

Verwaltungsgericht Berlin
Beschluss vom 17.09.2018

T e n o r

Der Antragsgegnerin wird im Wege einstweiliger Anordnung aufgegeben, dem Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten unverzüglich mitzuteilen, dass vor einer Entscheidung in der Hauptsache (VG 6 K 255.18 A) eine Abschiebung des Antragstellers nicht erfolgen darf.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

G r ü n d e

1-3 Der am 7. August 2018 beim Verwaltungsgericht Berlin eingegangene, wortwörtliche Antrag, der Außenstelle des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, Referat 410 LAsylSt Berlin aufzugeben, der Ausländerbehörde Berlin den gerichtlichen Hinweis zu übermitteln, dass im Hinblick auf den anhängigen Eilrechtsschutzantrag bis zu einer gerichtlichen Entscheidung die Abschiebung ausgesetzt wird, hat Erfolg.

4 Die Entscheidung ergeht durch die Kammer, nachdem die Einzelrichterin den Rechtsstreit mit Beschluss vom heutigen Tag wegen grundsätzlicher Bedeutung auf diese übertragen hat (vgl. § 76 Abs. 4 Satz 2 des Asylgesetzes –AsylG-).

5 Der Antrag ist gemäß § 88 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – entsprechend des Rechtsschutzziels auszulegen.

6 1. Er ist gemäß § 123 Abs. 1 VwGO statthaft. Die einstweilige Anordnung ist die statthafte Antragsart, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (im Folgenden: Bundesamt) einen Asylantrag gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 71 AsylG als unzulässigen Folgeantrag ohne erneute Abschiebungsandrohung ablehnt. So liegt der Fall hier. Das Bundesamt hat mit Bescheid vom 31. Mai 2018 den Folgeantrag als unzulässig (Ziffer 1) und die Abänderung des Bescheides vom 26. Januar 2017 bezüglich der Feststellung zu § 60 Abs. 5 und 7 des Aufenthaltsgesetzes – AufenthG – abgelehnt (Ziffer 2). Hiergegen bietet nur ein Antrag gemäß § 123 Abs. 1 VwGO effektiven Eilrechtsschutz.

7 Der Antrag gemäß § 123 Abs. 1 VwGO wird hier nicht durch einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 VwGO verdrängt. Aus § 123 Abs. 5 VwGO folgt ein Vorrang nur insoweit, als das Verwaltungsgericht vorläufigen Rechtsschutz über das Institut der aufschiebenden Wirkung gewährleisten kann (vgl. Schoch, in: ders./Schneider/Bier, VwGO, EL Sept. 2011, § 80 Rn. 34; Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 80 Rn. 12). Ein Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO greift

jedoch nicht. Die Ablehnung des Asylfolgeantrags hat keinen vollziehbaren Inhalt. Die Mitteilung des Bundesamtes an die Ausländerbehörde, es werde kein Asylfolgeverfahren durchgeführt, ist kein anfechtbarer Verwaltungsakt (vgl. Funke-Kaiser, GK-AsylVfG, Oktober 2017, II-§ 71 Rn. 364 f.; Marx, AsylG, 9. Aufl. 2017, § 71 Rn. 120 m.w.N.).

