

Aus der Beratungspraxis

Zuständigkeiten von Bundesamt und Ausländerbehörde – eindeutig geklärt?

Rain Kerstin Müller, Köln*

I. Einleitung

Aufgrund der Regelung des § 5 Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) ist das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) für die Bearbeitung von Asylanträgen zuständig. Gemäß § 13 Abs. 1 AsylVfG liegt ein Asylantrag vor, wenn sich dem schriftlich, mündlich oder auf andere Weise geäußerten Willen des Ausländers entnehmen lässt, dass er in Deutschland Schutz vor politischer Verfolgung sucht oder dass er Schutz vor Abschiebung oder einer sonstigen Rückführung in einen Staat begehrt, in dem ihm die in § 60 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) bezeichneten Gefahren drohen. Nach Stellung des Asylantrages ist das BAMF gemäß § 24 Abs. 2 AsylVfG zudem für die Prüfung von Abschiebungsverboten gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG zuständig.

Auf der anderen Seite sind gemäß § 71 Abs. 1 AufenthG die Ausländerbehörden für aufenthaltsrechtliche Maßnahmen nach dem AufenthG zuständig. Diesen obliegt damit ebenfalls die Prüfung von Abschiebungsverboten gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG. Hier kommt es somit zu einer doppelten Zuständigkeit. Wer ist wann zuständig?

Dieser Artikel versucht eine Klärung auf der Grundlage der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG).

II. Aufenthalt ohne vorangegangenes Asylverfahren

Auf den ersten Blick ist in Fallgestaltungen, in denen kein Asylverfahren vorangegangen ist, die Zuständigkeitsfrage schnell geklärt: Hier ist die örtlich zuständige Ausländerbehörde der Ansprechpartner. Doch tatsächlich gibt es nach der Rechtsprechung des BVerwG Situationen, in denen der Ausländerbehörde die Entscheidungshoheit entzogen wird.

1. Beantragung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen

Fall: Frau Muirui¹ aus Kenia hält sich seit 2007 illegal im Bundesgebiet auf. Ende 2008 wird bei ihr eine schwere, behandlungsbedürftige HIV-Infektion diagnostiziert. Sie taucht aus der Illegalität auf und erhält zunächst eine Duldung. Später beantragt sie mit Hilfe einer Beratungsstelle bei der Ausländerbehörde die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG, da ihre Erkrankung in Kenia nicht ausreichend behandelt werden könne. Zudem sei sie aufgrund der Erkrankung reiseunfähig, so dass auch die Voraussetzungen des § 25 Abs. 5 AufenthG vorlägen. Im Rahmen des Antrags berichtet sie kurz, dass sie Kenia verlassen habe, da ihr Ehemann verstorben sei. Ihre Ethnie sehe nach dem Tod des Mannes vor, dass sie mit dessen Bruder verheiratet werde. Dies habe sie nicht gewollt und sei deshalb so massiv geschlagen worden,

dass sie ein Auge verloren habe. Schwerpunkt ihres Antrags ist aber ihre HIV-Infektion. Die Ausländerbehörde prüft und verneint aufgrund eines amtsärztlichen Gutachtens 2009 ihre Reiseunfähigkeit. Sie beteiligt das BAMF im Hinblick auf ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG. Dieses gibt keine Stellungnahme zu Abschiebungsverboten ab, sondern verweist aufgrund der erwähnten drohenden Zwangsverheiratung auf die Stellung eines Asylantrages. Da Frau Muiruri inzwischen gut an Ärzte und soziale Betreuung angebunden ist, möchte sie dies aber nicht, da sie ansonsten verteilt werden würde.

Fall: Frau Asfaha aus Eritrea ist als 19jährige Frau illegal in das Bundesgebiet eingereist. Hier wurde sie zunächst aufgrund von Passlosigkeit geduldet. Nunmehr droht die Ausländerbehörde ihr die Abschiebung nach Eritrea an. Hiergegen erhebt sie Klage und beantragt zugleich eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3, 5 AufenthG. Dabei macht sie geltend, in Eritrea würde ihr aufgrund einer unterstellten Wehrdienstentziehung eine erniedrigende und unmenschliche Behandlung drohen. Auch hier wird das BAMF beteiligt. Es kommt zu dem Schluss, auch hier läge der Sache nach ein Asylantrag vor. Zuvor hatte es in einem gleich gelagerten Fall der Ausländerbehörde mitgeteilt, es läge ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 2 AufenthG vor, so dass die Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG erteilte.

