

Die Rechtsprechungspraxis

Auf die Rechtsprechung insbesondere in Berlin möchte ich noch einmal vertiefend zu sprechen kommen, vor allem um die internen Entscheidungsprozesse und -strukturen und verborgene Funktionsmechanismen und Eigengesetzlichkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit offenlegen zu können. Mit der Analyse der konkreten *Praxis* der Rechtsprechung vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen und politischen Entwicklung möchte ich den *politischen* Gehalt der Rechtsprechung herausarbeiten und damit in Ansätzen den Versuch einer *Soziologie des Rechts bzw. der Recht-Sprechenden* unternehmen.

Beispielhaft soll die Berliner Rechtsprechung in drei Gebieten nachgezeichnet werden:

- hinsichtlich der Frage einer Duldungserteilung bei tatsächlichen Abschiebungshindernissen
- hinsichtlich der Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen für traumatisierte Flüchtlinge
- hinsichtlich der Bewertung von rechtlichen Abschiebungshindernissen in Bezug auf (nicht traumatisierte) Flüchtlinge aus Bosnien-Herzegowina.

Kapitelübersicht

Zu Beginn werde ich in Anschluss an Bernd Rütters auf den gesellschaftspolitischen Zeitkern einer jeden Rechtsprechung hinweisen und betonen, wie unhaltbar die Vorstellung einer ‚unpolitischen‘ RichterInnenschaft, die eine ‚neutrale‘ oder ‚objektive‘ Ausdeutung des Gesetzesquelltextes oder des gesetzgeberischen Willens vornähme, ist. Das Recht wird von den RichterInnen nicht einfach nur (wertneutral) umgesetzt, sondern in der Rechtsanwendung und Rechtsprechung realisiert sich vielmehr die abstrakte gesetzliche Norm in einer lebenswirklichen und praktisch wirksamen Gestalt. Dabei ermöglichen es vor allem unbestimmte Rechtsbegriffe, aber auch Zweckdeutungen des Gesetzes und Analogieschlüsse (d.h. zielbestimmte Interpretationen der Rechtslage und Übertragungen von Rechtsgedanken auf gesetzlich unregelte Rechtsbereiche), das Recht den aktuellen Umständen und Erfordernissen, aber auch politischen, persönlichen und ideologischen Interessen (etwa dem ‚allgemeinen Volksempfinden‘) ‚anzupassen‘. Eine solche interessengeleitete Ausdeutung des Rechts findet nicht unbedingt in jeder Rechtsfrage oder bei jeder richterlichen Entscheidung statt; *grundsätzlich* ist es jedoch realistischer, von einer solchen, letztlich nicht nach rechtlichen Kriterien urteilenden Rechtsprechung auszugehen – dies gilt zumindest für das von mir analysierte Flüchtlingsrecht.

Ob solche richterlichen ‚Anpassungen‘ des geschriebenen Rechts als ‚rechtswidrig‘ oder als ‚gefestigte Rechtsprechung‘ angesehen werden, entscheiden die Gerichte in dem langwierigen Prozess der Rechtsprechung am Ende selbst. Dabei ist in gewisser Weise ‚zufällig‘, welche Position sich durchsetzt, denn nicht das ‚beste‘ Argument gibt hier den Ausschlag, sondern die Stellung der RichterInnen im hierarchischen Rechtsprechungsgefüge. Die Sphäre der Rechtsprechung ähnelt insofern eher der Sphäre der Politik, d.h. dass Macht- und Mehrheitsentscheidungen in einer von der Politik vorstrukturierten Ordnung (RichterInnen werden von politischen Gremien bzw. von den JustizsenatorInnen benannt) die konkrete Ausdeutung des Rechts prägen. Auch populistische Missbrauchskampagnen gegen Flüchtlinge finden in der Rechtsprechung zumeist ihre Entsprechung, wie ich anhand zahlreicher Beispiele zeigen werde.

Für die Recht Suchenden stellt sich der Prozess der Rechtsprechung häufig als ‚willkürlich‘ dar, weil identische oder vergleichbare Sachverhalte nicht selten unterschiedlich bewertet werden, je nach dem, an welche konkreten RichterInnen die Betroffenen geraten. Im Flüchtlingsrecht ist es zudem so, dass sich die Verwaltungsjustiz tendenziell eher als Teil des nationalstaatlichen Gesamtgefüges versteht denn als effektive Kontrolleurin der Verwaltung; rechtswidriges und unverhältnismäßiges Behördenhandeln bleibt somit häufig ungerügt, und es kann sogar sein, dass die Rechtsprechung *initiativ* an der Entrechtung von Flüchtlingen mitwirkt und somit objektiv als Teil der allgemeinen Ausschaffungspolitik angesehen werden muss (ein herausragendes Beispiel in diesem Zusammenhang war die Duldungsrechtsprechung des Berliner OVG).

Viele der oben ausgeführten Gedanken lassen sich anhand der ‚staatstragenden‘ Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gut nachvollziehen. Ich habe bereits dargelegt, wie das BVerwG mit Hilfe abstrakter Rechtsfiguren den Kreis der anspruchsberechtigten Flüchtlinge möglichst eng zu ziehen versucht (Ausdeutung der GFK, EMRK, des § 53 Abs. 6 AuslG usw.); ich werde diesen Prozess noch einmal am Beispiel der Rechtsprechung zu Flüchtlingen aus dem Kosovo erörtern.

Auch das Bundesverfassungsgericht gab – insbesondere im Rahmen seiner Asylrechtsurteile von 1996 – den unteren Rechtsprechungsinstanzen ein schlechtes Vorbild ab, indem eine kaum verhohlenen *politisch* begründete Entscheidung getroffen wurde, die die Prinzipien einer ‚soliden‘ Rechtsprechung missachtete.

Dass im Asyl- und Flüchtlingsrecht bewährte Mechanismen der Richtigkeitsgewähr richterlicher Entscheidungen aus politischen Gründen nach und nach aufgegeben wurden (durch die Beschneidung des ‚Instanzenzuges‘, durch vermehrte EinzelrichterInnenentscheidungen usw.), war nicht zuletzt die Auffassung des langjährigen Vorsitzenden Richters am Hessischen Verwaltungsgerichtshof, Dr. Günter Renner, wie ich zeigen werde. Fehlentscheidungen können im Flüchtlingsrecht geradezu als ein ‚Strukturmerkmal‘ der Rechtsprechung bezeichnet werden – als Preis einer vermeintlichen ‚Effizienz‘ des Verfahrens und als Preis der gesetzgeberisch vorweggenommenen Geringachtung der Rechts- und Verfahrensansprüche von Schutz Suchenden. Die Vorsitzende des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter, Gabriele Versteegen, sprach von einem „Sonderprozessrecht“ im Asylverfahren und von einer entsprechenden „Erledigungsmentalität“ unter den RichterInnen.

Es kommt hinzu, dass Flüchtlinge in ihrer Durchsetzungsposition sehr geschwächt sind, zumal die Praxis der Prozesskostenhilfe keinesfalls geeignet ist, die Mehrfachbenachteiligung marginalisierter Schutz Suchender effektiv auszugleichen.

Auf Seiten der RichterInnen tragen einige ‚Bewältigungsstrategien‘ des beruflichen Alltags dazu bei, die Justiz aus Sicht der Flüchtlinge zu einem ‚stumpfen Schwert‘ werden zu lassen: Aus ‚Bequemlichkeit‘ werden dringliche Verfahren einfach ‚liegen gelassen‘, Sachverhalte werden unzureichend aufgeklärt und Entscheidungen ungenügend begründet und in der Tendenz werden eher ablehnende Beschlüsse gefasst, weil dies im restriktiven ‚mainstream‘ der Rechtsprechung in der Regel mit weniger (Begründungs-) Aufwand verbunden ist und im Zweifelsfall auch eher der beruflichen Karriere dient.

All dies werde ich anhand von Entscheidungen Berliner Gerichte zu ausgewählten Rechtsfragen im Detail belegen und veranschaulichen.

Nur sehr selten war sich die Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit darüber einig, offenkundig gesetzlosen Praktiken der Berliner Ausländerbehörde ein schnelles Ende zu bereiten (Beispiel: rechtswidrige Umverteilungen von Kriegsflüchtlingen außerhalb des Asylverfahrens 1994/95).

Ansonsten war es zumindest zeitweilig so, dass sorgfältige und nachvollziehbar begründete Entscheidungen eher die Ausnahme als die Regel darstellten: Es gibt eine schockierend hohe Zahl von Beschlüssen und Urteilen, die nach rechtlichen und qualitativen Kriterien schlicht als ungenügend bezeichnet werden müssen. Im Zusammenwirken mit der bundesweit ebenfalls besonders restriktiven ausländerbehördlichen Praxis in Berlin wirkte sich diese mangelhafte richterliche Kontrolltätigkeit wie eine faktische ‚Auflösung des Rechtsstaates‘ aus (dies zeigte sich auch bei der Umsetzung der sozialrechtlichen Missbrauchsregelung des § 1 a AsylbLG 1998/99).

Der einflussreiche 8. Senat des OVG, der in Berlin über Jahre hinweg die Leitlinien der Rechtsprechung in ausländerrechtlichen Fragen quasi ‚monopolistisch‘ bestimmte, sorgte mit seiner vom eindeutigen Gesetzestext massiv abweichenden Rechtsauslegung zur Frage der Duldungserteilung bei tatsächlichen Abschiebungshindernissen in den Jahren 1994 bis 1997 für die Illegalisierung und Entrechtung tausender Flüchtlingsfamilien vor allem aus dem ehemaligen Jugoslawien – und dies war auch die erklärte *Intention* des Berliner OVG. Diese zweckbestimmte Rechtsfortbildung war in rechtlicher Hinsicht durch *Nichts* zu begründen, wie im Herbst 1997

zumindest das nicht gerade für seine ‚Flüchtlingsfreundlichkeit‘ bekannte Bundesverwaltungsgericht feststellte.

Dessen ungeachtet übernahmen zunächst *alle* anderen Senate und Kammern des Berliner OVG / VG die unhaltbaren Rechtsprechungsvorgaben des 8. Senates völlig unhinterfragt. Nur die 35. Kammer, die als ‚Spezialkammer‘ für die Länder des ehemaligen Jugoslawien geschaffen worden war, rettete – pathetisch formuliert – die ‚Ehre des Rechtsstaates‘ in Berlin, indem sie der herrschenden Rechtsauffassung hartnäckig und unbeirrbar widersprach. Sie tat dies mit kenntnisreichen und gut recherchierten Beschlüssen, die aufwändig begründet und rechtlich stets nachvollziehbar waren. Die 35. Kammer entschied auch mit dem für ein Kontrollorgan der Verwaltung nötigen ‚Biss‘ und dem erforderlichen Quentchen ‚Misstrauen‘ gegenüber den Ausführungen und der Praxis der Berliner Ausländerbehörde sowie mit Empathie und Verständnis für die Rechtsschutz suchenden Flüchtlinge. Viele Entscheidungen der 35. Kammer legten zum Teil haarsträubende und skandalöse Verwaltungspraktiken der Berliner Ausländerbehörde offen, und manche von ihnen fingen auch den unnachgiebig ‚abwehrenden Geist‘ dieser Behörde ein, die sich notfalls ohne Skrupel über geltendes Recht, schutzbedürftige Interessen der Betroffenen oder fundamentale rechtsstaatliche Grundsätze hinwegsetzt.

Die RichterInnen der 35. Kammer ‚bezahlten‘ ihre mutige Abweichung vom Berliner Rechtsprechungs-mainstream mit persönlichem Mobbing durch KollegInnen und mit regelmäßigen Aufhebungen ihrer Entscheidungen durch das OVG, die weniger inhaltlich und rechtlich begründet waren als machtvoll durchgesetzt wurden. Neben der geradezu herabsetzenden Missachtung durch die Ausländerbehörde und andere RichterInnen musste die 35. Kammer auch massive Angriffe seitens der Politik und Verleumdungen in der Boulevard-Presse hinnehmen. Mit einem geänderten Geschäftsverteilungsplan wurde die 35. Kammer in ausländerrechtlichen Fragen schließlich entmachtet – kurz nachdem das BVerwG die in Berlin bis dahin völlig isolierte Rechtsprechung der Kammer als die rechtlich allein zulässige bestätigt hatte.