8 Die Kammer verkennt nicht, dass die Unzulässigkeitsentscheidung in der Hauptsache mit der Anfechtungsklage anzufechten ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2016 – BVerwG 1 C 4.16 –, juris Rn. 16). Dies wird in der Rechtsprechung für den Vorrang eines Antrags gemäß § 80 Abs. 5 VwGO angeführt (vgl. VG München, Beschluss vom 8. Mai 2017 – M 2 E 17.37375 –, juris Rn. 11 ff.; VG Berlin, Beschluss vom 28. Juni 2018 – VG 23 L 256.18 A –, juris Rn. 5 ff. m.w.N.). Auch unter Berücksichtigung dieses Einwands erscheint es überzeugender, einstweiligen Rechtsschutz über § 123 Abs. 1 VwGO zu gewährleisten (vgl. Funke/Kaiser, GK-AsylVfG, Oktober 2017, II-§ 71 AsylG Rn. 387 ff.; VG Arnberg, Beschluss vom 18. Mai 2018 – 7 L 737.18 A – juris Rn. 5 ff. m.w.N.; VG Berlin, Beschluss vom 4. September 2018 – VG 25 L 318.18 A –, Entscheidungsabdruck Seite 2 f. m.w.N.). In grundsätzlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass die in der Hauptsache statthafte Klageart keineswegs zwingend vorgibt, ob einstweiliger Rechtsschutz nach Maßgabe von § 80 Abs. 5 VwGO oder nach § 123 Abs. 1 VwGO zu gewährleisten ist (vgl. Schoch, in: ders./Schneider/Bier, VwGO, EL Sept. 2011, § 80 Rn. 33). Hier ist zu berücksichtigen, dass die Anfechtungssituation in der Hauptsache besonders gelagert ist. In der Hauptsache ist die Anfechtungsklage gegen die Unzulässigkeitsentscheidung statthaft, weil die verweigerte sachliche Prüfung vorrangig von der mit besonderem Sachverstand ausgestatteten Fachbehörde nachzuholen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2016 – BVerwG 1 C 4.16 –, juris Rn. 17 ff. m.w.N.). Da das Bundesamt hierzu nach Aufhebung der Entscheidung über die Unzulässigkeit automatisch verpflichtet ist, kommt ein Verpflichtungsantrag in der Hauptsache nicht in Betracht, obwohl der Asylfolgeantragsteller letztlich eine Leistung – die Anerkennung als Asylberechtigter bzw. die Zuerkennung internationalen Schutzes – begehrt. Zudem lässt die Klageart der Hauptsache hier keinen zwingenden Rückschluss auf die Antragsart zu, weil die Anfechtungsklage und der einstweilige Rechtsschutz unterschiedliche Verfahrensgegenstände haben (vgl. Dickten, in: Kluth/Heusch, BeckOK Ausländerrecht, § 71 AsylG Rn. 37; Bergmann, in: ders./Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 71 Rn. 49). Anders als die Hauptsache ist der vorläufige Rechtsschutz nicht auf die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens gerichtet. Dies verhinderte die Abschiebung auf der Grundlage der unanfechtbaren Abschiebungsandrohung des Asylverfahrens nicht. Die Ausländerbehörde ist an die Vollziehbarkeitsmitteilung des Bundesamtes gebunden (vgl. § 40 AsylG). Effektiver Eilrechtsschutz ist daher nur zu erlangen mit dem Verfahrensgegenstand, der Antragsgegnerin aufzugeben, der für die Abschiebung zuständigen Ausländerbehörde „mitzuteilen, dass vorläufig nicht aufgrund der früheren Mitteilung abgeschoben werden darf“ (vgl. Funke-Kaiser, GK-AsylVfG, Oktober 2017, II-§ 71 Rn. 389 unter Verweis auf BT-Drs. 12/4450, 27). Dieses Verpflichtungsbegehren ist im Wege des § 80 Abs. 5 VwGO nicht rechtssicher zu erreichen, weil hier bei einer stattgebenden Entscheidung keine Mitteilungspflicht tenoriert werden kann, wie sie in § 71 Abs. 5 Satz 2 AsylG angelegt ist.

9 Soweit der Antragsteller Rechtsschutz hinsichtlich Ziffer 2 des angefochtenen Bescheids begehrt, ist ebenfalls ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft. Gemäß § 31 Abs. 3 Satz 1 AsylG hat das Bundesamt bei der Ablehnung eines Asylantrags als unzulässig, „festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 oder 7 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen“. Das Bundesamt muss sich demnach sachlich mit dem Begehren des Antragstellers, Abschiebungsverbote festzustellen, befassen. Es darf nicht lediglich prüfen, ob die Voraussetzungen des § 51 VwVfG für ein Wiederaufgreifen zu § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG vorliegen. Trifft das Bundesamt – wie vorliegend – entgegen § 31 Abs. 3 Satz 1 AsylG die vorgesehene Feststellungsentscheidung nicht, kann der betroffene Ausländer eine Verpflichtungsklage auf Feststellung nationaler Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG erheben (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2016 – BVerwG 1 C 4.16 –, juris Rn. 20 a.E.) und vorläufigen Rechtsschutz im Wege eines Antrags gemäß § 123 Abs. 1 VwGO suchen (vgl. ausführlich VG München, Beschluss vom 8. Mai 2017 – M 2 E 17.37375 –, juris Rn. 18).

10 2. Der zulässige Antrag ist hinsichtlich der Durchführung eines weiteren Asylverfahrens unbegründet (hierzu unter a), hinsichtlich der Feststellung von Abschiebungsverböten (hierzu unter b) hat der ebenfalls zulässige Antrag hingegen in der Sache Erfolg.

