

rechte Methoden für die Anhörung müssen permanent geprobt und evaluiert werden. Es gibt keine Eindeutigkeit bei der Abschätzung des bestmöglichen Verfahrens. Umso wichtiger ist ein ständiger Austausch und eine praxisbezogene Reflexion. Es muss eine permanente Suche nach besseren Verfahren geben.

### Fazit

In den hier aufgeführten Überlegungen bleiben viele weitere Umstände des Aufnahmeprozesses noch unberücksichtigt. Stärkere Beachtung im Verfahren müssten auch die Aufnahmebedingungen erfahren, unter denen junge Flüchtlinge ihre Asylverfahren durchführen. Die Inobhutnahme, die Gesundheitsversorgung, die Vormundschaftssituation, die Beschulung und die mittelfristige Lebensplanung haben erhebliche Auswirkungen auf das Asylverfahren und darauf, wie der Jugendliche sich in Deutschland wahrgenommen fühlt.

In diesem Beitrag wurde dargestellt, dass Änderungen im Asylverfahren zum Wohle der UMF möglich sind und in Ansätzen bereits vorgenommen wurden. Diese Änderungen sind Teil eines langfristigen Prozesses, der noch am Anfang steht. Die konsequente Ausrichtung des Verfahrens nach den Maßstäben des Kindeswohls ist zu forcieren. Dies wird nicht ohne die Zusammenarbeit mit NGOs, mit RechtsanwältInnen, der Fachöffentlichkeit und unter Zuhilfenahme des Wissens von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen möglich sein. Gerade ein Dialog zwischen Bundesamt und betroffenen Flüchtlingen kann dem Verfahren Legitimation ermöglichen und verdeutlichen, dass im Asylverfahren nicht die Suche nach der Ablehnung im Vordergrund steht.

## Nachfluchtgründe und die Hürde des § 28 Abs. 2 AsylVfG

Kerstin Müller, Köln\*

Das politische oder religiöse Engagement eines Flüchtlings endet in der Regel nicht mit seiner Einreise in das Bundesgebiet. Teilweise beginnt es sogar erst hier. In allen Fällen stellt sich die Frage, wie derartige Aktivitäten, die nach der Einreise erfolgen, im Asylverfahren zu behandeln sind. Vor allem im Asylfolgeverfahren ist dabei nicht nur die Hürde des § 71 AsylVfG zu nehmen. Inzwischen sieht § 28 Abs. 2 AsylVfG eine weitere Beschränkung vor.

### I. Was sind Nachfluchtgründe?

Fall: Herr Asgedom<sup>1</sup> aus Eritrea flieht aus dem Wehrdienst in den Sudan. Dort kommt er in Kontakt zu einer eritreischen Pfingstgemeinde und konvertiert. Später gelingt ihm die Flucht in das Bundesgebiet, nachdem er im Sudan befürchtete, nach Eritrea abgeschoben zu werden. Auch in Deutschland schließt er sich einer eritreischen Pfingstgemeinde an.

Das deutsche Asylrecht unterscheidet zwischen Vor- und Nachfluchtgründen. Als maßgebliche Zeitgrenze gilt der Zeitpunkt der Ausreise aus dem Verfolgerstaat.<sup>2</sup> Daher sind Aktivitäten in einem Drittstaat in der Regel Nachfluchtgründe. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Verfolgerstaat seine Einflussphäre auf den Drittstaat ausgeweitet hat oder auszuweiten drohte bzw. zwischen Verfolgerstaat und Drittstaat eine enge Verbindung besteht und daher z. B. die Gefahr der Abschiebung oder Auslieferung droht.<sup>3</sup>

Die religiöse Entwicklung von Herrn Asgedom im Sudan ist daher als Vorfuchtgrund anzusehen, wenn er geltend machen kann, dass ihm im Sudan die Abschiebung nach Eritrea drohte. Seine religiösen Aktivitäten im Bundesgebiet wiederum sind auf jeden Fall als Nachfluchtgründe zu behandeln.

