufgabenverteilung zwischen dem "besonders sachkundigen" Bundesamt und den Ausländerbehörden zuwider, würden die Ausländerbehörden auch bei materiellen Asylersuchen über Abschiebeverbote wegen zielstaatsbezogener Gefahren entscheiden.

Die Verwaltungsgerichte haben sich weitgehend dieser Rechtsprechung angeschlossen.<sup>9</sup>

Der VGH Mannheim hat in seiner Entscheidung vom 28. Mai 2008 versucht, die Rechtsprechung auch auf solche Fälle auszuweiten, in denen eine Aufenthaltserlaubnis wegen besonderer Härte gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 AufenthG begehrt wird. Würden die geltendgemachten Gründe ein materielles Asylersuchen darstellen, dann wäre der Antragsteller auf das Asylverfahren zu verweisen.<sup>10</sup> Dem ist das BVerwG nicht gefolgt. Stattdessen hat es die vom VGH Mannheim offengelassene Frage, ob die geltendgemachten Beeinträchtigungen ehebezogen sein müssen, beantwortet, verneint und darauf die Ablehnung der Klage gestützt.<sup>11</sup> In Bezug auf die Abschiebungsverbote nach dem subsidiären Schutz bekräftigte es jedoch seine Rechtsprechung, dass der

---

<sup>9</sup> OVG Saarland v. 1. Februar 2007 – 2 W 37/06 – Rn. 14 ff., juris; OVG Saarland, v. 20. März 2008 – 2 A 33/08 – Rn. 15 ff., juris; OVG Berlin-Brandenburg v. 3. November 2009 – OVG 3 S 79.09 – Rn. 2 ff., juris; OVG Lüneburg v. 11. November 2009 – 8 LA 16/09 – Rn. 7 ff., juris; OVG Sachsen-Anhalt v. 15. September 2010 – 2 M 108/10 – Rn. 9, juris; OVG Lüneburg, Beschluss vom 19. Oktober 2010 – 11 ME 316/10 – Rn. 4 ff., juris; VG Freiburg v. 24. Februar 2011 – 4 K 351/10 –, juris; OVG Saarland v. 28. März 2011 – 2 B 18/11 – Rn. 10, juris; OVG Lüneburg v. 29. März 2011 – 8 LB 121/08 – Rn. 40 ff., juris; VG Saarland v. 16. Juni 2011 – 10 K 2408/10 – Rn. 20 ff., juris; VG Augsburg v. 21. Mai 2013 – Au 1 S 13.579 – Rn. 18 f., juris; VG Saarland v. 8. Juli 2013 – 10 L 846/13 – Rn. 4, juris; VG Augsburg v. 11. Oktober 2013 – Au 1 E 13.1413 – Rn. 19, juris; VG Augsburg v. 18. Oktober 2013 – Au 1 K 13.1410 – Rn. 19, juris; VG Augsburg v. 4. November 2013 – Au 1 K 13.1300 – Rn. 24, juris; VGH München v. 10. Januar 2014 – 10 C 13.2376 – Rn. 5, juris; VGH München v. 13. Januar 2014 – 10 C 13.2302 – Rn. 4, juris.

<sup>10</sup> VGH Baden-Württemberg v. 28. Mai 2008 – 13 S 136/08 – Rn. 22 ff., juris

<sup>11</sup> BVerwG v. 9. Juni 2009 – 1 C 11/08 – Rn. 24 ff., juris.

Antragsteller diesbezüglich auf das Asylverfahren zu verweisen sei.<sup>12</sup>

#### **IV. Kritik**

Die Rechtsprechung des BVerwG wird auch in der Literatur weitgehend unkritisch rezipiert.<sup>13</sup> Es findet sich ein einziger Aufsatz, der sich kritisch mit der herrschenden Rechtsprechung auseinandersetzt.<sup>14</sup> Aus der in der Rechtsprechung geführten Diskussion über die Wirkung der Rücknahme von Asylanträgen im Dublin-Verfahren ergeben sich jedoch neue Ansatzpunkte für die hier diskutierte Frage nach Wahlrecht des Antragstellers.<sup>15</sup> Außerdem gibt es inzwischen eine Entscheidung des VG Frankfurts, die offen der Rechtsprechung des BVerwG widerspricht.<sup>16</sup> Im Folgenden soll die Kritik gegen die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts systematisch anhand von zehn Argumenten dargestellt werden.

##### **1. Der Wortlaut ist ambivalent**

Zwar stellt der Wortlaut des § 13 Abs. 1 AsylVfG ausdrücklich auf den Willen des Antragstellers ab,<sup>17</sup> jedoch wird jedes Schutzersuchen wegen politischer Verfolgung „ungeachtet der erstrebten aufenthaltsrechtlichen Form des Verfolgungsschutzes als Asylantrag“<sup>18</sup> definiert. Aus letzterem zu schließen, dass den Antragsstellern kein Wahlrecht zusteht, ist jedoch verfehlt. Vielmehr soll die Formulierung verhindern, dass die Rechtsstellung des rechtlich nicht versierten Antragstellers nicht verkürzt wird, nur weil dieser nicht ausdrücklich die vom Asylverfahren umfassten Aufenthaltsstatus beantragt. Insofern hat § 13 Abs. 1 AsylVfG den „Charakter einer Schutzvorschrift“.<sup>19</sup>

Für eine auf den Willen des Schutzsuchenden abstellende Auslegung spricht zudem, dass in § 13 Abs. 1 AsylVfG von einem Asylantrag statt von einem Asylbegehren oder Asylgesuch die Rede ist. Dies ist entscheidend, weil

„Anträge immer auf Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtet sind und

---

12 BVerwG v. 9. Juni 2009 – 1 C 11/08 – Rn. 33 ff., juris.

13 *Treiber* in GK-AsylVfG 78 September 2007, § 13, Rn. 52 ff. (ausführlich); *Hailbronner*, AuslR, 64. Aktualisierung Juni 2009, § 13 AsylVfG, Rn. 6; *Wolff* in Hofmann/Hoffmann, HK-AuslR, 1. Auflage 2008, § 13, Rn. 6; anderer Auffassung, aber ohne nähere Begründung: *Kloesel/Christ/Häußer*, AuslR, 62. Lfg., April 2008, § 13 AsylVfG, Rn. 18.

14 *Müller* Asylmagazin 2010, 183.

15 Siehe unten unter IV.4. und IV.9.

16 VG Frankfurt v. 18. September 2013 – 7 K 2661/13.F.A – , juris.

17 *Müller* Asylmagazin 2010, 183, 185.