11 a) Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis insbesondere dann erlassen, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Antragsteller hat demnach sowohl die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung, den sog. Anordnungsgrund, als auch das Bestehen eines zu sichernden Rechts, den sog. Anordnungsanspruch, glaubhaft zu machen. Gemäß § 71 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 i.V.m. § 36 Abs. 4 AsylG darf im Falle der Ablehnung der Durchführung eines weiteren Asylverfahrens die Aussetzung der Abschiebung nur angeordnet werden, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen. Auch wenn sich die Regelung in § 36 AsylG auf Fälle bezieht, in denen – anders als vorliegend – eine Abschiebungsandrohung ergangen ist, ist dieser Maßstab angesichts des Verweises in § 71 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 AsylG entsprechend auch im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 VwGO anzulegen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 16. März 1999 – 2 BvR 2131.95 –, juris Rn. 22; VG München, Beschluss vom 28. Mai 2014 – M 24 E 14.30698 –, juris Rn. 21-22 ff). Ernstliche Zweifel in diesem Sinn liegen dann vor, wenn erhebliche Gründe dafür sprechen, dass die Maßnahme einer rechtlichen Prüfung wahrscheinlich nicht standhält (vgl. BVerfG, Urteil vom 14. Mai 1996 – 2 BvR 1516.93 –, juris, Rn. 99).

12 Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Bundesamtes, für den Antragsteller kein weiteres Asylverfahren durchzuführen.

13 Das Bundesamt hat den Antrag vom 23. Januar 2018 gemäß § 33 Abs. 5 Satz 6 AsylG zu Recht als Folgeantrag behandelt. Danach ist das Asylverfahren u.a. dann nicht wieder aufzunehmen und ein Antrag nach Satz 2 (Wiederaufnahmeantrag) oder Satz 4 (neuer Asylantrag) als Folgeantrag zu behandeln, wenn die

Einstellung des Asylverfahrens zum Zeitpunkt der Antragstellung mindestens neun Monate zurückliegt. So liegt es hier. Das Asylverfahren des Antragstellers wurde mit bestandskräftigem Bescheid vom 26. Januar 2017 eingestellt, der ihm am 31. Januar 2017 bekannt gegeben wurde. Er hat erst fast ein Jahr später einen weiteren Antrag gestellt.

14 Das Bundesamt geht ferner in nicht zu beanstandender Weise davon aus, dass ein Folgeverfahren nicht durchzuführen ist. Stellt ein Ausländer nach bestandskräftiger Ablehnung eines früheren Asylantrags erneut einen Asylantrag, so ist ein weiteres Asylverfahren nach § 71 Abs. 1 Satz 1 AsylG nur durchzuführen, wenn die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorliegen.

15 Dies ist der Fall, wenn sich die zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage nachträglich – nach Abschluss des früheren Asylverfahrens – zugunsten des Betroffenen geändert hat (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG), wenn neue Beweismittel vorliegen, die eine dem Betroffenen günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würden (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG) oder wenn Wiederaufnahmegründe entsprechend § 580 der Zivilprozessordnung gegeben sind (§ 51 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG). § 51 Abs. 1 VwVfG fordert einen schlüssigen Sachvortrag, der nicht von vornherein nach jeder vertretbaren Betrachtung ungeeignet sein darf, zur Asylberechtigung (Art. 16a GG) oder zur Zuerkennung des internationalen Schutzes (§§ 3 ff., 4 AsylG) zu verhelfen. Bei dieser Beachtlichkeits- oder Relevanzprüfung geht es darum, festzustellen, ob das Asylverfahren wieder aufgenommen werden muss, also die Voraussetzungen für die Durchbrechung der Bestandskraft des Erstbescheides erfüllt sind. Hierfür genügt die Möglichkeit einer günstigeren Entscheidung aufgrund der geltend gemachten Wiederaufnahmegründe (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. März 2000 – 2 BvR 39.98 –, juris Rn. 32 m.w.N.). Ferner ist der Antrag gemäß § 51 Abs. 2 und 3 VwVfG nur zulässig, wenn der Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande war, den Grund für das Wiederaufgreifen in dem früheren Verfahren geltend zu machen und er den Antrag binnen drei Monaten nach Kenntnis des Grundes für das Wiederaufgreifen gestellt hat

16 Nach diesen Maßstäben ist der Asylfolgeantrag vom 23. Januar 2018 bei summarischen Prüfung unzulässig.

17 Die im Rahmen der Anhörung zum Folgeantrag vorgetragene Gründe und die vorgelegten Unterlagen erfüllen die Voraussetzungen für die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens nicht. Soweit der Antragsteller geltend macht, ihm drohe in Pakistan eine Verhaftung und Verurteilung, da er aus der Armee desertiert sei, handelt es sich nicht um eine neue Sach- oder Rechtslage, sondern um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt des abgeschlossenen ersten Asylverfahrens vorlagen und die er hätte vortragen können (vgl. VG Cottbus, Beschluss vom 8. Dezember 2017 – 4 L 646/17.A –, juris Rn. 30).

18 Zudem hat der Antragsteller keine neuen Beweismittel eingereicht und keine Wiederaufnahmegründe nach § 580 ZPO geltend gemacht (§ 51 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG).

19 b) Es bestehen jedoch aus den vom Antragsteller in seiner Anhörung geltend gemachten Gründen ernstliche Zweifel, an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Bundesamtes, kein Abschiebungsverbot festzustellen.