### 1. Objektive Nachfluchtgründe

Entstehen Verfolgungsgefahren nach der Ausreise durch Vorgänge und Ereignisse im Verfolgerstaat, die unabhängig von der Person des Asylantragstellers – also ohne sein Zutun – eintreten, spricht man von objektiven Nachfluchtgründen. Klassische Fälle sind

- der Wechsel der politischen Verhältnisse im Heimatland<sup>4</sup>
- die exilpolitischen Aktivitäten eines Familienmitglieds, die nunmehr eine Verfolgung des Antragstellers begründen<sup>5</sup>

\* Kerstin Müller ist Rechtsanwältin für Ausländer- und Asylrecht in Köln.

<sup>1</sup> Die Namen wurden geändert.

<sup>2</sup> BVerwG, Urteil vom 24.9.2009 – 10 C 25.08 – Rn. 19, asyl.net, M16433; Marx, AsylVfG, § 28 Rn. 4 ff. m. w. N.

<sup>3</sup> BVerwG, Urteil vom 5.11.1991 – 9 C 41.91 –; Urteil vom 4.12.1990 – 9 C 93.90 –.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.11.1986 – 2 BvR 1058/84 –.

<sup>5</sup> BVerwG, Urteil vom 31.3.1992 – 9 C 140.90 –; Urteil vom 9.4.1991 – 9 C 100.90 –.

<sup>23</sup> Vgl. Max Hermanutz/Sven Max Litzcke: Vernehmung in Theorie und Praxis. Wahrheit – Irrtum – Lüge, Stuttgart 2006.

- verfolgungsbegründende Strafvorschriften, die nach Ausreise in Kraft treten<sup>6</sup>.

Objektive Nachfluchtgründe führen ohne Einschränkung zum Asylrecht oder der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Dies gilt auch für das Asylfolgeverfahren, soweit die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind. § 28 Abs. 2 AsylVfG ist insoweit nicht anwendbar.<sup>7</sup>

## 2. Subjektive Nachfluchtgründe

Demgegenüber sind subjektive Nachfluchtgründe solche, die vom Antragsteller nach der Ausreise selbst geschaffen wurden. Dazu zählen vor allem

- exilpolitische Aktivitäten
- Konversion
- illegale Ausreise mit anschließendem unerlaubten Verbleib im Ausland<sup>8</sup>
- legale Ausreise mit anschließendem unerlaubten Verbleib im Ausland<sup>9</sup>
- Stellung eines Asylantrages<sup>10</sup>
- Eheschließung mit einem Partner anderer Religionszugehörigkeit, die eine Verfolgung im Falle der Rückkehr begründet.<sup>11</sup>

Im Erstasylverfahren können diese sog. selbstgeschaffenen Nachfluchtgründe gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 AsylVfG nur dann zu einer *Asylanerkennung* führen, wenn sie auf einer festen, bereits im Herkunftsland erkennbar betätigten Überzeugung basieren. Allerdings bleibt die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft weiterhin möglich, auch wenn keine gefestigte Grundhaltung festzustellen ist.<sup>12</sup> Im Rahmen des § 60 Abs. 1 AufenthG sind selbstgeschaffene Nachfluchtgründe, die bis zur Unanfechtbarkeit des Erstverfahrens verwirklicht wurden, uneingeschränkt zu berücksichtigen (vgl. § 28 Abs. 1 a AsylVfG).<sup>13</sup>

Im Asylfolgeverfahren jedoch können subjektive Nachfluchtgründe unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 AsylVfG die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gänzlich ausschließen, so dass allenfalls die Gewährung eines subsidiären Status im Sinne des § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG in Betracht kommt.

## II. Wann schließen subjektive Nachfluchtgründe die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft aus?

Gemäß § 28 Abs. 2 AsylVfG kann die Flüchtlingseigenschaft in der Regel nicht zuerkannt werden, wenn ein Ausländer nach Rücknahme oder unanfechtbarer Ablehnung des Asylantrages erneut einen Asylantrag stellt und diesen auf Umstände stützt, die er nach endgültigem negativen Abschluss des vorangegangenen Asylverfahrens selbst geschaffen hat.

## 1. Unanfechtbare Ablehnung oder Rücknahme des Asylantrages

Fall: Frau Tsegay reist 1990 aus Äthiopien in das Bundesgebiet ein und wird als Asylberechtigte anerkannt. 1996 reist sie in das inzwischen unabhängige Eritrea zurück. 2009 kommt sie wieder nach Deutschland und beantragt die Anerkennung als Asylberechtigte. Sie schließt sich hier einer eritreischen oppositionellen Exilorganisation an.