Fall: Eine moslemische Familie aus dem Sandzak beantragt die Erteilung einer Duldung und macht geltend, ein Familienmitglied leide aufgrund von Repressalien durch serbische Behörden und der Verfolgung der Moslems im Sandzak durch Raucheakte serbischer paramilitärischer Gruppen an einer posttraumatischen Belastungsstörung. Eine Rückkehr sei riskant, da die ethnischen Konflikte nicht gelöst seien, während der NATO-Angriffe habe eine Pogromstimmung geherrscht.

In diesen Fallkonstellationen wird ein humanitärer Aufenthaltstitel begehrt. Grundlage ist dabei § 25 Abs. 3 AufenthG bei der Geltendmachung sog. zielstaatsbezogener Abschiebungsverbote gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG oder § 25 Abs. 5 AufenthG für sog. inlandsbezogene Vollstreckungshindernisse wie die Reiseunfähigkeit. Beides sind Soll- bzw. Ermessensvorschriften, so dass der Antragsteller in besonderer Weise darlegen muss, weshalb in seinem Fall die Erteilung des Aufenthaltstitels zwingend ist.

Wurde bisher kein Asylverfahren durchlaufen, ist die Ausländerbehörde originär für die Prüfung von Abschiebungsverboten gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG zuständig. Dies gilt grundsätzlich bis zur Stellung eines materiellen Asylgesuchs bzw. eines formellen Asylantrages.² Die Ausländerbehörde war daher auf den ersten Blick in den oben genannten Fällen der richtige Ansprechpartner. Die Besonderheit der Fallkonstellationen ist aber, dass sich ihnen auch Hinweise auf Verfolgungsgründe gemäß § 13 AsylVfG entnehmen lassen. So hatte Frau Muiruri als Anlass ihrer Ausreise angegeben, sie sei vor drohender Zwangsverheiratung geflohen, Frau Asfaha hatte die drohende Bestrafung wegen Wehrdienstentziehung angeführt und die Familie aus dem Sandzak hatte die Erkrankungen und die daraus resultierende Gefährdung mit ethnisch motivierten Übergriffen

* Kerstin Müller ist Rechtsanwältin mit den Tätigkeitsschwerpunkten Aufenthalts- und Asylrecht in Köln.

¹ Die Namen wurden geändert.

² BVerwG, Beschluss vom 3.12.1997 – 1 B 219.97 –.

erklärt. Welche Folgen hat dies?

§ 72 Abs. 2 AufenthG sieht vor, dass die Ausländerbehörde bei einer Entscheidung über zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote das BAMF zu beteiligen hat. In der Praxis übermittelt die Ausländerbehörde dem BAMF auszugsweise Schriftsätze mit der Bitte um eine (interne) Stellungnahme. Sie ist an diese nicht gebunden,³ wird aber in aller Regel der Einschätzung des BAMF folgen. Es ist zu beobachten, dass das BAMF in Fällen, in denen Anhaltspunkte für eine politische Verfolgung zu finden sind, keine Stellungnahme zu § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG abgibt, sondern auf die Stellung eines Asylantrages verweist, in dessen Rahmen dann auch eine Prüfung der Abschiebungsverbote erfolgen könne. Diese Verfahrensweise geht auf die Entscheidung des BVerwG vom 3.3.2006 – 1 B 126.05 – zurück, deren Sachverhalt die 3. Fallvariante beschreibt (Familie aus dem Sandzak). Das BVerwG hatte hier aufgrund der Ausführungen zum Grund der Erkrankung den Schluss gezogen, dass eine Berufung auf eine Angst vor ethnisch-religiösen Verfolgung gegeben sei. Darin lag nach Auffassung des BVerwG ein Asylbegehren im Sinne des § 13 AsylVfG, für das ausschließlich das BAMF zuständig sei. Nach Ansicht des BVerwG war die Ausländerbehörde daher nicht befugt, eine Entscheidung über die zielstaatsbezogenen Abschiebungsverbote zu treffen. Die Antragsteller seien zwingend auf die Stellung eines Asylantrages zu verweisen; in diesem Rahmen könnten dann die Abschiebungsverbote gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG geprüft werden. Ein Wahlrecht zwischen ausländer- oder asylrechtlichem Schutz bestünde insoweit nicht.⁴ Unter Bezugnahme auf diese Entscheidung lehnte auch das BAMF eine Prüfung von Abschiebungsverböten in den weiteren oben beschriebenen Fällen im Rahmen der Beteiligung nach § 72 Abs. 2 AufenthG ab und verwies auf das Asylverfahren.

