

Alessandra Zahn

Die Nachflucht- tatbestände des § 28 Asylgesetz



Band 3

Hallesche Studien zum Migrationsrecht

Alessandra Zahn

Die Nachfluchttatbestände des § 28 Asylgesetz

Alessandra Zahn wurde 1987 in Sachsen-Anhalt geboren. Nach ihrem Abitur studierte sie von 2010 bis 2015 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (MLU) Rechtswissenschaften und war dort ab dem 3. Semester als studentische Hilfskraft beschäftigt. Derzeit arbeitet sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der MLU (Prof. Dr. Winfried Kluth) und ist eine der Betreuerinnen des Praxisprojekts Migrationsrecht, ein ehrenamtliches Projekt im Rahmen der (rechtlichen) Flüchtlingshilfe.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://d-nb.de> abrufbar.

CXL

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2016

Umschlaggestaltung: pixzicato GmbH Hannover, Horst Stöllger

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-139-7

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 9 |
| § 1 Einführung | 13 |
| I. Einleitung | 13 |
| II. Anwendungsbereich der Norm | 14 |
| 1. Abgrenzung Vorflucht- und Nachfluchtattbestände | 14 |
| 2. Abgrenzung objektive und subjektive Nachfluchtattbestände | 14 |
| a) Objektive Nachfluchtattbestände | 14 |
| b) Subjektive Nachfluchtattbestände | 15 |
| § 2 Nachfluchtattbestände im Rahmen der Asylberechtigung (§ 28 Abs. 1 AsylG) | 17 |
| I. Historische Entwicklung | 17 |
| 1. Frühere Rechtsprechung des BVerwG | 17 |
| 2. Die Entscheidung des BVerfG vom 26.11.1986 | 18 |
| a) Entscheidungsinhalt | 18 |
| b) Auswirkungen der Entscheidung | 19 |
| c) Kritik in der Literatur | 19 |
| aa) Verfassungsrechtliche Bedenken | 19 |
| bb) Methodische Bedenken | 20 |
| d) Eigene Stellungnahme | 21 |
| aa) Verfassungsrechtliche Erwägungen | 21 |
| bb) Zur Methodik | 22 |
| cc) Fazit | 23 |

| | |
|--|----|
| II. Der Regelungstatbestand des § 28 Abs. 1 AsylG | 23 |
| 1. Regel-Ausnahme-Verhältnis | 23 |
| 2. Die Ausnahmen im Einzelnen | 24 |
| a) Von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen | 24 |
| aa) Exilpolitische Aktivitäten | 24 |
| bb) Ausreise bei latenter Gefährdungslage | 25 |
| b) Ausnahmetatbestand des § 28 Abs. 1 S. 2 AsylG | 26 |
| c) Anforderungen an Beweislast und Wahrscheinlichkeit | 27 |
| d) Schlussfolgerungen aus der bisherigen Rechtsprechungspraxis | 28 |
| | |
| § 3 Nachfluchtstatbestände im Rahmen internationaler Schutzgewährung (§ 28 Abs. 1a AsylG) | 31 |
| I. Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU | 31 |
| II. Funktion des Kontinuitätsanfordernisses | 31 |
| III. Anforderungen an Beweislast und Wahrscheinlichkeit | 33 |
| | |
| § 4 Nachfluchtstatbestände im Folgeverfahren (§ 28 Abs. 2 AsylG) . | 35 |
| I. Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU | 35 |
| II. Der Regelungstatbestand des § 28 Abs. 2 AsylG | 36 |
| 1. Voraussetzungen | 36 |
| 2. Unionsrechtliche Auslegung des Begriffs „Umstände“ | 37 |
| 3. Regelvermutung | 38 |
| 4. Widerlegung der Regelvermutung | 38 |
| a) Kontinuitätskriterium als Indiz | 39 |
| b) Alter und Entwicklungsstand als Kriterium | 41 |
| III. Verfassungs- und völkerrechtliche Bedenken | 42 |
| 1. Vereinbarkeit mit der GFK | 42 |
| a) Rechtsprechung | 42 |
| b) Kritik in der Literatur | 43 |
| c) Eigene Stellungnahme | 44 |
| 2. Vereinbarkeit mit Art. 16a GG | 46 |
| 3. Folgen | 47 |

§ 5 Zusammenfassende Schlussbetrachtung 48

Literaturverzeichnis 49

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|--|
| a.A. | andere Ansicht |
| Abs. | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| a.F. | alte Fassung |
| AG | Amtsgericht |
| Al | Ad Legendum |
| Alt. | Alternative |
| Anm. | Anmerkung |
| Art. | Artikel |
| AsylG | Asylgesetz |
| AsylVfG | Asylverfahrensgesetz |
| AuAS | Schnelldienst Ausländer- und Asylrecht |
| AufenthG | Aufenthaltsgesetz |
| Aufl. | Auflage |
| AuslR | Ausländerrecht |
| BAföG | Bundesausbildungsförderungsgesetz |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landgericht |
| Bd. | Band |
| BeckRS | Beck-Rechtsprechung |
| Begr. | Begründer |
| Beschl. | Beschluss |
| BT-Drucks. | Bundestags-Drucksache |
| Buchst. | Buchstabe |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| bzw. | beziehungsweise |
| bspw. | beispielsweise |
| d.h. | das heißt |
| DÖV | Die öffentliche Verwaltung |

| | |
|------------|---|
| DVBl. | Deutsche Verwaltungspraxis |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten |
| EStG | Einkommenssteuergesetz |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäische Gerichtshof |
| f. | folgende |
| ff. | fortfolgende |
| Fn. | Fußnote |
| gem. | gemäß |
| GFK | Genfer Flüchtlingskonvention |
| GG | Grundgesetz |
| GK-AsylVfG | Gemeinschaftskommentar zum Asylverfahrensgesetz |
| HB | Handbuch |
| HessVGH | Hessischer Verwaltungsgerichtshof |
| HK | Handkommentar |
| Hrsg. | Herausgeber |
| Hs. | Halbsatz |
| InfAuslR | Informationsbrief Ausländerrecht |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| Kap. | Kapitel |
| krit. | kritisch |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| Nds. | Niedersachsen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report |
| Nr. | Nummer |
| NRW | Nordrhein-Westphalen |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NVwZ-Beil. | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Beilage |
| NVwZ-RR | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report |
| OVG | Oberverwaltungsgericht |
| Rhl.-Pf. | Rheinland-Pfalz |

| | |
|------------|--|
| Richtlinie | Richtlinie 2011/95/EU (sog. Qualifikations- bzw. Anerkennungsrichtlinie) |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Satz |
| s. | siehe |
| s.a. | siehe auch |
| SGB | Sozialgesetzbuch |
| sog. | sogenannte |
| u.a. | und andere |
| UN | United Nations |
| UNHCR | United Nations High Commissioner for Refugees |
| Urt. | Urteil |
| v. | vom (nur in den Fußnoten abgekürzt) |
| VG | Verwaltungsgericht |
| VGH | Verwaltungsgerichtshof |
| vgl. | vergleiche |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| ZAR | Zeitschrift für Ausländerrecht |
| z.T. | zum Teil |
| ZuwG | Zuwanderungsgesetz |

§ 1 Einführung

I. Einleitung

Das deutsche und europäische Flüchtlingsrecht rücken nicht zuletzt durch die jüngste Verschärfung der globalen Flüchtlingskrise zurück ins Zentrum der öffentlichen Wahrnehmung. Nach dem klassischen Verständnis beruht die dem Schutzsuchenden drohende Verfolgung regelmäßig auf Ereignissen, die vor seiner Flucht aus dem Heimatland eingetreten sind. Daneben sind aber auch Fallkonstellationen denkbar, in denen der Schutzsuchende zunächst unverfolgt ausreist, nach Verlassen seines Heimatlandes jedoch Umstände eintreten, welche die Verfolgungssituation nachträglich auslösen. Im Asylverfahren stellt sich dann die Frage nach der Beachtlichkeit derartiger sog. Nachfluchtgründe. Hierzu dient die einfachgesetzliche Vorschrift in § 28 AsylG¹, in welcher der Gesetzgeber Nachfluchttatbestände im Rahmen der Asylberechtigung nach Art. 16a GG (Abs. 1) und der Zuerkennung internationalen Schutzes (Abs. 1a und 2) regelt. Die Norm gilt es im Folgenden in ihrer Struktur zu erfassen und systematisch entsprechend der einzelnen Regelungsbereiche einzuordnen. Darüber hinaus soll untersucht werden, inwieweit sich strukturelle Probleme bei der Auslegung daraus ergeben können, dass die Norm z.T. auf der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 16a GG aufbaut, während im Bereich des internationalen Schutzes unionsrechtliche Regelungen sowie völkerrechtliche Vorgaben gelten.

¹ Asylgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 2.9.2008 (BGBl. I S. 1798), welches durch Art. 2 des Gesetzes v. 11.3.2016 (BGBl. I S. 394) zuletzt geändert worden ist. Durch Gesetz v. 20.10.2015 (BGBl. I S. 1722) wurde der Gesetzestitel mit Wirkung vom 24.10.2015 neu gefasst; bis zum 23.10.2015 war die Gesetzesbezeichnung „Asylverfahrensgesetz (AsylVfG)“.

II. Anwendungsbereich der Norm

1. Abgrenzung Vorflucht- und Nachfluchtstatbestände

Ausgangspunkt für die Anwendung von § 28 AsylG ist zunächst die Frage, ob der Betroffene verfolgt oder unverfolgt ausgereist ist, denn regelmäßig stellt sich nur bei einem unverfolgt Ausgereisten die Frage nach der Beachtlichkeit von Nachfluchtstatbeständen im Asylverfahren.² Maßgeblich für eine Differenzierung sind grundsätzlich die Verhältnisse zur Zeit der Ausreise aus dem Herkunftsland. Der Betroffene ist (vor)verfolgt ausgereist, soweit die Fluchtgründe vor bzw. beim Verlassen des Herkunftsland verwirklicht wurden. Es handelt sich hierbei um sog. Vorfluchtstatbestände. Fluchtgründe, die zeitlich nach der Ausreise, zumeist erst im Aufnahmeland eintreten, sind Nachfluchtstatbestände.³ Bei der Abgrenzung kommt es grundsätzlich auf das Überschreiten der territorialen Grenze des Herkunftslandes an.⁴

2. Abgrenzung objektive und subjektive Nachfluchtstatbestände

Weiter wird zwischen objektiven und subjektiven (bzw. selbst geschaffenen) Nachfluchtstatbeständen unterschieden. Die Differenzierung geht zurück auf eine Entscheidung des BVerfG⁵ und war fortan nicht nur maßgeblich für das nationale Asylgrundrecht in Ausformung des § 28 Abs. 1 AsylG, sondern wurde entsprechend für die den internationalen Schutz betreffenden Regelungen übernommen.⁶

a) Objektive Nachfluchtstatbestände

Objektive Nachfluchtstatbestände sind Ereignisse, die im Herkunftsland unabhängig von der Person des Betroffenen eingetreten sind, nachdem er dieses Land ver-

2 Ausnahmsweise ist § 28 AsylG auch relevant, soweit der Betroffene eine Vorverfolgung nicht glaubhaft machen kann, vgl. *Fränkel*, in: Hofmann, HK-AuslR, § 28 AsylG Rn. 5.

3 BVerwG, NVwZ 2010, 383 (385); *Heusch*, in BeckOK, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 2; *Marx*, HB, § 31 Rn. 10; ausführlich zur Abgrenzung s. *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 14 ff.

4 BVerwG, NVwZ 1992, 382 (383); ausnahmsweise kommt es auf die eines Drittstaates an, wenn der Heimatstaat effektive Gebietsgewalt über andere Staatsgebiete ausübt, vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 382 (383); 1991, 979; eine Ausweitung der Einflussphäre des Heimatstaates auf den Drittstaat befürchtet wird, vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 382 (383) oder eine ideologische Verbundenheit des Drittstaats zum Heimatstaat besteht, vgl. BVerwG, NVwZ 1991, 790 (791).

5 BVerfG, NVwZ 1987, 311.

6 S. dazu *Fröblich*, 239; *Marx*, HB, § 31 Rn. 7 ff.

lassen hat.⁷ Eine typische Fallkonstellation ist die Änderung des politischen Systems im Herkunftsland, soweit dem Betroffenen, z.B. aufgrund einer früher gezeigten politischen Haltung, im Fall seiner Rückkehr Verfolgung droht.⁸ Auch Verhaltensweisen Dritter und Vorgänge im Zufluchtsland können erhebliche objektive Nachfluchtattbestände begründen.⁹

Objektive Nachfluchtattbestände führen ohne Einschränkung zur Asylanerkennung.¹⁰ Es wäre auch unzumutbar, den Asylsuchenden zunächst zurückzuschicken und ihn der Gefahr der Verfolgung auszusetzen, obwohl die Verfolgungssituation ohne sein eigenes Zutun entstanden ist.¹¹ Gleiches gilt für die international Schutzberechtigten. Nach § 28 Abs. 1a Hs. 1 AsylG sind objektive Nachfluchtgründe entsprechend der unionsrechtlichen Vorgabe in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2011/95/EU¹² und in Übereinstimmung mit der GFK¹³ ohne Einschränkungen zu berücksichtigen.¹⁴ Dies gilt auch im Folgeverfahren.¹⁵

b) Subjektive Nachfluchtattbestände

Abzugrenzen davon sind die sog. subjektiven (bzw. selbst geschaffenen) Nachfluchtgründe. Es handelt sich dabei um solche Gründe, die der Asylsuchende nach unverfolgt Verlassen seines Herkunftslandes durch eigene Aktivitäten selbst geschaffen hat.¹⁶ Das "eigene Zutun" des Asylsuchenden bei der Entstehung der ihm drohenden Verfolgungsgefahr erweist sich als maßgebliches Abgrenzungskriterium zu den objektiven Gründen.¹⁷ Eine bloße Verursachung der Verfolgung reicht jedoch nicht aus, vielmehr muss das Verhalten dem Asylsuchenden aufgrund

7 *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 19; *Heusch*, in: BeckOK, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 8; *Tiedemann*, 3. Abschnitt Rn. 57.

8 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313); BVerwG, NVwZ 1989, 68 (69).

9 So bspw. die drohende Verfolgungsgefahr wegen Sippenhaft, etwa aufgrund exilpolitischer Tätigkeiten eines Angehörigen; vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 195; s.a. NVwZ 1992, 272 (273). Zu weiteren Fallkonstellationen, wie etwa das Unterlassen verfolgungshindernden Verhaltens s. *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 21 ff; *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 9.

10 Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 AsylG, der ausschließlich subjektive Nachfluchtgründe regelt; vgl. auch BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313); 1988, 240; *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 4; *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, AsylVfG, § 28 Rn. 3.

11 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313).

12 Im Folgenden bezeichnet „Richtlinie“ die Richtlinie 2011/95/EU (sog. Qualifikations- bzw. Anerkennungsrichtlinie).

13 Objektive Nachfluchtgründe zielen auf die klassische Kategorie der Flüchtlinge „sur place“, vgl. dazu *Marx*, HB, § 31 Rn. 1, 7 f.

14 *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 23; *Müller*, Asylmagazin 1-2/2011, 8 (9).

15 § 28 Abs. 2 AsylG regelt nur die subjektiven Nachfluchtattbestände.

16 *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 8; *Tiedemann*, 3. Abschnitt Rn. 58.