18 *Treiber* in GK-AsylVfG 78 September 2007, § 13, Rn. 53.

19 *Wolff* in Hofmann/Hoffmann, HK-AuslR, 1. Auflage 2008, § 13, Rn. 6; vgl. auch *Treiber* in GK-AsylVfG 78 September 2007, § 13, Rn. 64.

ein und derselbe Sachverhalt durchaus unter verschiedene Vorschriften subsumiert werden und damit zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen kann. So ist denn in § 13 Abs. 2 AsylVfG auch geregelt, dass ein Asylantrag immer auf die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und, sofern das nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird, auf die Anerkennung der Asylberechtigung gerichtet ist, also auf eine bestimmte Rechtsfolge.“<sup>20</sup>

## **2. Die Rechtsprechung des BVerwG führt nicht zur erwünschten Verfahrensvereinfachung und Kompetenzsicherung**

Es ist fraglich, ob die vom Bundesverwaltungsgericht behaupteten Zwecke tatsächlich erreicht werden. Insbesondere ist zweifelhaft, ob das Bundesamt wirklich kompetenter ist, wenn es um Krankheiten geht, selbst wenn das Schicksal des Antragstellers einen gewissen Bezug zu den in die alleinige Zuständigkeit des Bundesamtes fallenden Sachverhalten aufweist. So wies *Huzel* schon 1996 darauf hin, dass die Zuständigkeit der Ausländerbehörde für das Feststellen von Abschiebungshindernissen wegen schwerer Krankheit sachgerecht ist:

„Diese hat durchweg, weil auch ortsnah, den unmittelbaren und insbesondere dann aktuellen Zugang zu 'Krankheitsgeschichte', Befunden, Gutachten.“<sup>21</sup>

Für zielstaatsbezogene Informationen ist zudem die Beteiligung des Bundesamtes nach § 72 Abs. 2 AufenthG vorgesehen.

*Müller* weist außerdem auf den engen Zusammenhang von Abschiebungsverboten und Vollstreckungshindernissen hin:

„Insbesondere bei psychischen Erkrankungen liegen oftmals sowohl zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote aufgrund fehlender Behandlungsmöglichkeiten oder drohender Retraumatisierung als auch inlandsbezogene Vollstreckungshindernisse wegen einer Reiseunfähigkeit im weiteren Sinne vor. Dieser einheitliche Lebenssachverhalt wird durch die Vorgaben des BVerwG künstlich in zwei Vorgänge mit unterschiedlichen Zuständigkeiten gespalten.“<sup>22</sup>

§ 13 Abs. 1 AsylVfG bezweckt zwar tatsächlich die Konzentration der Zuständigkeit beim

---

20 VG Frankfurt v. 18. September 2013 – 7 K 2661/13.F.A – Rn. 25, juris.

21 *Huzel* NVwZ 1996, 1089, 1090.

22 *Müller* Asylmagazin 2010, 183, 184.

Bundesamt.<sup>23</sup> Dies ist insbesondere für die Asylgewährung und Flüchtlingsanerkennung sinnvoll, da hier die größten sachlichen Überschneidungen vorliegen. Eine Konzentration wird auch durch § 24 Abs. 2 AsylVfG gewährleistet. Eine darüber hinausgehende Konzentration auf solche Fälle, in denen ausdrücklich kein Asyl beantragt wird, erscheint jedoch aus den oben genannten Gründen nicht sinnvoll.

Schließlich begründet das Bundesverwaltungsgericht seine Entscheidung mit der Möglichkeit der Verfahrensverzögerungen durch nachgeschaltete Asylanträge. Diese sind zwar tatsächlich nicht ausgeschlossen. Jedoch stellt sich dieses Problem auch in Fällen, in denen zunächst eindeutig kein Verfolgungsschicksal geltend gemacht wird. Denn auch in diesen Fällen können die Ausländer nach ergangener Ablehnung eines Antrags durch die Ausländerbehörde einen – aussichtslosen – Asylantrag beim Bundesamt stellen. Außerdem führt die vom BVerwG geforderte Zuständigkeitsabgrenzung selbst zu Verfahrensverzögerungen. Denn es macht zwei Verfahren notwendig.<sup>24</sup> Im ersten Verfahren muss die Ausländerbehörde, gegebenenfalls unter Mitwirkung des Bundesamtes gemäß § 72 Abs. 2 AufenthG,<sup>25</sup> feststellen, ob ein materielles Asylbegehren vorliegt. Im zweiten wird erst über die Begründetheit des Antrags entschieden.

### **3. Eine Einschränkung des Wahlrechts ist vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt**

Für eine gesetzgeberische Absicht, den Begriff des Asylantrags in Richtung eines „objektiven Asylbegehrens“ auszulegen, finden sich keinerlei Anhaltspunkte.<sup>26</sup> Im Gegenteil: Eine weitergehende Konzentration beim Bundesamt wurde ausdrücklich abgelehnt. Die Anregung des Bundesrates aus dem Jahr 2001, dem Bundesamt die alleinige Zuständigkeit für alle zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernisse zu geben,<sup>27</sup> wurde von der Bundesregierung abgelehnt und vom Bundestag nicht beschlossen. In der Begründung der Bundesregierung heißt es:

„Die Prüfung von außerhalb des Asylverfahrens geltend gemachten Abschiebehindernissen ist bereits nach der geltenden Rechtslage Aufgabe der Ausländerbehörden. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge wäre bereits aus Kapazitätsgründen nicht in der Lage, all diese Fälle zu übernehmen. *Es ist auch nicht*

---

23 BT-Ds. 11/6321, S. 88.

24 Müller ANA-ZAR 4/2010, 25, 25 f. spricht von „zwei Verfahren“ und einer „Doppelbelastung von Behörden“.

25 Es kommt mitunter vor, dass das Bundesamt Fragen nach herkunftslandsspezifischen Informationen nicht beantwortet, sondern die Ausländerbehörde auffordert, den Betroffenen auf das Asylverfahren zu verweisen, vgl. Müller Asylmagazin 2010, 183, 184; VG Augsburg v. 11. Oktober 2013 – Au 1 E 13.1413 – Rn. 3, juris.