Fall: Herr Kome aus Togo wird 2004 aufgrund exilpolitischer Aktivitäten als politischer Flüchtling anerkannt. 2006 widerruft das Bundesamt seine politischen Aktivitäten. 2010 wird er erneut politisch aktiv und beantragt die Flüchtlingserkennung.

Fall: Der Asylantrag von Herrn Bahal wird abgelehnt. Eine Klage gegen die Ablehnung bleibt erfolglos. Während des Antrages auf Zulassung der Berufung entfaltet er politische Aktivitäten. Der Zulassungsantrag wird später abgelehnt.

§ 28 Abs. 2 AsylVfG stellt ausdrücklich – wie auch § 71 AsylVfG – auf Aktivitäten nach einer rechts- oder bestandskräftigen Ablehnung oder Rücknahme des Asylantrages ab. Erlischt daher der Asyl- oder Flüchtlingstatus gemäß § 72 AsylVfG und schafft der Ausländer anschließend einen Nachfluchtstatbestand, wird dieser von § 28 Abs. 2 AsylVfG nicht erfasst. Frau Tsegays Asylantrag im Jahr 2009 ist als Erstantrag zu werten,<sup>14</sup> so dass § 28 Abs. 2 AsylVfG keine Anwendung findet.

Im Falle von Herrn Kome ist streitig, ob ein Asylantrag nach Widerruf der Flüchtlingseigenschaft als Erst- oder Folgeantrag einzustufen ist.<sup>15</sup> Nur bei letzterer Auffassung wäre § 28 Abs. 2 AsylVfG anwendbar. Dagegen spricht aber der Wortlaut der Regelung, der nur von der in § 32 AsylVfG geregelten Rücknahme oder der Ablehnung im Sinne des § 31 AsylVfG spricht.

Die exilpolitischen Aktivitäten, die Herr Bahal vor Zurückweisung des Berufungszulassungsantrages entfaltet hat, fallen nicht unter § 28 Abs. 2 AsylVfG. In dem Moment konnten die Nachfluchtgründe zwar nicht mehr im Asylverfahren berücksichtigt werden, der Asylantrag war jedoch noch nicht unanfechtbar abgelehnt.<sup>16</sup>

<sup>6</sup> BVerfG, Beschluss vom 1.7.1987 – 2 BvR 478/86 –.

<sup>7</sup> Marx, AsylVfG, § 28 Rn. 150.

<sup>8</sup> BVerwG, Urteil vom 6.12.1988 – 9 C 22.88 –.

<sup>9</sup> BVerwG, Urteil vom 21.6.1988 – 9 C 5.88 –.

<sup>10</sup> BVerwG, Urteil vom 30.8.1988 – 9 C 80.87 –.

<sup>11</sup> BVerwG, Urteil vom 6.4.1992 – 9 C 143.90 –.

<sup>12</sup> BVerwG, Urteil vom 18.12.2008 – 10 C 27.07 – Rn. 14, ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 20 ff.

<sup>13</sup> BVerwG, Urteil vom 24.9.2009 – 10 C 25.08 – Rn. 20, asyl.net, M16433.

<sup>14</sup> Vgl. Marx, AsylVfG, § 71 Rn. 34 ff, Müller in HK-AuslR, § 71 AsylVfG, Rn. 8 m. w. N.

<sup>15</sup> Für Erstantrag: Marx, AsylVfG, § 71 Rn. 34 ff, Müller in HK-AuslR, § 71 AsylVfG, Rn. 8, für Folgeantrag: Funke-Kaiser in GK-AsylVfG, § 71 Rn. 42.1.

<sup>16</sup> VG Lüneburg, Urteil vom 12.9.2008 – 3 A 185/08 – asyl.net, M14683; so auch Marx, AsylVfG, § 28 Rn. 147, Fränkel in HK-AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 19.

### 2. Selbst geschaffene Gründe

§ 28 Abs. 2 AsylVfG stellt ausschließlich auf Nachfluchtgründe ab, die durch den Antragsteller selbst geschaffen wurden.