17 BVerwG, NVwZ 1992, 272 (273).

einer wertenden Betrachtung auch zurechenbar sein.¹⁸ Wichtige praktische Relevanz haben exilpolitische Aktivitäten¹⁹, Religionswechsel²⁰, illegale Ausreise, unerlaubtes Verbleiben im Ausland sowie die Stellung eines Asylantrages als Ausdruck regimiefeindlicher Gesinnung.²¹

Inwieweit subjektive Nachfluchtattbestände im Asylverfahren beachtlich sind und welche Unterschiede sich in Hinblick auf die einzelnen Schutzgewährungen ergeben, soll nachfolgend untersucht werden.

18 So reicht ein bloß ursächlich hervorgerufener Attentatsverdacht als Verfolgung auslösender Umstand nicht aus, vgl. BVerwG, NVwZ 1996, 86 (88); so auch *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 9; *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 5; wohl anders *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 23 f.

19 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313); BVerwG, NVwZ 2010, 383; 2009, 730.

20 VG Würzburg, Urt. v. 5.2.2015 – W 4 K 13.30259, BeckRS 2015, 47157; VG Magdeburg, Urt. v. 28.1.2014 – 2 A 29/13, juris, VG Würzburg, Urt. v. 23.10.2013 – W 6 K 13.30219, BeckRS 2013, 57704.

21 Zur sog. Republikflucht s. BVerwG, NVwZ 1990, 267 (268); VG München, Urt. v. 3.2.2014 – M 22 K 13.30325, BeckRS 2014, 49699; VG Augsburg, Urt. v. 25.11.2014 – Au 2 K 14.30422, BeckRS 2014, 59349.

§ 2 Nachfluchtatbestände im Rahmen der Asylberechtigung (§ 28 Abs. 1 AsylG)

Die Regelung des § 28 Abs. 1 AsylG ist eine einfachgesetzliche Teilkonkretisierung des verfassungsrechtlich in Art. 16a GG verbürgten Asylgrundrechts. Die materiellen Kriterien für eine Asylanerkennung wurden weitgehend durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelt. Daher kann die Vorschrift allein vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen des Schutzbereiches von Art. 16a GG begriffen werden. Im Folgenden soll daher zunächst die historische Entwicklung beleuchtet werden.

I. Historische Entwicklung

Durch die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 26.11.1986²² sah sich der Gesetzgeber veranlasst, die asylrechtliche Relevanz von Nachfluchtatbeständen in § 28 AsylG neu zu regeln.²³ Mit seiner Entscheidung hat das BVerfG nicht nur die bis dahin gefestigte Rechtsprechung des BVerwG zu den subjektiven Nachfluchtgründen verworfen, sondern zugleich das Asylgrundrecht in erheblicher Weise eingeschränkt.

1. Frühere Rechtsprechung des BVerwG

Nach früherer Rechtsprechung des BVerwG war eine Einschränkung des Verfolgungsbegriffs aus Gründen nachträglich selbst geschaffener Asylgründe nicht mit Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F. vereinbar. Vielmehr sei nach Sinn und Zweck der Norm eine weite Auslegung des Begriffs in Anlehnung an den Flüchtlingsbegriff der GFK geboten.²⁴ Danach komme es grundsätzlich nicht auf die Lage im Herkunftsland zur Zeit der Ausreise und nicht darauf an, aus welchen Gründen der Asylsuchende

22 BVerfG, NVwZ 1987, 311.

23 Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens v. 26.6.1992; vgl. auch BT-Drucks 12/2817, 21.

24 BVerwG, NVwZ 1987, 332; NVwZ 1984, 182 (182 f.) m.w.N.

es verlassen hat.²⁵ Einen Motivzusammenhang zwischen Flucht und Verfolgung setze der Asylanspruch daher nicht voraus.²⁶ Das BVerwG erkannte zwar an, dass besondere Beweisanforderungen an Nachfluchtgründe zu stellen sind, um Rechtsmissbrauch zu verhindern. Das Ziel der Missbrauchsprävention sei jedoch nicht durch eine Einschränkung des Schutzbereiches von Art. 16 GG a.F. zu erreichen.²⁷ Infolge der Entscheidung des BVerfG²⁸ hat das BVerwG diese bis dahin gefestigte Rechtsprechung zu den subjektiven Nachfluchtgründen aufgegeben.²⁹

2. Die Entscheidung des BVerfG vom 26.11.1986

a) Entscheidungsinhalt

Das BVerfG hat in der Entscheidung erstmals das Erfordernis eines kausalen Zusammenhangs zwischen drohender Verfolgung und Flucht vorausgesetzt. Das Asylgrundrecht gewähre historisch bedingt grundsätzlich nur demjenigen Schutz, der aufgrund politischer Verfolgung gezwungen gewesen ist sein Herkunftsland zu verlassen und der sich dadurch in einer für ihn ausweglosen Lage befinde.³⁰ Primär zielt das Erfordernis eines kausalen Zusammenhangs damit auf den Ausschluss von Nachfluchtgründen.³¹ So solle das Asylrecht nicht von einem gesicherten Ort aus „durch eine risikolose Verfolgungsprovokation“ erzwungen werden können.³² Ausnahmen hiervon können nur insoweit in Frage kommen, als sie der humanitären Intention der Asylrechtsgewährung entsprechen. Hieran anknüpfend entwickelte das BVerfG die Differenzierung zwischen objektiven und subjektiven Nachfluchtattbeständen.³³ Während Erstere für eine Asylrelevanz in Betracht zu ziehen sind, so sei bei den subjektiven Nachfluchtattbeständen „größte Zurückhaltung“ geboten.³⁴ An Ausnahmen sei in materieller Hinsicht ebenso wie für die Beweisanforderungen ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Als allgemeine

25 Vgl. auch UNHCR, Auslegung zu Art. 1 GFK, Rn. 33.

26 BVerwG, NVwZ 1987, 59 (60); 1984, 182 (183); DVBl. 1987, 45 (46 f.).

27 BVerwG, NVwZ 1984, 182 (183); zu den Folgen eindeutigen Rechtsmissbrauchs s. BVerwG, NVwZ 1987, 332 (333).

28 BVerfG, NVwZ 1987, 311.

29 Nach alter Rechtsprechung zuletzt BVerwG, Urt. v. 21.10.1986, NVwZ 1987, 332; erstmals nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG s. BVerwG, Urt. v. 19.5.1987, NVwZ 1987, 895.

30 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313); vgl. nachfolgend auch BVerfG, NVwZ 1990, 151 (154).

31 S. dazu *Masing*, in: Dreier, Art. 16a GG Rn. 61; s.a. *Schenk*, NVwZ 2002, 801 (803), der die Entscheidung als „Befreiung“ für die VG ansieht.

32 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313).

33 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313); zur Abgrenzung s. oben unter § 1. II. 2.

34 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313); im Anschluss daran s.a. NVwZ 1988, 237 (240).

Leitlinie legte das Gericht fest, eine Anerkennung könne ausnahmsweise dann in Betracht gezogen werden,

„wenn die selbstgeschaffenen Nachfluchtattbestände sich schon als Ausdruck und Fortführung einer schon während des Aufenthalts im Heimatstaat vorhandenen und erkennbar betätigten festen Überzeugung darstellen, mithin als notwendige Konsequenz einer dauernden, die eigene Identität prägenden und nach außen kundgegebenen Lebenshaltung erscheinen.“³⁵

b) Auswirkungen der Entscheidung

Mit seiner Entscheidung begründete das BVerfG ein striktes Regel-Ausnahme-Verhältnis in Bezug auf die Beachtlichkeit subjektiver Nachfluchtgründe, welches der Gesetzgeber vereinfacht, aber dem Sinn entsprechend in § 28 Abs. 1 AsylG übernommen hat.³⁶

Mit dem Kausalitätserfordernis wurde zudem der Schutzbereich des Asylgrundrechts stark eingeschränkt,³⁷ indem subjektive Nachfluchtattbestände nunmehr grundsätzlich keine politische Verfolgung mehr begründen konnten.

c) Kritik in der Literatur

Die Entscheidung ist vielfach kritisiert worden. Das Verständnis und die Interpretation des nationalen Asylgrundrechts, die das BVerfG hier zugrunde legte, sind bis heute maßgebend.³⁸ Im Folgenden sollen daher die Argumente aufgegriffen und einer kritischen Bewertung unterzogen werden.

aa) Verfassungsrechtliche Bedenken

Verfassungsrechtliche Bedenken ergeben sich daraus, dass das Kausalitätserfordernis und die allgemeine Missbrauchsvermutung den Schutzbereich des Asylgrundrechts in unzulässiger Weise verkürzen.³⁹

35 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313); weiter konkretisiert in BVerfG, InfAuslR 1989, 31 - zur Intensität der politischen Überzeugung; BVerfG, InfAuslR 1990, 197 - zur nicht vorausgesetzten Kenntnis der Heimatbehörden von dieser Überzeugung; BVerfG, NVwZ 1991, 979 (980) - zu den Anforderungen an die politische Überzeugung in Hinblick auf das Alter und den Entwicklungsprozess.

36 Vgl. dazu BT-Drucks 12/2062, 32 (Gesetzentwurf v. 12.2.1992); BT-Drucks 12/2718, 60 (2. Gesetzentwurf v. 2.6.1992); s. dazu auch *Funke/Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 2; *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG, Rn 1, 3.

37 Im Sinne einer immanenten Beschränkung s. *Bergmann*, ZAR 2005, 137 (142).

38 S. zuletzt BVerfG, NVwZ-RR 2008, 643 (645).

39 Krit. in Bezug auf die Verfassungskonformität s. u.a. *Brunn*, NVwZ 1987, 301 (303); *Fränkel*, in: Hofmann, HK-AuslR, § 28 AsylG Rn. 1; *Masing*, in: Dreier, Art. 16a GG Rn. 68; *Treiber*, ZAR

Das Kriterium der Ausweglosigkeit, welches das BVerfG hier für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit erwägt, überzeuge nicht. Denn wem Verfolgung droht, der sei zum Zeitpunkt des Schutzgesuches immer in einer ausweglosen Lage. Dies treffe nicht nur auf Vorverfolgte zu.⁴⁰ Kritisiert wird auch, dass es nach Ansicht des BVerfG keine Rolle mehr spiele, dass der Betroffene im Heimatstaat tatsächlich einer Verfolgung ausgesetzt ist, soweit er die Gründe für die Verfolgung missbilligenswert selbst geschaffen hat. Insoweit unterstelle das BVerfG dem Schutzsuchenden eine missbräuchliche Inanspruchnahme des grundrechtlich verbürgten Aufenthaltsrechts. Dabei verkenne es aber, dass das Asyl ein Schutzanspruch vor drohender Verfolgung und keine Rekompensation für bereits erlittene Verfolgung ist.⁴¹ Die Erwägungen des BVerfG denunzierten zudem grund- und menschenrechtlich garantierte, politische oder religiöse Betätigungen als Verfolgungsprovokation.⁴² Letztlich sei fraglich, ob die Regelung nicht auch die Sperrwirkung des Art. 18 GG unterlaufe. Denn ein grundsätzlicher Ausschluss aus dem Schutzbereich eines Grundrechts komme einer Verwirkung gleich. Eine solche sei aber nach Art. 18 GG nur aufgrund enger Voraussetzungen zulässig und bedarf in jedem Einzelfall einer Entscheidung des BVerfG. Ein allgemeiner Missbrauchsvorbehalt sei damit nicht zu vereinbaren.⁴³

bb) Methodische Bedenken

In seiner Begründung greift das BVerfG auf die Entwicklung des Asylrechts im Völkerrecht zurück. So lasse sich das Kausalitätserfordernis zwischen Flucht und Verfolgung insbesondere auf das völkerrechtliche Verständnis im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert zurückführen. Nicht berücksichtigt habe der Senat jedoch die jüngsten Entwicklungen des Völkerrechts.⁴⁴ Dies sei auch insoweit widersprüchlich, als das BVerfG selbst auf einen verbleibenden völkervertraglich begründeten Abschiebungsschutz nach Art. 33 GFK verweist,⁴⁵ nicht aber berücksichtigt, dass

1987, 151 (152); a.A. *Hailbronner*, AuslR, Art. 16a GG Rn. 174; *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt, AuslR, § 28 AsylG Rn. 7.

40 *Treiber*, ZAR 1987, 151 (152).

41 *Masing*, in: Dreier, Art. 16a GG Rn. 68.

42 *Möller*, in: Hofmann, HK-AuslR, Art. 16a GG Rn. 12.

43 S. dazu schon vor der Entscheidung *Renner*, in: Otto Benecke Stiftung, Politische Betätigung, S. 39 ff. (46 f.); zustimmend *Möller*, Fn. 107.

44 Insbesondere hätte die Erarbeitung der völkerrechtlichen Definition des Flüchtlings nach Ende des II. Weltkriegs mit einbezogen werden müssen, vgl. *Brunn*, NVwZ 1987, 301 (302).

45 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313).

der GFK die strenge Unterscheidung zwischen Vor- und Nachfluchtgründen unbekannt ist.⁴⁶

Kritisiert wird auch, dass die Argumentation, eine Einschränkung des Art. 16a GG mit dem Verweis auf den verbleibenden Abschiebungsschutz nach der GFK zu rechtfertigen, dazu führe, dass ein Grundrecht nach Maßgabe von Rechtsätzen ausgelegt und interpretiert werde, die unter der Verfassung stehen.⁴⁷ Zudem belege der Verweis, dass eine Gruppe politisch Verfolgter aus dem personalen Geltungsbereich des Art. 16a GG ausgeschlossen worden ist. Dem könne auch nicht entgegengehalten werden, der Kerngehalt des asylrechtlichen Schutzes, nämlich die Sicherheit vor einer Abschiebung in den Verfolgerstaat, werde gewahrt.⁴⁸ Es komme darauf an, gerade im Geltungsbereich des Grundgesetzes Verfolgungsschutz zu genießen.⁴⁹

d) Eigene Stellungnahme

aa) Verfassungsrechtliche Erwägungen

Das Anliegen, Rechtsmissbrauch zu verhindern, ist nachvollziehbar. Jedoch sollte dieses Ziel nicht durch eine derart gewichtige Einschränkung des Schutzbereichs erreicht werden, indem eine bestimmte Personengruppe gänzlich aus diesem ausgeschlossen wird, obwohl politische Verfolgung durch den Heimatstaat droht.⁵⁰ Denn für eine solche können nicht vorrangig die Motive des Asylsuchenden maßgeblich sein, sondern einzig Gründe, aus denen der Verfolgerstaat die Verfolgung betreibt. Mag das verfolgungsbegründende Verhalten dem Schutzsuchenden auch vorwerfbar sein, so ist eine hieran anknüpfende politische Verfolgung durch den Heimatstaat in weitaus höherem Maße verwerflich.⁵¹ Das Kausalitätserfordernis von Flucht und Verfolgung hat zudem zur Folge, dass die Gewährung von Schutz nur vom Ort des verfolgungsbegründenden Verhaltens abhängig gemacht wird. Damit wird vornehmlich demjenigen Schutz gewährt, der bereit war, ein großes Risiko für Leib und Leben im Herkunftsland einzugehen. Wird die schutzbegründende Handlung allerdings auf dem Gebiet der Bundesrepublik vorgenommen, soll

46 Daher krit. *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt*, *AuslR*, Art. 16a GG Rn. 51; *Brumm*, *NVwZ* 1987, 301 (302); *Hofmann*, *NVwZ* 1987, 299 (300 f.); *Treiber*, *ZAR* 1987, 151 (152); wohl anders *Quaritsch*, *DVBbl.* 1987, 360 (361).

47 *Brumm*, *NVwZ* 1987, 301 (303).

48 So etwa *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt*, *AuslR*, § 28 AsylG Rn. 7 f., der aber eine möglichst grundrechtswahrende Auslegung verlangt.

49 *Huber*, *NVwZ* 1987, 391 (391 f.).