26 BT-Ds. 11/6321, S. 88.

27 BR-Ds. 921/01, S. 38 f.



*sinnvoll, Personen ins Asylverfahren zu drängen, die erklärtermaßen kein Asylrecht beanspruchen. Die Beantragung von Abschiebungsschutz, wie vom Bundesrat in der Begründung des Vorschlags ausgeführt, als Umgehung des Asylverfahrens zu bezeichnen, ist daher nicht zielführend. Um den Ausländerbehörden die Beurteilung von zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernissen zu erleichtern, sieht § 72 Abs. 2 die Beteiligung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vor.“<sup>28</sup>*

Im Jahr 2013 hat der Bundesrat einen entsprechenden Antrag gestellt,<sup>29</sup> der ebenfalls von der Bundesregierung abgelehnt wurde.<sup>30</sup> Dies begründet die Bundesregierung damit, dass Personen schutzlos gestellt würden, weil der Vorschlag des Bundesrats zwar die Zuständigkeit der Ausländerbehörde beseitigte jedoch keine Zuständigkeit des Bundesamtes schuf. Der Vorschlag des Bundesrats kann insofern als schlicht unausgereift bezeichnet werden. Daher bezeichnete der Bundesrat die Äußerungen der Bundesregierung auch als „formelle Bedenken“, denen im nächsten Gesetzgebungsverfahren durch ergänzende Regelungen Rechnung getragen werden könne.<sup>31</sup> Insofern ist in dieser Stellungnahme der Bundesregierung keine klare Absage an die Einschränkung des Wahlrechts zu sehen.<sup>32</sup>

Ansonsten spricht die Begründung der jüngsten Gesetzesänderung jedoch für ein Wahlrecht des Antragstellers:

„Als Konsequenz führt der Gesetzentwurf zu einer Zuständigkeitsänderung gegenüber der bisherigen Rechtslage, wenn der Asylbewerber sich ausschließlich auf internationalen subsidiären Schutz *beruft*. Da es sich wie oben dargestellt nunmehr um Asylanträge handelt, liegt die Zuständigkeit für diese Entscheidung über den internationalen subsidiären Schutz in diesen Fällen nicht mehr wie bisher bei der Ausländerbehörde, sondern beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.“<sup>33</sup>

Zur neuen Rechtslage heißt es außerdem:

„Ein Asylantrag liegt auch dann vor, wenn allein die Zuerkennung internationalen subsidiären Schutz im Sinne der Richtlinie 2011/95/EU *begehrt wird*.“<sup>34</sup>

---

28 BT-Ds. 14/8046, S. 5, Hervorhebung D.W.

29 BR-Ds. 218/13, S. 4.

30 BT-Ds. 17/13392, S. 3.

31 BR-Ds. 495/13, S. 2.

32 Anders jedoch das VG Frankfurt, das in der Stellungnahme eine Absage an die BVerwG-Rechtsprechung sieht, VG Frankfurt v. 18. September 2013 – 7 K 2661/13.F.A – Rn. 28, juris.

33 BT-Ds. 17/13063, S. 16, Hervorhebung von D.W.

34 BT-Ds. 17/13063, S. 20, Hervorhebung von D.W.

#### 4. Das Asylverfahren ist mit Nachteilen verbunden

Dem Antragsteller muss ein Wahlrecht zustehen, weil mit dem Stellen eines Asylantrags auch Nachteile verbunden sind. In vielen Fällen werden die Asylanträge abgelehnt, oft auch als offensichtlich unbegründet nach § 30 AsylVfG. Letzteres ist insbesondere in solchen Fällen zu befürchten, in denen der Antragsteller – in weiser Voraussicht – seinen Antrag begrenzen will und trotzdem auf das Asylverfahren verwiesen wird. Dies hat gravierende Konsequenzen:

„Die Ablehnung des Asylantrages wiederum führt zu den gravierenden Folgen des § 10 Abs. 3 AufenthG: Die Erteilung eines Aufenthaltstitels ist nur noch – mit Ausnahme eines (gesetzlichen) Anspruchs – aus humanitären Gründen möglich, bei offensichtlich unbegründeten Asylanträgen sogar überhaupt nicht mehr, soweit nicht § 25 Abs. 3 AufenthG oder ein gesetzlicher Anspruch greift. Einerseits nimmt das BVerwG somit dem Ausländer sein Wahlrecht, andererseits erlegt er ihm das Risiko auf, das mit der Ablehnung des Asylantrages verbunden ist.“<sup>35</sup>

Diese Konsequenzen lassen sich nur teilweise dadurch verhindern, dass der Asylantrag erst gestellt und dann zurückgezogen wird mit der Folge, dass gemäß § 32 S. 1 AsylVfG nur Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG geprüft werden.<sup>36</sup> In diesem Fall greift zwar mangels Ablehnung als offensichtlich unbegründet nicht der absolute Ausschluss der Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen.<sup>37</sup> Die Erschwerung der Erteilung durch § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG gilt jedoch auch im Falle des zurückgenommenen Asylantrags.

Eine weitere negative Folge des Asylantrags: Hat ein Ausländer bereits eine Aufenthaltserlaubnis nach §§ 22, 23 oder § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG, so erlischt diese gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 8 mit Stellung des Asylantrags. Eine Rechtsfolge, die durch Stellung eines Antrags bei der Ausländerbehörde vermieden werden könnte.<sup>38</sup>

Schließlich sei auf Unterschiede hinsichtlich Verteilung<sup>39</sup>, Unterbringung und Anhörung hinzuweisen, die sich negativ auf die Betroffenen auswirken können.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Müller Asylmagazin 2010, 183, 184.

<sup>36</sup> Das schlägt aber das VG Freiburg vor, um zu begründen, warum dem Ausländer nichts aufgedrängt werde, vgl. VG Freiburg v. 24. Februar 2011 – 4 K 351/10 – Rn. 43, juris. Es folgt damit einer seltsamen Logik: „Der Ausländer muss den Antrag stellen, kann ihn aber sofort wieder zurückziehen“.

<sup>37</sup> Müller ANA-ZAR 4/2010, 25, 26.

<sup>38</sup> Vgl. Müller ANA-ZAR 4/2010, 25, 26.

<sup>39</sup> Mit § 15a AufenthG ist auch für Antragsteller nach § 25 Abs. 3 AufenthG eine Verteilung auf die Länder vorgesehen, die der Verteilung von Asylantragstellern weitgehend gleicht. Dazu Müller Asylmagazin 5/2007, 4.

<sup>40</sup> Einige Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Anträge für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge untersucht

Die geschilderten Nachteile können ein Grund sein, auf ein Asylverfahren zu verzichten. Diese Möglichkeit wird jedoch denen verwehrt, deren Schicksal eine gewisse Nähe zu den in § 13 Abs. 1 AsylVfG genannten Schutzformen aufweist.