Im Zusammenhang der Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen (zur Vermeidung von Kettenuldungen) war es erneut die 35. Kammer, die allein auf weiter Flur versuchte, Gesetzespielräume zu Gunsten der Flüchtlinge auszulegen und die Behörden zu einem angemessenen Verwaltungshandeln zu bewegen. Die Kammer versuchte auch, die Politik auf ihre eigenen Versprechungen zu verpflichten und völkerrechtliche und humanitäre Erwägungen praktisch wirksam werden zu lassen. Vergeblich: Das OVG Berlin wies all diese Versuche einer den Menschen zugewandten Rechtsprechung zurück und illustrierte dabei, wie Individuen im Namen eines vermeintlich ‚objektiven‘ Rechts zu Objekten degradiert werden, die in der bürokratischen Bearbeitung (diesmal von RichterInnen) zum ‚Verschwinden‘ gebracht werden: zunächst aus dem Bereich eines moralischen Verpflichtungsgefühls, intentional aber natürlich auch materiell, d.h. aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

Gerichtliche Entscheidungen zu Abschiebungen (nicht traumatisierter) Flüchtlinge nach Bosnien ab 1996/97 illustrierten den weiten Ermessens- und Beurteilungsspielraum, der RichterInnen in der konkreten Rechtsanwendung zukommt: Lage- und Gefahrenbeurteilungen, zum Teil auf der Grundlage identischer Berichte, fielen – je nach Recht Sprechender/m – völlig unterschiedlich aus bzw. wurden in rechtlicher Hinsicht konträr gedeutet. Auch in diesem Zusammenhang stachen die vielen im Vergleich zu anderen Bundesländern sehr schlecht begründeten Entscheidungen Berliner RichterInnen negativ hervor.

Insgesamt zeigt sich, wie wenig die Rechtsprechungspraxis im Flüchtlingsrecht mit einem idealisierten Verständnis des Rechtsstaats oder einer unabhängigen richterlichen Kontrolle in Übereinstimmung zu bringen ist und wie wenig die allgegenwärtige Floskel, wonach Abschiebungen ‚rechtgemäß‘ seien und auf rechtskräftigen Entscheidungen der Gerichte basierten, etwas über die substantielle Rechtsstaatlichkeit geschweige denn die Legitimität des in Frage stehenden Behördenhandelns auszusagen vermag.

Verlagerung des Prüfungsverfahrens / Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Peter Badura (1981, 329) beschrieb einen wesentlichen Grundsatz des Verwaltungshandelns:

„Die gesamte Tätigkeit der Behörde im Verwaltungsverfahren muss an dem Ziel ausgerichtet sein, aufgrund einer zutreffenden rechtlichen Würdigung des ordnungsgemäß und vollständig festgestellten Sachverhalts zu einer *rechtsbeständigen Entscheidung* zu gelangen.“

Ich denke, ich habe zeigen können, dass diese Vorstellung eines sorgfältigen Behördenhandelns mit der Tätigkeit von Ausländerbehörden (zumindest gilt dies für die Berliner Ausländerbehörde) kaum in Einklang zu bringen ist. Eher das Gegenteil ist der Fall: Unzählige Rechtsstreitverfahren beim Berliner Verwaltungsgericht ließen sich vermeiden, wenn die Ausländerbehörde nicht derart ‚schlampig‘, willkürlich und restriktiv vorginge, wenn sie also, wie von Badura gefordert, die Umstände jedes Einzelfalls sorgfältig ermitteln und auf dieser Grundlage und unter Beachtung geltenden Rechts abgewogene und möglichst rechtsbeständige Entscheidungen treffen würde.

In der Praxis dominiert im Flüchtlingsbereich ein weitgehend undifferenziertes, pauschalisiertes und auf Ablehnung fixiertes Verfahren, und das Behördenhandeln ist geprägt von der Demonstration nationalstaatlicher Macht gegenüber den nicht zum Staatsverbund Gehörigen. Eine Sorgfaltspflicht erscheint den Behörden diesen Menschen gegenüber nicht erforderlich, so dass entsprechend häufig die Verwaltungsvorgänge als Verwaltungsstreitsachen bei den Verwaltungsgerichten fortgeführt werden müssen. Eine Überdehnung oder gar die Missachtung geltenden Rechts wird in der Verwaltungspraxis mitunter sogar bewusst in Kauf genommen, wenn dies dem Ziel der Ausschaffung der Flüchtlinge dient.

Indem in der Praxis der Berliner Ausländerbehörde ein sorgfältiges, ordnungsgemäßes und rechtsbeständiges Verwaltungsverfahren eher die Ausnahme als die Regel ist, mutiert die Verwaltungsgerichtsbarkeit unfreiwillig zu einer Art ‚Hilfsinstanz‘ der Behörde, d.h. dass sie im Rahmen der Rechtsstreitverfahren häufig *erstmalig* die Umstände des Einzelfalls ernsthaft und umfassend ermitteln muss, weil dies zuvor versäumt wurde. Die Aufgabe von ‚einfachen‘ SachbearbeiterInnen wird hierdurch in einem breiten Umfang auf (ohnehin überlastete) RichterInnen übertragen, die im Gegenzug wiederum häufig versuchen, sich dieser unerwünschten Aufgabenzuteilung weitestgehend zu entziehen (durch unzureichende Ermittlungen und vorschnelle Entscheidungen).

Eine strukturelle Verlagerung des Prüfungsverfahrens auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit ergibt sich auch daraus, dass im Flüchtlingsrecht häufig kein behördliches Widerspruchsverfahren vorgesehen ist, etwa bei der Frage einer Duldungserteilung (vgl. § 71 Abs. 3 AuslG). Mit einer Änderung der Berliner Verwaltungsgerichtsordnung zum 1.8.2001 wurde in Berlin das Widerspruchsverfahren sogar generell abgeschafft, wenn Bescheide im Zusammenhang mit der Begründung oder Durchsetzung der Ausreisepflicht ergehen. In der Praxis fehlt es häufig sogar an einem schriftlichen Behördenbescheid, d.h. dass Abschiebungen eingeleitet und vollzogen werden, ohne dass die Behörde die Gründe, warum einem Duldungsantrag nicht entsprochen wird, auch nur dargelegt hätte.

Die Klärung von strittigen Sachverhalten im Rahmen eines Einstweiligen Rechtsschutzverfahrens (nach § 123 VwGO) wird hierdurch geradezu zum ‚Normalfall‘ des Verwaltungsverfahrens. Weil die Ausländerbehörden zudem selbst in außergewöhnlichen Härtefallkonstellationen selten von ihrem Ermessensspielraum Gebrauch machen, eröffnet allein der Gang zum Verwaltungsgericht vielen Flüchtlingen zumindest die Chance einer ‚fairen‘ inhaltlichen Prüfung ihres Schutzgesuchs – umso folgenschwerer ist es, wenn sie dabei an notorisch ‚unwillige‘ RichterInnen geraten.

Manche Rechtsschutzanträge müssen auch aus ‚präventiven‘ Gründen gestellt werden, um z.B. ausschließen zu können, dass es zum Vollzug einer Abschiebung kommt, ohne dass den Betroffenen zuvor Gelegenheit gegeben worden wäre, Rechtsmittel einzulegen. In diesem Zusammenhang ist erneut die Praxis zu kritisieren, dass in Berlin konkret beabsichtigte Abschiebungen zuvor nicht regelmäßig in Form einer ‚Einladungsabschiebung‘ angekündigt wurden. Selbst Flüchtlinge, die fristgerecht zur Verlängerung ihrer Duldung bei der Ausländerbehörde vorsprechen, müssen in Berlin im Rahmen dieser Vorsprache mit einer Festnahme und anschließenden Abschiebung rechnen – was nicht unerheblich zur Außenwirkung der Ausländerbehörde als

institutionalisierte Bedrohung beiträgt. Zwar behaupten die zuständigen Behörden regelmäßig, dass die Betroffenen in einem solchen Fall bereits ausreichend Gelegenheit gehabt hätten, Gründe, die einer Abschiebung entgegen stehen, vorzubringen (etwa, als ihnen erstmalig die Abschiebung schriftlich angedroht wurde). Diese Argumentation geht jedoch von der Illusion eines sorgfältigen und für die Betroffenen transparenten und berechenbaren Verwaltungsverfahrens aus.

Am Beispiel der Bosnienflüchtlinge habe ich gezeigt, dass die rechtlich vorgeschriebenen Abschiebungsandrohungen in Berlin zu Abschreckungs- und Einschüchterungszwecken zweckentfremdet wurden, d.h. dass sie den Betroffenen zu einem völlig verfrühten Zeitpunkt zuzingen, als realistischere noch keine Abschiebung drohte und nicht einmal eine ‚freiwillige‘ Ausreise möglich war. Da den Flüchtlingen *zugleich* ihre Duldungen verlängert wurden, empfanden sie die behördlichen Androhungen eher als einen bürokratischen Akt, auf den sie nicht reagieren müssten. Dass die Betroffenen zum damaligen Zeitpunkt nicht detailliert auf ihre individuellen Kriegserlebnisse eingingen, wurde ihnen viele Jahre später vorwurfsvoll entgegengehalten – so, als ob etwa eine im Jahr 2004 vorgelegene psychische Erkrankung vorgetäuscht sein müsse, wenn sie nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt (etwa im Jahr 1996) schriftlich vorgebracht worden war! Dabei können aktuelle Abschiebungshindernisse sinnvollerweise ohnehin erst unmittelbar vor einer *tatsächlich* beabsichtigten Abschiebung geprüft werden – in diesem Endstadium des Verfahrens kommt es der Ausländerbehörde jedoch zumeist nur noch auf die möglichst schnelle Durchsetzung der Abschiebung an.

Paragraf § 50 Abs. 3 AuslG, der die Gleichzeitigkeit von Duldung und Abschiebungsandrohung zulässt, erweist sich in der Praxis somit als Einfallstor für eine extreme Hektik und Unsicherheit im Verwaltungsverfahren für de-facto-Flüchtlinge. Dabei hielt der Gesetzgeber diese Bestimmung ursprünglich nur deshalb für zumutbar, weil er zugleich davon ausging, dass Duldungen im Regelfall nur noch bei kurzfristigen Abschiebungshindernissen, ansonsten aber Aufenthaltsbefugnisse erteilt werden würden. In diesem Zusammenhang ist auch die Ankündigungspflicht einer Abschiebung nach § 56 Abs. 6 AuslG zu sehen, d.h. dass eine konkret beabsichtigte Abschiebung einen Monat zuvor (ursprünglich galt sogar eine drei-Monats-Frist) schriftlich angekündigt werden muss, wenn „der Ausländer länger als ein Jahr geduldet“ wurde. Diese Bestimmung sollte die enorme Rechtsunsicherheit, die sich aus § 50 Abs. 3 AuslG für die Betroffenen ergibt (unangekündigte Durchsetzung der Abschiebung), abmildern und ihnen die Gelegenheit geben, sich auf eine Abschiebung vorzubereiten (Wohnungskündigung, Verabschiedungen usw.), eine ‚freiwillige‘ Ausreise als Alternative zur Abschiebung in Betracht zu ziehen oder aber zu prüfen, ob im Rahmen eines Gerichtsverfahrens noch Abschiebungshindernisse geltend gemacht werden können.

Die Berliner Ausländerbehörde beseitigte auch noch dieses letzte Fünkchen Berechenbarkeit, indem sie die Vorschrift des § 56 Abs. 6 AuslG so auslegte, als ob nicht die (einjährige) Dauer des faktisch geduldeten tatsächlichen Aufenthalts entscheidend sei, sondern dass eine *schriftliche und ununterbrochene* Duldung über ein Jahr hinweg vorliegen müsse, um die Pflicht zur erneuten Abschiebungsankündigung auszulösen. Die Verwaltung eröffnete sich hierdurch selbst die Möglichkeit, durch einen kurzzeitigen (und sei es rechtswidrigen) Duldungsentzug gesetzliche Vorschriften faktisch außer Kraft zu setzen¹.

Tendenzielle Kontrollunwilligkeit der Verwaltungsjustiz

Während es also die ‚natürlichste‘ Aufgabe der Verwaltungsjustiz wäre, eine zum Teil maßlos und jenseits des Rechts agierende Flüchtlingsverwaltung wieder ins Recht zurückzuholen, zeigte sich die Berliner Verwaltungsjustiz jedoch nur in Ansätzen dazu bereit, die Ausländerbehörde wirksam zu kontrollieren; teilweise kamen entscheidende Impulse zur Rechtslosstellung von Flüchtlingen sogar von den Recht Sprechenden. Indem selbst noch die ärgsten Missstände im Verwaltungsverfahren der Ausländerbehörde von VerwaltungsrichterInnen immer wieder ungerügt blieben, zeichnete die Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit mitverantwortlich für ein Verwaltungsverfahren, das diesen Namen längst nicht mehr verdiente.

Dabei schienen sich viele VerwaltungsrichterInnen keine Illusionen über die teilweise chaotischen Zustände im Betrieb der Ausländerbehörde zu machen². Doch selbst wenn einige RichterInnen nicht mit dem konkreten Verfahren der Ausländerbehörde einverstanden sein mochten – im Ergebnis trugen sie die negative Entscheidung der Behörde häufig mit.