50 So auch *Lübbe-Wolf*, in: *Dreier* (1. Aufl.), Art. 16a GG Rn. 31.

51 So auch die frühere Rechtsprechung des BVerwG, s. *NVwZ* 1987, 332 (333).

der Schutz grundsätzlich entfallen. Diese Auffassung berücksichtigt nicht im hinreichenden Maße, dass der Asylsuchende während des verfolgungsbegründenden Verhaltens häufig nur von seinem vom Grundgesetz – und somit der hier geltenden Rechtsordnung – gewährten Rechten Gebrauch macht. Dies erscheint gerade vor den hiesigen zusätzlichen Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung und dem Einfluss der freiheitlich demokratischen Grundordnung auf den Asylsuchenden nachvollziehbar. Durch die Entscheidung des BVerfG wird somit von ihm faktisch verlangt innerhalb der Bundesrepublik seine bisher bestehende politische oder religiöse Einstellung beizubehalten. Dieser Anspruch lässt sich mit der Wertung der Grundrechte nicht vereinbaren.

bb) Zur Methodik

Auch die methodischen Bedenken greifen durch. Die Erwägungen des BVerfG zum Asylbegriff können entgegen ihrem Anspruch nicht historisch vom Völkerrecht inspiriert sein.⁵² Es ist offensichtlich, dass der Senat eine wesentliche Entwicklung im völkerrechtlichen Asylprozess nicht berücksichtigt hat. Hätte die GFK in der Auslegung Beachtung gefunden, so hätte das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Asylanerkennung ausfallen müssen und nicht umgekehrt. Weder Art. 1 A Nr. 2 GFK noch das Refoulementverbot aus Art. 33 GFK verlangen einen kausalen Zusammenhang zwischen Flucht und Verfolgung. Entscheidend ist allein, ob eine begründete Furcht vor Verfolgung der Rückkehr entgegensteht.⁵³ Die historischen Erwägungen berücksichtigen damit nicht in hinreichendem Maße die bestehenden völkerrechtlichen Vorgaben, sondern lediglich diejenigen, welche der gewünschten Zielsetzung entsprechen.

Das BVerfG verweist zur Rechtfertigung seiner einschränkenden Auslegung auf andere verbleibende Schutzansprüche. Zwar mögen völker- und europarechtliche Verpflichtungen verhindern, dass es ohne weiteres zu einem Wegfall dieser Ansprüche kommt. Allerdings kann dieser Umstand nicht ausschlaggebend dafür sein, ob das Asylgrundrecht und damit ein grundrechtlich verbürgter Verfolgungsschutz gewährt wird oder nicht. Der Schutzbereich eines Grundrechts darf nicht danach bestimmt werden, ob unter Umständen Reserveansprüche greifen, die letztlich vor dem schützen, was das Grundrecht selber schon schützen sollte. So kann auch das Bestehen eines europäischen Asylsystems nicht als Argument für die Obsoleszenz des deutschen Grundrechtsschutzes angeführt werden, auch unabhängig dessen,

52 So auch *Selk*, NVwZ 1990 1133 (1134), der die v. BVerfG in den Fokus gerückte historische Auslegung kritisiert.

53 *Marx*, HB, § 31 Rn. 3.

dass sich die Rechtstellung anerkannter Asylberechtigter von derjenigen anerkannter Flüchtlinge nicht mehr unterscheidet.⁵⁴ In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass der Verfolgungsschutz nach Art. 16a GG zumindest eine verfahrensrechtliche Bedeutung im Hinblick auf die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde und, viel wichtiger, als institutioneller Bestandteil der deutschen Verfassungskultur hat.⁵⁵

cc) Fazit

Damit mangelt es der Entscheidung insgesamt an einer tragfähigen Begründung. Diese Mängel schlagen somit auch auf die gesetzliche Regelung in § 28 Abs. 1 AsylG durch, die im Wesentlichen auf die Entscheidung BVerfG zurückgeht. Zwar hat das BVerfG ausdrücklich auf den nicht abschließenden Charakter seiner Leitlinien hingewiesen und Ausnahmen durch richterliche Rechtsfortbildung zugelassen. Allerdings zeigen die nachfolgenden Untersuchungen, dass die strengen Anforderungen, die das BVerfG den Gerichten auferlegt, letztlich zu einer sehr eingeschränkten Handhabe führen.

II. Der Regelungstatbestand des § 28 Abs. 1 AsylG

1. Regel-Ausnahme-Verhältnis

§ 28 Abs. 1 S. 1 AsylG stellt den Grundsatz der Unbeachtlichkeit von subjektiven Nachfluchtgründen auf, lässt aber entsprechend der vom BVerfG entwickelten Kriterien und Anforderungen⁵⁶ Ausnahmen von diesem zu. So ist die Asylanerkennung nicht ausgeschlossen, wenn der auf dem subjektiven Nachfluchtgrund zugrundliegende Entschluss einer festen, bereits im Herkunftsland erkennbar betätigten Überzeugung entspricht. Dieses Kontinuitätsanforderung betrifft zwar in erster Linie die ausnahmsweise als Nachfluchtgrund anzuerkennende exilpolitische Betätigung, die Möglichkeit Ausnahmen zuzulassen, soll jedoch nicht auf diese Fallgruppe begrenzt sein. Vielmehr soll § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AsylG der Rechtsanwendung

54 S. dazu *Tiedemann*, 3. Abschnitt Rn. 5 ff.; zu den Unterschieden hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen s. *ders.*, 3. Abschnitt Rn. 177 ff.

55 Wohl anders *Tiedemann*, ZAR 2009, 161 (167); zur Bedeutung des Grundrechts auf Asyl heute s. *Hailbronner*, ZAR 2009, 369 (372).

56 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313).

als allgemeine Leitlinie die Möglichkeit einräumen, erhebliche von unerheblichen subjektiven Nachfluchtgründen nach Maßgabe von Fallgruppen abzugrenzen.⁵⁷

2. Die Ausnahmen im Einzelnen

a) Von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen

Nachfolgend sollen die einzelnen Fallgruppen zu § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AsylG skizziert und deren besondere Anforderungen unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung untersucht werden. Exemplarisch soll hierbei auf die zwei wesentlichen Fallgruppen eingegangen werden.

aa) Exilpolitische Aktivitäten

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AsylG sind exilpolitische Aktivitäten nur relevant, wenn sie Ausdruck und Fortführung einer schon im Herkunftsland erkennbar betätigten Überzeugung sind.⁵⁸ Damit wird eine gewisse Kontinuität zwischen der verfolgungsbegründenden politischen Betätigung im Bundesgebiet und dem bisherigen Engagement im Herkunftsland gefordert. Insoweit bedarf es eines zeitlichen wie auch inhaltlichen Zusammenhangs.⁵⁹

Das BVerwG hat die vom BVerfG aufgestellten Kriterien und Anforderungen vielfach konkretisiert. So kann etwa der zeitliche Zusammenhang unterbrochen sein, wenn der Asylsuchende seine politischen Aktivitäten erst nach einem langjährigen Aufenthalt in der Bundesrepublik wieder aufnimmt⁶⁰ oder sich seine bereits im Herkunftsland vorhandene dauerhafte politische Passivität auch nach Einreise im Bundesgebiet für eine längere Zeit fortsetzt.⁶¹ Daraus kann sich ergeben, dass die selbstgeschaffenen Nachfluchtattbestände sich gerade nicht als Fortführung einer schon im Heimatland vorhandenen und betätigten festen Überzeugung darstel-

57 *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 37 f.; *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 21; *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 8; so auch die Intention des Gesetzgebers, der nachträglich noch die Worte „in der Regel“ in S. 1 sowie „insbesondere“ in S. 2 eingefügt hat, um auch atypische Nachfluchtattbestände erfassen zu können, vgl. den Entwurf v. 12.2.1992, BT-Drucks 12/2062, 10 und die Beschlussempfehlung des Innenausschusses v. 2.6.1992, 10, BT-Drucks 12/2718, 21, 60.

58 Abgeleitet von der Leitlinie des BVerfG, s. oben unter: § 2 I. 2. a).

59 BVerwG, NVwZ 1992, 382 (382 f.); s.a. *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 27 ff.; *Marx*, AsylVfG, § 28, Rn. 10 f.; *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 21.

60 BVerfG, Beschl. v. 17.2.1992 – 2 BvR 1587/90, BeckRS 1992, 08103; BVerwG, Urt. v. 2.8.1990 – 9 C 2289, BeckRS 1990, 31274823: 4 Jahre; BVerwG, NVwZ 1988, 1036: 8 Jahre; InfAuslR 1989, 135 (136): 20 Jahre.

61 BVerwG, NVwZ 1988, 1036.

len.⁶² Was die inhaltliche Kontinuität betrifft, genügt es, dass die politische Überzeugung im Herkunftsland der Sache nach im Wesentlichen mit derjenigen übereinstimmt, die im Aufnahmeland nunmehr betätigt wird. Nur dann könne von einer „Fortführung“ einer festen politischen Überzeugung die Rede sein.⁶³ Wichtig ist zudem, dass die politische Betätigung aus einer eigenen, die Identität prägenden und nach außen kundgegebenen politischen Einstellung erfolgt.⁶⁴ Eine besondere Qualität der Betätigung wird indes nicht vorausgesetzt. Auch ein Engagement von untergeordneter Bedeutung oder sonstige Verhaltensweisen können zu berücksichtigen sein, wenn hieraus eine feste politische Überzeugung deutlich wird.⁶⁵ Ebenso muss die Betätigung den Behörden im Herkunftsland nicht bekannt gewesen sein.⁶⁶ Insgesamt sind bei der Beurteilung der politischen Betätigungen im Herkunftsland auch die intellektuellen Tätigkeiten und der Bildungsstand zu beachten, um keine unangemessenen Anforderungen zu stellen.⁶⁷

bb) Ausreise bei latenter Gefährdungslage

Des Weiteren können solche Fallgruppen beachtlich sein, in denen der Asylsuchende illegal ausgereist ist⁶⁸ bzw. einen Asylantrag im Aufnahmeland gestellt hat⁶⁹ und dadurch erst die Gefahr der politischen Verfolgung selbst ausgelöst.⁷⁰ Diese Konstellationen beruhen zwar nicht auf das Kontinuitätsersfordernis der politischen Überzeugung, so wie es § 28 Abs. 1 AsylG vorsieht, aber sie wurden entsprechend der Leitlinie des BVerfG⁷¹ fortentwickelt.⁷² Maßgeblich ist dabei die

62 Ausnahmen hiervon sind nur unter engen Voraussetzungen möglich, so etwa bei erlittenen Folterungen im Heimatstaat, die das Absehen politischer Betätigungen im Herkunftsland begründeten, vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.2.1992 – 2 BvR 1587/90, BeckRS 1992, 08103.

63 BVerwG, NVwZ 1988, 1036; 1988, 1036 (1036 f.), krit. *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt*, § 28 AsylG Rn. 13.

64 Nicht ausreichend ist, dass sie nur äußerlich mit einer politischen Gruppierung in Verbindung steht, etwa die bloße Übermittlung fremden politischen Gedankenguts, vgl. BVerwG, InfAuslR 1988, 22 (23 f.); bestätigend BVerwG, NVwZ 1988, 1036 (1037).

65 BVerfG, InfAuslR 1989, 31 – hier die Teilnahme an Demonstrationen und das Verteilen von Flugblättern und Zeitschriften; im Anschluss daran HessVGh, Urt. v. 15.12.1995-13 UE 1794/93, BeckRS 2005, 23516.

66 BVerfG, InfAuslR 1991, 79; 1990, 197; 1989, 31; HessVGh, Urt. v. 15.12.1995-13 UE 1794/93, BeckRS 2005, 23516.

67 *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 30. Ein Glaubenswechsel wird grundsätzlich nach denselben Kriterien beurteilt, die für die exilpolitische Tätigkeit im Rahmen von § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AsylG entwickelt worden, vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 31.1.1989 – 9 C 5488, BeckRS 1989, 31287795.

68 Sog. Republikflucht, vgl. BVerwG, NVwZ 1989, 774.

69 BVerwG, NVwZ 1989, 264.

70 Zu den einzelnen Fallkonstellationen s. umfassend *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 41 ff.; *Hailbronner*, AuslR, Art. 16a GG Rn. 200 ff.

71 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313).

72 BVerwG, NVwZ 1989, 774 (775); s.a. *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 15.

Frage, ob beim Entstehen des Nachfluchtgrundes eine Zwangslage bestand, die durch politische Gründe veranlasst gewesen ist. Eine solche Zwangslage wird bspw. darin gesehen, dass sich der Asylsuchende in einer ihn zum Nachfluchtverhalten drängenden Gefährdungslage befunden hat. Diese muss zumindest latent im Sinne einer zwar noch nicht mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit drohenden, nach den gesamten Umständen jedoch auf absehbare Zeit auch nicht ausgeschlossenen, politischen Verfolgung bestanden haben.⁷³

b) Ausnahmetatbestand des § 28 Abs. 1 S. 2 AsylG

Des Weiteren sieht § 28 Abs. 1 S. 2 AsylG eine Ausnahme für die Fälle vor, in denen der Asylsuchende sich aufgrund seines Alters und Entwicklungsstandes im Herkunftsland noch keine feste Überzeugung bilden konnte.⁷⁴ Die Voraussetzung eines bestimmten Vorfluchtverhaltens entfällt dann vollständig.⁷⁵ Wann alters- und entwicklungsbedingt die Herausbildung einer festen politischen Überzeugung vorausgesetzt werden kann, ist je nach Einzelfall unter Berücksichtigung der individuellen Umstände zu beurteilen. Eine starre Altersgrenze gibt es nicht.⁷⁶

Die gewählte offene Formulierung eröffnet dem Rechtsanwender die Möglichkeit, weitere atypische Fallkonstellationen unter § 28 Abs. 1 S. 2 AsylG zu fassen.⁷⁷ Voraussetzung dafür ist, dass Verhaltensweisen typischerweise nicht von dem Zweck erfasst werden, der die grundsätzliche Unerheblichkeit der subjektiven Nachfluchtstatbestände begründet.⁷⁸ Danach ist als Ausnahme möglicherweise auch der Fall desjenigen Asylsuchenden in Betracht zu ziehen, der seine religiöse oder politische Überzeugung aufgrund überzeugend ernsthafter Erwägungen wechselt.⁷⁹

73 BVerwG, NVwZ 1989, 774 (775); 1989, 777 (778); maßgeblich sind jedoch nur objektive Anhaltspunkte, nicht genügend sind eine in den Vorstellungen und Befürchtungen des Asylbewerbers begründete „theoretische“ Möglichkeit, Opfer eines Übergriffs zu werden, vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 270 (271).

74 § 28 Abs. 1 S. 2 AsylG beruht auf die Rechtsprechung vor Erlass des § 28 AsylG, vgl. BVerfG, NVwZ 1991, 979 (980); BVerwG, NVwZ 1992, 893 (894); 1991, 790 (791).

75 *Funke-Kaiser* in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 36.

76 *Funke-Kaiser* in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 36; *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 19. Bei Minderjährigkeit wird man in der Regel keine feste Überzeugung voraussetzen, vgl. *Fränkel*, in: Hofmann, HK-AuslR, § 28 AsylG Rn. 10. Das BVerwG bejaht eine „politische Reife“ in der Regel schon ab 16, spätestens mit 18 Jahren, vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 383 (386).

77 So z.B. BVerwG, NVwZ 1992, 893 (894) – die politische Verfolgung nach sich ziehende Wahl des Ehepartners.

78 *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 23; *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 21.