Die Konsequenzen sind gravierend: Die Ausländerbehörde prüft zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote nicht. Personen, die unter Umständen bereits jahrelang geduldet wurden, werden auf ein Asylverfahren mit der Konsequenz der Verteilung verwiesen. Bis zur Stellung des formellen Asylantrages ist eine Abschiebung untersagt.⁵ Die Ausländerbehörde ist allenfalls zur Prüfung inlandsbezogener Vollstreckungshindernisse befugt.

Diese formalistische Kompetenzverteilung führt zu zahlreichen Problemen:

- 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.
- Im Falle von Eritrea wird auch deutlich, welche Risiken diese Zuständigkeitsverteilung birgt: So ist die Entscheidungspraxis des BAMF zur Wehrdienstentziehung eritreischer Staatsangehöriger uneinheitlich. Teilweise wird eine

politische Verfolgung angenommen, teilweise nur ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 2 AufenthG bejaht. Diese Problematik wird auch bei dem vom BVerwG entschiedenen Fall der Familie aus dem Sandzak eine Rolle spielen: Welche Chancen hätte der Asylantrag aufgrund der politischen Veränderungen tatsächlich noch? Auch der Fall von Frau Muiruri birgt das Risiko, dass der Asylantrag nicht durchdringt. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge berichten nicht selten, dass sie Opfer sippenhaftähnlicher Verfolgung geworden sind, ohne dass sie selbst aufgrund ihres Alters nähere Einzelheiten zu den politischen Aktivitäten der Eltern kennen. Ein Verweis auf ein Asylverfahren wäre hier teilweise fatal, da die Plausibilität der Verfolgung oftmals bereits mangels Wissen der Einzelheiten nicht dargelegt werden kann. Letztlich sind Fallkonstellationen denkbar, in denen der Antrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt wird. 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.

- Die Rechtsprechung führt in der Praxis dazu, dass im Rahmen der Beteiligung des BAMF gemäß § 72 Abs. 2 AufenthG reflexhaft die Zuständigkeit auf das BAMF verlagert wird. Dies erschwert insbesondere die Geltendmachung von Ermessens Gesichtspunkten z. B. im Rahmen des § 25 Abs. 5 AufenthG.

Hierzu folgender Fall:

Herr Tesfay aus Äthiopien wird von einem Entwicklungshelfer nach Deutschland geschleust. Dieser bemühte sich schon in Äthiopien vergeblich um eine sexuelle Beziehung zu dem jungen Mann. In Deutschland ist dessen Aufenthalt zunächst ungesichert, schließlich wird eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG aufgrund der faktischen Integration erteilt. Im Rahmen des entsprechenden Antrages hatte der junge Mann im Rahmen der Ermessensprüfung und der Frage der Entwurzelung darauf hingewiesen, dass er auch befürchte, dass die äthiopische Gesellschaft ihm eine Beziehung zum Entwicklungshelfer unterstelle; Homosexualität sei in Äthiopien jedoch strafbar. Die aufgrund eines Ortswechsels nunmehr zuständige Ausländerbehörde beteiligt im Rahmen des Antrages auf Verlängerung des Aufenthaltstitels das BAMF. Dieses verweist auf ein Asylverfahren, da die Strafbarkeit von Homosexualität ein Asylgrund sein könne.

Hier ist eindeutig, dass ein Asylverfahren keine Besserstellung mit sich bringen würde. Herr Tesfay ist selbst nicht homosexuell, es gibt keine Anhaltspunkte, dass die Bestrebungen des Entwicklungshelfers den Behörden bekannt waren. Die Rechtsprechung des BVerwG hat somit zur Folge, dass

³ HK-AuslR, § 72 AufenthG Rn. 15.

⁴ BVerwG, Beschluss vom 3.3.2006 – 1 B 126.05 –, [=ASYLMAGAZIN 5/2006, S. 22 f.].