Dieser Nachgiebigkeit gegenüber dem Handeln von BehördenvertreterInnen seitens der RichterInnen steht häufig eine umso unnachgiebigere Haltung gegenüber den um Schutz

¹ Die weitgehende Rechtswidrigkeit der Abschiebungsaktion vom Juli 1998 ergab sich u.a. hieraus.

² Ich habe bereits mehrfach entsprechende Bemerkungen in richterlichen Beschlüssen zitiert. Kolportiert sei an dieser Stelle zur Illustration noch die Einschätzung eines eher ‚konservativen‘ Verwaltungsrichters, wonach die Verwaltung Anordnungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grunde immer anstandslos nachkomme – *abgesehen von der Ausländerbehörde, natürlich*.

nachsuchenden rechtsunkundigen Flüchtlingen gegenüber, d.h. dass an deren Vorbringen mitunter höhere Qualitätsanforderungen gestellt werden als an das Verwaltungshandeln – und im Zweifelsfall auch unnachgiebig zu Ungunsten der Betroffenen entschieden wird.

Eine Vorvermutung, die noch zu belegen sein wird, ist, dass VerwaltungsrichterInnen im Bereich des Flüchtlingsrechts in einem starkem Maße von Teilnahmslosigkeit und Gleichgültigkeit, wenn nicht gar offener Ablehnung, geprägt sind. Hier gibt es wenig berufliche Lorbeeren zu ernten und ‚unbequeme‘ Entscheidungen *zugunsten* von Flüchtlingen stehen einer beruflichen Karriere eher im Wege, denn zumindest formell ergehen solche Entscheidungen *gegen* ‚den Staat‘ (die Stadt, ‚deutsche Interesse‘ usw.) und sind (zumindest auf den ersten Blick) mit finanziellen Kosten für die Aufnahmegesellschaft verbunden. Dass hiermit auf Seiten der formell unabhängigen RichterInnen tendenziell und unwillkürlich ein besonderer Rechtfertigungsdruck bei Entscheidungen *gegen* die Ausländerbehörde verbunden ist, ist zumindest nicht fernliegend. Zudem mag auch die Vielzahl der häufig ähnlich gelagerten Fälle bei einigen RichterInnen dazu führen, der Thematik bzw. der um Schutz nachsuchenden Flüchtlinge ‚überdrüssig‘ zu werden. Eine weit verbreitete Praxis am Berliner Verwaltungsgericht war und ist es deshalb, Anträge von Flüchtlingen erst einmal ‚liegen zu lassen‘ und sich anderen, vermeintlich wichtigeren Themenbereichen zuzuwenden. Eine solche Tendenz zum ‚Liegen-Lassen‘ ‚lästiger‘ Flüchtlingsangelegenheiten (Verfahren mit ausländerrechtlichem Hintergrund) manifestierte sich vor allem im Zusammenhang mit der von der Berliner Ausländerbehörde praktizierten rechtswidrigen Duldungs-Verweigerungspolitik, die hierdurch auch zu einer Geschichte der faktischen Rechtsschutzverweigerung durch die Berliner Verwaltungsgerichte wurde. Nur die 35. Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts versuchte durch ein geradezu unglaubliches Arbeitspensum, tausende (!) bei ihr eingehende Rechtsschutzanträge auf Duldung³ zu bearbeiten und zu entscheiden, während andere Kammern trotz der hohen Eilbedürftigkeit regelmäßig untätig blieben und zwei bis drei Jahre benötigten, nur um die AntragstellerInnen anzuschreiben, sie mögen das Verfahren doch für erledigt erklären, nachdem infolge der späteren Bundesverwaltungsgerichts-Entscheidung wieder Duldungen erteilt worden waren.

Die richterliche Praxis des ‚Liegen-Lassens‘ konnte allerdings auch für die Flüchtlinge *wohlmeinende* Gründe haben, etwa wenn RichterInnen der Auffassung waren, dass sie *eigentlich negativ* entscheiden *müssten* (der Rechtsauffassung des OVG Berlin zufolge nämlich), dies aber inhaltlich nicht vertreten konnten. RichterInnen also, die nicht den Mut aufbrachten, wie die 35. Kammer offen gegen die Rechtsprechung des OVG Berlin aufzubegehren, konnten sich durch Nicht-Entscheidungen zumindest das Gefühl geben, die betroffenen Flüchtlinge aufgrund der ‚allgemeinen Zusicherung‘ der Ausländerbehörde für die Dauer des anhängigen Rechtsschutzverfahrens vor einer Abschiebung zu ‚schützen‘⁴. Ich habe bereits dargestellt, dass im Ergebnis viele jugoslawische und bosnische Flüchtlinge in Berlin ‚lernten‘, die schriftliche Eingangsbestätigung des Verwaltungsgerichts (in der u.a. die Bestätigung einer ‚Zusicherung‘ der Ausländerbehörde enthalten war) als eine Art ‚Duldungsersatz‘ anzusehen⁵. Noch Jahre später taten Beratungsstellen und RechtsanwältInnen gut daran, die mündliche Auskunft von Betroffenen, sie verfügten über eine ‚Duldung‘, zu überprüfen, weil hiermit auch eine ‚Grenzübertrittsbescheinigung‘ gemeint sein konnte, die die Flüchtlinge während der Jahre der Duldungsverweigerung als ihr ‚legales‘ Aufenthaltspapier anzusehen gelernt hatten.

Diese skurril anmutende Begleiterscheinung aus den Zeiten der behördlich organisierten Rechtlosigkeit war auch eine Folge des von den Gerichten faktisch verweigerten Rechtsschutzes.

Die ‚Gewöhnung‘ an eine ‚Grenzübertrittsbescheinigung‘ fand allerdings ihr Ende, nachdem in Berlin Duldungen bei tatsächlicher Unmöglichkeit der Abschiebung wieder erteilt wurden und eine GÜB dann tatsächlich für eine konkret

³ Zur Illustration: In den Jahren der Duldungsverweigerungspolitik, insbesondere 1996-1997, durchbrachen die Eingangs-Aktenzeichen der Verwaltungsstreitsachen der 35. Kammer *in einem Jahr* die 2.-3.000er Grenze; die 19. Kammer verzeichnete in den Jahren 1995-1997 insgesamt etwa 7.000 Eingänge und beklagte noch im Jahr 2000 ‚Rückstände‘ von etwa 800 unerledigten Streitverfahren.

⁴ Diese Deutung basiert auf kolportierten Äußerungen von RichterInnen.

⁵ Dieses Schreiben wurde von vielen Flüchtlingen kurzerhand ‚Zusicherung‘ genannt.

beabsichtigte Abschiebung stand. Auch auf eine ‚Zusicherung‘ wollten sich viele nicht mehr verlassen, nachdem es zahlreiche Fälle der Festnahme trotz einer ‚Zusicherung‘ gegeben hatte.

Die quantitative Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, einige Zahlen

Welch enorme Bedeutung die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Flüchtlingsrecht bzw. andersherum: das Flüchtlingsrecht für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat, ergibt sich bereits auf den ersten Blick angesichts des großen Anteils von Rechtsstreitverfahren mit ‚ausländerrechtlichem Hintergrund‘ an den Verwaltungsstreitsachen insgesamt. Zeitweilig war etwa *jedes zweite* beim Berliner Verwaltungsgericht eingehende Rechtsmittel gegen das Asyl-Bundesamt oder gegen die Ausländerbehörde gerichtet (vgl. taz vom 2.11.1995, S. 23⁶).

Im Jahr 1997, zu einem Höhepunkt der Berliner Duldungsverweigerungs politik, wurden allein von Bürgerkriegsflüchtlingen der Nachfolgestaaten Jugoslawiens 12.662 Rechtsschutzanträge und Klagen, die überwiegend gegen die Ausländerbehörde gerichtet waren, beim Berliner Verwaltungsgericht eingereicht (vgl. Kl. Anf. Nr. 13/3641 vom 8.4.1998⁷). In anderen Worten: Zu jener Zeit befand sich die überwiegende Mehrheit der noch in Berlin lebenden Bürgerkriegsflüchtlinge aus dem ehemaligen Jugoslawien im Rechtsstreit mit ihrem Aufnahmeland!

Es ist unmöglich, von der Gesamtzahl der Anträge und Klagen auf eine genaue Personenzahl rückzuschließen. So konnte es sein, dass gegen *eine* Duldungsversagung Klage *und* Eilantrag erhoben und somit *zwei* Verfahren anhängig wurden. Allerdings erteilte die Berliner Ausländerbehörde zu jener Zeit regelmäßig keine ablehnenden Bescheide, gegen die hätte geklagt werden können, so dass sich vermutlich regelmäßig nur *ein* Rechtsstreitverfahren pro Duldungsverweigerung ergab. Andererseits war es durchaus nicht unüblich, dass *ein* Flüchtling in einem Jahr *mehrfach* das Gericht anrufen musste, so dass mehrere Rechtsstreitverfahren sich auf nur eine Person beziehen konnten. Schließlich beinhaltet *ein* Rechtsstreitverfahren zumeist aber auch *mehrere* Familienangehörige. Werden alle diese Faktoren gegeneinander abgewogen, gehe ich davon aus, dass die Zahl der sich im Rechtsstreit mit der Ausländerbehörde befindlichen Personen noch erheblich über der Zahl von 12.662 (eingereichter Klagen / Anträge) lag. Diese Annahme beruht auch auf der Weisungslage, nach der bis auf wenige Ausnahmen in den Jahren 1996 und 1997 praktisch *alle* Flüchtlinge aus dem ehemaligen Jugoslawien ihren Duldungsanspruch verloren hatten⁸.

Der damalige Justizsenator Dr. Körting (der spätere Innensenator) bezeichnete „die Auswirkungen“ dieser hohen Anzahl von Verfahren auf die Verfahrensdauer (auch anderer) gerichtlicher Entscheidungen als „erheblich“ (vgl. Kl. Anf. Nr. 13/3641, Punkt 4.). Erst im Jahr 1998, als die Berliner Verwaltung infolge des Grundsatzurteils des Bundesverwaltungsgerichts ihre rechtswidrige Duldungspraxis wieder aufgeben musste, nahm auch die Zahl der Rechtsschutzanträge von Flüchtlingen aus Bosnien / Jugoslawien kontinuierlich ab (vgl. Kl. Anf. Nr. 13/3641, Punkt 5.).

Aus einer Antwort von Justizsenator Dr. Körting vom 3.6.1999 auf die nicht behandelte mündliche Anfrage Nr. 16 der 64. Sitzung des Berliner Abgeordnetenhauses ergaben sich weitere Informationen: Von den insgesamt 24.187 beim Berliner Verwaltungsgericht (beim OVG Berlin: 2.890) im Jahr 1998 eingegangenen Anträgen seien etwa 15.000 von Flüchtlingen aus dem ehemaligen Jugoslawien gestellt worden, und bei etwa 12.000 dieser Verfahren sei es um die Frage der Duldungserteilung gegangen. Dies bedeutete, dass über 60% aller Verfahren beim Berliner Verwaltungsgericht, an das sich Deutsche und AusländerInnen gleichermaßen wenden können, wenn es um Rechtsstreitigkeiten mit Berliner Behörden, aber auch mit Bundesbehörden und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts geht, auf Rechtsschutzgesuche von Flüchtlingen aus dem ehemaligen Jugoslawien zurückzuführen waren!

⁶ Hinzuzurechnen wären auch noch Rechtsstreitverfahren nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, das vor allem nach der Änderung des Gesetzes im Jahr 1998 (§ 1 a AsylbLG) verstärkt eine aufenthaltsregulierende Funktion erhielt.

⁷ Nach Angaben des Vizepräsidenten des VG Berlin, Volker Markworth (laut taz vom 7.4.2000), hat es 1997 sogar „15.441 Klagen von Bürgerkriegsflüchtlingen aus dem ehemaligen Jugoslawien vor dem Verwaltungsgericht gegeben“ – wie es zu der Zahlenabweichung kommt, ist nicht ersichtlich; möglicherweise hat Markworth sozialrechtliche Klagen und Rechtsschutzanträge (wegen AsylbLG, s. Anm. 6) miteinbezogen.

⁸ Zum Stichtag 31.1.1998 waren 9.050 Verfahren *bosnischer* Staatsangehöriger beim Berliner Verwaltungsgericht anhängig (vgl. Antwort vom 9.3.1998 auf die Kl. Anf. 13/3453, Punkt 5.; diese Angabe umfasst auch Rechtsmittel gegen eine Abschiebungsandrohung oder wegen einer Aufenthaltsbefugnis). Derselben Auskunft zufolge waren nur noch etwa 6.000 von ca. 23.000 in Berlin lebenden bosnischen Flüchtlingen im Besitz einer Duldung – die 17.000 anderen dürften mehrheitlich Rechtsmittel eingelegt haben.