79 *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt, AuslR, § 28 AsylG Rn. 17; *Funke-Kaiser* in: GK-AsylVfG, § 28 Rn. 40; eher restriktiv was die Auslegung des § 28 Abs. 1 S. 2 betrifft *Heusch*, in: BeckOK, AusR, § 28 AsylVfG Rn. 20 ff.

c) Anforderungen an Beweislast und Wahrscheinlichkeit

Das BVerfG verlangt für eine Anerkennung subjektiver Nachfluchtstatbestände die Anwendung eines besonders strengen Maßstabs hinsichtlich Darlegungslast und Beweisanforderungen.⁸⁰ Nicht jede Behauptung des Asylsuchenden soll damit für eine Glaubhaftmachung im Asylverfahren genügen. Er muss vielmehr hinreichend plausibel darlegen und beweisen, dass seine Nachfluchtaktivitäten ausnahmsweise asylrechtlich relevant sind. Den Asylsuchenden trifft insoweit die volle Beweispflicht, sodass jeder nicht ausgeräumte Zweifel zu Lasten des Asylsuchenden geht.⁸¹

Darüber hinaus gelten erhöhte Anforderungen an die Wahrscheinlichkeitsprognose.⁸² Soweit der Asylsuchende unverfolgt ausgereist ist, hat er nur dann einen Asylanspruch, wenn ihm aufgrund eines asylrechtlich relevanten Nachfluchtstatbestandes eine politische Verfolgung mit beachtlicher, d.h. überwiegender Wahrscheinlichkeit droht.⁸³ Eine solche ist gegeben, wenn die für eine Verfolgung sprechenden Umstände ein größeres Gewicht besitzen und deswegen gegenüber den dagegen sprechenden Tatsachen überwiegen. Ein Überwiegen soll dabei nicht rein quantitativ oder gar statistisch im Sinne einer 50-prozentigen Wahrscheinlichkeit bestimmt werden. Vielmehr soll es auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände und insbesondere darauf ankommen, ob eine Rückkehr ins Herkunftsland aus der Sicht eines besonnenen und vernünftig denkenden Menschen in der Lage des Asylsuchenden zumutbar erscheint.⁸⁴ Das BVerfG sieht seine Rechtsprechung in Einklang mit den Grundsätzen des EGMR, der bei der Prüfung des Art. 3 EMRK auf die tatsächliche Gefahr abstellt („real risk“).⁸⁵ Es betont, dass der Wahrscheinlichkeitsmaßstab der tatsächlichen Gefahr dem der beachtlichen Wahrscheinlichkeit entspreche.⁸⁶

Im Ergebnis unterscheidet sich der Prognosemaßstab bei unverfolgt Ausgereisten damit von denjenigen, die bereits politischer Verfolgung im Herkunftsland ausgesetzt waren. Im Fall einer sog. Vorverfolgung ist der Wahrscheinlichkeitsmaßstab

80 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313).

81 *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG § 28 Rn. 51; *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 44.

82 *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG § 28 Rn. 51; *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 25; *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 8.

83 BVerfG, NVwZ 1988, 237 (241).

84 BVerfG, NVwZ 1992, 582 (584); 1988, 838 (840) – in Anlehnung an das Urt. des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten, UNHCR-Zeitschrift „Flüchtlinge“, August Nr. 1987, S. 8 f.; s. dazu auch *Möller*, in: Hofmann, HK-AuslR, Art. 16a GG Rn. 19; *Grob*, ZAR 2009, 1 (5).

85 EGMR, Urt. v. 28.2.2008 – 37201/06, *Saadi/Italien*, NVwZ 2008, 1330 (1331).

86 Vgl. BVerfG, NVwZ 2013, 936 (940); 2011, 51 (54); krit. in Bezug auf den Begriff der beachtlichen Wahrscheinlichkeit *Hruschka/Löhr*, ZAR 2007, 180 (183).

bei Entscheidungen über die Anerkennung als Asylberechtigter nach Art. 16a GG⁸⁷ aus Gründen der Zumutbarkeit weiterer Verfolgungsrisiken herabgestuft, sodass es für eine Asylanerkennung ausreicht, dass eine erneute politische Verfolgung nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.⁸⁸

d) Schlussfolgerungen aus der bisherigen Rechtsprechungspraxis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die restriktive Rechtsprechung auf den Versuch zurückzuführen ist, der missbräuchlichen Inanspruchnahme des Asylrechts entgegenzuwirken. Das Ziel mag nachvollziehbar sein, dennoch stellt sich die Frage, inwieweit der humanitäre Schutz diesem Ziel untergeordnet wird. Regelmäßig wird der Asylsuchende nicht im hinreichenden Maße darlegen können, dass seine Gründe ausnahmsweise beachtenswert sind. So ergeben sich insbesondere Beweisschwierigkeiten bei der Frage, ob sich das verfolgungsbegründende Verhalten als Ausdruck und Fortführung einer schon im Heimatstaat vorhandenen und erkennbar betätigten festen Überzeugung darstellt. Es wird dem Betroffenen nicht immer möglich sein, die entsprechenden Unterlagen als Beweismaterialien aus dem Herkunftsland mitzubringen bzw. nachträglich zu besorgen. Hinzu kommen grundrechtliche Erwägungen, die an die Verfassungsmäßigkeit des teilweise streng gehandhabten Kontinuitätsanfordernisses zweifeln lassen. So muss, wie dargelegt, die vor dem Verlassen des Herkunftslandes praktizierte politische Betätigung grundsätzlich diejenige sein, die auch im Bundesgebiet ausgeübt wird. Nur so könne von einer „Fortführung“ einer festen politischen Überzeugung die Rede sein. Entwickelt der Asylsuchende in der Bundesrepublik hingegen eine von der früheren politischen Haltung verschiedene politische Einstellung, so vermag dies dem BVerwG zufolge jenen Anforderungen in der Regel nicht zu genügen.⁸⁹ Diese Rechtsprechung überzeugt insoweit nicht, als sie von dem Asylsuchenden verlangt,

87 Der herabgestufte Wahrscheinlichkeitsmaßstab gilt nicht bei Entscheidungen über die Flüchtlingsanerkennung und den subsidiären Schutz, hier gilt die Beweiserleichterung nach Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2011/95/EU, vgl. BVerwG, NVwZ 2011, 51 (53); s. dazu auch *Hailbronner*, in: AuslR, Art. 16a GG Rn. 11 ff.

88 BVerfG, NJW 1980, 2641 (2643); NVwZ 1988, 237 (241); 1990, 151 (154); BVerwG, NVwZ 1991, 377; 1990, 1177 (1149); krit. in Bezug auf die Unterscheidung verschiedener Prognosemaßstäbe *Möller*, in: Hofmann, HK-AuslR, Art. 16a GG Rn. 18 f.; *Lübbe-Wolf*, in: Dreier (1. Aufl.), Art. 16a GG Rn. 23; a.A. *Masing*, in: Dreier (2. Aufl.), Art. 16a GG Rn. 59, so wohl auch *Groh*, ZAR 2009, 1 (5).

89 Vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 1036; a.A. VGH Mannheim, InfAuslR 1988, 199 (202), der auch denjenigen Verfolgungsschutz gewährt, die erstmals in der Bundesrepublik aufgrund ernstlicher Überzeugung einen Nachfluchtatbestand herbeiführen, etwa durch Beitritt zu einer Religionsgemeinschaft aus ernsthafter Gewissensüberzeugung, s. dazu auch die Nachweise in Fn. 79.

seine einmal vorhandene politische oder religiöse Einstellung beizubehalten.⁹⁰ Es entspricht nicht der Werteordnung der Bundesrepublik, den Asylsuchenden vor die Wahl zu stellen, seine (neu gewonnene) Überzeugung zu unterdrücken oder eine Überstellung in den Verfolgerstaat hinzunehmen. Darüber hinaus sollte auch angemessen berücksichtigt werden, wenn sich der Asylsuchende im Herkunftsland aufgrund eingeschränkter Informationsmöglichkeiten noch keine Überzeugung bilden konnte und er daher auch noch keine Aktivitäten vorweisen kann. Gleiches sollte gelten, wenn kein objektiver Anlass für eine frühere Überzeugungsbildung bestand bzw. Vorfluchtaktivitäten aus gesundheitlichen, familiären, sozialen oder politischen Gründen nicht möglich waren.⁹¹ Hier regelmäßig eine missbräuchliche Inanspruchnahme anzunehmen, wenn der Betroffene erstmalig im Zufluchtsstaat politisch aktiv wird, erscheint vor dem Hintergrund grundrechtlich geschützter Freiheiten sehr bedenklich. Es ist daher angebracht, diejenigen Fallkonstellationen als Ausnahmen im Rahmen von § 28 Abs. 1 AsylG zuzulassen, in denen dem Betroffenen nicht vorgehalten werden kann, er habe dem Verfolgungsgrund bewusst im Aufnahmeland risikolos geschaffen, ohne vor der Ausreise aus dem Herkunftsland eine zumindest ähnliche Überzeugung besessen bzw. gezeigt zu haben.⁹² Hierzu zählen eben gerade auch grund- und menschenrechtlich geschützte Verhaltensweisen.⁹³ Zum Teil werden solche Fallkonstellationen von der Rechtsprechung bereits berücksichtigt.⁹⁴ Dennoch zeigt sich hier das Problem der offen gestalteten Regelung des Gesetzgebers, die zu Auslegungsproblemen und unterschiedlicher Beurteilung führen kann, was angesichts der schwerwiegenden Folge für die Betroffenen nicht hinnehmbar ist.⁹⁵ Zu Gunsten von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollte der Gesetzgeber hier klarere Kriterien für die Rechtspraxis vorgeben, um eine einheitlichere und grundrechtskonforme Handhabe hinsichtlich der Ausnahmekonstellationen zu gewährleisten.

Weiterhin erscheint es fragwürdig, dass ein unverfolgt Ausgereister nur dann in den Genuss des Asylgrundrechts kommen soll, wenn ihm bei seiner Rückkehr eine Verfolgung mit „überwiegender“ Wahrscheinlichkeit droht. Zunächst stellt sich

90 So auch *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt, AusLR, § 28 AsylG Rn. 13.

91 A.A. *Heusch*, in: BeckOK, AusLR, § 28 AsylVfG Rn. 21, der für diese Sichtweise keine Stütze im Gesetz sieht.

92 S. dazu auch *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt, AusLR, § 28 AsylG Rn. 17 f.; *Fränkel*, in: Hofmann, AusLR, § 28 AsylG Rn. 11.

93 So auch *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 21.

94 Etwa bei im Drittstaat Geborenen, die durch Abwesenheit an Vorfluchtaktivitäten gehindert waren, vgl. BVerfG, NVwZ 1991, 979; BayVGh, Urt. v. 7.3.1991 – 11 B 90.32006, BeckRS 1991, 09337.

95 Vgl. etwa die unterschiedliche Auslegung des § 28 Abs. 1 AsylG hinsichtlich der Ausnahmen: *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt, AusLR, § 28 AsylG Rn. 17 f.; *Fränkel*, in: Hofmann, HK-AusLR, § 28 AsylG Rn. 11; eher restriktiv *Heusch*, in: BeckOK, AusLR, § 28 AsylVfG Rn. 21.

die Frage, was mit „überwiegend“ gemeint ist. Rein begrifflich könnte es als streng mathematisch bestimmbare Wahrscheinlichkeit von über 50 % (miss)verstanden werden.⁹⁶ Hier hat das BVerwG jedoch früh klargestellt, dass nicht ein rein quantitatives, sondern je nach Gesamtbetrachtung der Situation ein qualitatives Überwiegen gemeint ist.⁹⁷ Zu begrüßen ist, dass ein qualitativ und individuell orientierter Maßstab bereits in Ansätzen zugrunde gelegt wird, dennoch besteht die Gefahr willkürlicher Prognosen insoweit, als die Rechtsanwendungspraxis die Kriterien unterschiedlich beurteilt und gewichtet und teilweise schematisch eine rein mathematisch überwiegende Wahrscheinlichkeit ansetzt, ohne individuelle Aspekte hinreichend mit einzubeziehen.⁹⁸ Daher wird vorgeschlagen, den Begriff der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ zugunsten der „realen Möglichkeit“ der Verfolgung aufzugeben.⁹⁹ Nur so könne der widersprüchlichen verwaltungsgerichtlichen Praxis entgegengewirkt und zugleich hinreichend berücksichtigt werden, wie sich eine möglicherweise eintretende Verfolgung individuell auf den Asylsuchenden in seiner speziellen Situation auswirkt.¹⁰⁰ Dies würde auch der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK besser gerecht werden, wonach es maßgeblich auf das „reale Risiko“ einer Verfolgung ankommt.¹⁰¹

Übertragen auf den Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Rechtsprechung kann festgestellt werden, dass die Zumutbarkeitsformel der Rechtsprechung zwar das vorrangige qualitative Kriterium ist, das bei der Beurteilung anzulegen ist. Dennoch bestimmt sich die Zumutbarkeit weiterhin primär nach dem objektiven Kriterium des vernünftig denkenden und besonnenen Dritten. Insoweit sollte es vielmehr auf die konkrete Person des Asylsuchenden in seiner individuellen Situation ankommen. Dies wird auch dem Umstand besser gerecht, den Betroffenen nicht der Gefahr der drohenden Verfolgung auszusetzen, auch wenn die Wahrscheinlichkeit keine „überwiegende“ ist, sondern lediglich nur im Bereich des real Möglichen.

96 Daher krit. in Bezug auf den Begriff der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ *Hruschka/Löhr*, ZAR 2007, 180 (182 f.).

97 Vgl. die Nachweise oben in Fn. 84.

98 Dies zeigt die teils widersprüchliche Rechtsprechung, vgl. Nachweise bei *Hruschka/Löhr*, ZAR 2007, 180 (Fn. 37, 39); krit. daher auch *Tiedemann*, ZAR 2009, 161 (165).

99 *Hruschka/Löhr*, ZAR 2007, 180.

100 *Hruschka/Löhr*, ZAR 2007, 180 (182); a.A. *Hailbronner*, Asyl- und AuslR, Rn. 1242, der die individuelle Lage des Betroffenen als ausreichend von der Rechtsprechung berücksichtigt ansieht.

101 Ein „reales Risiko“ erfordert weniger als eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, s. dazu auch *Markard*, 218.

§ 3 Nachfluchtatbestände im Rahmen internationaler Schutzgewährung (§ 28 Abs. 1a AsylG)

I. Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU

Der Gesetzgeber hat mit § 28 Abs. 1a AsylG Art. 5 Abs. 1 und 2 der Richtlinie umgesetzt.¹⁰² Die Norm regelt, unter welchen Voraussetzungen bei der Berufung auf Nachfluchtgründe die Flüchtlingseigenschaft oder der subsidiäre Schutzstatus¹⁰³ zuerkannt werden kann. Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie kann die begründete Verfolgungsfurcht auf Ereignisse beruhen, die nach Verlassen des Herkunftslandes eingetreten sind. Gemeint sind damit die seit der Ausreise eingetretenen Veränderungen im Herkunftsland, mithin die objektiven Nachfluchtgründe.¹⁰⁴ Abs. 2 erfasst dagegen die Fälle, in denen die Verfolgungsgefahr auf Aktivitäten des Schutzsuchenden beruht. Damit erkennt die Richtlinie auch subjektive Nachfluchtgründe an.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Formulierung der Richtlinie weitgehend in § 28 Abs. 1a AsylG übernommen, wenngleich er aber von der Regelungstechnik der Richtlinie abweicht, indem er Abs. 1 und 2 der Richtlinie zusammenfasst und die subjektiven Nachfluchtgründe lediglich als Regelbeispiel in § 28 Abs. 1a Hs. 2 AsylG erfasst.¹⁰⁵

II. Funktion des Kontinuitätserfordernisses

§ 28 Abs. 1 AsylG stellt eine Regelvermutung für die Unbeachtlichkeit subjektiver Nachfluchtgründe auf und konstruiert das Kontinuitätserfordernis als Ausnahme, wohingegen bei Abs. 1a das Fehlen des Kontinuitätskriteriums einer Gewährung

102 Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/83/EG v. 19.8.2007 neu eingefügt und durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU in 2013 auf den subsidiären Schutz erweitert, s.a. BT-Drucks 16/5065, 39, 216 f.; 17/13063, 11.