## **5. Die Rechtsprechung des BVerwG führt zu Rechtsunsicherheit bei Behörden und Antragstellern**

Die unklare Zuständigkeit und die befürchteten negativen Folgen eines Asylverfahrens führen bei Antragstellern zu Verunsicherung.<sup>41</sup> Diese führt mitunter dazu, dass auf die Geltendmachung von Ermessensgesichtspunkten verzichtet wird. In vielen Fällen liegt im Herkunftsland beispielsweise eine Diskriminierung vor, die zwar noch keine Verfolgung darstellt, aber für die Beurteilung eine Rolle spielt, ob ein Abschiebeverbot wegen Krankheit nach § 60 Abs. 7 AufenthG vorliegt.

„Die Rechtsprechung des BVerwG hat somit zur Folge, dass Argumente im Rahmen der Ermessens- oder Verhältnismäßigkeitsprüfung kaum noch geltend gemacht werden können, ohne den Antragsteller dem Risiko des Verweises auf ein Asylverfahren auszusetzen.“<sup>42</sup>

Auch auf Seite der Ausländerbehörden und des Bundesamtes führt die Abgrenzung zu Rechtsunsicherheit. So sind nahezu identische Fälle bekannt, die von unterschiedlichen Bundesamtmitarbeitern unterschiedlich beurteilt wurden.<sup>43</sup> Auch der Bundesrat weist auf die erheblichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von „rein humanitären“ Schutzersuchen und materiellen Asylersuchen hin. Er zieht daraus die Schlussfolgerung die Zuständigkeit komplett auf das Bundesamt zu verlagern.<sup>44</sup> Dem Antragsteller ein Wahlrecht zuzugestehen, würde jedoch auch die gewünschte Rechtsklarheit schaffen und Rechtsstreite vermeiden. Zwar wird weiterhin notwendig sein, das Vorbringen des Ausländers in Hinblick auf § 13 Abs. 1 AsylVfG auszulegen, wenn nicht ausdrücklich eine Schutzform begehrt wird. In solchen Fällen dürfte jedoch durch entsprechende Aufklärung und Nachfragen eine einvernehmliche Lösung gefunden werden.

## **6. Die Rechtsprechung des BVerwG führt zur faktischen Abschaffung der Zuständigkeit von Ausländerbehörden**

Bei der Feststellung von materiellen Asylbegehren ist die Rechtsprechung äußerst

---

*Müller Asylmagazin 2011, 358.*

41 *Müller ANA-ZAR 4/2010, 25, 25 f.*

42 *Müller Asylmagazin 2010, 183, 184 f.*

43 *Müller Asylmagazin 2011, 358, 361.*

44 BR-Ds. 218/13, S. 4.

großzügig, was schon nach der alten Rechtslage dazu geführt hat, dass nur in wenigen Fällen die Ausländerbehörden zuständig sind. Dies wird sich durch die Aufnahme des internationalen subsidiären Schutz in den § 13 Abs. 1 AsylVfG weiter verschärfen. Zwar gibt es diesbezüglich noch keine Rechtsprechung, jedoch steht zu befürchten, dass insbesondere die Aufnahme der Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigten Behandlung in § 13 Abs. 1 AsylVfG zu einer vollständigen Aushöhlung der Zuständigkeit der Ausländerbehörden für das Feststellen von Abschiebeverboten nach § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG führen wird.

Von dem Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung können nach der Rechtsprechung des EGMR in Ausnahmefällen auch Abschiebungsverbote aus gesundheitlichen und sozio-ökonomischen Gründen umfasst sein.<sup>45</sup> Diese Ansicht wird inzwischen auch vom Bundesverwaltungsgericht geteilt und bei der Auslegung von § 4 AsylVfG berücksichtigt.<sup>46</sup> Das Geltendmachen einer Krankheit oder ärmlicher Verhältnisse dürfte somit regelmäßig als Hinweis auf eine Gefahr nach § 4 AsylVfG und damit als materielles Asylersuchen gewertet werden. Dieses Geltendmachen ist jedoch Voraussetzung für die Feststellung eines Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG. Die Zuständigkeit der Ausländerbehörde für die Feststellung wäre somit faktisch gänzlich abgeschafft.

Die geschilderte Konsequenz ließe sich nur dadurch vermeiden, dass man der Ausländerbehörde eine Prüfungskompetenz hinsichtlich der Erfolgsaussichten eines Asylantrags zuspricht. Eine solche „inhaltliche Vorprüfung“ des Asylbegehrens ist aber nicht vorgesehen.<sup>47</sup>

## **7. Das Europarecht stellt auf den Willen des Antragstellers ab**

Die vom BVerwG vorgenommene Auslegung von § 13 Abs. 1 AsylVfG steht auch in Widerspruch zum Begriff des Asylantrags aus dem Europarecht. So bemerkt Müller, dass sowohl nach der Qualifikationsrichtlinie (Art. 2 lit. g QRL a.F. bzw. Art. 2 lit. h QRL n.F.) als auch nach der Verfahrensrichtlinie (Art. 2 lit. b VRL) kein Asylantrag vorliegt, wenn der Antragsteller ausdrücklich eine andere Schutzform ersucht als die von der

---

45 EGMR, D. vs. UK, 02.05.1997, Appl. No. 25904/07, § 49. Andere Fälle wurden immerhin zur Entscheidung angenommen: EGMR, N. vs UK, 27.05.2008, Appl. No. 26.565/05; EGMR, Venkadajalasorma vs Netherlands, 09.07.2002, Appl. No. 58510/00. Zur Flucht vor einer Flutkatastrophe: Verfassungsgerichtshof Österreich v. 19. September 2011, U 84/11, RIS VfGH.

46 BVerwG v. 31. Januar 2013 – 10 C 15/12 –, Rn. 22 ff., juris.

47 BVerfG NVwZ 1992, 973, 974 zum Asylersuchen nach § 18 Abs. 1 AsylVfG.

Qualifikationsrichtlinie erfassten.<sup>48</sup>

Beide Richtlinien waren zum Zeitpunkt der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zwar in Kraft, die Umsetzungsfristen waren jedoch noch nicht abgelaufen. Beide Richtlinien sind auch erst – zum Teil verspätet – am 28. August 2007, also nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts durch Gesetz umgesetzt worden.<sup>49</sup> Insofern hat sich seit der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts die Rechtslage geändert.