⁵ BVerwG, a. a. O. Rn. 10.

Argumente im Rahmen der Ermessens- oder Verhältnismäßigkeitsprüfung kaum noch geltend gemacht werden können, ohne den Antragsteller dem Risiko des Verweises auf ein Asylverfahren auszusetzen.

Klarzustellen ist, dass es durchaus Fälle gibt, in denen das Stellen eines Asylantrages anzuraten ist. Es gibt jedoch auch gute Gründe, dies in Einzelfällen nicht zu tun, insbesondere dann, wenn die fehlenden Erfolgsaussichten absehbar sind. Die Rechtsprechung des BVerwG führt dann jedoch dazu, dass die Ausländerbehörde auch zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote nicht prüfen darf. Diese Konsequenz ist nicht hinnehmbar. § 13 AsylVfG stellt ausdrücklich auf den Willen des Antragstellers ab. Es muss somit dem Ausländer selbst überlassen sein, ob er einen Asylantrag stellt oder sich auf subsidiäre Schutzformen beruft, die gegebenenfalls eine schlechtere Rechtsposition mit sich bringen. Die Auffassung des BVerwG, es bestünde insoweit kein Wahlrecht, lässt sich mit den europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbaren. So liegt gemäß Art. 2 g) der Qualifikationsrichtlinie ein Antrag auf internationalen Schutz dann nicht vor, wenn der Antragsteller ausdrücklich um eine andere Form des Schutzes ersucht. Ähnlich lautet Art. 2 b) der Asylverfahrensrichtlinie. Entscheidend ist daher, ob sich ein Antragsteller tatsächlich auf politische Verfolgung *beruft*. Tut er dies nicht, muss es bei der Zuständigkeit der Ausländerbehörde bleiben, die dann auch für die Prüfung von Abschiebungsverböten zuständig ist. Es kann dem Antragsteller in dieser Situation auch nicht verwehrt werden, im Rahmen der Ermessensgestaltung Gesichtspunkte aufzugreifen, die gegebenenfalls Anhaltspunkte einer politischen Verfolgung aufweisen.

2. Besondere Härte im Sinne des § 31 Abs. 2 AufenthG

Fall: Herr Mohammed trennt sich vor Ablauf der Zwei-Jahres-Frist von seiner deutschen Frau. Er ist HIV-positiv. Vor der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis hatte er ein – erfolgloses – Asylverfahren durchlaufen, seine Erkrankung war damals noch nicht bekannt. Er beantragt nun die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 31 Abs. 2 AufenthG, da die fehlenden Behandlungsmöglichkeiten seiner Erkrankung in seiner Heimat zu einer besonderen Härte führen würden. Die Ausländerbehörde verweist ihn auf die Stellung eines Wiederaufnahmeverfahrens beim BAMF.

Fall: Frau Tekin trennt sich vor Ablauf der Zwei-Jahres-Frist von ihrem Ehemann. Ihre Familie, die noch in der Türkei lebt, fordert sie dazu auf, zu ihrem Mann zurückzukehren, sie sei sonst »beschmutzt« und werde nicht wieder aufgenommen. Der Ehemann bedroht Frau Tekin und deren Unterstützer, sollte sie nicht wieder zurückkommen. Frau Tekin befürchtet, dass auch die Familie des Mannes in der Türkei an ihr Rache nehmen wird. Sie geht nicht davon aus, dass sie in der Türkei Schutz erhalten könnte, da dort kaum Frauenhäuser existieren und diese nur für eine kurze Zeit aufnehmen können.

Fall: Herr El Barati aus Ägypten trennt sich vor Ablauf der Zwei-Jahres-Frist von seiner moslemischen Frau. Er ist während seines Aufenthalts in Deutschland nach Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft zum Christentum konvertiert. Er beantragt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 31 AufenthG.