103 Mit dem EU-Richtlinienumsetzungsgesetz v. 28.8.2013 nachträglich in § 28 Abs. 1a AsylG aufgenommen.

104 Zu den objektiven Nachfluchtatbeständen im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie s. umfassend Marx, HB, § 31 Rn. 7 ff.

105 Vgl. BT-Drucks 16/5065 216 f; s. dazu auch Hensch, in: BeckOK, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 28.

des Schutzes nicht entgegensteht. Zwar könnte man angesichts der gewählten Formulierung in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie meinen, der EU-Gesetzgeber habe hier scheinbar auf die vom BVerfG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen, jedoch hat das Kontinuitätsanfordernis im Rahmen von § 28 Abs. 1a AsylG nicht die Funktion eines Ausnahmetatbestandes, sondern eines Regelbeispiels für einen beachtlichen Nachfluchtgrund. Eine Kontinuität der Überzeugung wird damit gerade nicht vorausgesetzt.¹⁰⁶ Der Richtlinie liegen insoweit die im internationalen Flüchtlingsrecht entwickelten Grundsätze zugrunde.¹⁰⁷ Dazu gehört insbesondere die GFK, welche nicht zwischen Vor- und Nachfluchtgründen unterscheidet, sondern den Zweck verfolgt, Personen, deren Leben oder Freiheit aus einem der in der Konvention genannten Gründe gefährdet ist, zu schützen. Personen, die außerhalb ihres Herkunftslands allein deshalb aktiv werden, um im Herkunftsland ein Verfolgungsrisiko zu begründen, sind nicht notwendigerweise vom Flüchtlingsbegriff ausgeschlossen. Ein kausaler Zusammenhang zwischen drohender Verfolgung und Flucht wird damit im Rahmen der Flüchtlingsanerkennung nicht vorausgesetzt.¹⁰⁸ Anders als beim deutschen Grundrecht auf Asyl finden subjektive Nachfluchtattbestände im Rahmen der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft damit uneingeschränkt Berücksichtigung.¹⁰⁹ Dies gilt jedoch nicht für Folgeanträge, sondern lediglich für die Nachfluchtgründe, die bis zur Unanfechtbarkeit des Erstantragsverfahrens verwirklicht worden sind.¹¹⁰

Dennoch stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der Richtlinie einem Nachfluchtverhalten insbesondere dann Relevanz zuschreibt, wenn es Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsland bestehenden Überzeugung oder Ausrichtung ist. So könnte dieser 2. Hs, entgegen der positiven Formulierung in Hs. 1, eine Befugnis für die Mitgliedstaaten zu Einschränkungen implizieren.¹¹¹ Eine solche Interpretation wäre jedoch nicht mit der GFK vereinbar, die gerade vorgibt, das Kontinuitätskriterium könne allenfalls als mögliches, nicht jedoch entscheidendes Indiz für die Glaubwürdigkeit herangezogen werden.¹¹² Der Kontinuität in § 28 Abs. 1a Hs. 2 AsylG dürfe somit keine einschränkende Funk-

106 BVerwG, NVwZ 2009, 730 (731); bestätigend OVG Sachsen-Anhalt v. 18.7.2012, 3 L 147/12, BeckRS 2012, 59627; so auch der Vorschlag der Kommission zu Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie v. 12.9.2001, KOM (2001), 510, 18.

107 Titze, 62.

108 UNHCR, Stellungnahme v. 16.1.2002, 5; *Lafrai*, 162; *Marx*, HB, § 31 Rn. 2 f.

109 So das BVerwG, NVwZ 2009, 730 (731).

110 Vgl. § 28 Abs. 2 AsylG, der die Beachtlichkeit von Nachfluchtgründen im Folgeantragsverfahren regelt.

111 *Heusch*, in: BeckOK, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 30.

112 UNHCR, Auslegung v. Art. 1 GFK, Rn. 34; ähnlich auch der Vorschlag der Kommission zu Abs. 2 der Richtlinie v. 12.9.2001, KOM (2001), 510, 18.

tion beigemessen werden, sondern soll dem Schutzsuchenden gerade zu Gute kommen, wenn er in der Lage ist, diese geltend zu machen.

III. Anforderungen an Beweislast und Wahrscheinlichkeit

Um Missbrauch dennoch vorzubeugen, soll besonderes Augenmerk auf die Glaubwürdigkeit des Schutzsuchenden gelegt werden. Es bedarf einer umfassenden und sorgfältigen Einzelfallprüfung durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit, dass tatsächlich die Gefahr einer Verfolgung droht. Hierbei kommt es, wie bei Abs. 1, auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Verfolgungsgefahr an.¹¹³ Fraglich ist, ob das von der nationalen Rechtsprechung entwickelte Kriterium den unionsrechtlichen Vorgaben gerecht wird. Die Richtlinie schweigt hinsichtlich einer anzustellenden Verfolgungsprognose, jedoch ergebe sich aus Art. 4 Abs. 3 lit. c der Richtlinie, dass es primär auf eine individualisierte Prüfung ankomme. Die Richtlinie stelle insoweit nicht auf den abstrakt betrachtenden objektiven Dritten ab, sodass ein objektivierter Wahrscheinlichkeitsmaßstab, der individuelle Kriterien nicht hinreichend mit einbezieht, nicht mit der Richtlinie vereinbar sei. Vielmehr müsse es darauf ankommen, ob eine „ernsthafte und reale Möglichkeit“ der Verfolgung droht.¹¹⁴ Hiergegen lasse sich einwenden, dass Art. 4 Abs. 3 und 4 der Richtlinie die Prüfungsmaßstäbe für Anträge auf internationalen Schutz festlege und gleichermaßen subjektive wie objektive Kriterien enthalte, wie etwa Art. 4 Abs. 3 lit. a der Richtlinie zeigt. Dies stimme mit der Gesamtbetrachtung der deutschen Rechtsprechung überein.¹¹⁵ Jedoch ist die völkerrechtliche Dimension des Flüchtlingsbegriffs nicht außer Betracht zu lassen. So enthält die GFK zwar keine prognoserechtlichen Kriterien, jedoch ist bei der Ausgestaltung des Feststellungsverfahrens stets eine am Schutzzweck orientierte Auslegung geboten. Insoweit ist der Flüchtlingsbegriff nach Art. 1 A Nr. 2 GFK und damit der subjektive Begriff der Verfolgungsfurcht maßgebend, sodass der vorwiegend objektivierte Ansatz der deutschen Rechtsanwen-

113 Die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft unterliegt im Wesentlichen den gleichen Anforderungen, nach denen auch eine Anerkennung als Asylberechtigter nach Art. 16a Abs. 1 GG erfolgt, vgl. etwa OVG Münster, Urt. v. 29.04.2009 – 3 A 627/07, BeckRS 2009, 35608. Der Maßstab der beachtlichen Wahrscheinlichkeit galt auch nach Inkrafttreten der sog. Qualifikationsrichtlinie 2004/38/EG (nachfolgend 2011/95/EU) weiter, vgl. BVerwG, NVwZ 2013, 936 (940); krit. *Hruschka/Löhr*, ZAR 2007, 180 (182 f.); *Marx*, HB, § 29 Rn. 36 ff. Zur Definition und Auslegung s. bereits oben unter: § 2. II. 2. c).

114 *Hruschka/Löhr*, ZAR 2007, 180 (181); *Lafrai*, 235 f.; *Marx*, HB, § 29 Rn. 43 f.; s. dazu bereits oben unter: § 2. II. 2. d).

115 *Hailbronner*, Asyl- und AuslR, Rn. 1242.

dung mit dem prognoserechtlichen Ansatz der GFK nicht vereinbar ist.¹¹⁶ Hinzu kommt, dass der ursprüngliche Entwurf der Richtlinie in Art. 7 lit. b eine Regelung zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab vorsah, wonach eine „reasonable likelihood“ als ausreichend für die Annahme einer begründeten Furcht vorgesehen war. Die deutsche Fassung hingegen näherte sich in ihrer Übersetzung dem Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit an, indem es auf eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ abstellt, obwohl dies eher dem angelsächsischen Maßstab des „clear probability“ entspricht.¹¹⁷ Zwar ist der Vorschlag der Kommission letztlich nicht in der verabschiedeten Richtlinie enthalten, dennoch lässt sich daraus ein weiterer Hinweis auf das Verständnis der Wahrscheinlichkeitsprüfung aus der Richtlinie entnehmen. Der Maßstab der beachtlichen Wahrscheinlichkeit sollte daher zugunsten der „realen Möglichkeit“ aufgegeben werden.

Bei der Glaubwürdigkeitsprüfung ist zudem besonders zu berücksichtigen, ob die dargelegten Aktivitäten den Behörden im Herkunftsland zur Kenntnis gelangt sind oder gelangen könnten und wie diese wahrscheinlich von den dortigen Behörden bewertet werden würden.¹¹⁸ Auch die gewährleisteten Menschenrechte, wie Meinungs-, Religions- und Versammlungsfreiheit müssen bei der Beurteilung eine angemessene Beachtung finden.¹¹⁹

Soweit es dem Schutzsuchenden aber gelingt, eine gefestigte bereits im Herkunftsland bestehende Überzeugung nachzuweisen, greift die gesetzliche Regelvermutung zu seinen Gunsten.¹²⁰ Eine Kontinuität in Überzeugung bzw. Ausrichtung ist dann ein gewichtiges Indiz für die Ernsthaftigkeit des die Verfolgungsgefahr begründenden Nachfluchtverhaltens.¹²¹

116 S. dazu Marx, HB (1. Aufl.), § 26 Rn. 1 ff.

117 COM (2001) 510 final (englisch); KOM (2001) 510 endgültig (deutsch), s. zu dem Ganzen Hruschka/Löhr, ZAR 2007, 180 (181); Marx, HB (1. Aufl.), § 26 Rn. 10 ff.

118 Kriterien des UNHCR, Auslegung v. Art. 1 GFK, Rn. 34; s.a. Marx, HB, § 31 Rn. 16.

119 Etwa der Wechsel der Religion oder der Überzeugung, welcher nach der Ausreise aufgrund eines gewachsenen gesellschaftlichen Bewusstseins stattfinden kann, vgl. UNHCR, Kommentar zur RL, 14 f.

120 § 28 Abs. 1a Hs. 2 AsylG ist eine Regelvermutung, vgl. Marx, AsylVfG, § 28 Rn. 28; so auch der Kommissionsentwurf v. 12.9.2001, KOM (2001), 510, 18; a.A. Hailbronner, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 32, 37 f., der darin lediglich eine Beweiserleichterung des Asylsuchenden für die Annahme einer Gefährdungssituation sieht.

121 Heusch, in: BeckOK, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 30.

§ 4 Nachfluchtstatbestände im Folgeverfahren (§ 28 Abs. 2 AsylG)

I. Umsetzung der Richtlinie 2011//95/EU

Mit der Regelung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie¹²² stellt der EU-Gesetzgeber es den Mitgliedstaaten frei, festzulegen, dass ein Folgeantragsteller in der Regel nicht als Flüchtling anerkannt wird, wenn die Verfolgungsgefahr auf Umständen beruht, die er nach Verlassen seines Herkunftslandes selbst geschaffen hat.¹²³ Mit der Änderung seines bereits durch das ZuwG eingefügten § 28 Abs. 2 AsylG hat der deutsche Gesetzgeber von der Ermessensklausel der Richtlinie Gebrauch gemacht, allerdings ohne den Konventionsvorbehalt aufzunehmen.¹²⁴ Nach § 28 Abs. 2 AsylG ist die Flüchtlingseigenschaft in der Regel bei solchen Nachfluchtgründen nicht anzuerkennen, die erst nach rechtskräftigem Abschluss eines Asylverfahrens mit einem Folgeantrag geltend gemacht werden.¹²⁵ Nicht von der Regelung umfasst sind Folgeanträge in Bezug auf die Gewährung subsidiären Schutzes.¹²⁶ Dies verbietet schon die unionsrechtliche Vorgabe.

122 Vorausgehend Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2004/83/EG, inhaltlich hat sich mit der Richtlinie 2011/95/EU nichts geändert.

123 Gesetzgebungstechnisch handelt es sich um eine sog. Freistellungsklausel, vgl. *Marx*, HB, § 32 Rn. 6.

124 Eingefügt durch das ZuwG v. 20.7.2004; materiell bezog sich § 28 Abs. 2 AsylG jedoch nur auf die Asylberechtigung; mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/83/EG v. 19.8.2007 wurde Abs. 2 neu gefasst und eingegrenzt auf die Flüchtlingsanerkennung, vgl. BT-Drucks 16/5065, 39, 216 f.

125 Nicht als verfahrensrechtliche Sperrwirkung, sondern als materieller Ausschlussstatbestand, vgl. dazu *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 30.

126 Ebenso ausgenommen von der Anwendbarkeit sind Folgeanträge, welche subjektive Nachfluchtgründe im Rahmen von Asylbegehren nach Art. 16a GG betreffen, vgl. *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 45 f.

II. Der Regelungstatbestand des § 28 Abs. 2 AsylG

1. Voraussetzungen

Der Anwendungsbereich der Norm ist eröffnet, soweit der Schutzsuchende einen Folgeantrag stellt und diesen auf Umstände stützt, die er nach Rücknahme oder unanfechtbarer Ablehnung seines früheren Antrages selbst geschaffen hat. Zunächst müssen die Voraussetzungen für die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens vorliegen. Dies richtet sich nach den Vorschriften über den Folgeantrag gem. § 71 Abs. 1 S. 1 AsylG i.V.m. § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG.¹²⁷ Der Schutzsuchende hat im Rahmen der Folgeantragsverfahrensprüfung schlüssig darzulegen, inwiefern seine neuen Aktivitäten geeignet sind, eine ihm günstigere Entscheidung herbeizuführen. Das Bundesamt darf die Maßstäbe hieran jedoch nicht zu hoch setzen. So genügt es, dass aufgrund der vorgebrachten veränderten, tatsächlichen Umstände die Möglichkeit einer positiven Entscheidung besteht.¹²⁸ Liegen die Voraussetzungen für einen Folgeantrag nicht vor, bedarf es auch keiner materiell-rechtlichen Prüfung des Abs. 2, da das Verfahren erst gar nicht eingeleitet wird.