Fall: Frau Bedroud flieht 2003 aus dem Iran. Im Asylverfahren macht sie geltend, sie sei hier im Bundesgebiet den Zeugen Jehovas beigetreten. Dennoch wird ihr Asylantrag abgelehnt. 2007 stellt sie einen auf § 60 Abs. 1 AufenthG beschränkten Asylfolgeantrag und beruft sich erneut auf ihren Glaubenswechsel.

Auf den ersten Blick liegen hier subjektive Nachfluchtgründe vor, so dass § 28 Abs. 2 AsylVfG zum Tragen kommen würde. Es ist hier jedoch darauf abzustellen, dass sich die Verfolgungspraxis des iranischen Staates gegenüber Andersgläubigen im Laufe der Zeit verschärft hat, so dass die Verfolgung auf Gründen beruht, die unabhängig vom Verhalten von Frau Bedroud sind. § 28 Abs. 2 AsylVfG ist in dieser Fallkonstellation nicht anwendbar.<sup>17</sup>

### 3. Regelvermutung

§ 28 Abs. 2 AsylVfG geht davon aus, dass subjektive Nachfluchtgründe »in der Regel« nicht zu einer Flüchtlingsanerkennung führen. Fraglich ist daher, wann eine Ausnahme von diesem Grundsatz vorliegen kann.

#### a) Minderjährige Flüchtlinge

Fall: Herr Asad, 1988 geboren, reiste 1999 mit seinen Eltern in das Bundesgebiet ein und beantragte Asyl. Der Antrag wurde 2001 endgültig abgelehnt. 2008 stellte Herr Asad erneut einen Asylantrag und erklärte, er habe nun an einem regimkritischen Theaterstück über die politische Justiz im Iran mitgewirkt, das auch im Iran ausgestrahlt worden sei.

Variante: Herr Asad wurde 1983 geboren, der erste Asylantrag 2003 rechtskräftig abgelehnt.

Fall: Das Mädchen Rejen, moslemischen Glaubens, wurde 1994 in Afghanistan geboren. 2000 flieht sie mit ihren Eltern und beantragt Asyl. Dieser Antrag wird 2005 abgelehnt. 2006 wird sie – mit Eltern und Geschwistern – getauft. Die Eltern stellen für die gesamte Familie Folgeanträge.

§ 28 Abs. 1 S. 2 AsylVfG sieht für die Asylanerkennung im Asylerstverfahren vor, dass subjektive Nachfluchtgründe dann beachtlich sein können, wenn sich der Ausländer vor der Ausreise aufgrund seines Alters und Entwicklungsstandes im Herkunftsland noch keine feste Überzeugung habe bilden können. Der Schluss liegt nahe, dass diese Regelung auch als Ausnahme im Sinne des § 28 Abs. 2 AsylVfG zum Tragen kommt. Dem hat das Bundesverwaltungsgericht zumindest in Fällen widersprochen, in denen der einem Erwachsenen entsprechende Entwicklungsstand vor Abschluss des vorangegangenen Asylverfahrens erreicht worden ist.<sup>18</sup> Dabei sei davon auszugehen, dass in aller Regel bereits mit 16, spätestens mit 18 Jahren die Herausbildung einer festen politischen Überzeugung möglich sei.

Demnach würde im Ausgangsfall von Herrn Asad § 28 Abs. 2 AsylVfG nicht greifen (dies wurde vom Bundesverwaltungsgericht allerdings nicht explizit entschieden), in der Fallvariante aber einschlägig sein, da er zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erstverfahrens bereits 20 Jahre alt war.

Im Fall des Mädchen Rejen wiederum ist diese zum Zeitpunkt der Taufe erst zwölf Jahre alt. Es ist davon auszugehen, dass sie sich noch keine innere Überzeugung zur Konversion bilden kann. Es liegt daher eine Ausnahme im Sinne des § 28 Abs. 2 AsylVfG vor.<sup>19</sup>