Die Antwort des Justizsenators enthielt noch weitere interessante, wenn auch interpretationsbedürftige statistische Angaben: 1998 sei in 15% der *entschiedenen* Klagen die Behörde unterlegen (bei Rechtsschutzanträgen in 18% der Fälle). Anhängige Duldungsverfahren wurden nach dem BVerwG-Grundsatzurteil im September 1997 im Regelfall jedoch nicht durch inhaltliche *Entscheidungen*, sondern durch Erledigungserklärungen im Jahr 1998 beigelegt, d.h. die Quote der Fälle, in denen die Behörde rechtswidrig gehandelt hatte, lag tatsächlich viel höher. Vor dem Oberverwaltungsgericht unterlag die Behörde bei Klage- (Berufungs-) Verfahren in 16,5% der entschiedenen Fälle, und im einstweiligen Rechtsschutzverfahren lag diese Quote bei bemerkenswert hohen 38,5%! Dies belegt eindringlich die enorme Bedeutung einer zweiten Instanz im Rechtsschutzverfahren, die jedoch insbesondere Flüchtlingen durch übereilte Abschiebungen häufig faktisch verwehrt wird⁹.

Die Gesamtzahl der Verfahrenseingänge beim Berliner Verwaltungsgericht verdoppelte sich in etwa von 12.900 im Jahr 1990 auf über 24.000 im Jahr 1998 – während zugleich die Zahl der RichterInnen in diesem Zeitraum nur von 76 auf 113 stieg (vgl. taz vom 3.11.1999)¹⁰.

Diese Zahlen illustrieren die enorme Bedeutung des Flüchtlingsrechts und der Verwaltungspraxis der Ausländerbehörden für die alltägliche Arbeit und Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte – zumindest in quantitativer Hinsicht. Der steigenden Zahl ausländerrechtlicher Verfahren scheinen sich viele RichterInnen in Berlin jedoch dadurch erwehrt zu haben, indem sie qualitative Anforderungen an ihre eigene Aufklärungs-, Sorgfalts- und Begründungspflicht herabgesetzt haben.

Bernd Rütters: Die gesellschaftliche Funktion der Rechtsprechung

Bernd Rütters hat mit seiner Studie „Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus“ (Rütters 1991) eindrucksvoll zu zeigen vermocht, dass die verbreitete Vorstellung einer ‚unpolitischen‘ RichterInnenschaft als wirklichkeitsfremd angesehen werden muss (vgl. ebd., 481), und zwar bereits aus einem einfachen Grunde:

„Auch wenn sie [die RichterInnen] keine ‚Politik machen‘ und machen *wollen*, so wirken ihre Entscheidungen stabilisierend und damit ‚politisch‘“ (ebd.).

Unabhängig von den jeweiligen (subjektiven) Motivlagen der RichterInnen übernimmt Rütters zufolge die Justiz in einem ganz allgemeinen Sinn und objektiv vor allem eine bestandswahrende gesellschaftliche und politische Funktion. Die Rechtsprechung trägt dazu bei, die Kluft zwischen der sozialen Wirklichkeit und den abstrakten rechtlichen Norm zu überbrücken, indem sie die allgemeinen Vorgaben des Gesetzgebers anhand von Rechtsstreitigkeiten des Alltagslebens in praktisch anwendbare Handlungs- und Wertmaßstäbe umgeformt und konkretisiert. Hierbei werden – dem Ideal nach – auch Unklarheiten und ‚handwerkliche Schwächen‘ der Gesetzeslage beseitigt und Lücken in der Gesetzgebung durch eine gesetzesausfüllende Rechtsprechung geschlossen. Sich widersprechende oder in Konkurrenz miteinander stehende Normvorgaben und Einzelbestimmungen im selben bzw. in unterschiedlichen Gesetzen oder zwischen Verfassungs- und ‚einfachem‘ Recht werden von den RichterInnen in einem oft langwierigen

⁹ Im Jahr 2004 wurden 3.332 Berufungs- und Beschwerdeanträge beim Berliner OVG gestellt, 80 Prozent dieser Streitigkeiten betrafen das Ausländer-, Asyl- und Sozialrecht (vgl. taz vom 23.3.2005).

¹⁰ Die durchschnittliche Dauer eines Klageverfahrens am VG Berlin betrug im ersten Halbjahr 2000 21,7 Monate, und in Verfahren, die mit einem Urteil abgeschlossen wurden, sogar 34,7 Monate (vgl. MacLean 2001, 107).

Dr. Hans-Ingo von Pollern benennt in seiner Auswertung der Entwicklung der AsylbewerberInnenzahlen Daten zur *bundesdeutschen* Verwaltungsgerichtspraxis (vgl. ZAR 6/2005, 190 ff, insb. S. 195): In den Jahren 2002 und 2003 habe das Asylrecht (es geht also ausschließlich um Verfahren von Asyl Suchenden gegen das Asyl-Bundesamt!) einen Anteil von knapp 35% an den Entscheidungen im Hauptsacheverfahren in der ersten Instanz und in der zweiten Instanz von 51% bzw. 43% (2003) gehabt. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren habe dieser Anteil 2002 bei etwa 35% und 2003 bei knapp 30% gelegen. Die Dauer der Hauptsacheverfahren im Asylrecht lag demnach in der ersten Instanz bei 14,3 Monaten im Jahr 2003 (16,3 im Jahr 2002) und im Eilverfahren bei 1,7 Monaten (2003), in der zweiten Instanz (Berufungen) bei 7 Monaten (2002: 8,2 Monate). Die Gesamtverfahrensdauer in beiden Instanzen sei von 19 Monaten im Jahr 1995 zunächst auf über 36 Monate im Jahr 2001 gestiegen, bevor sie auf 34,2 Monate (2002) und schließlich auf 29,4 Monate (2003) gesunken sei – eine Folge der massiv zurückgehenden AsylbewerberInnenzahlen.

Entscheidungsprozess gewichtet und miteinander in Einklang gebracht – dies ist zumindest der Anspruch des von Rüthers in Frage gestellten Modells eines ‚objektiven‘, d.h. nur deutenden und (angeblich) wertneutralen Rechtssystems.

Der (verbreiteten) Theorie nach ist es die Aufgabe einer Richterin bzw. eines Richters, „das Recht aus dem ‚Geist der Gesamtordnung‘ zu finden“ (Rüthers 1991, 743). Die Urteilsfindung ist demnach ein rein

„anwendender, also reproduktiver und damit prinzipiell unpolitischer Akt, der von wertenden und gestaltenden Elementen der Idee nach völlig frei ist. Das Vertrauen in die Vollständigkeit und Eindeutigkeit der Rechtsordnung und in die rational nachprüfbar Erkennbarkeit ihres Geistes für jeden denkbaren Interessenkonflikt ist das Fundament dieser Theorie der Rechtsanwendung“ (ebd.).

Dieses Ideal der Rechtspflege umschrieb bereits Carl von Savigny im 19. Jahrhundert:

„Jetzt entscheidet nicht mehr die Willkür des Richters, sondern das Gesetz selbst, der Richter erkennt nur die Regeln und wendet sie auf den einzelnen Fall an. [...] Da das Gesetz zur Ausschließung aller Willkür gegeben wurde, so ist die einzige Behandlung und das einzige Geschäft des Richters eine rein logische Interpretation“ (zit. nach: Hattenhauer 1989, 11).

Dieser, vom Pathos der Aufklärung und der Moderne getragenen idealistischen Vorstellung von RichterInnen als unabhängigen und neutralen DeuterInnen bzw. ‚OrdnerInnen‘ eines vorgegebenen Rechtssystems im Wege der logischen Deduktion und mit dem Ziel der Gerechtigkeit tritt Rüthers entgegen¹¹.

Er betont demgegenüber den Gedanken der „Rechtsquellenfunktion des Richterrechts“ (Rüthers 1991, 743), wonach die geltende Rechtsordnung „aus einem offenen, unvollendeten System von Wertungen verschiedener Geltungsstufen (Verfassung, Gesetz, Gewohnheitsrecht, Richterrecht)“ besteht und die konkreten Rechtsprechungsinhalte „Produkte menschlicher Setzung“, vor allem durch die RichterInnen, sind. Die Ergebnisse der Rechtsprechung sind deshalb grundsätzlich werte- und interessengeleitet, sie sind infolge ihres menschlichen Ursprungs auch mit zahlreichen Widersprüchen behaftet und entsprechen eben nicht dem Ideal einer rein logischen Interpretation vorgegebenen Rechts. Dessen ungeachtet werden in der Rechtsprechung individuelle Wertauffassungen, persönliche Meinungen und Vorlieben und politische und normative Überzeugungen der Rechtsprechenden zumeist verborgen und eine (scheinbare) Objektivität bei der Klärung lebenswirklicher Streitfälle beansprucht. Zwar sind RichterInnen verfassungsgemäß (Art. 20 GG) an den Wortlaut der Gesetze und den Willen des Gesetzgebers gebunden, bei Beidem handelt es sich jedoch bei näherer Betrachtung nicht um feststehende Größen, die eine zwingende, eindeutige oder gar ‚objektive‘ konkretisierende Rechtsprechung nach sich ziehen müssten.

Es ist also wichtig zu sehen, dass das methodische Instrumentarium der Rechtsprechung – vor allem die philologische, systematische, historische und teleologische Auslegung des Gesetzeswortlautes und -zwecks sowie die Beachtung des Regelungszusammenhangs und der Regelungsabsichten des Gesetzgebers – durch zweck- und folgenorientierte teleologische und wertsystematische Elemente auf Seiten der Rechtsprechenden ergänzt wird (vgl. auch: Maus 1989, 85). Letztere sind häufig nur schwer nachweisbar, weil sich das wertende Element zumeist hinter abstrakten und vermeintlich wertneutralen Begriffsbestimmungen und Rechtsfiguren versteckt – nur an der Selektivität der Auswahl und Anwendung solcher Argumentationsmuster zur Erreichung eines bestimmten Zweckes lässt sich dieses Element im Regelfall erkennen. Allerdings liegt der politische und zielgerichtete Gehalt mancher Entscheidungen mitunter auch offen zutage, wenn sich RichterInnen etwa nicht einmal mehr des methodischen Instrumentariums des Rechts zur Verkleidung ihrer persönlichen Meinung bedienen und weitgehend darauf verzichten, ihre Entscheidung paragrafenreich auszuschnücken.

Eine grundsätzliche Kontrollfunktion der Jurisprudenz gegenüber politischer Allmacht sieht allerdings auch Rüthers in der Suche der JuristInnen nach einem geschlossenen Rechtssystem, d.h. nach Eindeutigkeit und Widerspruchsfreiheit der bestehenden Einzelnormen *zueinander*.

¹¹ Bereits die ‚Freirechtsschule‘ betonte Ende des 19., Anfang des 20. Jahrhunderts die Unvollkommenheit eines jeden Gesetzes bzw. Richters: „Den Richter und ‚das‘ Gesetz gibt es in vollkommener Eindeutigkeit nur im Himmel der Ideale“, fasste Hattenhauer (1989, 12) zusammen.

„Indem der Jurist zwangsläufig ein System in sich widerspruchsfreier Normen und Wertmaßstäbe erstrebt, setzt er dem eingeborenen Machthunger der Ideologien normative Grenzen“ (Rüthers 1991, 441).

Dem entspricht im Flüchtlingsrecht zwar einerseits die Beobachtung, dass RichterInnen unter Umständen eher bereit sind, der Ausländerbehörde rechtliche Grenzen zu setzen, wenn diese sich nicht an ihre eigenen Regeln hält oder formale Rechtsverstöße begeht. Andererseits funktioniert gerade diese ‚handwerkliche‘ juristische Kontrolltätigkeit im Flüchtlingsrecht oft nicht mehr, d.h. dass RichterInnen auf innere Stringenz und Widerspruchsfreiheit mitunter bereitwillig verzichten, wenn es dem gewünschten Ergebnis dient.

Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

Gesetze sind regelmäßig mit *unbestimmten Rechtsbegriffen* und so genannten *Generalklauseln* durchsetzt, die die Gesetzesausdeutung und -anwendung zu einem höchst dynamischen Vorgang machen, in dem aktuelle politische und wirtschaftliche Interessen, aber auch ganz persönliche Motive der RichterInnen mit einfließen können (Gleiches gilt auch für die gesetzesanwendenden BeamtInnen).