20 Nach § 60 Abs. 5 AufenthG darf ein Ausländer nicht abgeschoben werden, soweit sich aus der Anwendung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist. Die Abschiebung eines Ausländers ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) insbesondere dann mit der EMRK unvereinbar, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass der Betroffene im Fall seiner Abschiebung der ernsthaften Gefahr („real risk“) der Todesstrafe, der Folter oder der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung ausgesetzt wäre (vgl. EGMR <GK>, Urteil vom 23. März 2016 – Nr. 43611/11, FG/Schweden –, Rn. 110 m.w.N.). Die ernsthafte Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung kann in erster Linie aus individuellen Umständen in der Person des Ausländers folgen.

21 Nach diesen Maßstäben ist nach der allein gebotenen, aber im Eilverfahren auch ausreichenden summarischen Prüfung hinreichend wahrscheinlich, dass eine ernsthafte Gefahr im oben genannten Sinne bei einer Rückkehr des Antragstellers nach Pakistan vorliegt. Der Antragsteller hat in seiner Anhörung glaubhaft angegeben, er sei aus der pakistanischen Armee desertiert, nachdem er für etwa dreieinhalb Monate in Südwaziristan eingesetzt worden sei.

22 Hierfür droht ihm nach den vorliegenden Erkenntnissen hinreichend wahrscheinlich in Pakistan die Todesstrafe oder eine lebenslange Inhaftierung. Im Militärstrafrecht Pakistans ist u.a. für Fahnenflucht, Feigheit vor dem Feind oder Hilfe zur Fahnenflucht die Todesstrafe vorgesehen (vgl. Auswärtiges Amt, Lagebericht vom 20. Oktober 2017, S. 16, immer noch: Lagebericht vom 21. August 2018, S. 16). Die Todesstrafe wird in Pakistan auch vollstreckt. Human Rights Watch führt in einem Bericht aus, von den mindestens 44 vollstreckten Todesstrafen im Jahr 2017 hätten 37 ihre Grundlage in Verurteilungen durch Militärgerichte gehabt (vgl. HRW, World Report 2018 – Events 2017, Auszug zu Pakistan, S. 415). Der Antragsteller selbst schilderte beim Bundesamt, er befürchte, von einem Militärgericht zu lebenslanger oder 25 Jahren Haft verurteilt zu werden. Insbesondere bei lebenslanger Haft käme dies unterstellt ebenfalls eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung in Betracht. Es gehört zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs, dass dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance verbleibt, je wieder die Freiheit wiedergewinnen zu können (vgl. BVerfG, Urteil vom 21. Juni 1977 – 1 BvL 14/76 –, BVerfGE 45, 187-271, juris Rn. 146). Dies wird durch das Verbot des Art. 3 EMRK weiter konkretisiert. Eine lebenslange Freiheitsstrafe ist mit Art. 3 EMRK unvereinbar sein, wenn sie de jure und de facto nicht herabsetzbar ist (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 4. Mai 2018 – 2 BvR 632/18 –, juris Rn. 54 m.w.N.).

23 Soweit Fälle von Fahnenflucht ausweislich des Lageberichts des Auswärtigen Amts aufgrund des Status der pakistanischen Armee als Freiwilligenarmee und des dort herrschenden Ehrenkodex extrem selten sein sollen, ist dies doch kein Beleg dafür, dass der Antragsteller nicht desertiert ist. Der Antragsteller hat die Umstände seiner Fahnenflucht bei der Anhörung nachvollziehbar und detailliert beschrieben und u.a. ausgeführt, er habe eine Straße kontrollieren müssen und dabei den Leichnam einer schwangeren Frau entdeckt. Dies habe ihm das Herz gebrochen und in ihm den Entschluss hervorgerufen, zu desertieren. Der Antragsteller hat weiter plausibel vorgetragen, er habe sich entschieden, nicht per Flugzeug auszureisen, da er am Flughafen wegen veröffentlichter Fahndungsfotos eine Verhaftung befürchtet habe.

24 Angesichts der Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter und der Schwere der dem Antragsteller im Falle einer Abschiebung nach Pakistan möglicherweise drohenden Gefahren ist einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 8. September 2014 – 1 BvR 23.14 –, juris Rn. 23).

25 Der Anordnungsgrund folgt daraus, dass eine Abschiebung des Antragstellers auf der Grundlage der vollziehbaren Abschiebungsandrohung jederzeit droht. Hinzu kommt, dass die Ausländerbehörde im November 2017 bereits die amtliche Passbeschaffung eingeleitet hatte und die Botschaft Pakistan die Identität des Antragstellers im Januar 2018 bestätigte.

26 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

27 Dieser Beschluss ist gemäß § 80 AsylG unanfechtbar.