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts erscheint überholt. So begründet es seine Auffassung mit der asylrechtlichen Verfahrensfähigkeit von 16 Jahren gemäß § 12 Abs. 1 AsylVfG. Zum einen stellen aber z. B. die EU-Asylverfahrensrichtlinie (Art. 2 h) und die EU-Aufnahmerichtlinie (Art. 2 h, Art. 10 Abs. 1 S. 4, Art. 18) auf das Erreichen des 18. Lebensjahres ab. Zum anderen ist nach der Rücknahme des Vorbehalts zur UN-Kinderrechtskonvention mehr als zweifelhaft, ob sich die Altersgrenze von 16 Jahren völkerrechtlich noch vertreten lässt.<sup>20</sup>

#### b) Rechtsmissbrauch

Fall: Herr Türkkan stellt 1998 einen Asylantrag. Während des Verfahrens veröffentlicht er unter einem Pseudonym Zeitungsartikel in einer regierungsfeindlichen Zeitschrift. Der Asylantrag wird 1999 dennoch rechtskräftig abgelehnt. 2003 stellt Herr Türkkan einen Asylfolgeantrag und erklärt, er sei im Jahr 2000 in die Türkei zurückgereist. 2002 sei er wieder politisch aktiv geworden. Unter seinem richtigen Namen sei 2003 ein kritisches Interview in der regierungsfeindlichen Zeitschrift veröffentlicht worden. Er habe sich, nachdem er einer Festnahme knapp entronnen sei, daher erneut zur Flucht nach Deutschland entschieden. Auch im Bundesgebiet verfasste Herr Türkkan weiterhin unter seinem Namen Artikel, die sich kritisch mit der Situation in der Türkei befassten.

Geht man davon aus, dass die im Bundesgebiet nach der letzten Einreise geschriebenen Artikel von Herrn Türkkan geeignet sind, im Falle der Rückkehr politische Verfolgung auszulösen, unterfallen sie als subjektive Nachfluchtgründe grundsätzlich der Schranke des § 28 Abs. 2 AsylVfG. In der Rechtsprechung wurde allerdings diskutiert, ob nicht im Rahmen der Regelung der Rechtsgedanke des § 28 Abs. 1 AsylVfG anzuwenden ist.<sup>21</sup> Stellen sich daher – wie bei Herrn Türkkan – die Nachfluchtaktivitäten als Ausdruck und Fortführung einer schon während des Aufenthalts im Heimatland vorhandenen und erkennbar zum Ausdruck kommenden Überzeugung dar, läge nach dieser Auffassung eine Ausnahme vom Regelausschluss des § 28

<sup>17</sup> Vgl. HessVGH, Beschluss vom 23.2.2010 – 6 A 1389/09.A – ASYLMAGAZIN 2010, S. 120.

<sup>18</sup> Urteil vom 24.9.2009 – 10 C 25.08 – Rn. 22, asyl.net, M16433.

<sup>19</sup> So auch HessVGH, Urteil vom 24.6.2010 – 8 A 290/09.A – ASYLMAGAZIN 2010, S. 309 f.

<sup>20</sup> Vgl. dazu z. B. AG Gießen, Beschluss vom 16.7.2010 – 244 F 1159/09 VM – ASYLMAGAZIN 2010, S. 320, AG Frankfurt/Main, Beschluss vom 4.8.2010 – 457 F 6154/10 SO – asyl.net, M17412.

<sup>21</sup> So Nieders. OVG, Urteil vom 18.7.2006 – OVG 11 LB 75/06 – asyl.net, M8991; OVG NW, Urteil vom 12.7.2005 – 8 A 780/04.A –

Abs. 2 AsylVfG vor. Dem ist das Bundesverwaltungsgericht entgegengetreten.<sup>22</sup> Die inhaltliche und zeitliche Kontinuität der nach außen betätigten politischen Überzeugung sei zwar ein wichtiges Indiz, reiche aber zur Widerlegung der Regelvermutung nicht aus. Vielmehr müsse der Asylbewerber gute Gründe dafür anführen, weshalb er nach einem erfolglosen Asylverfahren erstmalig exilpolitisch aktiv geworden sei oder seine bisherigen Aktivitäten intensiviert habe. Er trage insoweit die Substantiierungs- und objektive Beweislast. Die gesetzliche Missbrauchsvermutung des § 28 Abs. 2 AsylVfG sei dann widerlegt, wenn der Asylbewerber den Verdacht ausräumen könne, er habe die Nachfluchtaktivitäten nur oder aber hauptsächlich mit Blick auf die erstrebte Flüchtlingsanerkennung entwickelt oder intensiviert.