Solche Ermessensspielräume führen häufig dazu, dass bereits auf der untersten Ebene der Rechtsprechung „dasselbe Sachproblem am Maßstab derselben Rechtsnorm gemessen von verschiedenen Gerichten auch bei methodentreuer Auslegung unterschiedlich beurteilt werden kann“ (Rüthers 1991, 222). Demnach ermöglichen vor allem unbestimmte Rechtsbegriffe eine nahezu beliebige Ausdeutung jedes Rechts, selbst wenn die Rechtsprechenden dem Ideal der Rechtswissenschaften folgen und in einem rationalen Diskurs der verschiedenen Rechtsmeinungen das gewählte Verfahren, die verwandten Materialien und die jeweiligen Argumente offen legen, um zu ‚begründeteren‘ Entscheidungen kommen zu können (woran es in der Berliner Gerichtspraxis allerdings häufig mangelt). Unbestimmte Rechtsbegriffe können auch dazu führen, dass sich das Richterrecht, zumeist in Gestalt höchstrichterlicher Grundsatzentscheidungen, vom ursprünglichen Willen des Gesetzgebers entfernt und die Justiz eigenständige und von der Politik unabhängige Regelungsvorgaben macht.

Die juristische Arbeit der alltäglichen Ausdeutung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und die abschließende Normsetzung durch die Gerichte verläuft nach den Eigengesetzlichkeiten des Rechtsprechungsinstanzengefüges und ist in formeller Hinsicht kaum durch andere gesellschaftliche Institutionen beeinflussbar oder kontrollierbar; insbesondere die Entscheidungen der höchsten Gerichte haben praktisch Gesetzeskraft und sind ihrerseits nicht juristisch oder politisch anfechtbar¹².

Natürlich besteht für den Gesetzgeber die Möglichkeit einer legislativen Korrektur, d.h. einer Gesetzes- und gegebenenfalls auch Grundgesetzänderung, sofern er der Auffassung ist, dass sich die Rechtsprechung vom ursprünglichen Sinn und Zweck eines Gesetzes entfernt hat. Solche Gesetzgebungsprozesse sind jedoch mitunter sehr langwierig und aufwändig und von aktuellen politischen Stimmungslagen abhängig. Zudem gibt es eine gewisse ‚politische Scheu‘, Rechtsgrundsätze der ‚unabhängigen Justiz‘, die von den Gerichten mitunter über viele Jahre hinweg entwickelt wurden, nach dieser ‚Mühsal der Rechtsprechung‘ durch neue gesetzliche Bestimmungen einfach zu verwerfen, womöglich auch noch genau in dem Moment, in dem eine abschließende Grundsatzentscheidung jahrelang bestehende ‚Rechtsunsicherheiten‘ zumindest in formeller Hinsicht beseitigt hat.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (bzw. auch der Europäischen Gerichtshöfe) entzieht sich darüber hinaus weitgehend der (nationalen) legislativen Korrektur, denn von dem gesellschaftlich verbreiteten Nimbus des Verfassungsgerichts als weiser ‚Hüterin der Verfassung‘ einmal ganz abgesehen ist der Verfassungstext bekanntlich nur mit einer parlamentarischen Zwei-Drittel-Mehrheit veränderbar, und die Grundsätze der Verfassung entziehen sich grundsätzlich jeder Änderung durch den Gesetzgeber (vgl. Art. 79 GG).

¹² Rechtliche Grundsatzentscheidungen fallen tendenziell auch immer häufiger auf europäischer Ebene – doch dies ist nicht mein Thema.

Zwar sind die Entscheidungen der Justiz formell und zeitlich den Vorgaben der Legislative *nachgeordnet*. Allerdings kann das Richterrecht aufgrund seines Praxisbezuges und seines sich zeitlich und inhaltlich fortentwickelnden Charakters eine vergleichbare bzw. sogar eine viel stärkere *faktische Geltung* reklamieren als das parlamentarisch gesetzte Recht. In gewisser Hinsicht erscheint die Justiz dadurch oftmals sogar als das *erste* Rechtsorgan, weil gesetzliche Bestimmungen erst in der Rechtsprechung ihre eigentliche, wirkungsmächtige Gestalt annehmen.

Im Prinzip besteht somit in der Praxis eine gewisse Rivalität zwischen der Rechtsetzenden und der Recht-konkretisierenden Staatsgewalt. Diese faktische Aufgabenteilung geschieht jedoch grundsätzlich im beiderseitigen Einverständnis, da das Prinzip der Gewaltenteilung in genereller Hinsicht (d.h. nicht in jedem Einzelfall) der rechtspolitischen Legitimation (auch) der jeweils eigenen Entscheidung dient.

Kritisch wird mitunter eingewandt, dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) als ‚Superrevisionsinstanz‘ der Gesetzgebung und Rechtsprechung komme in der Bundesrepublik Deutschland eine zu große politische Bedeutung zu. Tatsächlich bringen Entscheidungen des BVerfG immer wieder den Vorwurf mit sich, dass die RichterInnen ihren Entscheidungsspielraum womöglich überschritten haben könnten und so zu einer Art ‚Übergesetzgeber ohne demokratische Legitimation‘ (Ventzke 1996, 99) mit ‚quasi-monarchistischen‘ Kompetenzen mutierten. Nicht zuletzt Bundestagspräsident Wolfgang Thierse (SPD) warf dem BVerfG zu starke und willkürliche Eingriffe in die Politik vor und verwandte dabei den Begriff des Verfassungsgerichts als ‚Ersatzgesetzgeber‘ (vgl. FR vom 24.9.2004).

Dass Fragen von übergeordneter verfassungsrechtlicher Bedeutung (Einsatz der Bundeswehr, Länderfinanzausgleich im Rahmen des Föderalismus, Demonstrations- und Meinungsfreiheit, Asylrecht usw.) durch das BVerfG letztinstanzlich und allgemein verbindlich geklärt werden (müssen), ist von den maßgeblichen politischen Akteuren im Prinzip jedoch erwünscht. Eine verfassungsgerichtliche ‚Absegnung‘ von Gesetzen (hinter denen zumeist grundsätzliche Politikentwürfe und machtvolle Interessen stehen) ist zudem insbesondere bei gesellschaftlich umstrittenen Themen (Kriegsführungsstrategien usw.) hochgradig dazu geeignet, der Kritik am regierungsamtlichen Vorgehen bzw. am Vorgehen der parlamentarischen Mehrheit den ‚Boden der FDGO‘ zu entziehen und die gesellschaftliche Opposition hierdurch zu delegitimieren und zu neutralisieren. Auch wenn manche Entscheidungen des BVerfG für den jeweils aktuellen Gesetzgeber unbequem gewesen sein mochten (Soldatenmörder-, Kruzifix-, Brockdorf-Urteil usw.), so ist die ‚Befriedungswirkung‘ von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Sinne des gesellschaftspolitischen Statuts quo insgesamt betrachtet doch enorm. Gerade die Asylrechtsentscheidungen des BVerfG aus dem Jahr 1996 haben die grundlegend ‚regierungstreue‘ bzw. vielmehr *staatstragende Funktion* der VerfassungsrichterInnen noch einmal sehr deutlich gemacht (hierzu später).

Bei der grundsätzlichen Beurteilung der gesellschaftspolitischen Funktion des Bundesverfassungsgerichts müsste eigentlich – etwa Dieter Sterzel zufolge (vgl. FR vom 5.9.2000, S. 22: „Dogmatisiertes Verfassungsverständnis“) – noch einmal zwischen dem ersten und dem zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts unterschieden werden.

Denn während die Entscheidungen des ersten Senats, so Sterzel, von einem dynamischen (optimistischen) Verfassungsverständnis geprägt seien, wonach die „Freiheit und Gleichheit der Bürger [...] allmählich zu immer größerer Wirksamkeit zu entfalten und bis zum überhaupt möglichen Optimum zu steigern“ sei (so das BVerfG, zit. nach ebd.), sei dieses Verfassungsverständnis beim zweiten Senat (noch) nicht angekommen. In dessen Rechtsprechung gebe es ein „Primat eines abstrakten Legalismus“, der „zu Lasten des materialen Freiheitsanspruchs der Grundrechte“ ginge (ebd.). Diese „staatsorganisationsrechtlich verengte“ Sichtweise des zweiten Senats führe zu einer Erstarrung des Demokratiebegriffs und negiere bestehende Handlungsspielräume des Gesetzgebers hinsichtlich einer möglichst effektiven und weiten Auslegung der Grundrechte, was Sterzel zufolge vor allem bei zwei Entscheidungen deutlich zu Tage getreten sei: Bei der verfassungsgerichtlichen Verhinderung eines kommunalen Ausländerwahlrechts im Jahr 1991 und bei der Ablehnung einer erweiterten Mitbestimmung im Jahr 1995 durch den zweiten Senat. Das Grundgesetz würde vom zweiten Senat nur als „Staatsrecht“ angesehen und sein „formalisiertes Demokratieverständnis“ missachte die dynamische Gesamtrechtsordnung der Verfassung (ebd.).

Es ist insofern nicht zufällig, dass es der *zweite* Senat des BVerfG war, der 1996 die umstrittene Änderung bzw. weitgehende Aufhebung des Grundrechts auf Asyl passieren ließ. Zwar handelte es sich um eine wahrlich „dynamische“ Veränderung der bestehenden Verfassung – allerdings in einem die individuellen Grundrechte höchst einschränkenden Sinn. Wie ich später noch im Detail zeigen werde, waren die Asylrechtsurteile des BVerfG getragen

von der expliziten Ablehnung eines effektiven Grundrechtsverständnisses, d.h. das individuelle Grundrecht auf Asyl wurde mit realitätsfernen und zumeist rein formalen Argumentationsmustern der allgemeinen Staatsräson geopfert. Ob der erste Senat des BVerfG die zur ‚Schicksalsfrage der Nation‘ hochstilisierte Asylrechtsänderung *im Kern* anders bewertet hätte, wage ich allerdings zu bezweifeln.

Auch dem für Asylsachen maßgeblich zuständigen neunten Senat des BVerwG wurde, etwa von Manfred Kohler (in: Asylmagazin 3/2000, S. 1), vorgeworfen, in der Asyl- und Flüchtlingsrechtsprechung eine „quasi-gesetzgeberische Machtfülle“ erhalten zu haben, die verfassungsrechtlich bedenklich sei.

Dabei korrelierte diese Machtstellung des Bundesverwaltungsgerichtes mit einer weitgehenden Zurückhaltung des parlamentarischen Gesetzgebers, der angesichts der restriktiven Vorgaben des BVerwG, die dem eigenen Ziel einer Reduzierung der Zahl der schutzberechtigten Flüchtlinge völlig entsprachen, jede Verantwortung für die Entwicklung im Flüchtlingsrecht von sich weisen wollte. Dabei wäre es die Aufgabe der Politik bzw. des Gesetzgebers gewesen, die völkerrechtlich höchst problematische Entkernung internationaler Schutzabkommen (GFK, EMRK) durch die staatsfixierte Rechtsprechung des BVerwG rechtzeitig zu beenden (letztlich geschah dies erst mit dem Zuwanderungsgesetz 2005). Eine ganz wesentliche und substantielle Frage der Flüchtlingspolitik, wer nämlich als schutzberechtigt anzusehen sei, wurde also über Jahre und Jahrzehnte hinweg trotz der zeitweilig absolut zentralen Stellung des Themas in der politischen bzw. populistischen Auseinandersetzung *nicht* im Parlament oder in der Öffentlichkeit, sondern in juristischen Fachzirkeln von wenigen RechtsexpertInnen und auf einem für Nicht-JuristInnen weitgehend unverständlichen Niveau debattiert. Dass die RichterInnen des BVerwG wesentliche Inhalte des deutschen Flüchtlingsrechts über eine lange Zeit hinweg quasi-monarchistisch ohne jede politische Einflussnahme dominieren und auf international isolierte Abwege führen konnten, war meines Erachtens ein ‚Versagen‘ des Rechtsstaats – oder sagen wir besser: Die Vorgänge illustrieren, wie das formelle Gewaltenteilungsprinzip des Rechtsstaates eine substantielle Entrechtung der Menschen mit sich bringen kann bzw. solche Entrechtungsprozesse legitimieren hilft.

Rechtsprechung im gesellschaftlichen Wandel

Ergeben sich bei der Aufgabe der Rechtsprechung, d.h. der Interpretation und Anwendung der Gesetze, kaum auflösbare Konflikte, etwa wenn Bestimmungen unterschiedlicher Gesetze im Widerspruch zueinander stehen, kann nach Rüthers die Bedeutung des *Willens des Gesetzgebers*, also der ursprüngliche Sinn und Zweck einer gesetzlichen Regelung, die des *Wortlautes des Gesetzes* bei der konkretisierenden Ausdeutung des Rechts im Rahmen einer eigenständig wertenden Rechtsprechung übersteigen oder sogar ersetzen (vgl. Rüthers 1991, 467). Eine solche Konstellation kann sich insbesondere in Zeiten starken gesellschaftlichen Wandels ergeben, wenn also herkömmliche Wertebegriffe und normative Grundlagen, die den ursprünglichen Gesetzgeber leiteten, keinen Bestand mehr haben. Gewandelt hat sich in einem solchen Fall also nicht unbedingt der zu regelnde Sachverhalt, sondern vielmehr das gesellschaftliche Umfeld, in dem Sachverhalte als in einer bestimmten Art und Weise regelungsbedürftig angesehen werden.