Ist die Ehebestandszeit von zwei Jahren bei einer Trennung vom Ehepartner nicht erfüllt, kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 31 AufenthG dennoch in Betracht, wenn eine besondere Härte im Sinne des § 31 Abs. 2 AufenthG zu bejahen ist. Diese liegt u. a. vor, wenn wegen der aus der Auflösung der Lebensgemeinschaft erwachsenen Rückkehrverpflichtung eine erhebliche Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange droht. Davon ist z. B. auszugehen, wenn dem Ehegatten im Herkunftsland aufgrund gesellschaftlicher Diskriminierung die Führung eines eigenständigen Lebens nicht möglich wäre, ihm dort eine Zwangsabtreibung droht oder die Gefahr besteht, dass dem Ehegatten im Ausland der Kontakt zum Kind willkürlich untersagt wird, oder sonstige erhebliche medizinische oder psychologische Situationen oder Belastungen, die über das bei Bestehen einer Ausreisepflichtung übliche Maß hinausgehen.⁶

Auf den ersten Blick wären die Personen in den oben zitierten Fällen einer besonderen Härte im Falle der Rückkehr ausgesetzt. Auch in diesen Fällen bestehen aber Berührungspunkte zum Asylverfahren. Herr Mohammed macht letztlich zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote geltend. Frau Tekin befürchtet nichtstaatliche Verfolgung, Herr El Barati Verfolgung aus religiösen Gründen. Auch hier versucht das BVerwG eine Grenzziehung und beschneidet die Zuständigkeit der Ausländerbehörde: Die besondere Härte muss ehebezogen sein, d. h. mit der Eingehung oder Auflösung der Ehe im Zusammenhang stehen.⁷ Sowohl die HIV-Erkrankung von Herrn Mohammed als auch die Konversion von Herrn El Barati sind daher nach Auffassung des BVerwG nicht als besondere Härte im Sinne des § 31 Abs. 2 AufenthG anzusehen; die Betroffenen sind an das BAMF zu verweisen. Bei Herrn El Barati kommt eine Flüchtlingsanerkennung in Betracht. Bei Herrn Mohammed darf die Ausländerbehörde aufgrund des vorangegangenen Asylverfahrens ein Abschiebungsverbot nicht prüfen, so dass er einen Wiederaufnahmeantrag im Hinblick auf § 60 Abs. 7 AufenthG beim BAMF stellen muss, um eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG zu erhalten.

Welchen Status haben diese Personen in der Zwischenzeit? Sie sollten den Asylantrag noch möglichst während des laufenden Verlängerungsantrages stellen, da nur dann die Regelung des § 55 Abs. 2 S. 2 AsylVfG eingreift und eine Verteilung mit dem damit einhergehenden Abbruch der entstandenen sozialen Beziehungen – Arbeit, Familie – vermieden werden kann. Dies ist insbesondere bei nicht eindeutig in das Kompetenzraster des BVerwG fallenden Verfahren anzuraten, da eine Verlängerung des Aufenthaltstitels während des laufenden Asylverfahrens möglich ist (§ 10 Abs. 2 AufenthG).

Wie ist es aber mit Frau Tekin? Hier resultiert die Bedrohung gerade aus der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Sie wäre aber auch im Rahmen des § 60

⁶ Gesetzesbegr. ZuwG, BT-Drs. 14/2368, S. 4, ebenso noch Nr. 31.2.4.5 VAH-AufenthG.

⁷ BVerwG, Urteil vom 9.6.2009 – 1 C 11.08 –, [M16018].

Abs. 1 AufenthG als nichtstaatliche Verfolgung relevant. Diese Fallkonstellation wurde vom BVerwG noch nicht entschieden. Es führt aber in seinem Urteil vom 9.6.2009 aus, dass hier wohl die Ausländerbehörde – gegebenenfalls unter Beteiligung des BAMF – selbstständig entscheiden könne, da derartige Gefahren nicht notwendig die Schwelle einer schwerwiegenden Menschenrechtsverletzung im Sinne des Flüchtlingsrechts erreichen müssen.⁸ Hier zeigt sich einmal mehr, dass die vermeintlich klare Zuordnung der Kompetenzen in der Realität kaum durchführbar ist. Obliegt es der Ausländerbehörde allein zu entscheiden, ob die Schwelle überschritten ist? Eine Verpflichtung zur Beteiligung gemäß § 72 Abs. 2 AufenthG besteht im Rahmen des § 31 AufenthG nämlich nicht.⁹ Welche Konsequenz hat das Überschreiten der Schwelle – ist dann eine besondere Härte doch ausgeschlossen? Und wann liegt keine ehebezogene Gefahr vor? Wäre es bei Herrn El Barati anders, wenn er noch während der ehelichen Lebensgemeinschaft konvertiert und seine Frau Christin wäre? Die Entscheidung des BVerwG öffnet der Rechtsunsicherheit für die Beteiligten Tür und Tor.