Bei Herrn Türkkan stellt sich somit zunächst die Frage, ob die Aktivitäten vor seiner letzten Ausreise aus der Türkei nicht bereits einen Vorfluchtgrund darstellen, so dass die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 2 AsylVfG von vornherein ausscheidet. Werden Vorfluchtgründe verneint, sind die im Bundesgebiet entwickelten Aktivitäten in den Blick zu nehmen. Da er bereits in der Türkei Artikel unter seinem Namen veröffentlicht hat, spricht viel dafür, dass er seine Aktivitäten im Bundesgebiet zumindest nicht intensiviert hat. Da sie sich als Fortführung einer bereits im Heimatland erkennbar geäußerten politischen Meinung darstellen, läge eine Ausnahme im Sinne des § 28 Abs. 2 AsylVfG vor.

Offen bleibt, wann »gute Gründe« im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG vorliegen, die eine Ausnahme vom Regelausschluss des § 28 Abs. 2 AsylVfG begründen könnten. Hier scheint die Rechtsprechung exilpolitische Aktivitäten und eine nach Ausreise erfolgte Konversion unterschiedlich zu bewerten. Ist das Gericht davon überzeugt, dass der Glaubenswechsel auf einer inneren, tiefen Überzeugung beruht, wird von einem Ausnahmetatbestand ausgegangen.<sup>23</sup> Beruht hingegen der Beginn oder die Intensivierung des exilpolitischen Engagements auf einer inzwischen gewonnenen politischen Einstellung, wird dies teilweise als klassischer Regelfall des § 28 Abs. 2 AsylVfG angesehen.<sup>24</sup> Dies verdeutlicht auch die Schwierigkeit in der Anwendung der Vorgaben des BVerwG: die Prüfung der »guten Gründe« setzt eine Bewertung innerer Einstellungen voraus und birgt die Gefahr einer willkürlichen Einzelfallrechtsprechung.

### III. Konsequenzen der Anwendung des § 28 Abs. 2 AsylVfG

Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, seine restriktive Auslegung des § 28 Abs. 2 AsylVfG sei mit der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) vereinbar, da durch § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG als Auffangtatbestand ausreichender Schutz gewährt werde. In der Praxis wird tatsächlich bei beachtlichen subjektiven Nachfluchtgründen – soweit § 28 Abs. 2 AsylVfG Anwendung findet – ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 2 AufenthG festgestellt.

Dabei wird aber übersehen, dass die Qualifikationsrichtlinie (QLR) – anders als die GFK – inzwischen auch konkrete Statusrechte gewährleistet, die für den Flüchtling von erheblicher Bedeutung sind, wie sich aus dem Folgenden ergibt. § 20 Abs. 6 QRL sieht zudem vor, dass die einem Flüchtling nach Kapitel 7 zugestandenen Rechte nur dann eingeschränkt werden können, wenn ihm die Flüchtlings-eigenschaft aufgrund von Aktivitäten zuerkannt wurde, die einzig oder hauptsächlich deshalb aufgenommen wurden, um die für die Zuerkennung erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen. Nimmt man diese Vorschrift ernst, kann die Anwendung des § 28 Abs. 2 AsylVfG nur in diesen Fällen zu einer Einschränkung der Statusrechte führen. Die Formulierung zeigt auch, dass die vom BVerwG vorgenommene Beweislastumkehr europarechtlich zweifelhaft ist. Insofern ist unverständlich, dass das BVerwG sich in den bisher zu § 28 Abs. 2 AsylVfG ergangenen Entscheidungen kaum mit europarechtlichen Erwägungen auseinandersetzt.

#### 1. Aufenthaltserlaubnis

Wird »nur« ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG festgestellt, führt dies in der Regel zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG für (vorerst) ein Jahr. Damit ist die Regelung des § 26 Abs. 3 AufenthG, die die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis für anerkannte Flüchtlinge nach drei Jahren und ohne Erfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen ermöglicht, nicht anwendbar. Der subsidiär Schutzberechtigte muss für eine Niederlassungserlaubnis in der Regel die siebenjährige Aufenthaltszeit des § 26 Abs. 4 AufenthG erfüllen, bei der die Zeiten des Asylverfahrens und der Duldung nur unter bestimmten Voraussetzungen anrechenbar sind.<sup>25</sup> Zudem werden die Voraufenthaltszeiten gemäß § 55 Abs. 3 AsylVfG nicht angerechnet. Anders bei Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird: Sie erhalten eine Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre. Eine solche Differenzierung trifft auch Art. 24 QRL.