Rüthers illustriert diesen Vorgang am Beispiel des Wandels der Rechtsprechung im Nationalsozialismus. Er ruft dabei in Erinnerung, dass der Nationalsozialismus trotz seines ‚revolutionären‘ Charakters (bzw. seines Anspruchs auf revolutionäre Veränderungen) darauf verzichtete, das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) durch ein „nationalsozialistisches Gesetzbuch“ zu ersetzen (vgl. ebd., 99). Und trotz seines enormen Misstrauens und seiner Verachtung gegenüber der etablierten RichterInnenschaft vertraute auch Adolf Hitler letztlich darauf,

„dass die deutsche Justiz versteht, dass nicht die Nation ihretwegen, sondern dass sie der Nation wegen da ist [...], dass Deutschland leben muss, ganz gleich wie immer auch formale Auffassungen der Justiz dem widersprechen mögen“ (Adolf Hitler, zit. nach ebd., 108).

Nicht die Rechtsförmigkeit, d.h. die Wahrung formaler Verfahrensgrundsätze, sei demnach für die Rechtsfindung entscheidend, sondern die Interessen der Nation, denen das Recht der Einzelnen unterzuordnen sei. Dieses von Hitler formulierte *instrumentelle* Verständnis des Rechtssystems, das den individuellen Rechtsschutzgedanken einem wie auch immer definierten Allgemeinwohl unterwirft und das auch heute noch bei vielen ‚OrdnungspolitikerInnen‘ anzutreffen ist,

macht deutlich, welchen fundamentalen und unhintergehbaren Stellenwert prozedurale Verfahrensregeln und individuelle Grundrechte in einem Rechtsstaat haben (müssen), um die ‚Substanz‘ des Rechts wahren zu können.

Ich werde später noch im Detail darlegen, dass Hitlers Vertrauen in die staatstragende Funktion und das Wirken der Justiz im Sinne ‚der Nation‘ (des ‚deutschen Allgemeinwohls‘, des ‚öffentlichen Interesses‘ usw. – es gibt verschiedene sprachliche Variationen des im Grunde genommen selben Begriffs) durchaus gerechtfertigt war, und dass diese mächtige Vorab-Gewichtung des ‚nationalen Interesses‘ auch heute noch die Rechtsprechung im Flüchtlingsrecht prägt und RichterInnen im Zweifelsfalle über die Interessen der einzelnen Individuen hinwegsehen lässt.

Im Nationalsozialismus boten vor allem unbestimmte Rechtsbegriffe in den bestehenden Gesetzen den national gesinnten RichterInnen den entscheidenden Hebel, um den ursprünglichen Gesetzeszweck vor dem Wertmaßstab der neuen nationalsozialistischen Gesellschaftsordnung umzuformen, ganz so, wie es z.B. von Carl Schmitt postuliert worden war:

„Alle unbestimmten Rechtsbegriffe, alle so genannten Generalklauseln sind unbedingt und vorbehaltlos im nationalsozialistischen Sinne anzuwenden“ (zit. nach ebd., 216).

Die deutsche Justiz übernahm diese Aufgabe folgsam und gewissenhaft, indem sie das „gesunde Volksempfinden“ oder die „Belange der Volksgemeinschaft“ zur höchsten Rechtsquelle erhob. Dabei, so Rütters (1991, 262), „erwiesen sich die Generalklauseln [als] Einbruchstellen und Einfallstore des neuen Rechtsdenkens [...] [und] als strategisch beherrschende Position der neuen Wertetafeln im alten Normensystem“.

Wie diese Umwertung der althergebrachten bürgerlichen Gesetzgebung geschah, illustriert paradigmatisch ein Urteilssatz des Reichsgerichts, den Rütters (ebd., 218) zitiert:

„Der Begriff eines ‚Verstoßes gegen die guten Sitten‘, wie er in § 128 und § 826 BGB enthalten ist, erhält seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung“¹³.

Es war also nicht unbedingt – wie häufig vermutet wird – eine besondere Gesetzestreue (ein übertriebener Gesetzespositivismus), die die deutsche Justiz gegenüber den Anforderungen des nationalsozialistischen politischen Systems ‚wehrlos‘ machte, sondern es waren vielmehr die RichterInnen selbst, die im Rahmen der Ausdeutung unbestimmter Rechtsbegriffe aktiv an der Umformung geltenden Rechts und Rechtsempfindens unter Berücksichtigung der „nationalsozialistischen Erfordernisse“¹⁴ mitwirkten (vgl. auch: Behrends 1989, 35; Maus 1989, 86, 88). Ingeborg Maus (1989, 92) betont entsprechend, „dass die Justiz nicht durch Gesetzesbindung, sondern durch Wertbindung gleichgeschaltet wurde“ bzw. sich selbst gleichschaltete, wie es angesichts des Erfüllungsgehorsams, des Übereifers und der zeitweiligen Vorreiterrolle der Justiz bei der Anwendung, Entwicklung und Vorwegnahme anti-jüdischer Maßnahmen (vgl. Maus 1989, 96) zutreffender heißen müsste.

Rütters beschreibt am Beispiel des Privatrechts, wie die unbestimmten Rechtsbegriffe eine radikal gewandelte Rechtsprechung der RichterInnen im Nationalsozialismus ermöglichten, ohne dass ein äußerlicher Formwandel oder eine ausdrückliche Änderung des gegebenen Rechtsbestandes erforderlich gewesen wäre:

„Wie große Fenster eines Hauses lassen [die Generalklauseln; T.H.] das Licht des neuen Wertebewusstseins in das alte, überlieferte Normengebäude ein. Eine Inhaltskontrolle dessen, was da einfällt, ist in den Generalklauseln nicht vorgesehen. Das einzige Kriterium der rechtlichen Anerkennung ist die soziale Geltung und allgemeine Anerkennung als Wertmaßstab.“ (Rütters 1991, 264)

¹³ Nach diesem Schema konnte beispielsweise das Landesarbeitsgericht Köln die fristlose Entlassung eines Arbeiters, der den ‚deutschen Gruß‘ nicht erboten hatte, mit folgenden Worten für Recht erklären: „Der Kläger hat sich durch sein Verhalten bewusst ausserhalb der Volksgemeinschaft gestellt“ (zit. nach ebd., 240).

¹⁴ Roland Freisler postulierte 1933, dass die RichterInnen zwar nicht gegen gesetztes Recht entscheiden dürften, doch sei bei jedem Widerspruch zu „nationalsozialistischen Erfordernissen“ zu prüfen, ob „die Rechtsfindung irrig ist und die richtige (!) Anwendung des Gesetzes den Richter zu einem anderen Ergebnis geführt hätte“ (zit. nach: Maus 1989, 88 f).

Die entscheidende Bedeutung der allgemeinen „sozialen Geltung“ in der Rechtsfindung ist einer der Schlüsselbegriffe Rüthers, und dieser Begriff soll helfen, den *aktuellen Zeitkern einer jeden Rechtsprechung* zu erkennen. Er soll die Einsicht präsent halten, dass einer (und sei es höchst richterlichen) Rechtsprechung keinesfalls der Wert einer objektiven oder gar wertneutralen Auslegung von Gesetzen zukommt, sondern dass jedes Urteil vielmehr entscheidend vorgeprägt ist von der jeweils politisch und sozial allgemein geltenden Weltanschauung¹⁵, die sich stets in unterschiedlichen Graden auch der individuellen Anschauungen, Rechtsauffassungen und -anwendungen von RichterInnen bemächtigt.

Manfred Walther plädiert ebenfalls für eine solche Sichtweise der Justiz, die er als „*konsequenten Machtpositivismus*“ bezeichnet, wonach

„[...] Recht immer die jeweils wirksamen Normen sind, an deren Wirksamkeit folglich die Rechtsunterworfenen selber mitwirken, weil alle staatlichen Setzungen zumindest auf überwiegende Akzeptanz, in der Regel jedoch auf Zustimmung der Bürger angewiesen sind. Danach wird Recht also nicht alleine durch staatliche Normensetzung konstituiert, sondern es kommen auch gesellschaftlich herrschende Normen hinzu und vor allem die Befolgungsbereitschaft: dadurch werden solche Setzungen erst zum Recht“ (Walther 1989, 341).

Häufig werden in der Rechtsprechung Verweise auf andere Rechtsquellen dazu benutzt, um den zeitbezogenen Machtgehalt der Rechtsetzung entsprechend der jeweils sozial geltenden Weltanschauung verbergen zu können: RichterInnen beziehen sich etwa auf das ‚Natur- oder Gewohnheitsrecht‘, auf eine allgemeine ‚Gruppenüberzeugung‘¹⁶ oder auch auf das ‚gesunde Volksempfinden‘, wenn es darum geht, den aktuellen ‚Zeitgeist‘ in die Urteilsfindung mit einfließen zu lassen. Eine solche Berufung auf ‚höheres Recht‘ – unter Zuhilfenahme der unbestimmten Rechtsbegriffe – kann, dies habe ich bereits ausgeführt, auch dazu führen, dass die Justiz den parlamentarischen Gesetzgeber faktisch dominiert, d.h. dass sie ihre eigenen Wertvorstellungen an die Stelle der ursprünglichen Gesetzesinhalte setzt und der Legislative ‚den Kampf ansagt‘ (wie etwa in der Weimarer Republik; vgl. Maus 1989, 87).

Zur Rechtsschöpfung und zur Anpassung der Gesetzeslage an aktuelle Entwicklungen wird die Justiz aber auch von der Politik regelmäßig aufgefordert. So wies Bundesjustizminister Hans-Jochen Vogel 1979 in einer Rede vor dem Bundesgerichtshof der RichterInnenschaft eine doppelte Aufgabe zu: Sie solle nicht nur das von der Legislative gesetzte Recht anwenden, sondern auch selbst „Recht schöpfen, Gesetzesrecht durch Richterrecht“ ergänzen und allgemein „die Mitte halten“ zwischen „dem Richter als Vollstrecker des Gesetzesbefehls und dem Richter als dem Katalysator gesellschaftlicher Prozesse“ (zit. nach: Hattenhauer 1989, 31), und Hattenhauer merkt an dieser Stelle an, dass es „keinen Richter gegeben zu haben scheint, der sich über seine Einstufung als ‚Katalysator gesellschaftlicher Prozesse‘ und die darin enthaltene Inpflichtnahme für einen mythischen ‚gesellschaftlichen Prozess‘ erregt hat“ (ebd.).

Das Bundesverfassungsgericht hat Formen der nicht gesetzestreu richterlichen Rechtsfortbildung grundsätzlich für zulässig erklärt, jedoch nur als Korrektiv zur Durchsetzung der übergeordneten Grundsätze der Verfassung (vgl. BVerfG NJW 1973, 1221, 1224; zit. in: Maus 1989, 98 f):

„Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinngehalt besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag. [...] Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.“

Formal gesehen ist diese Passage geradezu ein ‚Einfallstor‘ für über-positivistische und intentionale Rechtsauslegungen – angesichts der überragenden und zentralen Bedeutung des Art. 1 GG in der bundesdeutschen Verfassung kann diese rechtssystematische Vorgabe jedoch *eigentlich*

¹⁵ Der von Rüthers verwandte und etwas altmodisch klingende Begriff der „herrschenden Weltanschauung“ wäre in mehrfacher Hinsicht erläuterungs- und konkretisierungsbedürftig, nähere Ausführungen hierzu fehlen jedoch. Bei Rüthers bleibt vor allem unklar, inwieweit (auch) die *ökonomische* Verfasstheit einer Gesellschaft als – oft unhinterfragtes – Fundament der Rechtsprechung systematisch zu berücksichtigen wäre (vgl. z.B. auch Maus 1989, 100 ff).

¹⁶ So formulierte etwa Josef Esser: „Im pluralistischen Rechtsstaat bedarf eine auf einer Gruppenüberzeugung der Rechtsnotwendigkeit aufbauende Übung der gesamtgesellschaftlichen Sanktion, wie sie sonst (und eigentlich) dem Gesetzgeber zukäme“ (zit. nach: Hattenhauer 1989, 30).

nur so verstanden werden, dass in Zweifelsfällen der Rechtsauslegung den *individuellen Menschenrechten* ein überragendes Gewicht zukommen müsste – dass dies jedoch auch in der Rechtsprechung des BVerfG nicht (immer) der Fall war und ist, werde ich noch zeigen.