Die Kritik von *Müller* greift der *DAV* in seiner Stellungnahme zur 2013 beschlossenen Gesetzesänderung auf und fordert eine Klarstellung durch den Gesetzgeber.<sup>50</sup> Der *DAV* verweist zudem auf die jüngste Rechtsprechung des EuGH, nach der die Dublin-II-Verordnung nicht anwendbar ist, wenn der Antragsteller seinen Asylantrag zurücknimmt und seinen Antrag ausdrücklich auf eine andere Schutzform beschränkt.<sup>51</sup> Auch Marx sieht die Frage des Wahlrechts des Antragstellers

„nunmehr durch Gemeinschaftsrecht geklärt: Danach kann der Antragsteller für ein Ersuchen, das als Asylantrag gewertet wird, ausdrücklich eine andere Form des Schutzes beantragen“.<sup>52</sup>

Dieser Schluss ist voreilig. In § 13 Abs. 2 AsylVfG ist zwar ausdrücklich geregelt, dass mit dem Asylantrag (im Sinne von § 13 Abs. 1 AsylVfG) die Asylgewährung, die Flüchtlingsanerkennung und internationaler subsidiärer Schutz beantragt wird. Nur hinsichtlich der Asylgewährung kann der Antrag eingeschränkt werden. Ein isolierter Antrag auf nationalen subsidiären Schutz ist nicht möglich.

Auf der anderen Seite ist die mehrdeutige Verwendung des Begriffes des Begriffs Asylantrag im deutschen Recht zu beachten. Neben dem „Asylersuchen“ in § 13 AsylVfG gibt es den formellen Asylantrag in § 14 AsylVfG. Letztlich führt die Rechtsprechung des BVerwG daher „nur“ dazu, dass, wer ein materielles Asylbegehren geäußert hat, nur unter Bedingung einen Antrag auf nationalen subsidiären Schutz stellen kann, dass er auch internationalen Schutz beantragt und sich damit ins Asylverfahren begibt. Insofern

---

48 *Müller* Asylmagazin 2010, 183, 185.

49 Gesetz vom 19.08.2007 - Bundesgesetzblatt Teil I, 2007, Nr. 42, 27.08.2007, S. 1970.

50 *DAV*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU, S. 5 f, abrufbar unter: [http://auslaender-asyl.dav.de/Dokumente/asylrecht/DAV-SN\\_10-13.pdf](http://auslaender-asyl.dav.de/Dokumente/asylrecht/DAV-SN_10-13.pdf) (letzter Zugriff: 14.01.2013).

51 EuGH v. 3. Mai 2012 – Rs C-620/10, juris.

52 *Marx*, AsylVfG, 7. Aufl. 2009, § 13, Rn. 36.

schränkt die Rechtsprechung des BVerwG lediglich den Zugang zum nationalen subsidiären Schutz ein. Über diesen enthält das Europarecht jedoch keine Regelung.

Gleichwohl sind die Regelungen des Europarechts von Bedeutung. Sie führen nämlich dazu dass Ausländer völlig aussichtslos, weil unter die Dublin-III-Verordnung fallende, Asylanträge stellen müssen.<sup>53</sup>

## **8. Schutzsuchende werden zum Stellen von eindeutig unbegründeten Anträgen gezwungen**

Die Rechtsprechung des BVerwG führt dazu, dass Ausländer zu völlig aussichtslosen Asylanträgen gezwungen werden. Deutliche Worte findet *Müller*: Das Bundesverwaltungsgericht produziere „Scheinasylanten“; die aufgezwungenen aussichtslosen Asylanträge seien „behördlich und gerichtlich verordneter Missbrauch“.<sup>54</sup>

Als unbegründet abgewiesen werden etwa Asylanträge, wenn sich auf eine Diskriminierung stützen, die als Hinweis auf eine asylrelevante Verfolgung angesehen wird jedoch letztlich nicht das für eine Verfolgung erforderliche Maß erreicht.<sup>55</sup>

Möglich ist auch, dass tatsächlich die Gefahr einer Verfolgung vorliegt, aber aus anderen Gründen eine Flüchtlingsanerkennung ausgeschlossen ist. Dies ist der Fall, wenn ein Ausschlussstatbestand des § 3 Abs. 2 AsylVfG oder § 60 Abs. 8 AufenthG erfüllt ist. Auf dieses Problem weist auch das VG Frankfurt hin, wenn es ausführt:

„Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts muss dazu führen, dass der Schutzsuchende immer den Flüchtlingsstatus beantragen muss, obwohl er vielleicht selbst der Auffassung ist, dafür die Voraussetzungen nicht zu erfüllen (z.B. weil er zwar verfolgt wird, aber als Terrorist aktiv war), aber einen Anspruch auf Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthG zu haben, weil ihm Gefahren für Leib und Leben drohen.“<sup>56</sup>

## **9. Schutzsuchende werden zum Stellen von unzulässigen Anträgen gezwungen**

Es ist auch möglich, dass Ausländer zu unzulässigen Asylanträgen gezwungen werden. Das ist dann der Fall, wenn die Stellung eines Asylantrages zur Anwendung der Dublin-III-Verordnung führt: Das besondere Verfahren der Zuständigkeitsbestimmung nach der

---

53 Siehe unten unter IV.9.

54 *Müller ANA-ZAR 4/2010*, 25, 25 f.

55 So wohl in vielen Fällen von Roma aus Balkanstaaten, siehe oben unter I.

56 VG Frankfurt v. 18. September 2013 – 7 K 2661/13.F.A – Rn. 25, juris.

Dublin-III-Verordnung wird gemäß Art. 7 Abs. 2 Dublin III-Verordnung nur durch das Stellen eines Antrages auf internationalen Schutz in Gang gesetzt. Ein Asylantrag liegt nach Art. 2 lit. b) Dublin-III-Verordnung i.V.m. Art. 2 lit. h) QRL nicht vor, wenn nur nationaler subsidiärer Schutz begehrt wird.<sup>57</sup> Ein nicht förmliches Nachsuchen um Asyl stellt keinen Asylantrag im Sinne der Dublin-III-Verordnung dar.<sup>58</sup>

In den letzten Jahren ist in der Rechtsprechung eine Diskussion über die Wirkung einer Rücknahme des Asylantrags entfacht. Im Zuge dessen hat sich inzwischen die Ansicht durchgesetzt, dass die rechtzeitige Rücknahme zur Nichtanwendbarkeit der Dublin-Verordnung führt.