Nach den Erlassen der Bundesländer erhalten subsidiär Schutzberechtigte zudem eine sog. Wohnsitzauflage bei Sozialhilfebezug. Diese ist bei anerkannten Flüchtlingen nicht (mehr) zulässig.<sup>26</sup> Gemäß Art. 32 der QRL dürfte es auch bei Personen mit subsidiärem Schutz europarechtswidrig sein, da die Bewegungsfreiheit dieses Personenkreises der anderer Drittstaatsangehöriger vergleichbar sein muss.

<sup>22</sup> Urteil vom 18.12.2008 – 10 C 27.07 – Rn. 13, ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 20 ff.

<sup>23</sup> Vgl. VG Düsseldorf, Urteil vom 7.7.2010 – 16 K 6522/09.A – asyl.net, M17907; VG Stuttgart, Urteil vom 10.3.2010 – 11 K 1124/09 – asyl.net, M17710.

<sup>24</sup> Vgl. Hamb. OVG, Urteil vom 13.1.2010 – 5 Bf 393/05 – asyl.net, M16905; a. A. zu Recht VG Magdeburg, Urteil vom 24.4.2009 – 9 A 250/07 MD – ASYLMAGAZIN 7–8/2009, S. 34 f.

<sup>25</sup> Vgl. zu den anrechenbaren Zeiten BVerwG, Urteil vom 30.3.2010 – 1 C 6.09 – asyl.net, M16643; BVerwG, Urteil vom 10.11.2009 – 1 C 24.08 – asyl.net, M16643.

<sup>26</sup> BVerwG, Urteil vom 15.1.2008 – 1 C 17.07 –.

### 2. Reiseausweis für Flüchtlinge

Nach Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ist dem Flüchtling gemäß Art. 28 GFK, Art. 25 Abs. 2 QRL ein Reiseausweis für Flüchtlinge auszustellen. Personen, die nur subsidiären Schutz erhalten haben, sind jedoch weiterhin passpflichtig (§ 3 Abs. 1 AufenthG). Gemäß §§ 48 Abs. 4, 5 Abs. 3 AufenthG haben sie allerdings Anspruch auf Ausstellung eines Ausweisersatzes. Zudem lässt sich – wenn man nicht schon der Auffassung ist, dem durch § 28 Abs. 2 AsylVfG diskriminierten Personenkreis stünde ebenfalls ein Reiseausweis für Flüchtlinge zu – gut begründen, dass in diesen Fällen eine Unzumutbarkeit der Passbeschaffung im Sinne der §§ 5 Abs. 1, 6 Nr. 1 AufenthV besteht.<sup>27</sup> Auch Art. 25 Abs. 2 QRL sieht die Ausstellung von Reisedokumenten an subsidiär Schutzberechtigte vor, die einen Nationalpass nicht erlangen können.

### 3. Sozialleistungen

Mit der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft werden Ausländer deutschen Staatsangehörigen weitgehend gleichgestellt. Anders sieht es für subsidiär Schutzberechtigte aus. Sie unterfallen zwar auch nicht mehr dem AsylbLG, dies aber erst ab Erteilung des Aufenthaltstitels. Kindergeld erhalten sie nur, wenn sie sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten und im Bundesgebiet berechtigt erwerbstätig sind, laufende Geldleistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG). Gleiches gilt für den Kinderzuschlag (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 BKKG). BaföG oder Ausbildungsbeihilfe erhalten sie erst, wenn sie sich seit mindestens vier Jahren in Deutschland ununterbrochen rechtmäßig, gestattet oder geduldet aufhalten (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BaföGG, § 63 Abs. 2 Nr. 2 SGB III).