III. Während des Asylverfahrens

1. Verzicht auf die Durchführung eines Asylverfahrens

Fall: Bei Alina, einem hier geborenen Kind von Eltern aus der ehemaligen Sowjetunion, zeigt die Ausländerbehörde dessen Geburt gemäß § 14 a AsylVfG beim BAMF an. Die Eltern erklären daraufhin, dass dem Kind keine politische Verfolgung drohe. Daraufhin stellt das BAMF das Asylverfahren ein und droht ihm die Abschiebung in die Russische Föderation an.

In diesem Fall hat das BVerwG nun entschieden, dass das BAMF auch bei einer Einstellung des Verfahrens gemäß § 32 AsylVfG durch Verzicht gemäß § 14 a Abs. 3 AsylVfG zum Erlass einer Abschiebungsandrohung befugt ist.¹⁰

2. Dublin-II-Fälle

Fall: Frau Nkumu reist mit einem französischen Schengen-Visum nach Deutschland. Hier lebt ihr Ehemann, der im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG ist. Sie stellt einen Asylantrag. Das BAMF ordnet die Abschiebung nach Frankreich an.

Gemäß § 34 a Abs. 2 AsylVfG ist hier einstweiliger Rechtsschutz grundsätzlich nicht möglich, da der Asylantrag aufgrund der Zuständigkeit Frankreichs unbeachtlich ist. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch klargestellt, dass eine Abschiebungsanordnung nicht erfolgen darf bzw. einstweiliger Rechtsschutz dennoch beantragt werden kann, wenn sich der Asylbewerber z. B. auf humanitäre und persönliche Gründe beruft, die zur Erteilung einer Duldung führen würden.¹¹ So liegt es hier: Frau Nkumu macht ihr Recht auf Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK geltend, also ein inlandsbezogenes Vollstreckungshindernis. Doch wer ist der richtige Antragsgegner? Angesichts der vom BVerwG vorgenommenen Kompetenzverteilung spricht vieles dafür,

die Ausländerbehörde als Antragsgegnerin anzunehmen, ist sie doch für die Prüfung inlandsbezogener Vollstreckungshindernisse zuständig.¹² Dagegen spricht aber, dass Art. 15 Abs. 1 und 2 der Dublin-II-VO gerade bei humanitären Gründen ein Selbsteintrittsrecht der Staaten konstituiert. Dies kann nur durch das BAMF ausgeübt werden. Da die Rechtslage insoweit aber unklar ist, sollte gegebenenfalls gegen beide ein Eilverfahren eingeleitet werden.

IV. Vorangegangenes Asylverfahren

1. Zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote

Fall: Bei Herrn Sidibe aus Kamerun wird nach negativem Abschluss seines Asylverfahrens HIV diagnostiziert; er ist auf die Einnahme antiretroviraler Medikamente angewiesen. Im Asylverfahren hatte er sich allerdings als Simbabweer ausgegeben.

Ist ein – negativ abgeschlossenes – Asylverfahren vorangegangen, vertritt das BVerwG in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote nicht mehr von der Ausländerbehörde, sondern nur vom BAMF geprüft werden können.¹³ Dies gilt auch dann, wenn der Antragsteller zuvor über seine Identität und Herkunft getäuscht hatte und daher in Bezug auf seinen tatsächlichen Herkunftsstaat eine Prüfung von Abschiebungsverbote nicht durchgeführt werden konnte.¹⁴ Herr Sidibe muss daher einen Wiederaufnahmeantrag beim BAMF stellen. Dies kann schriftlich geschehen. Während der Prüfung durch das BAMF besteht zwar kein gesetzliches Abschiebungsverbot gemäß § 71 Abs. 5 S. 1 AsylVfG, dennoch darf im Hinblick auf die geltend gemachten Gefahren eine Abschiebung nicht erfolgen.¹⁵ Die Ausländerbehörde sollte daher über die Antragstellung informiert und zur Stellungnahme aufgefordert werden, ob eine Abschiebung beabsichtigt ist. Ergibt in dem Wiederaufnahmeverfahren eine negative Entscheidung des BAMF und will die Ausländerbehörde die Abschiebung vollziehen, ist umstritten, ob einstweiliger Rechtsschutz gegen die Ausländerbehörde oder das BAMF zu beantragen ist. Überwiegend wird das BAMF als richtiger Antragsgegner angesehen.¹⁶

Bei einer Identitätstäuschung, die nach negativem Abschluss des Asylverfahrens entdeckt wird, ist Folgendes zu beachten: Die Ausländerbehörde ist aus Gründen des ef-

⁸ BVerwG, a. a. O. Rn. 32.