Interessante Ausführungen zum Bild einer sich (gesellschaftlich) wandelnden Rechtsprechung finden sich auch in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsberatungsgesetz (BVerfG, 1 BvR 737/00 vom 29.7.2004):

„Dabei haben die Gerichte bei der Auslegung auch zu berücksichtigen, dass dieses Gesetz – wie andere Gesetze auch – einem Alterungsprozess unterworfen ist. Das Rechtsberatungsgesetz steht in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen, mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern kann. Die Gerichte haben vor diesem Hintergrund zu prüfen, ob das Gesetz für alle Fälle, auf die seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereithält. Sie sind daher befugt und verpflichtet zu prüfen, was unter den veränderten Umständen ‚Recht‘ im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG ist (vgl. BVerfGE 82, 6 <12>). Dabei haben sie unter Anwendung der allgemein anerkannten Auslegungsmethoden – zu denen auch die teleologische Reduktion gehört [d.h. die zweckbestimmte Nichtanwendung einer Norm auf einen Fall, auf den sie dem Wortlaut nach anwendbar wäre; T.H.] (vgl. BVerfGE 35, 263 <279>; 88, 145 <166 f.>) – zu prüfen, ob die gesetzliche Regelung zwischenzeitlich lückenhaft geworden ist. Am Wortlaut einer Norm braucht der Richter dabei nicht Halt zu machen. Seine Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) bedeutet nicht Bindung an dessen Buchstaben mit dem Zwang zur wörtlichen Auslegung, sondern Gebundensein an Sinn und Zweck des Gesetzes. Sind mehrere Deutungen einer Norm möglich, so verdient diejenige den Vorzug, die den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht (vgl. BVerfGE 8, 210 <220 f.>).“

Wie jedoch diese „Wertentscheidungen der Verfassung“ aktuell und konkret auszudeuten und anzuwenden sind – dies müsste an dieser Stelle mit Rüthers ergänzt werden –, bestimmen letztlich die RichterInnen des Verfassungsgerichts selbst, und zwar unter Beachtung der jeweils herrschenden gesellschaftlichen ‚Weltanschauung‘.

Ingeborg Maus beklagt eine kontinuierliche *Entformalisierung des Rechtssystems* in Deutschland, die vor 1933 begonnen und sich auch nach 1945 noch fortgesetzt habe¹⁷: eine „Entformalisierung der juristischen Methode“ (gemeint ist hiermit etwa die zweckbestimmte Rechtsausdeutung) und die „Entformalisierung des Rechts selbst“ (gemeint sind hiermit z.B. unwirksame ‚Gesetzesattrappen‘ und ‚Regierungsgesetze‘). Denn „nicht das Gesetz, sondern entformalisiertes Recht“ sei, so Maus, „zum eigentlichen Medium nationalsozialistischen Unrechts“ geworden (Maus 1989, 98). Die Kontinuität dieser Erosion des Rechts verweise auf Ursachen der Entwicklung, die ihre Gründe nicht (ausschließlich) in den Bedürfnissen eines Terrorregimes haben könnten, und sie nennt beispielhaft „ökonomische Interessen an einer Entformalisierung des Rechts“ (ebd., 100) und Herrschaftsinteressen der Exekutive, denn die rechtliche Entformalisierung stärke die Kompetenzen der Rechtsprechung „auf Kosten der Gesetzgebung, aber nicht gegenüber der Verwaltung“ (ebd., 101). Wegen der besonderen Bedeutung für mein konkretes Thema hier ein längeres Zitat:

„Zwar trägt die Unbestimmtheit des Rechts in vielen Fällen zur erhöhten Nachprüfung von Verwaltungsakten bei; aber was sich in diese juristische Form kleidet, ist in Wirklichkeit eine Konkurrenz zwischen Verwaltungsgerichten und Verwaltung um die inhaltliche Ausfüllung des Rechts, wobei die Justizfunktion sich der Verwaltungsfunktion angleicht. Die Orientierung der Justiz an Gesichtspunkten, die für das Verwaltungshandeln typisch sind, durchdringt gegenwärtig alle Zweige der Rechtsprechung bis hin zum Bundesverfassungsgericht und führt nicht nur zu einer weiteren Entformalisierung, sondern auch zur verwaltungsgerechten Aufbearbeitung des längst nicht mehr situationsunabhängigen Rechts. Dadurch wird die Justiz nicht im gleichen Sinne zu einem bloßen Anhängsel der Verwaltungs- und politischen Apparate wie im Nationalsozialismus, aber sie sichert die Dominanz des Verwaltungshandelns und seiner Prinzipien rechtlich ab. [...] Der Zusammenhang zwischen Entformalisierung des Rechts und der Erosion eigenständiger Justizfunktion besteht auch in der Gegenwart. Angesichts der großen Kontinuitäten der Rechtsentwicklung im NS-System und in der Bundesrepublik liegt die Vermutung nahe, dass jene Nachkriegsthese, die eine Unterwerfung der Justiz unter den ‚NS-Gesetzgeber‘ unterstellte, nicht nur als retrospektive Rechtfertigungsideologie zu verstehen ist, sondern in der Kaschierung der tatsächlichen Entwicklungslinien auch der Absicherung gegenwärtig herrschender Rechtsbedürfnisse dient.“ (Maus 1989, 101 f)

Am Beispiel der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit werde ich noch im Detail zeigen, wie eine solche Angleichung der Justiz an die Verwaltung vonstatten gehen kann.

Das Beispiel des Wandels der Rechtsprechung im Nationalsozialismus mag sehr negative Assoziationen und Abwehrreaktionen hervorrufen, und deshalb möchte ich an dieser Stelle betonen,

¹⁷ Maus gibt an anderer Stelle (Maus 1989, 84) folgenden Hinweis: Von 1933 bis Kriegsbeginn wurden vom Deutschen Reichstag ganze neun (!) Gesetze verabschiedet, dem standen 4.500 ‚Regierungsgesetze‘ gegenüber!

dass weder der Umstand einer sich wandelnden Rechtsprechung noch das Instrument der Generalklauseln *an sich* abzulehnen oder negativ zu bewerten wären! Im Gegenteil:

„Eine Bewältigung der Rechtsprobleme in der modernen Welt ist ohne Generalklauseln nicht denkbar“ (Rüthers 1991, 266).

Generalklauseln ermöglichen es den RichterInnen, im Rahmen einer offenen Gesetzgebung die von den PolitikerInnen abstrakt gesetzten Maßstäbe einer sich dynamisch wandelnden Gesellschaft anzupassen und mit sozialer Geltung, die von aktuellen Entwicklungen abhängig ist, aufzuladen. Dies trägt dazu bei, dass sich gesellschaftlicher Fortschritt (aber eben auch: Rückschritt!) innerhalb der althergebrachten rechtlichen Bahnen entwickeln kann.

Dennoch sollten RichterInnen, so Rüthers, aus prinzipiellen Gründen zunächst nur „Gehilfen des Gesetzgebers“ (ebd., 267) sein, und die „Delegation gesetzgeberischer Aufgaben“ solle sich im Wesentlichen auf den „konkretisierenden Nachvollzug [...] gesetzlicher Wertungen“ (ebd., 268) beschränken: „Die richterliche Eigenwertung kommt nur in den seltenen Ausnahmefällen in Betracht, in denen jede, auch fernwirkende gesetzliche Wertung fehlt“ (ebd.).

Entgegen dieser Postulate kommt es in der Rechtsprechungspraxis allerdings immer wieder zu richterlichen Eigenwertungen, die unter keinen Umständen mit den gesetzgeberischen Normen und Vorgaben in Einklang zu bringen sind, weil Rechtsnormen konsequent entsprechend eines bestimmten (aktuellen) Ziels interpretiert werden (unzulässige Rechtsfortbildung, ‚Zweckdeutung‘ des Gesetzes). Auch die Methode der so genannten ‚Analogie‘ bietet Missbrauchsmöglichkeiten, d.h. dort, wo aufgrund von Gesetzeslücken oder Unklarheiten Regelungen aus anderen Zusammenhängen *analog* auf die zu regelnden Sachverhalte übertragen werden müssen, kann es ebenfalls zu sinnwidrigen Ergebnissen der Rechtsprechung kommen.

Durch die Eigenwertungsmöglichkeiten der Justiz können prinzipiell natürlich auch Rechtsergebnisse entstehen, die mit der ‚herrschenden Weltauffassung‘, der Regierungspolitik, den geltenden sozialen Normen usw. *nicht* in Einklang stehen oder den ‚gesellschaftlichen Horizont‘ sogar in einer *progressiven* Richtung überschreiten. Auf mein konkretes Fallbeispiel übertragen hieße dies, dass Regelungen im Asyl- und Ausländergesetz von den VerwaltungsrichterInnen auch *flüchtlingsfreundlich* ausgelegt werden könn(t)en. Tatsächlich ist es jedoch so, dass selbst dann, wenn sich die persönlichen (Gewissens-) Motive der RichterInnen nicht in Übereinstimmung mit den herrschenden Wertvorstellungen befinden sollten, dieser Konflikt „prinzipiell zugunsten der *sozial geltenden Weltanschauungen* entschieden“ wird (Rüthers 1991, 269) – die in der Flüchtlingspolitik bekanntermaßen restriktiv sind.

Ich möchte noch einmal betonen und zusammenfassen, dass es im Rechtsprechungsprozess keine eindeutige ‚logische Subsumtion‘ eines vorgefundenen ‚allgemeinen Willens‘ gibt. Bereits die Bestimmung dessen, was der ‚Wille des Gesetzgebers‘ oder das ‚Wesen der Verfassung‘ sei, ist ohne eigene Deutungen und Wertungen schlechterdings nicht möglich. Die verschlungenen Pfade der Rechtsprechung, die von der RichterInnenschaft zum Teil gemeinsam breit getrampelt werden, die jedoch teilweise auch kreuz und quer gehen und in verschiedene Richtungen weisen, veranschaulichen eindrucksvoll, dass jede konkretisierende Ausdeutung der Gesetze bis hin zu dem, was ‚gefestigte Rechtsprechung‘ genannt wird, *durch und durch kontingent* ist, d.h. abhängig von aktuellen Entwicklungen, persönlichen Motivlagen, von wirtschaftlichen und politischen Interessen und auch zufälligen Gegebenheiten – und hierfür werde ich später noch zahlreiche Beispiele anführen.

Unter Beachtung all dieser Einschränkungen ist dennoch Bernd Rüthers zuzustimmen, wenn er das Ergebnis seiner Untersuchung wie folgt beschreibt:

„Die Abhängigkeit der Rechtsanwendung von der sozial, politisch und weltanschaulich fundierten Wertgrundlage der Gesamtordnung ist das wesentliche Ergebnis der vorstehenden Analysen. Die Wertgrundlage des Gesamtsystems bestimmt jeden wertenden Einzelakt richterlicher Auslegung und Gebotsbildung.“ (Rüthers 1991, 437)

Dies hat er nicht nur am Beispiel des Wandels der Rechtsprechung im Nationalsozialismus belegen können, sondern dies gilt auch für die Gegenwart:

„Der Richter wird bei verfassungsgemäßer Wahrnehmung seines Amtes (Art. 20 III, 97 GG) im Ergebnis unausweichlich zum Vollstrecker der jeweiligen politisch und gesellschaftlich herrschenden Ordnungsvorstellungen

seiner Zeit. Sie werden ihm primär vom Gesetzgeber, subsidiär von den vorherrschenden Wertüberzeugungen, auf welche die Rechtsordnung vielfach Bezug nimmt, vermittelt.“ (ebd. 440)

Demnach wäre grundsätzlich zu bezweifeln, dass sich RichterInnen gegen eine dominierende Entwicklung in der Gesetzgebung bzw. Gesellschaft wenden könnten. Welche Gefahren mit dieser engen Bindung der Rechtsprechung an den gesellschaftlich-politischen Allgemeinwillen für das Prinzip des individuellen Rechtsschutzes verbunden sind, hat das Beispiel der nationalsozialistischen Justiz gezeigt. Zwar können RichterInnen durchaus Einfluss darauf nehmen, welche konkrete Bedeutung dem individuellen Grundrechtsschutz im jeweiligen Einzelfall zukommt – es wäre jedoch blauäugig anzunehmen, die Justiz würde sich in grundlegenden gesellschaftspolitischen Fragen Grundrechtsbeschneidungen widersetzen, wenn diese vom allgemeinen ‚Zeitgeist‘ verlangt werden¹⁸.