Unionsrechtlich problematisch ist, dass es nach deutschem Recht für die Beurteilung eines Folgeantrags unerheblich ist, ob sich der Antragsteller zwischen den Anträgen ununterbrochen im Bundesgebiet aufgehalten hat.¹²⁹ Denn die Regelung in § 28 Abs. 2 AsylG stellt lediglich darauf ab, dass der erneute Antrag nach Abschluss eines Verfahrens auf Umstände gestützt wird, die der Antragsteller selbst geschaffen hat. In einer Fallkonstellation, in welcher der Betroffene nach Ablehnung des Erstantrages in den Heimatstaat zurückkehrt, dort Gründe für eine Verfolgung schafft, anschließend zurückkehrt und erneut einen Antrag stellt, würde dieser nach deutscher Rechtsprechung unter die Regelung des § 28 Abs. 2 AsylG fallen. Demgegenüber erfordert Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie dem Wortlaut nach, dass der Antragsteller die Aktivitäten nach Verlassen des Herkunftslandes selbst geschaffen hat, sodass Aktivitäten, die im Herkunftsland nach Abschluss eines Verfahrens in Deutschland getätigt werden, als Vorfluchtgründe zu werten sind und

127 Vgl. dazu ausführlich Marx, AsylVfG, § 28 Rn. 34.

128 BVerfG, InfAuslR 1995, 19 (21), s. dazu auch Marx, AsylVfG, § 28 Rn. 34.

129 BVerwG, NVwZ 1988, 258 (259); BayObLG, NVwZ-Beil. 1998, 55; s.a. *Bellw. Nieding*, ZAR 1995, 119.

§ 28 Abs. 2 AsylG insoweit keine Anwendung findet.¹³⁰ Daher bedarf die deutsche Regelung einer richtlinienkonformen Auslegung.¹³¹

Des Weiteren findet Abs. 2 ausschließlich auf Nachfluchtgründe Anwendung, die der Schutzsuchende selbst geschaffen hat. Der für die Vorschrift maßgebliche Zeitpunkt für das Entstehen der Nachfluchtgründe liegt in dem erfolglosen Abschluss des Erstverfahrens bzw. bei Rücknahme des Asylantrags, sodass Gründe, die bereits vorher verwirklicht worden sind oder aber in einem engen Zusammenhang mit den im Erstverfahren geprüften Gründen stehen, nicht unter die Anwendung des Abs. 2 fallen.¹³²

2. Unionsrechtliche Auslegung des Begriffs „Umstände“

Streitig ist, wie der Begriff der „Umstände“ unionsrechtlich auszulegen ist.¹³³ Z.T. wird angenommen, der Begriff sei allein auf „persönliche Umstände“ beschränkt, sodass es für den Anwendungsbereich eines familiären oder sozialen Hintergrunds bedürfe. Exilpolitische Tätigkeiten hingegen würden weder begrifflich noch sachlich vom Anwendungsbereich der Norm erfasst. Denn es erscheine widersprüchlich, dass die Richtlinie in Art. 5 Abs. 2 festlegt, dass „Aktivitäten“ als Nachfluchtgründe in Betracht kämen, den Mitgliedstaaten aber gleichermaßen die Möglichkeit einräume, eben diese „Aktivitäten“ im Rahmen von Abs. 3 bei der Flüchtlingsanerkennung außen vor zu lassen. Im Sinne einer widerspruchsfreien Rechtslage müsse daher der Regelungsinhalt des Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie deutlich voneinander abgegrenzt werden. Auch der Sprachgebrauch der Richtlinie deute auf diese strikte Unterscheidung der Begrifflichkeiten hin, vgl. etwa Art. 4 Abs. Buchst. 3 c und d. Soweit nun § 28 Abs. 2 AsylG exilpolitische Aktivitäten zu erfassen sucht, wäre diese Bestimmung wegen des Widerspruchs zur Richtlinie unbeachtlich und unanwendbar.¹³⁴ Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Die Auffassung verkennt, dass der Sprachgebrauch der Richtlinie klar zwischen

130 Im Sinne einer weiten Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie dahingehend, dass auf das letztmalige Verlassen Herkunftslandes abzustellen ist.

131 Ausgehend davon, dass eine richtlinienkonforme Auslegung im Rahmen der Wortlautgrenze bzw. eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion möglich ist, so etwa Marx, HB, § 32 Rn. 31. Zu den Grenzen allgemein s. Grosche/Höft, NJW 2009, 2416; Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2008, 123.

132 Vgl. dazu ausführlich Marx, AsylVfG, § 28 Rn. 36; streitig ist, wie ein Widerspruch zu werten ist, s. dazu Müller, Asylmagazin 1-2/2011, 8 (9).

133 Zur Problematik s. Hailbronner, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 53.

134 VG Meiningen, Urt. v. 2.2.2010 – 2 K 20113/08 Me, BeckRS 2010, 47780; Urt. v. 3.4.2007 – 2 K 20183/06 Me, BeckRS 2008, 32318; VG Lüneburg, InfAuslR 2007, 176; ihnen folgend Fränkel, in: Hofmann, HK-AuslR, § 28 AsylG Rn. 17; Lafrai, 166.

„Umständen“¹³⁵ und „persönlichen Umständen“¹³⁶ unterscheidet, sodass entsprechend des gesetzgeberischen Willens eine weite Auslegung des Begriffs angenommen werden muss. Zudem liefe die Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie sonst weitgehend leer, da „persönliche Umstände“, wie etwa Alter, Geschlecht und sozialer Hintergrund, gar nicht im eigentlichen Sinne „geschaffen“ werden können. Dies wäre mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht vereinbar.¹³⁷

3. Regelvermutung

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen nach Abs. 2 vor, kann im Asylverfahren in der Regel die Flüchtlingseigenschaft nicht zuerkannt werden. Damit werden Nachfluchtgründe, die der Schutzsuchende nach Abschluss des ersten Asylverfahrens selbst geschaffen hat, in der Regel unter Missbrauchsverdacht gestellt.¹³⁸ Die Vorschrift bezweckt den Anreiz zu vermindern, bei unverfolgter Ausreise und abgeschlossenem Verfahren aufgrund neugeschaffener Nachfluchtgründe erneut ein Verfahren zu betreiben und damit zu einem dauerhaften Aufenthalt zu gelangen. Eine Ausnahme von der Regel komme nur in atypischen Ausnahmesituationen in Betracht.¹³⁹

4. Widerlegung der Regelvermutung

§ 28 Abs. 2 AsylG verlagert die Beweislast auf den Schutzsuchenden, der die gesetzliche Missbrauchsvermutung widerlegen muss, um in den Genuss der Flüchtlingsanerkennung zu gelangen. Dafür muss der Schutzsuchende den Verdacht ausräumen, die neuen Nachfluchtaktivitäten nur mit Blick auf die Flüchtlingsanerkennung

135 Vgl. Art. 11 Abs. 1 Buchst. e, f und Art. 16 der Richtlinie.

136 Vgl. Art. 4 Abs. 3 Buchst. c; Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie.

137 BVerwG, Beschl. v. 23.04.2008 – 10 B 106.07, BeckRS 2008, 35426; s.a. *Funke-Kaiser*, GK-AsylVfG, § 28 Rn. 66; *Heusch*, in: BeckOK AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 32; *Mallmann*, ZAR 2011, 342 (344), der insbesondere auch die verschiedenen Sprachfassungen der Richtlinie in den Mitgliedstaaten vergleicht.

138 BVerwG, NVwZ 2009, 730 (731); ZAR 2010, 287 (289); zuletzt Urt. v. 31.1.2014 – 10 B 5/14, BeckRS 2014, 48133.

139 BVerwG, NVwZ 2009, 730 (731); OVG NRW, Beschl. v. 18.10.2012 – 14 A 2298/12.A, BeckRS 2012, 60595; VG Minden, Urt. v. 31.07.2014 – 1 K 3532/13, BeckRS 2014, 56049; vgl. auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks 15/420, 110.

aufgenommen zu haben.¹⁴⁰ Die Frage, nach welchen Kriterien Ausnahmen von Abs. 2 zuzulassen sind, wird in der Rechtsprechung jedoch unterschiedlich behandelt.

a) Kontinuitätskriterium als Indiz

Ein Teil der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ließ in Anknüpfung an die Asylanererkennung nach Abs. 1 eine Ausnahme zu, wenn die Nachfluchtaktivitäten sich als Ausdruck und Fortführung einer schon während des Aufenthaltes im Herkunftsland vorhandenen und erkennbar betätigten Überzeugung darstellen.¹⁴¹ Dem ist das BVerwG entgegengetreten. Die inhaltliche und zeitliche Kontinuität der nach außen betätigten Überzeugung sei zwar ein wichtiges Indiz, reiche aber zur Widerlegung der Regelvermutung nicht aus. Vielmehr müsse der Schutzsuchende „gute Gründe“ dafür anführen, warum er nach einem erfolglosen Asylverfahren erstmalig exilpolitisch aktiv geworden ist oder seine bisherigen Aktivitäten intensiviert hat.¹⁴² Dazu ist eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Schutzsuchenden und seiner Motive erforderlich; auch vor dem Hintergrund seines bisherigen Vorfluchtschicksals.¹⁴³

Damit steht fest, dass die explizit für die Asylberechtigung aufgestellten Kriterien in Abs. 1 nicht ausschlaggebend für die Anerkennung internationalen Schutzes sein können. Dies entspricht auch der allgemeinen Regelungstechnik im Asyl- und Flüchtlingsrecht, die klar zwischen den einzelnen Schutzgewährungen unterscheidet. Daher können die Maßstäbe und Wertungen des Abs. 1 nicht bei der Anwendung des Abs. 2 herangezogen werden. Maßgeblich sind allein die europarechtlichen Vorgaben aus der Richtlinie. Da das Kriterium der Kontinuität durchaus unionsrechtlich legitim ist, vgl. Art 5 Abs. 2 der Richtlinie, ist dem BVerwG insoweit zuzustimmen, als dass das Kriterium Indizwirkung entfalten könne, ohne jedoch allein zur Widerlegung der Vermutung auszureichen.¹⁴⁴

Was allerdings genau hinzukommen muss, lässt das BVerwG weitgehend offen. Zwar führt es insoweit die „guten Gründe“ an und konkretisierte diese in Hinblick auf eine anzustellende Gesamtwürdigung, welche die Motive und Persönlichkeit

140 BVerwG, NVwZ 2010, 383; 2009, 730 (732); zu den Anforderungen s.a. *Mallmann*, ZAR 2011, 342 (343 ff.).

141 OVG Rhl.-Pf., AuAS 2006, 102; OVG NRW, InfAusIR 2005, 489; so auch *Hecht*, in: Kluth/Hund/Maaßen, ZuWR, § 5 Rn. 160.

142 Soweit das Betätigungsprofil nach erfolglosem Verfahren unverändert bleibt, liegt die Annahme eines Missbrauchs eher fern, vgl. BVerwG, Urt. v. 31.1.2014 – 10 B 5/14, BeckRS 2014, 48133.

143 BVerwG, NVwZ 2010, 383; 2009, 730 (732); zuletzt Urt. v. 31.1.2014 – 10 B 5/14.

144 BVerwG, NVwZ 2010, 383 (386); s. dazu auch *Mallmann*, ZAR 2011, 342 (343); *Hoppe*, ZAR 2010, 164 (167).

des Schutzsuchenden mit einbeziehen soll. Handfeste Kriterien lassen sich daraus jedoch nicht ableiten. So überrascht es nicht, dass die Gerichte bei ihrer Bewertung unterschiedliche Maßstäbe ansetzen. Z.B. ein Glaubenswechsel, der nach der Ausreise erfolgt ist, kann bereits einen Ausnahmetatbestand begründen, wenn dieser auf einer inneren, tiefen Überzeugung beruht.¹⁴⁵ Gleichmaßen sollte eine neu gewonnene politische Einstellung, die auf einer ernstlichen Überzeugung beruht, außerhalb der Regelvermutung liegen. Jedoch lässt sich der bisherigen Rechtsprechungspraxis entnehmen, dass die Anforderungen für erstmals politisch Aktive deutlich höher sind, obwohl es dabei ebenso um grundrechtlich besonders schützenswerte Verhaltensweisen geht. So sei der freie Entschluss, sich erstmals für die Sache der Opposition zu engagieren, zur Widerlegung der Vermutung nicht geeignet, da hier der Regelfall vorliege, für den § 28 Abs. 2 AsylG gerade den Anreiz nehmen solle, die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft im Folgeverfahren zu schaffen.¹⁴⁶ Es ist mithin offensichtlich, dass die Gerichte keine einheitlichen Maßstäbe bei der Bewertung von Ausnahmefällen im Rahmen des Abs. 2 anlegen. So wird der Freiheit des Glaubens sowie der Religionsausübung nach Art. 4 GG mehr Gewicht zugesprochen als die der politischen Betätigung, unabhängig davon, dass diese gleichermaßen grundrechtlich geschützt ist (Art. 2 und Art. 5 GG). Eine unterschiedliche Beurteilung ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn sich aus dem Grundgesetz ein Rangverhältnis zwischen den einzelnen Grundrechten ableiten lässt. Ein solches könnte sich aus den unterschiedlichen Schrankenregimen der verschiedenen Grundrechte – die vorbehaltlose Gewährleistung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und der Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 Abs. 1 und 5 Abs. 2 GG – ergeben. Zutreffend ist zwar, dass den vorbehaltlos gewährten Grundrechten eine besondere Bedeutung zukommt,¹⁴⁷ welche sich insbesondere in der unterschiedlich starken Abwehrfunktion der Grundrechte je nach Ausformung des Gesetzesvorbehalts entfaltet. Bei der Beachtlichkeit subjektiver Nachfluchtgründe geht es jedoch um die Anerkennung grundrechtlich geschützter Interessen und Verhaltensweisen und nicht um die Frage nach der besonderen Schutzbedürf-

145 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 10.7.2014 – 5a K 6097/12.A, BeckRS 2014, 54279; VG Düsseldorf, Urt. v. 7.7.2010 – 16 K 6522/09.A, BeckRS 2014, 53686.

146 OVG Hamburg, Urt. v. 13.1.2010 – 5 Bf 393/05, juris; krit. *Bank/Foltz*, Asylmagazin 10/2008, 1 (6); *Duchrow*, ZAR 2002, 269 (273); aus der weiteren Rechtsprechungspraxis s. u.a. auch VG Minden, Urt. v. 31.7.2014 – 1 K 3532/13.A, BeckRS 2014, 56049; VG Magdeburg, Urt. v. 26.6.2014 – 9 A 59/13, juris Rn. 16 – die von einer Widerlegung ausgehen, soweit der Schutzsuchende im Heimatland politisch aktiv war, diese Aktivitäten im Erstverfahren fortgesetzt und erst im Folgeverfahren intensiviert hat.

147 So auch das BVerfG, welches den besonderen Rang der Religionsfreiheit hervorhebt, vgl. BVerfG, NJW 2004, 47 (48).

tigkeit eines Grundrechts gegenüber Eingriffen des Staates. Das Verhalten innerhalb zweier Schutzbereiche kann außerhalb der Frage der Rechtfertigung von Eingriffen nicht per se unterschiedlich gewichtet werden. Daher kann dem Grundgesetz hinsichtlich der einzelnen Schutzgewährungen kein absolutes Rangverhältnis entnommen werden.