„Hatte der oder die Betreffende aber überhaupt nur einen Asylantrag gestellt und wird dieser einzige Asylantrag zurückgenommen, bevor ein anderer Mitgliedstaat der Übernahme zugestimmt hatte, so führt dieses zur Unanwendbarkeit der VO Dublin II“.<sup>59</sup>

Bei der geschilderten Rücknahme des Asylantrags bleibt es gemäß § 32 S. 1 AsylVfG bei der Zuständigkeit des Bundesamtes für das Entscheiden über Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG. Daher bedurfte es in den genannten verwaltungsgerichtlichen Verfahren keiner Ausführungen zur innerstaatlichen Zuständigkeit. Gleichwohl heißt es in der Entscheidung des VG Augsburg:

„Gem. § 24 Abs. 2 AsylVfG obliegt dem Bundesamt nach Stellung eines Asylantrags auch die Entscheidung, ob ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2 bis 5 oder Abs. 7 AufenthG vorliegt. Die Formulierung „nach Stellung eines Asylantrags“ ist dabei im Zusammenhang mit § 31 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG zu sehen und setzt einen gegenwärtigen Asylantrag gem. § 13 Abs. 1 AsylVfG voraus (Renner, AuslR, 9. Aufl.

---

57 Durch die Dublin-III-VO wird der internationale subsidiärer Schutz aufgenommen, nicht jedoch der nationale subsidiäre Schutz.

58 *Funke-Kaiser* in GK-AsylVfG 78 September 2007, § 27 a, Rn. 35 zur Dublin II-VO. Durch die Dublin III-VO hat sich diesbezüglich nichts geändert. Siehe auch oben unter IV. 7.

59 *Funke-Kaiser* in GK-AsylVfG 78 September 2007, § 27 a, Rn. 36, mit Verweis auf EuGH v. 3. Mai 2012 – Rs C-620/10, juris. Siehe auch VG Frankfurt v. 6. Juli 2011 – 7 L 1757/11.F.A – Rn. 18, juris; VG Augsburg v. 23. März 2010 – Au 6 K 10.30006 Rn. 40 –, juris; zur Zulassung der Berufung: VGH Bayern v. 23. November 2010 – 13 a ZB 10.30140 –, abrufbar unter [http://www.asyl.net/fileadmin/user\\_upload/dokumente/18230.pdf](http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/dokumente/18230.pdf); VG München v. 9. September 2010 – M 2 K 09.50582 – Rn. 19, juris; VG Ansbach v. 15. September 2011 – AN 9 E 11.30233 – Rn. 23, juris. Zu einem anderen Ergebnis kamen nur das VG Bremen und das VG Saarland, die entgegen des Wortlauts von Art. 2 lit. c) Dublin II-VO a.F. (= Art. 2 lit. b) Dublin III-VO) den Begriff des Asylantrags so ausgelegt haben, dass es auf das tatsächliche Vorbringen und nicht auf die begehrte Schutzform ankommt. Das VG Saarland will darüber hinaus auch den nationalen subsidiären Schutz vom Begriff des „internationalen Schutzes“ im Sinne von Art. 3 lit. c) Dublin II-VO umfasst sehen. VG des Saarlands v. 14. Juni 2010 – 10 L 528/10 – Rn. 22, juris; VG Bremen v. 21. November 2011 – 5 V 1698/11.A – Rn. 15, juris. Beide Auffassungen sind spätestens seit der zitierten EuGH-Entscheidung v. 3. Mai 2012 als überholt anzusehen.

2011, § 24 AsylVfG Rn. 11). Ein solcher liegt nur vor, wenn sich dem schriftlich, mündlich oder auf andere Weise geäußerten Willen des Ausländers entnehmen lässt, dass er im Bundesgebiet Schutz vor politischer Verfolgung sucht. Nach dem ausdrücklichen Willen des Klägers (Rücknahme des Asylantrags) ging es ihm jedoch gerade nicht um die Gewährung von Schutz vor politischer Verfolgung, sondern nur um die Feststellung von Abschiebungsschutz. Der streitgegenständliche Antrag steht damit nicht im Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früher durchgeführten Asylverfahren, welches die Zuständigkeit des Bundesamts begründen könnte.“<sup>60</sup>

Weiter führt es aus, dass grundsätzlich die Ausländerbehörde zuständig ist für isolierte Anträge auf subsidiären Schutz:

„Über isolierte Anträge auf Gewährung subsidiären Schutzes wegen geltend gemachter zielstaatsbezogener Abschiebungsverbote, ohne dass ein Asylantrag vorliegt, entscheiden grundsätzlich die Ausländerbehörde (§ 71 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) nach vorheriger Beteiligung des Bundesamtes nach § 72 Abs. 2 AufenthG (Vgl. VG Regensburg, U.v. 2.8.2012 – RO 7 K 12.30025 – Juris Rn.27 unter Verweis auf eine Beschluss-Drucksache des Bundesrates). Die Sachlage ist mit derjenigen vergleichbar, bei der nur in einem Mitgliedstaat ein Asylantrag gestellt wurde, dort also auch das Asylverfahren durchzuführen ist, in einem anderen Mitgliedstaat aber (nur) ein Antrag auf subsidiären Schutz gestellt wurde. In diesem Fall bedarf es ebenfalls nicht der Klärung der Zuständigkeiten unter Anwendung der Dublin-II-Verordnung, weil es hinsichtlich der Durchführung des Asylverfahrens nicht zu Zuständigkeitskonflikten kommen kann. Auch in diesem Fall wäre, sofern die Gewährung subsidiären Schutzes in der Bundesrepublik Deutschland beantragt worden wäre, die Ausländerbehörde nach § 71 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zuständig.“<sup>61</sup>

Das VG Frankfurt hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Schutzantrag bei der Grenzbehörde *von Anfang an* auf den subsidiären Schutz begrenzt wurde, obwohl eindeutig ein materielles Asylersuchen vorlag.<sup>62</sup> Nach der herrschenden Auffassung hätte die Grenzbehörde gemäß § 18 Abs. 1 AsylVfG den Antragsteller dennoch auf das Asylverfahren beim Bundesamt verweisen müssen.<sup>63</sup>

---

60 VG Augsburg v. 28. Juni 2013 – Au 6 K 13.30050 – Rn. 17, juris.

61 VG Augsburg v. 28. Juni 2013 – Au 6 K 13.30050 – Rn. 23, juris.

62 VG Frankfurt, v. 10. Juni 2013 – 7 L 2346/13.F.A – Rn. 2, juris.

63 *Funke-Kaiser* in GK-AsylVfG 83 April 2009, § 18, Rn. 10 a.E. mit Verweis auf *Treiber* in GK-AsylVfG, § 13, Rn. 52 und 60.