⁹ BVerwG, a. a. O. Rn. 28.

¹⁰ BVerwG, Urteil vom 17.12.2009 – 10 C 27.08 – [M16735].

¹¹ BVerfG, Urteil vom 5.12.1993 – 2 BvR 1938 – 2 BvR 2315/93 –, BVerfGE 94, 49, 95.

¹² So wohl auch VG Regensburg, NVwZ-RR 2004, 692, bei bevorstehender Eheschließung.

¹³ BVerwG, Urteil vom 11.11.1997 – 9 C 13.96 –, Urteil vom 25.11.1997 – 9 C 58.96 –.

¹⁴ OVG NRW, Beschluss vom 13.3.2009 – 18 B 1065/08 – [M15419].

¹⁵ Marx, AsylVfG, § 71 Rn. 88 f, HK-AuslR, § 71 AsylVfG Rn. 50.

¹⁶ NdsOVG, B.v. 1.11.2004 – 8 ME 254/04 –, AuAS 2005, 58 [= M5811]; OVG NW, B.v. 9.2.2000, 18 B 1141/99, AuAS 2000, 107; VGH BW, B.v. 13.9.2000, 11 S 988/00, NVwZ-Beil. 2001, 8, GK-AsylVfG, § 71 Rn. 242. A. A. SächsOVG, B.v. 19.6.2001, 3 BS 336/00, DVBl 2002, 855.

fektiven Rechtsschutzes verpflichtet, dem Ausländer den – neuen – Zielstaat der Abschiebung so rechtzeitig bekannt zu geben, dass er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen bzw. einen Wiederaufnahmeantrag stellen kann.¹⁷

2. Beantragung eines Reiseausweises

Fall: Herr Ahmed aus Eritrea ist nach Abschluss seines Asylverfahrens, in dem aufgrund einer Erkrankung ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG festgestellt wurde, im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG in einem Ausweisersatz. Er wird nunmehr in einer exilpolitischen eritreischen Oppositionspartei aktiv. Er beantragt einen Reiseausweis für Ausländer und trägt vor, es sei ihm nicht zuzumuten, Kontakt zu seinen Heimatbehörden oder Verwandten in seiner Heimat aufzunehmen, da dies für ihn und die Verwandten gefährlich sei; auf die Verwandten werde dann Druck ausgeübt, da er das Land illegal verlassen habe. Die Ausländerbehörde verweist ihn auf die Stellung eines Asylfolgeantrages.

Hier könnte man sich fragen, weshalb Herr Ahmed keinen Asylfolgeantrag stellt. Immerhin geht die ganz überwiegende Rechtsprechung davon aus, dass exilpolitische Betätigung von Eritreern im Falle der Rückkehr politische Verfolgung auslöst. Allerdings steht § 28 Abs. 2 AsylVfG einer Flüchtlingsanerkennung nach der Rechtsprechung des BVerwG entgegen.¹⁸ Herr Ahmed könnte daher allenfalls die Feststellung eines Abschiebungsverbots gemäß § 60 Abs. 2 AufenthG begehren. Dies würde wiederum »nur« zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG führen, d. h. für Herrn Ahmed mit keiner spürbaren Besserstellung verbunden sein.

Art. 25 der Qualifikationsrichtlinie würde ihn damit bei der Ausstellung eines Reiseausweises nicht begünstigen, da die zwingende Ausstellung eines Dokumentes bei subsidiär Schutzberechtigten nur bei schwerwiegenden Gründen der Anwesenheit in einem anderen Staat vorgesehen ist. Im Rahmen der Prüfung, ob es Herrn Ahmed zumutbar im Sinne des § 5 Abs. 1 AufenthV ist, einen Pass zu besorgen, kann die Ausländerbehörde daher nicht auf einen Asylantrag verweisen. Dies würde die vom BVerwG zur Begründung der Kompetenzzuweisung angeführten Argumente der Verfahrensbeschleunigung und Konzentration ad absurdum führen.