Es wäre daher wünschenswert, wenn das BVerwG seine aufgestellten Kriterien konkretisiere, um diesem Missverhältnis in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entgegenzuwirken, um so eine einheitliche und gerechtere Handhabe zu gewährleisten.

b) Alter und Entwicklungsstand als Kriterium

Auch in Hinblick auf die Ausnahmeregelung des § 28 Abs. 1 S. 2 AsylG hat das BVerwG entschieden, dass die für Art. 16a GG geltende Vorschrift wegen der unterschiedlichen Regelungsmaterien in § 28 AsylG im Rahmen von § 28 Abs. 2 AsylG keine Anwendung findet. Die Regelvermutung des Abs. 2 gelte vielmehr auch in den Fällen, in denen sich der Schutzsuchende alters- und entwicklungsbedingt im Herkunftsland noch keine feste Überzeugung bilden konnte, diesen Entwicklungsstand aber bereits vor Abschluss des vorangegangenen Asylverfahrens erreicht hat.¹⁴⁸ Dabei geht das BVerwG davon aus, dass in der Regel bereits mit 16, spätestens jedoch mit 18 Jahren, die Herausbildung einer festen politischen Überzeugung möglich sei. Es begründet seine Auffassung mit der asylrechtlichen Verfahrensfähigkeit von 16 Jahren gem. § 12 AsylVfG (a.F.).¹⁴⁹ Zu kritisieren ist dies insbesondere dahingehend, dass eine solche Bewertung nicht dem Umstand gerecht wird, dass Minderjährige regelmäßig auch im Alter von 16 Jahren noch nicht in der Lage sind, langfristig gefestigte politische Einstellung zu entwickeln und die Vielschichtigkeit gesellschaftlicher Strukturen einzuordnen. Vielmehr sollte sich eine Bewertung an die sich aus der UN-Kinderrechtskonvention¹⁵⁰ ergebenden Schutzrechte orientieren, wonach grundsätzlich jeder Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, als Kind anzusehen ist. Eine Ungleichbehandlung von Kindern unter und über 16 Jahren kann demnach nicht aufrechterhalten werden.¹⁵¹ Dies hat der Gesetzgeber in Bezug auf § 12 AsylG korrigiert, indem die

148 BVerwG, NVwZ 2010, 383 (384 f.); s.a. *Mallmann*, ZAR 2011, 342 (343); *Müller*, Asylmagazin 1-2/2011, 8 (10); wohl anders *Hecht*, in: Kluth/Hund/Maaßen, ZuWR, § 5 Rn. 160.

149 BVerwG, NVwZ 2010, 383 (385); krit. *Müller*, Asylmagazin 1-2/2011, 8 (10).

150 Nach der Rücknahme des Vorbehalts durch die Bundesregierung am 15.7.2010 in New York ist die UN-Kinderrechtskonvention auch für das Asyl- und Ausländerrecht anwendbar.

151 Zur Unvereinbarkeit des § 12 AsylG mit der UN-Kinderrechtskonvention s. AG Gießen, NJW-RR 2011, 440 (441); umfassend dazu auch *Peter*, AL 2009, 290 ff.

Fähigkeit zur Vornahme von Verfahrenshandlungen nach dem Asylgesetz nicht bereits mit Vollendung des 16. Lebensjahres, sondern erst mit Volljährigkeit bestehen soll.¹⁵² Es bleibt abzuwarten, ob sich das BVerwG dem anschließt und § 28 Abs. 2 AsylG dahingehend auslegt, dass die Missbrauchsvermutung bis Erreichen des 18 Lebensjahres nicht greift.

III. Verfassungs- und völkerrechtliche Bedenken

1. Vereinbarkeit mit der GFK

Zweifelhaft ist, ob der Regelausschluss der Flüchtlingsanerkennung im Folgevverfahren mit der GFK vereinbar ist.¹⁵³

Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie beginnt einführend mit der Formulierung: „Unbeschadet der GFK“. Damit wird der nationale Gesetzgeber ausdrücklich dazu angehalten, bei der Gestaltung der nationalen Regelung die internationalen Verpflichtungen aus der Konvention einzuhalten.¹⁵⁴ Es besteht jedoch Uneinigkeit darüber, wie der Konventionsvorbehalt zu verstehen ist, insbesondere in Hinblick auf die Bedeutung des Refoulementverbots.

a) Rechtsprechung

Nach überwiegender Rechtsprechung ist der Regelausschluss in § 28 Abs. 2 AsylG mit den Regelungen der GFK vereinbar und wirft deshalb in Bezug auf den Konventionsvorbehalt der Richtlinie keine unionsrechtlichen Zweifel auf.¹⁵⁵ Aus der Konvention lasse sich lediglich die Beachtung des in Art. 33 verankerten Refoulement-

152 Geändert mit dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz v. 20.10.2015, BGBl. I S. 1722.

153 Für eine Vereinbarkeit s. u.a. BVerwG, NVwZ 2009, 730 (732); OVG Magdeburg, Urt. v. 19.12.2006 – 1 L 319/04, BeckRS 2008, 32668; *Funke-Kaiser*, GK-AsylVfG, § 28 Rn. 57 ff.; *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 63; *Heusch*, in: BeckOK, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 35; *Mallmann*, ZAR 2011, 342 (344); a.A. *Duchbrow*, ZAR 2004, 339 (342); *Lafrai*, 165 ff.; *Marx*, HB, § 32 Rn. 13; *UNHCR*, Stellungnahmen v. 16.1.2002, 5 und v. 21.5.2007, 14; krit. auch *Huber*, NVwZ 2005, 1 (10); *Fröblich*, 245.

154 Der Zusatz hat jedoch keine eigenständige Bedeutung, da sich die Verpflichtungen aus der GFK bereits aus Art. 78 Abs. 1 S. 2 AEUV ergeben, ebenso wird im Erwägungsgrund Nr. 3 in der Richtlinie 2011/95/EU darauf Bezug genommen, vgl. zu dem Ganzen *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 42 f.

155 BVerwG, NVwZ 2009, 730 (732); so auch OVG Koblenz, AuAS 2006, 102; OVG Bremen, Beschl. v. 20.7.2006 – 2 A 215/05.A, juris Rn. 16; OVG Magdeburg, Urt. v. 19.12.2006 – 1 L 319/04, BeckRS 2008, 32668; s.a. die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks 15/420, 109 f.; a.A. VG Stuttgart, InfAuslR 2005, 345.

mentverbots entnehmen. Sie schreibe den Staaten jedoch keine förmliche Zuerkennung eines Flüchtlingsstatus vor, sodass innerstaatlich auch keine Verpflichtung dahingehend aus der GFK abgeleitet werden kann. Die GFK garantiere dem anderswo vor politischer Verfolgung bedrohten Schutzsuchenden damit keinen bestimmten Status, sondern lediglich Abschiebungsschutz für die Dauer der Bedrohung, der auch auf andere Weise als durch § 60 Abs. 1 AufenthG gewährleistet werden kann, etwa durch die Abschiebungsverbote der § 60 Abs. 2, 5 und 7 AufenthG.¹⁵⁶

Zudem sei bereits zweifelhaft, ob eine Furcht vor Verfolgung nach Art. 1 A Nr. 2 GFK überhaupt auf Fälle der risikolosen Verfolgungsprovokation im Aufnahme-land gestützt werden könne. Denn allein die Tatsache, dass der Flüchtlingsbegriff auch Personen erfasse, die erst nach Einreise zum Flüchtling geworden sind, lasse nicht die Schlussfolgerung zu, auch subjektive Nachfluchtgründe könnten die Flüchtlingseigenschaft rechtlich uneingeschränkt begründen. Für eine Einbeziehung solcher Gründe in den Schutzbereich des Art. 1 A GFK spreche noch weniger, wenn es sich um eine missbräuchliche Inanspruchnahme des von der Konvention vorgesehenen Schutzes handelt.¹⁵⁷

b) Kritik in der Literatur

Diese Auffassung hat vielfach Kritik erfahren. Zum einen werde schon der Konventionsvorbehalt in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie durch die Rechtsprechung zu eng ausgelegt, wenn sich dieser darin erschöpfen soll, lediglich das Refoulementverbot zu beachten. Bereits Art. 21 der Richtlinie nimmt dieses als allgemein zu beachtenden Grundsatz auf, dem Zusatz in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie würde dann nur deklaratorische Wirkung zukommen. Es ist jedoch anzunehmen, dass der EU-Gesetzgeber dem Konventionsvorbehalt eine über den bloßen Refoulementschutz hinausgehende Bedeutung beimessen wollte.¹⁵⁸ Zweck des Konventionsvorbehalts müsse es sein, ein Auseinanderfallen der Kriterien für die Flüchtlingseigenschaft gem. der GFK einerseits und den Anerkennungs voraussetzung der unionsrechtlichen Vorgaben andererseits entgegenzuwirken.¹⁵⁹ Dies kann nur gewährleistet werden, wenn alle konventionsrechtlichen Verpflichtungen ihrem Sinn und Zweck entsprechend Berücksichtigung finden.

156 BVerwG, NVwZ 2009, 730 (732); so auch *Hailbronner*, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 63, *Funke-Kaiser*, GK-AsylVfG, § 28 Rn. 59.

157 BVerwG, NVwZ 2009, 730 (732); s.a. *Funke-Kaiser*, GK-AsylVfG, § 28 Rn. 57; zustimmend *Heusch*, in: BeckOK, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 35.

158 *Marx*, HB, § 32 Rn. 13.

159 UNHCR, Stellungnahme am 21.5.2007, 14; s.a. *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 41.

Die Konvention verfolge den Zweck, Personen, deren Leben oder Freiheit gefährdet ist, zu schützen. Sie unterscheide weder zwischen Vor- oder Nachfluchtgründen, noch danach, ob ein Fluchtgrund von dem Schutzsuchenden selbst verursacht wurde oder nicht.¹⁶⁰ Unterstützt werde diese Auslegung durch den Wortlaut der Konvention selber.¹⁶¹ Für Art. 1 A Nr. 2 GFK komme es ausschließlich darauf an, ob sich eine Person aufgrund begründeter Furcht außerhalb des Landes befindet. Ob selbst geschaffene Nachfluchtgründe ausreichen, um eine begründete Furcht vor Verfolgung anzunehmen, ist allein eine Frage der Glaubwürdigkeit.¹⁶² Soweit der Betroffene eine reale Gefahr der Verfolgung geschaffen hat, wenngleich durch arglistiges, absichtliches Verhalten, könne ihm die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus nicht verweigert werden. Denn eine Ausschlussklausel wegen missbräuchlicher Inanspruchnahme kenne die Konvention nicht.¹⁶³ Eindringlich hat es auch das kanadische Bundesgericht in einem Fall ausgeführt:

„... das Recht befasst sich nicht nur damit, den Tapferen zu schützen, sondern auch die Schwachen, den Ängstlichen und selbst den Unbesonnenen.“¹⁶⁴

Im Ergebnis stünde Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie damit einer nationalen Regelung entgegen, die den Konventionsschutz versage, obwohl eine begründete Furcht vor Verfolgung gegeben ist.¹⁶⁵

c) Eigene Stellungnahme

Das BVerwG berücksichtigt die Bestimmungen aus der Konvention nicht in vollem Maße und kommt hinsichtlich der Auslegung des Refoulementverbots zu falschen Schlussfolgerungen, insbesondere indem es die Richtlinie nicht mit einbezieht. Wenn das BVerwG darauf verweist, aus Art. 33 GFK folge kein besonderer Schutzstatus, so verkennt es, dass Art. 33 selbst auf Art. 1 A Nr. 2 GFK Bezug nimmt und demzufolge gerade einen bestimmten Schutz im Blick hat, namentlich den Flüchtlingschutz. Und wenn aus der Richtlinie inzwischen auch konkrete Statusrechte aus der Rechtstellung eines anerkannten Flüchtlings folgen, so ist es inkonsequent,

160 UNHCR, Stellungnahme am 16.1.2002, 5; s. dazu auch *Lafrai*, 165; *Marx*, HB, § 32 Rn. 19; *Duchrow*, ZAR 2002, 269 (270).

161 Vgl. in Art. 1 C Nr. 4 Alt. 2 GFK, der im Rahmen der Beendigungsklauseln davon spricht, dass die Furcht vor Verfolgung auch außerhalb des Landes eingetreten sein kann.

162 UNHCR, HB, Rn. 96; Auslegung v. Art. 1 GFK, Rn. 34.

163 Vgl. den abschließenden Katalog der Ausschlussgründe in Art. 1 C GFK.

164 Federal Court CanL II 5458 (F.C.), *Nejad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 5458 (FC).

165 S. dazu ausführlich *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 37 ff., *ders.*, HB, § 32 Rn. 6 ff.; *Lafrai*, 165 ff.

diese nicht in den Erwägungen mit einzubeziehen.¹⁶⁶ Es kann auch nicht von einem vergleichbaren Schutz im Rahmen des subsidiären Schutzes nach § 60 Abs. 2 oder der nationalen Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG die Rede sein, wenn sich aus den jeweiligen Aufenthaltsgestattungen andere Rechtsfolgen ergeben, so z.B. hinsichtlich der Aufenthaltserlaubnis¹⁶⁷ und den Sozialleistungen.¹⁶⁸ Für den Betroffenen sind diese Unterschiede von erheblicher Bedeutung.

Wenn nun eine begründete Furcht im Sinne des Art. 1 A Nr. 2 GFK vorliegt, greift das Refoulementverbot und es folgt eine uneingeschränkte Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Daraus wiederum folgen die für die Flüchtlingsstellung geltenden Rechte aus der Richtlinie. Ein Verweis auf einen anderen Schutz ist mit der GFK nicht vereinbar und widerspricht sowohl dem Unionsrecht als auch den völkerrechtlichen Verpflichtungen. Aus diesen Gründen kann der Auffassung der Rechtsprechung nicht gefolgt werden. Auch ein Verweis auf das gesetzgeberische Ziel der Missbrauchsprävention vermag eine Einschränkung des Flüchtlingsschutzes im Folgeverfahren nicht zu rechtfertigen.

Zweifelhaft ist zudem, ob nicht die unionsrechtliche Vorgabe in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie selbst aus diesen Gründen konventionsrechtswidrig ist.¹⁶⁹ Durch das den Mitgliedstaaten eingeräumte Umsetzungsermessen könnte man annehmen, der EU-Gesetzgeber gehe davon aus, die Konvention lasse eine derartige Regelung zu.¹⁷⁰ Die Entstehungsgeschichte zu Art. 5 der Richtlinie zeigt jedoch etwas anderes. Denn in der Frage nach der Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie mit der GFK konnte bereits während der Verhandlungen zur Richtlinie keine Einigung erzielt werden, sodass die Möglichkeit der Nichtberücksichtigung von Nachfluchtgründen im Folgeverfahren nur „unbeschadet der GFK“ bestehen sollte. Die Klausel ist insofern eher Ausdruck eines politischen Kompromisses.¹⁷¹ Letztlich wurde es damit den Mitgliedstaaten überlassen, eine konventionskonforme Bestimmung zu finden und damit, anders als die Richtlinie selbst, die Frage zu beantworten, inwieweit Nachfluchtgründe im Folgeverfahren vor dem Hintergrund der GFK zu bewerten sind. Zweifellos wirkt sich diese Vorgehensweise zu Lasten der Rechts-

166 So auch *Duchrow*, ZAR 2002, 269 (272 f.); *Müller*, Asylmagazin 1-2/2011, 8 (12).

167 Dauer des Aufenthalts im Rahmen der Flüchtlingsanerkennung: 3 Jahre, vgl. §§ 25 Abs. 1 i.V.m. 26 Abs. 1 S. 1 AufenthG, für subsidiär Schutzberechtigte: maximal 1 Jahr, vgl. §§ 25 Abs. 2 i.V.m. 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG.

168 Aufenthaltsberechtigte nach § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG erhalten innerhalb der ersten 3 bzw. 4 Jahre kein Kindergeld (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG), kein Bafög (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 Bafög) und keine Ausbildungshilfe (§ 59 Abs. 2 SGB III).

169 Zumindest zweifelnd *Fröblich*, 245; *Marx*, AsylVfG, § 28 Rn. 32; *ders.*, HB, § 32 Rn. 10; a.A. OVG Hamburg, Urt. v. 13.1.2010 – 5 Bf 393/05, juris, Rn. 18.

170 Vgl. hierzu auch *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt*, AuslR, § 28 AsylG Rn. 23.

171 *Fröblich*, 245; *Meyer/Schallenger*, NVwZ 2005, 776 (777).

vereinheitlichung aus. Der Unionsgesetzgeber hätte gut daran getan, die Frage eindeutig in der Richtlinie zu beantworten und hierbei gleichzeitig den Schutzgedanken der GFK in hinreichendem Maße zu berücksichtigen.