Das VG Frankfurt entschied anders: Die Zuständigkeit des Bundesamtes wurde verneint, die Grenzbehörde zur Prüfung der Abschiebungsverbote verpflichtet.

„Ein Asylantrag liegt nämlich nach § 13 Abs. 1 und 2 AsylVfG nur dann vor, wenn die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und/oder die Asylberechtigung nach Art. 16a GG beantragt wird. Auch löst ein Asylbegehren, das vor einer Polizei- oder Grenzbehörde geäußert wird, nur dann die Rechtsfolge der Aufenthaltsgestattung nach § 55 Abs. 1 AsylVfG aus, wenn es auf einen Asylantrag in diesem Sinne gerichtet ist. Einen Asylantrag in diesem Sinne hat der Antragsteller jedoch gerade nicht gestellt. Für das Begehren der isolierten Feststellung der Voraussetzungen des Abschiebungsverbotes nach § 60 Abs. 2 AufenthG ist die Antragsgegnerin zu 2 [Bundesamt, Anm. d. Verf.] nicht zuständig.“<sup>64</sup>

Das VG Frankfurt reagiert damit auf den Widerspruch, der sich aus der Verpflichtung der Verweisung an das Bundesamt nach § 18 Abs. 1 AsylVfG einerseits und der Verweigerung der Einreise nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG andererseits ergibt. Gemäß § 18 Abs. 1 AsylVfG hat die Grenzbehörde den Asylsuchenden an das Bundesamt weiterzuleiten. Dies gilt jedoch gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG nicht, wenn ein anderer Staat zuständig ist. Die Dublin-III-Verordnung kommt jedoch erst nach Stellung des formellen Antrags zur Anwendung.<sup>65</sup> Das VG Frankfurt löst den Widerspruch dahingehend, dass dem Ausländer ein Wahlrecht zugestanden wird. Nichts anderes hat bei Schutzanträgen an die inländischen Ausländerbehörde zu gelten.

In der Entscheidung im Hauptsacheverfahren wird daher auch explizit die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes abgelehnt:

„Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts steht zudem in eklatantem Widerspruch zu § 72 Abs. 2 AufenthG, wo ausdrücklich geregelt ist, dass die Ausländerbehörde über das Vorliegen zielstaatsbezogener Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG entscheidet, wobei sie allerdings das Bundesamt vorher zu beteiligen hat. Es ist gerichtsbekannt, dass die Ausländerbehörden auch so verfahren und die zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dabei ignorieren. Auch in der Instanzrechtsprechung lässt sich feststellen, dass diese höchstrichterliche Judikatur (zu Recht) ignoriert wird (VG Sigmaringen, Urt. v. 07.09.1998 – A 7 K

---

64 VG Frankfurt v. 10. Juni 2013 – 7 L 2346/13.F.A – Rn. 9 f., juris.

65 VG Frankfurt v. 10. Juni 2013 – 7 L 2261/13.F.A – Rn. 20 f., juris.

11404/98 –, juris; VG Regensburg, B v. 18.07.2012 – RN 9 S 12.824 –, juris)<sup>66</sup>

Diese Einschätzung wird auch in der neueren Literatur zur Dublin-III-VO geteilt:

„Wird der Asylantrag jedoch von vornherein oder nachträglich vor der Erteilung der Zustimmung auf den nationalen subsidiären Schutz (§ 60 V und VII AufenthG) beschränkt, findet auch die neue Verordnung keine Anwendung. Der Antragsteller darf nicht an den ersuchten Mitgliedstaat überstellt, sondern sein Antrag muss im Bundesgebiet behandelt werden. Hat er zuvor einen Asylantrag gestellt, bleibt das Bundesamt zuständig (§ 24 II AufenthG). Beschränkt er von vornherein den Antrag auf dieses Ziel, ist die Ausländerbehörde originär zuständig, hat aber das Bundesamt zu beteiligen (§ 72 II AufenthG). *Will ein Asylsuchender den Antrag nach Art. 3 I Verordnung (EU) Nr. 604/2013 nicht stellen, sondern sucht er lediglich nachrangigen nationalen Schutz, darf ihm der unionsrechtliche subsidiäre Schutz nicht aufgezwungen werden.*“<sup>67</sup>

#### **10. Die Ausländerbehörden sind im Rahmen von Androhung und Durchführung der Abschiebung für das Feststellen von Abschiebungsverboten zuständig**

In einer früheren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist ausdrücklich anerkannt worden ist, dass die Ausländerbehörde bis zur Stellung eines förmlichen Asylantrags nach § 14 Abs. 1 AsylVfG grundsätzlich nicht gehindert ist „im Rahmen der Durchsetzung der Ausreisepflicht über das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG zu befinden“.<sup>68</sup>

Dies wird auch weiterhin von Literatur und Rechtsprechung anerkannt.<sup>69</sup> So heißt es bei *Funke-Kaiser*:

„Sucht ein Ausländer oder eine Ausländerin im Sinne von § 18 Abs. 1 oder § 19 Abs. 1 um Asyl nach, folgt dem jedoch später keine förmliche Antragstellung beim Bundesamt im Sinne von § 14 nach und erlischt infolge dessen nach Ablauf von zwei Wochen die Aufenthaltsgestattung wieder (vgl. § 67 Abs. 1 Nr. 2), so bleibt die Ausländerbehörde für den Erlass der Abschiebungsandrohung nach § 59 Abs. 1 AufenthG (und die

---

66 VG Frankfurt v. 18. September 2013 – 7 K 2661/13.F.A – Rn. 26 ff., juris.

67 *Marx* ZAR 2014, 5, 5f., Hervorhebung D.W.; Sehr ähnlich auch *Heinhold* in Deutsche Rechtsberaterkonferenz, Das neue Asylrecht, S. 46: Niemand dürfe gezwungen werden, ein aussichtsloses und von vornherein (wegen § 26 a AsylVfG) zum Scheitern verurteiltes Verfahren zu betreiben.