### 4. Familienzusammenführung

§§ 30 Abs. 3 Nr. 3 c), 32 Abs. 1 Nr. 1, 29 Abs. 2 AufenthG sehen eine erleichterte Familienzusammenführung zu anerkannten Flüchtlingen vor. Bei subsidiär Schutzberechtigten sind hingegen die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen, insbesondere die Sicherung des Lebensunterhaltes, zu erfüllen. Zudem greift die Regelung des § 29 Abs. 3 AufenthG, so dass eine Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung nur aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik erteilt werden darf. Demgegenüber sieht Art. 23 Abs. 1 QRL für beide Personenkreise vor, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen müssen, dass der Familienverband aufrecht erhalten bleiben kann. Die EU-Familienzusammenführungsrichtlinie hingegen sieht für Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, ebenfalls Privilegierungen vor (Art. 9 ff.).

### IV. Fazit

Die Konsequenzen der Anwendung des § 28 Abs. 2 AsylVfG zeigen, dass für den Asylbewerber erhebliche Nachteile im Hinblick auf seine Statusrechte entstehen. Von mehreren Verwaltungsgerichten wurde daher zu Recht die Frage der Vereinbarkeit des § 28 Abs. 2 AsylVfG mit der QRL, insbesondere mit Art. 5 Abs. 3 QRL aufgeworfen.<sup>28</sup> Das BVerwG tritt dieser Argumentation allein unter Verweis auf die GFK entgegen, die keinen bestimmten Status, sondern lediglich Abschiebungsschutz für die Dauer der Bedrohung garantiert.<sup>29</sup> Wie dargelegt, übersieht es aber, dass die QRL inzwischen nicht nur einen Refoulement-Schutz statuiert, sondern darüber hinaus konkrete – der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft innewohnende – Statusrechte schafft. Zudem setzt es sich mit der Regelung des Art. 20 Abs. 6 QRL nicht auseinander. Es bleibt daher zu hoffen, dass die unteren Instanzen die europarechtlichen Vorgaben ernster nehmen und entsprechende Vorlagen beim EuGH zur Europarechtswidrigkeit des § 28 Abs. 2 AsylVfG wagen.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu BayVG, Beschluss vom 12.7.2010 – 19 C 10.1204 –.

<sup>28</sup> Vor allem VG Lüneburg, Urteil vom 21.1.2008 – 1 A 215/05 – asyl.net, M12366.

<sup>29</sup> BVerwG, Urteil vom 18.12.2008 – 10 C 27.07 – Rn. 19, ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 20 ff.

## Scheitern einer Abschiebung im Sinne des § 62 Abs. 2 S. 5 AufenthG

*Peter Fahlbusch, Hannover\**

Anwendungsbereich und Auslegung des durch Art. 1 des Richtlinienumsetzungsgesetzes vom 19.8.2007 (BGBl I Seite 1970) eingefügten § 62 Abs. 2 Satz 5 AufenthG sind bislang in Literatur und Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.<sup>1</sup> Nach § 62 Abs. 2 S. 5 AufenthG bleibt eine Haftanordnung nach § 62 Abs. 2 S. 1 AufenthG unberührt, wenn die Abschiebung aus Gründen scheitert, die der Ausländer zu vertreten hat. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Haftanordnung keine Wirkung mehr entfaltet.<sup>2</sup>

Fraglich ist, wann von einem Scheitern der Abschiebung im Sinne des § 62 Abs. 2 S. 5 AufenthG ausgegangen werden kann. Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage liegt bislang nicht vor. In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte herrscht bislang Konsens, dass der Abschiebungsvorgang konkret begonnen haben müsse; vorher könne eine Abschiebung nicht scheitern.<sup>3</sup> Das OLG Celle verlangte

\* Peter Fahlbusch ist in Hannover als Rechtsanwalt schwerpunktmäßig im Ausweisungs-, Abschiebungshaft-, Straf- und Sozialrecht tätig.

<sup>1</sup> Vgl. insofern auch BVerfG, Beschluss vom 23.9.2010 – 2 BvR 1143/08 –.

<sup>2</sup> Vgl. u. a. OLG Celle, Beschluss vom 9.10.2008, a. a. O.; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.11.2009 – 22 W 39/08 –; in diese Richtung auch BVerfG, Beschluss vom 23.9.2010, a. a. O.