2. Vereinbarkeit mit Art. 16a GG

Die Regelung des § 28 Abs. 2 AsylG ist auch verfassungsrechtlich nicht unbedenklich.¹⁷² Das BVerfG schränkte seinerseits die Beachtlichkeit von Nachfluchtgründen im Asylanerkennungsverfahren ein, hatte aber gleichzeitig ausdrücklich auf einen außerhalb der Asylanerkennung verbleibenden Schutz hingewiesen, insbesondere auf den Schutz nach Maßgabe von Art 33 GFK.¹⁷³ So stellten subjektive Nachfluchtgründe nunmehr zwar keine Asylgründe mehr dar, sie konnten und sollten aber immerhin Abschiebungshindernisse nach der GFK begründen.¹⁷⁴

Die Entscheidung des BVerfG kann demnach so verstanden werden, dass eine einschränkende Auslegung des Asylgrundrechts in Bezug auf Nachfluchtgründe nur mit Blick auf diese verbleibende Schutzmöglichkeit zu rechtfertigen sei. Die völkerrechtlich begründeten Rechtsbindungen aus Art. 33 GFK seien, so das BVerfG,

„... selbstverständlich auch in Fällen von Nachfluchtatbeständen, die der Asylrelevanz mangeln, zu beachten“.¹⁷⁵

Durch diesen Verweis impliziert das BVerfG, dass das Asylgrundrecht nur eingeschränkt werden könne, da der Schutz über den Flüchtlingsstatus des Art. 33 GFK verbleibe. Indem aber dieser Flüchtlingsstatus durch § 28 Abs. 2 AsylG gerade nicht mehr gewährt wird, würde somit auch die Rechtfertigung des BVerfG für die Einschränkung des Art. 16a GG in Bezug auf Nachfluchtgründe im Folgeverfahren entfallen. Mithin verbietet sich der generelle Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung in § 28 Abs. 2 AsylG auch vor dem Hintergrund des Art. 16a GG.

172 S. dazu *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 22; *Duchrow*, ZAR 2004, 269 (272 f.); *Fränkel*, in: Hofmann, HK-AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 2.

173 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313).

174 *Duchrow*, ZAR 2002, 269 (272).

175 BVerfG, NVwZ 1987, 311 (313).

3. Folgen

Letztlich bleibt die Frage, wie der Widerspruch zwischen § 28 Abs. 2 AsylG, Art. 33 GFK und Art. 16a GG aufzulösen ist. Eine Ausnahme von der Anwendung des Abs. 2 läge bei Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung immer vor, wenn der Betroffene als Flüchtling im Sinne der GFK anzusehen ist und er somit unter dem Schutz des Art. 33 GFK steht. Dies hätte allerdings zur Folge, dass die vom Gesetzgeber beabsichtigte Ausnahme zur Regel werden würde.¹⁷⁶ Aber nur durch diese teleologische Reduktion lasse sich die derzeitige Regelung mit den Vorgaben von Völkerrecht und Verfassung in Einklang bringen.¹⁷⁷ Letztendlich ist also der Gesetzgeber hier in der Pflicht. Ferner bleibt abzuwarten, ob der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens mit dieser Frage befasst werden würde.

176 Infolge des Widerspruchs zur GFK ist diese Folge hinzunehmen, vgl. VG Stuttgart, InfAuslR 2005, 345.

177 *Duchrow*, ZAR 2002, 269 (273); *Groß*, ZAR 2005, 61 (63); krit. auch *Huber/Göbel-Zimmermann*, AuslR, Rn. 1695; a.A. *Funke-Kaiser*, GK-AsylVfG, § 28 Rn. 64; *Heusch*, in: BeckOK, AuslR, § 28 AsylVfG Rn. 35.

§ 5 Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der deutsche Gesetzgeber mit seiner Regelung in § 28 AsylG primär das Ziel verfolgt, einer missbräuchlichen Herbeiführung von Nachfluchtgründen entgegenzuwirken.¹⁷⁸ Diesem Ziel werden sowohl völker- und unionsrechtliche Vorgaben als auch verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte untergeordnet.

Die Untersuchungen zu Abs. 1 haben ergeben, dass schon der gesetzgeberische Wille auf eine Entscheidung des BVerfG zurückgeht, der es selbst an einer tragfähigen Begründung mangelte. Auch die erhöhten Anforderungen an die Ausnahmen zeigen, dass insbesondere grundrechtlich geschützte Freiheiten nicht im hinreichenden Maße berücksichtigt werden. In Bezug auf § 28 Abs. 2 AsylG lässt sich positiv feststellen, dass die Maßstäbe und Kriterien, welche im Rahmen von § 28 Abs. 1 AsylG entwickelt wurden, nicht ohne Weiteres zur Widerlegung der Regelvermutung in § 28 Abs. 2 AsylG herangezogen werden können. Insoweit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich hierbei um zwei unterschiedliche Regelungsmaterien handelt und im Rahmen von § 28 Abs. 2 AsylG unions- und auch völkerrechtliche Vorgaben zu gelten haben. Nicht hinreichend berücksichtigt hat man diese jedoch bei der Ausgestaltung des Regelungsinhalts selbst. So ist der generelle Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung im Folgeverfahren weder mit der Konvention noch mit dem Art. 16a GG vereinbar.

Vor dem Hintergrund der hohen Anzahl der beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge anhängigen (Folge-)Verfahren und dem politischen Ziel, diese langfristig zu reduzieren, ist jedoch nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber seine Regelungen entsprechend anpasst. Dies erscheint auch im Hinblick auf die derzeitigen Entwicklungen in der Flüchtlingshilfe unwahrscheinlich.

¹⁷⁸ Zumindest bezogen auf § 28 Abs. 1 und 2 AsylG, im Rahmen v. Abs. 1a hat er keine Befugnis zu Einschränkungen, vgl. Art 5 Abs. 2 der Richtlinie.

Literaturverzeichnis

- Bank, Roland/Foltz, Friederike, Flüchtlingsrecht auf dem Prüfstand – Die Qualifikationsrichtlinie im deutschen Recht, Beil. zum Asylmagazin 10/2008, abrufbar im Internet: http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/redaktion/Dokumente/am2008-10-beil.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2016).
- Bell, Roland/v. Nieding, Norbert, Das Asylfolgeantragsverfahren nach neuem Recht, ZAR 1995, 119.
- Bergmann, Jan, Das immanent beschränkte Asylgrundrecht, ZAR 2005, 137.
- ders./Dienelt, Klaus (Hrsg.), Ausländerrecht, Kommentar, 11. Auflage, München 2016.
- Brunn, Bernd, Nachfluchtgründe und Asylgrundrecht in der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1987, 301.
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1: Präambel, Art. 1-19, 3. Auflage, Tübingen 2013.
- ders., Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1: Präambel, Art. 1–19, 2. Auflage, Tübingen 2004.
- ders., Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1: Präambel, Art. 1–19, 1. Auflage, Tübingen 1996.
- Duchrow, Julia, Flüchtlingsrecht und Zuwanderungsgesetz unter Berücksichtigung der sog. Qualifikationsrichtlinie, ZAR 2004, 339.
- dies., Die flüchtlingsrechtlichen Profile des Zuwanderungsgesetzes, ZAR 2002, 269.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian, Beck'scher Onlinekommentar, Grundgesetz, 25. Edition, München 2015 (Stand: 1.6.2015).
- Erbs, Georg (Begr./Kohlhaas, Max/Ambros, Friedrich (Hrsg.)), Beck'scher Kurzkommentar, Strafrechtliche Nebengesetze, München 2014 (Loseblatt, Stand: 200. Lieferung 2014).
- Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Asylverfahrensgesetz, Bd. 2, Köln. 2015 (Loseblatt, Stand: 103. Lieferung 2015).
- Fröhlich, Daniel, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrecht, Tübingen 2011.
- Groh, Kathrin, Zur Aufhebung von Asyl- und Flüchtlingsanerkennungen im Geflecht von völker- und europarechtlichen Verpflichtungen, ZAR 2009, 1.
- Grosche, Nils/Höft, Jan, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ohne Grenzen?, NJW 2009, 2416.
- Groß, Thomas, Zuwanderung aus humanitären Gründen, ZAR 2005, 61.
- Hailbronner, Kay, Ausländerrecht, Kommentar, Bd. 3 – Asylrecht, Heidelberg 2014 (Loseblatt, Stand: 86. Lieferung 2014).
- ders., Asyl- und Ausländerrecht, 3. Auflage, Stuttgart 2014.
- ders., Das Grundrecht auf Asyl – unverzichtbarer Bestandteil der grundgesetzlichen Wertordnung, historisches Relikt oder gemeinschaftsrechtswidrig?, ZAR 2009, 369.
- Hofmann, Rainer (Hrsg.), Ausländerrecht, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Hoppe, Michael, Aktuelle Rechtsprechung zum Asyl- und Flüchtlingsrecht, ZAR 2010, 164
- Hruschka, Constantin/Löhr, Tillmann, Der Prognosemaßstab für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nach der Qualifikationsrichtlinie, ZAR 2007, 180.

- Huber, Bertold, Das Gesetz zur Änderung asylverfahrensrechtlicher, arbeitserlaubnisrechtlicher und ausländerrechtlicher Vorschriften, NVwZ 1987, 391.
- Hers., Das Zuwanderungsgesetz, NVwZ 2005, 1.
- Hers./Göbel-Zimmermann, Ralph, Ausländer- und Asylrecht, 2. Auflage, München 2008.
- Kluth, Winfried/Heusch, Andreas (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar, Ausländerrecht, 7. Edition, München 2015 (Stand. 1.5.2015).
- Kluth, Winfried/Hund, Michael/Maaßen, Hans-Georg (Hrsg.), Zuwanderungsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.
- Kroll-Ludwigs, Kathrin/Ludwigs Markus, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen, ZJS 2009, 123.
- Lafrai, Cleopatra, Die EU-Qualifikationsrichtlinie und ihre Auswirkungen auf das deutsche Flüchtlingsrecht, Paderborn 2013.
- Mallmann, Otto, Zu selbst geschaffenen Nachfluchtatbeständen insbesondere nach § 28 II AsylVfG, ZAR 2011, 342.
- Markard, Nora, Kriegsflüchtlinge: Gewalt gegen Zivilpersonen in bewaffneten Konflikten als Herausforderung für das Flüchtlingsrecht und den subsidiären Schutz, Tübingen 2012.
- Marx, Reinhard, Kommentar zum Asylverfahrensgesetz, 8. Auflage, Köln 2014.
- Hers., Handbuch zum Flüchtlingschutz – Erläuterungen zur Qualifikationsrichtlinie, 2. Auflage, Köln 2012.
- Hers., Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie, 1. Auflage, Köln 2009.
- Meyer, Harald/Schallenberg, Gisbert, Die EU-Flüchtlingsrichtlinie: Das Ende für das Forum Internum und Abschied von der Zurechnungstheorie?, NVwZ 2005, 776.
- Möller, Winfried, Tatsachenfeststellung im Asylprozess, Würzburg 2004.
- Müller, Kerstin, Nachfluchtgründe und die Hürde des § 28 II AsylVfG, Asylmagazin 1-2/2011, 8, abrufbar im Internet: http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/beitraege_asylmagazin/Beitraege_AM_2011/AM2011-1-2-8-Mueller.pdf. (zuletzt abgerufen am 11.4.2016).
- Peter, Erich, Unbegleitete minderjährige Migranten in Deutschland im Lichte der UN-Kinderrechtskonvention, AL 2009, 290.
- Quaritsch, Helmut, Anm. zum Beschl. des BVerfG vom 26.11.1986 – 2 BvR 1058/85, DVBl. 198, 360.
- Renner, Günter, Nachfluchtgründe – ein Prüfstein des Asylrechts?, in: Otto-Benecke-Stiftung (Hrsg.), Politische Betätigung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1986, 39.
- Schenk, Karl-Heinz, Die Entwicklung des Asylrechts in der 50-jährigen Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2002, 801.
- Tiedemann, Paul, Flüchtlingsrecht – Die materiellen und verfahrensrechtlichen Grundlagen, Heidelberg 2015.
- Hers., Das konstitutionelle Asylrecht in Deutschland, ZAR 2009, 161.
- Titze, Annegret, Die deutsche Asylrechtsprechung und das internationale Flüchtlingsrecht: Kontinuität oder Neuanfang?, Berlin 2008.
- Treiber, Wilhelm, Das Ende der Nachfluchtgründe?, ZAR 1987, 151.
- UNHCR, Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 1979, Genf 2011 (Neuaufgabe), abrufbar im Internet: http://www.unhcr.de/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/1_international/1_1_voelkerrecht/1_1_2/FR_int_vr_handb-Handbuch.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2016).

- ders., Auslegung von Artikel 1 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2001, abrufbar im Internet: http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/dokumente/2100.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2016).
- ders., Stellungnahme zur Anhörung „Zuwanderungsgesetz“ des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 16. Januar 2002, abrufbar im Internet: http://www.unhcr.de/fileadmin/unhcr_data/pdfs/pressemitteilungen/12.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2016).
- ders., Stellungnahme des UNHCR zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zum Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union am 21. Mai 2007, abrufbar im Internet: http://www.unhcr.de/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/3_deutschland/3_2_unhcr_stellungnahmen/FR_GER-HCR_Innenausschuss_052007.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2016).
- ders., Kommentar des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) zur Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004, abrufbar im Internet: http://www.unhcr.de/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/2_europaeisch/2_2_asyl/2_2_3/FR_eu_asyl_status-HCR_Qualifikationsrl.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2016).
- Wolf, Helmut, Asylrechtliche Bedeutung von Nachfluchtgründen, InfAuslR 1987, 60.

Die Asylberechtigung und die Flüchtlingsanerkennung sollen dem Betroffenen Schutz vor drohender Verfolgung bieten. Nach dem klassischen Verständnis beruht diese regelmäßig auf Ereignissen, die vor der Flucht aus dem Heimatland eingetreten sind. Daneben sind aber auch Fallkonstellationen denkbar, in denen der Schutzsuchende zunächst unverfolgt ausreist, nach Verlassen seines Heimatlandes jedoch Umstände eintreten, die die Verfolgungssituation nachträglich auslösen (sogenannte Nachfluchtstatbestände). Wichtige praktische Relevanz haben hierbei die exilpolitischen Aktivitäten, der Glaubens- oder Religionswechsel, die illegale Ausreise sowie die Stellung eines Asylantrages. Diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass sie vom Schutzsuchenden durch eigene Aktivitäten selbst geschaffen wurden. Zur Frage, inwieweit derartige Gründe im Asylverfahren Beachtung finden, dient die einfachgesetzliche Vorschrift in § 28 AsylG, in der der Gesetzgeber Nachfluchtstatbestände im Rahmen der Asylberechtigung nach Art. 16a GG (Abs. 1) und der Zuerkennung internationalen Schutzes (Abs. 1a und 2) geregelt hat.

Die Studie analysiert die Struktur des § 28 AsylG und ordnet sie entsprechend der einzelnen Regelungsbereiche ein. Dabei zeigt die Untersuchung, dass die Regelung primär das Ziel verfolgt, einer missbräuchlichen Herbeiführung von Nachfluchtgründen entgegenzuwirken. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund völker- und unionsrechtlicher Vorgaben, aber auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch. Die Studie untersucht zudem, inwieweit sich bei der Auslegung der Vorschrift Probleme daraus ergeben können, dass § 28 AsylG z.T. auf der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 16a GG aufbaut, während im Bereich des internationalen Schutzes unions- und völkerrechtliche Vorgaben gelten. Die Probleme zeigen sich insbesondere bei den von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmeregelungen und deren erhöhten Anforderungen an Beweislast sowie der Wahrscheinlichkeitsprognose.