68 BVerwG v. 3. Dezember 1997 – 1 B 219/97 – Rn. 7, juris.

69 VG Freiburg v. 24. Februar 2011 – 4 K 351/10 – Rn. 41, juris; *Hailbronner*, AuslR, 64. Aktualisierung Juni 2009, § 13 AsylVfG, Rn. 8; *Funke-Kaiser* in GK-AsylVfG 92 Dezember 2011, § 34, Rn. 15.

Prüfung von Abschiebeverboten nach § 60 Abs. 2, 3, 5 und 7 AufenthG) zuständig“.<sup>70</sup>

Dies lässt sich auch mit dem Rechtsgedanken des § 32 S. 1 AsylVfG begründen, nach dem die Abschiebungsverbote des subsidiären Schutzes objektiv-rechtlich gelten und daher nicht unter die Dispositionsmaxime fallen.<sup>71</sup> Weigert sich der Ausländer einen Asylantrag im Sinne von § 14 AsylVfG zu stellen, müssen Abschiebungsverbote dennoch geprüft werden. Mangels Zuständigkeit des Bundesamtes kann dies nur die Ausländerbehörde tun.

In der bereits genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht heißt es:

„Die Ausländerbehörde ist bis zur Stellung eines Asylantrags (im engeren Sinn) nicht grundsätzlich gehindert, im Rahmen der Durchsetzung der Ausreisepflicht über das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG zu befinden. Die bereits mit dem Asylgesuch begründete ausschließliche Zuständigkeit des Bundesamtes erstreckt sich nur auf den Schutz vor politischer Verfolgung; die Zuständigkeit für die Feststellung von Abschiebungshindernissen gemäß § 53 AuslG wächst dem Bundesamt erst mit Stellung des Asylantrags im engeren Sinne zu. Allerdings wirft das mit dem Asylgesuch begründete Entscheidungsmonopol des Bundesamtes die Frage auf, ob die Ausländerbehörde neben den Umständen, die unabhängig von der geltend gemachten politischen Verfolgung Abschiebungshindernisse gemäß § 53 AuslG begründen können, auch die behaupteten Verfolgungsmaßnahmen unter Eliminierung ihres politischen Charakters unter dem Blickwinkel des § 53 AuslG zu würdigen hat (vgl. VGH Mannheim VBIBW 1994, 454 <456>; OVG Schleswig InfAuslR 1993, 18 <20>; OVG Hamburg DVBl 1996, 628 <629>). Das Beschwerdevorbringen gibt indes keinen Anlaß, auf diese Frage näher einzugehen.“<sup>72</sup>

Daraus ergibt sich, dass die Zuständigkeit der Ausländerbehörde allenfalls zu verneinen ist, wenn sie die „behaupteten Verfolgungsmaßnahmen unter Eliminierung ihres politischen Charakters unter dem Blickwinkel des § 53 AuslG zu würdigen hat.“ Beispiel: Übergriffe durch Serben (Verfolgungsmaßnahme) wären nicht von der Ausländerbehörde mit Blick auf § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG (Gefahr für Leib und Leben) zu prüfen. Diese Auffassung widerspricht jedoch der oben genannten objektiv-rechtlichen Geltung.

---

70 *Funke-Kaiser* in GK-AsylVfG 92 Dezember 2011, § 34, Rn. 15 mit Verweis auf BVerwG v. 3. Dezember 1997 – 1 B 219/97 –, juris.

71 *Funke-Kaiser* in GK-AsylVfG 87 Januar 2010, § 32, Rn. 10.

72 BVerwG v. 3. Dezember 1997 – 1 B 219/97 – Rn. 7, juris.

Anders sieht es jedoch bei Umständen aus, „die unabhängig von der geltend gemachten politischen Verfolgung Abschiebungshindernisse gemäß § 53 AuslG begründen können“. Hier hat das Bundesverwaltungsgericht eindeutig eine Zuständigkeit der Ausländerbehörde bis zur förmlichen Asylantragstellung angenommen. Beispiel: Übergriffe durch Serben (Verfolgungsmaßnahme); daneben und unabhängig davon: schwere Erkrankung (Gefahr für Leib und Leben).

Auch das VG Freiburg hat in einer früheren – aber nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. März 2006 ergangenen – Entscheidung die fortbestehende Zuständigkeit der Ausländerbehörde angenommen:

„Soweit der Vortrag eines Ausländers als Asylgesuch ausgelegt wird, bleibt die Ausländerbehörde zunächst sowohl für den Erlass einer Abschiebungsandrohung als auch für die Prüfung von Abschiebungsverboten (§ 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG) selbst dann zuständig, wenn die drohenden Maßnahmen oder Verfolgungshandlungen zugleich politischen Charakter haben, wenn und solange der Ausländer keinen förmlichen Asylantrag nach § 14 AsylVfG gestellt hat (vgl. BVerwG, Beschl. v. 3.12.1997 - 1 B 219.97 -, InfAuslR 1998, 191).“<sup>73</sup>

In einer späteren Entscheidung, in der es um den Antrag auf eine Aufenthaltserlaubnis ging, hat das VG Freiburg daran festgehalten, jedoch festgestellt, dass die Ausländerbehörde nicht „statusbegründende, das heißt aufenthaltsverfestigende, Entscheidungen, wie das [sic!] für die mit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG verbundene Feststellung von (auslandsbezogenen) Abschiebeverboten nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG“ treffen kann.<sup>74</sup>

Das Ergebnis dieser Auffassung ist absurd. Die Ausländerbehörde ist verpflichtet Abschiebungsverbote im Rahmen der Durchsetzung der Ausreisepflicht zu prüfen, aber nicht im Rahmen von Anträgen auf eine Aufenthaltserlaubnis. Ein Widerspruch, der behoben werden kann, indem man den Schutzsuchenden ein Wahlrecht bei der Antragstellung zugesteht.

## **V. Fazit**

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht – kein Wahlrecht zwischen asylrechtlichem und ausländerrechtlichem Schutz – ist nicht (mehr) haltbar. Beruft sich ein

<sup>73</sup> VG Freiburg v 24. Juli 2008 – A 1 K 1189/08 – Rn. 4, juris.

<sup>74</sup> VG Freiburg v. 24. Februar 2011 – 4 K 351/10 – Rn. 46; siehe auch Rn. 41, juris.

Ausländer ausdrücklich nur auf nationalen subsidiären Schutz, ist die Ausländerbehörde zuständig.

Insbesondere die geänderte Rechtslage, die in der Literatur geäußerte Kritik sowie die neue Rechtsprechung von EuGH und Verwaltungsgerichten sollten dem BVerwG Anlass geben, seine Rechtsprechung zu revidieren.