3. Abschiebestopp-Erlass

Das BAMF hat zeitweise eine Feststellung zu Abschiebungsverboten nicht getroffen, wenn ein sog. Abschiebestopp-Erlass existierte. Dies hinderte dann nicht selten auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG. Inzwischen hat das BVerwG entschieden, dass die nunmehr in § 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG getroffene Regelung, die Abschiebungsschutz suchende Ausländer im Fall allgemeiner Gefahren auf die Aussetzung von Abschiebungen durch ausländerbehördliche Erlasse verweist, richtlinienkonform dahin auszulegen ist, dass sie nicht die Fälle erfasst, in denen die Voraussetzungen für die Gewährung subsidiären Schutzes nach Art. 15 Buchst. c der Qualifika-

tionsrichtlinie 2004/83/EG erfüllt sind.¹⁹ In diesen Fällen hat das BAMF daher auch bei einem Abschiebestopp eine Entscheidung zu § 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG zu treffen. Zuvor hatte es das BVerwG offen gelassen, ob ausnahmsweise auch bei ehemaligen Asylbewerbern eine eigene Prüfung durch die Ausländerbehörden zulässig ist, wenn der Ausländer geltend macht, ihm drohe im Herkunftsland infolge einer allgemeinen Gefahrenlage eine extreme Gefahr für Leib und Leben, die – verfassungskonform ausgelegt – zur Feststellung eines Abschiebungsverbotes gemäß § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG führen müsste, das BAMF aber eine solche Feststellung wegen Bestehens eines vergleichbaren Schutzes durch einen Abschiebestopp-Erlass, eine sonstige Erlasslage oder eine aus individuellen Gründen erteilte Duldung nicht treffen kann und darf.²⁰

4. Widerruf

Fall: Bei Herrn Ayeva aus Togo wurde die Flüchtlingseigenschaft widerrufen, Abschiebungsverbote wurden verneint. Er war bisher im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG. Die Ausländerbehörde will ihm diese nun entziehen. Im Rahmen dieses Verfahrens trägt er nun vor, er sei an Krebs erkrankt; eine dringend notwendige Weiterbehandlung sei in seiner Heimat nicht möglich.

Die Besonderheit des Widerrufs ist, dass das BAMF in diesem Fall keine Abschiebungsandrohung erlassen kann.²¹ Diese ist vielmehr Aufgabe der Ausländerbehörde. Dies bedeutet aufgrund der Zuständigkeitsverteilung aber nicht, dass diese nun auch Abschiebungsverbote prüfen kann. Diese verbleiben vielmehr im Zuständigkeitsbereich des BAMF, so dass Herr Ayeva auf ein Wiederaufnahmeverfahren zu verweisen ist.²²

V. Fazit

Die strikte vom BVerwG vorgenommene Kompetenzverteilung zwischen der Ausländerbehörde und dem BAMF wirft in der Praxis erhebliche Probleme auf. Sie lässt sich nicht immer konsequent durchführen. Teilweise führt sie zur Verlängerung der Verfahrensdauer, da doch beide Behörden beteiligt werden müssen und das BAMF derzeit bereits mit der Beteiligung nach § 72 Abs. 2 AufenthG überlastet ist. Zudem besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die Beteiligten. Im Einzelfall ist angesichts der Rechtsprechung des BVerwG eine sorgfältige Beratung angezeigt, um nicht durch die Wahl des Verfahrens entscheidungserhebliches Vorbringen auszuschließen.

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 25.7.2000 – 9 C 42.99 – [= ASYLMAGAZIN 1-2/2001 S. 38 f.], OVG NRW, Beschluss vom 13.3.2009 – 18 B 1065/08 – [M15419].

¹⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 18.12.2008 – 10 C 27.07 – [M15174].

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 24.6.2008 – 10 C 43.07 – [M13877].

²⁰ BVerwG, Urteil vom 27.6.2006 – 1 C 14.05 – [M8727].

²¹ BVerwG, Urteil vom 23.11.1999 – 9 C 16.99 – [R9435].

²² OVG NRW, Beschluss vom 13.3.2009 – 18 B 1065/08 – [M15419].