Das Erschrecken über die Justiz im ‚Dritten Reich‘ (ihre Wandlungsfähigkeit und intentionale Rechtsprechung im Sinne des Nationalsozialismus) hat im Grundgesetz seinen Niederschlag gefunden: im Grundsatz des absoluten Schutzes der Menschenwürde als Verpflichtung aller staatlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 1 GG) und im Bekenntnis zu den unveräußerlichen Menschenrechten (Abs. 2), die die Rechtsprechung ebenso wie die gesetzgebende und vollziehende Gewalt *unmittelbar* (Abs. 3) binden. Somit wären die RichterInnen bei ihrer alltäglichen Rechtsprechungsarbeit eigentlich dazu *verpflichtet*, die Vorgaben des Gesetzgebers und das Handeln staatlicher Organe stets am Maßstab der übergeordneten individuellen Grund- und Menschenrechte zu messen. Nur eine solche Rechtsprechung im Dienste eines vorbehaltlosen und konsequenten Schutzes der Menschenwürde *eines/r jeden/r Einzelnen* böte vor dem Hintergrund der Erfahrung einer juristischen Legitimierung nationalsozialistischen Unrechts die Gewähr dafür, dass sich die Justiz nicht (erneut) an Menschenrechtsverletzungen beteiligt, die angesichts der jeweils ‚herrschenden Weltanschauung‘ für ‚normal‘ bzw. ‚legal‘ angesehen werden.

Rüthers (1991, 476) stellte fest, dass „die systematische Auswertung“ der „Einsicht in die politische Funktion der Rechtsprechung im Hinblick auf eine realitätsbezogene Rechtstheorie und Rechtspraxis [...] in Deutschland noch am Anfang“ steht. Bezogen auf mein konkretes Thema möchte ich hierzu einen Beitrag leisten.

Während es in der Flüchtlings- und Asylpolitik in den siebziger Jahren in Deutschland entsprechend des allgemeinen gesellschaftlichen Klimas Versuche einer ‚emanzipatorischen‘ Gesetzesauslegung seitens der RichterInnen gab (vgl. ebd., 478), muss für die Gegenwart konstatiert werden, dass RichterInnen die Abschottung der Gesellschaft gegenüber Schutz Suchenden und den Abbau von Rechten Staatsfremder eher legitimatorisch begleiten oder sogar initiativ betreiben. Alle, die im Bereich der Flüchtlingspolitik arbeiten, wissen, dass der Grundsatz der Menschenwürde im Umgang mit Schutz Suchenden in Deutschland nicht nur auf gesetzgeberischem, sondern auch auf rechtsprecherischem Wege längst getilgt wurde. Viele handwerklich schlecht erstellte und vorurteilsbeladene Gerichtsurteile erwecken sogar den Anschein, dass viele RichterInnen sich ganz ‚unbefangen‘ – wenn auch unausgesprochen – auf ‚das allgemeine Volksempfinden‘ berufen.

Die höchsten Gerichte in Deutschland, das Bundesverfassungsgericht und das Bundesverwaltungsgericht, haben in unterschiedlichem Ausmaß zu dem Substanzverlust des Rechtsstaats für Flüchtlinge beigetragen, indem sie Entscheidungen trafen, die offenkundig nicht von einem möglichst effektiven Grundrechtsverständnis bzw. einer gewissenhaften Ausdeutung bestehenden Rechts geprägt waren, sondern vielmehr geleitet wurden von politischen Überlegungen, von einem übersteigerten nationalen Souveränitätsverständnis, von eigenen (Überfremdungs-) Ängsten und von dem Bemühen, eine Entscheidung zu treffen, die sich nicht gegen den gesellschaftspolitischen ‚Zeitgeist‘ stellt.

¹⁸ Dies gilt unabhängig davon, dass das BVerwG mehrfach dazu bereit war, sich bei umstrittenen Themen (etwa: Demonstrationsfreiheit, Datenschutz usw.) für die individuellen Freiheitsrechte auszusprechen und ‚unbequeme‘ Entscheidungen zu treffen.

Negativ-Vorbild: Bundesverwaltungsgericht

Ich habe bereits ausführlich dargelegt, wie das Bundesverwaltungsgericht nicht nur das deutsche Asylrecht, sondern auch internationale Konventionen (die Genfer Flüchtlingskonvention, die Europäische Menschenrechtskonvention) mit seiner staatsfixierten Rechtsprechung zielbestimmt und zweckgerichtet restriktiv ausdeutete. Die Auffassung der BundesrichterInnen, die „Souveränität des nationalen Gesetzgebers“ und die „Zusammensetzung der Wohnbevölkerung im eigenen Hoheitsbereich“ sei angesichts vor Folter und unmenschlicher Behandlung fliehender Menschen bedroht und sie müssten deshalb auf die „Grenzen der Belastbarkeit“ hinweisen (Begriffe aus: BVerwG 9 C 38.96) und sich offen gegen die Jurisdiktion des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte stellen, gab RichterInnen unterer Instanzen ein denkbar schlechtes Beispiel und lehrte diese, dass dem nationalstaatlichen Interesse mehr Gewicht beizumessen sei als individuellen Schutzinteressen und internationalen Verpflichtungen. Die „Tyrannei des Nationalen“ fand deshalb als eine Art abstrakte und verklausulierte Vorab-Negativ-Gewichtung in der Flüchtlingsrechtsprechung ihren Niederschlag.

Ich habe bereits dargelegt, mit welchen fadenscheinigen Rechtskonstruktionen das BVerwG *bosnischen* Kriegsflüchtlingen einen wirksamen Schutz und sicheren Rechtsstatus in Deutschland versagte. An dieser Stelle möchte ich darüber hinaus kurz auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Flüchtlingen aus dem *Kosovo* eingehen, um den Mechanismus der Zweckdeutung des Gesetzes abhängig von den jeweils aktuellen politischen Geschehnissen zu illustrieren (ich folge an dieser Stelle im Wesentlichen: Michael Stenger 1997, 105 ff und ZDWF 1995, 25 ff).

Rechtsprechung zu Kosovo-AlbanerInnen

Flüchtlinge aus Jugoslawien stellten seit 1988 eine der größten Gruppen von Asyl Suchenden in Deutschland dar, in den 90er Jahren waren JugoslawInnen durchgehend die größte, zumindest aber die zweitgrößte nationale Einzelgruppe unter den AsylbewerberInnen¹⁹. Etwa 80-90% von ihnen waren Minderheiten-Angehörige, in Bezug auf die jugoslawischen Republiken Serbien und Montenegro (die spätere Bundesrepublik Jugoslawien, die dann zum Staatenbund Serbien / Montenegro wurde) waren dies mehrheitlich albanische Volkszugehörige aus dem Kosovo, aber auch Roma, MuslimInnen aus dem Sandschak usw., unter ihnen viele Deserteure²⁰.

Diese Flüchtlinge wurden in der deutschen Asylrechtsprechung *bis 1992* in der Regel mit dem Hinweis auf ‚inländische Fluchtalternativen‘ innerhalb Jugoslawiens abgelehnt. Nach dem Zerfall Jugoslawiens in mehrere (souveräne) Einzelstaaten war diese Rechtsfigur der Ablehnung weitgehend nicht mehr anwendbar. So kam es im Jahr 1992 zu ersten positiven Verwaltungsgerichtsurteilen vor allem hinsichtlich albanischer Flüchtlinge aus dem Kosovo, die im Fall ihrer Rückkehr aufgrund ihrer Volkszugehörigkeit mit politischer Verfolgung (z.B. mit überhöhten Bestrafungen wegen Desertion) zu rechnen hätten (vgl. Stenger 1997, 107). Eine ‚Gruppenverfolgung‘, d.h. die Gewährung politischen Asyls *allein* wegen der Zugehörigkeit zu einer besonders gefährdeten Gruppe, wurde 1992 von den Gerichten allerdings (noch) nicht gesehen.

Unter dem Eindruck des Bosnien-Krieges und der sich verschärfenden Lage im Kosovo erkannten dann allerdings etliche Gerichte der ersten Instanz und Ende Oktober 1993 dann auch das OVG Niedersachsen als erstes Oberverwaltungsgericht Deutschlands die Situation einer Gruppenverfolgung von Kosovo-AlbanerInnen als gegeben an. Dieser Bewertung schlossen sich eine Vielzahl weiterer Verwaltungsgerichte, im Februar 1994 das OVG Schleswig-Holstein und im März 1994 dann auch das OVG Hessen an, und somit erhielten Asyl Suchende albanischer Volkszugehörigkeit aus dem Kosovo in immerhin drei Bundesländern von den Verwaltungsgerichten *unabhängig* von ihrer individuellen Gefährdungslage Asyl zugesprochen – dies ist ein für

¹⁹ Zu den Zahlen vgl. die Angaben des Asyl-Bundesamtes (<http://www.bamf.de>).

²⁰ Mit dem Eingreifen der NATO im Jahr 1999 drehte sich dann das Mehrheits- / Minderheitsverhältnis im Kosovo bekanntermaßen um: Erneut wurden Minderheiten vertrieben und zur Flucht gezwungen, dieses Mal jedoch Serben, Ashkali und Roma; im März 2004 dann sogar unter ‚Aufsicht‘ der weitgehend untätigen ‚Protektoratsmächte‘ UNMIK und KFOR (sprich zu großen Teilen: der Bundeswehr).

die restriktive deutsche Rechtsprechung höchst seltener Vorgang und somit auch ein Indiz für die dramatische Menschenrechtssituation im Kosovo²¹. Abgelehnt wurde die Annahme einer Situation der ‚Gruppenverfolgung‘ jedoch vom OVG Nordrhein-Westfalen, vom VGH Baden-Württemberg, vom OVG Rheinland-Pfalz und vom Bayrischen Verwaltungsgerichtshof – und diese ablehnende Position setzte sich schließlich auch durch.

Das Bundesverwaltungsgericht entschied nämlich sehr schnell (am 5. Juli 1994: BVerwG 9 C 158.94), dass die so genannte „Verfolgungsdichte“ zur Feststellung einer Gruppenverfolgung von Kosovo-AlbanerInnen nicht hoch genug sei:

„Um zu beurteilen, ob die Verfolgungsdichte die Annahme einer Gruppenverfolgung rechtfertigt, müssen Intensität und Anzahl aller Verfolgungshandlungen auch zur Größe der Gruppe in Beziehung gesetzt werden.“ (BVerwG 9 C 158.94, zit. nach ZDWF 1995, 25)²²

Die BundesrichterInnen reduzierten hierdurch den abstrakten Begriff der Gruppenverfolgung auf eine Art Rechenexempel, wobei es maßgeblich auf den Quotienten (tatsächlich) Verfolgte / (potenziell bedrohte) Bevölkerungszahl ankomme. Das BVerwG legte zugleich die Messlatte für die Feststellung einer Gruppenverfolgung sehr hoch, denn die in diesem Zusammenhang gewählte Formulierung schien einen Quotienten von nahezu 1 zu fordern:

„Dass bei einer derartigen Bevölkerungsgröße *tatsächlich nahezu jeder Albaner aktuell* von Verhaftung und Polizeigewalt bedroht sein soll, erscheint eher unwahrscheinlich.“ (a.a.O.; Kursive von mir; T.H.)²³

²¹ Dass diese Flüchtlinge vom Asyl-Bundesamt zu jener Zeit dennoch nur zu etwa 5% anerkannt wurden – und somit entsprechend der üblichen Demagogie zu 95% als ‚Wirtschaftsflüchtlinge‘ angesehen wurden –, sei hier nur am Rande erwähnt. Die Behauptung, albanische Flüchtlinge aus dem Kosovo seien in den Jahren 1993/94 nur wegen des Bezugs von Sozialleistungen nach Deutschland gekommen, da es damals keine Kriegshandlungen im Kosovo gegeben habe, stellten fünf Jahre später zahlreiche Berliner Sozialämter auf – und strichen den Betroffenen mit dieser Begründung jegliche soziale Unterstützung (d.h. sie setzten ganze Flüchtlingsfamilien aus dem Kosovo mittellos auf die Straße).

²² Zur Feststellung einer ‚Gruppenverfolgung‘ bedürfe es einer „Verfolgungsdichte“, die über eine Vielzahl einzelner Übergriffe hinausgehe und die akute Gefahr individueller Betroffenheit politischer Verfolgungsmaßnahmen beinhalte. Oder aber, so das BVerwG, es gibt sichere Anhaltspunkte dafür, dass ein „staatliches Verfolgungsprogramm“ vorliegt, dessen Umsetzung bereits begonnen hat oder unmittelbar bevorsteht und das die physische Vernichtung oder Vertreibung einer Gruppe zum Ziel hat. Indiz für ein solches Programm seien „Referenzfälle“ politischer Gruppenverfolgung oder ein Klima allgemeiner gesellschaftlicher Verachtung (vgl.: BVerwG 9 C 158.94). Die „billigend in Kauf genommene“ Auswanderung vieler Kosovo-AlbanerInnen infolge der jugoslawischen Repressionspolitik rechnete das BVerwG ausdrücklich nicht hierzu. Das VG Aachen (1 K 697/94.A, Urteil vom 23.3.1995, S. 79 ff) wies darauf hin, dass der vom Bundesverwaltungsgericht verwendete Begriff des „Verfolgungsprogramms“ möglicherweise (das BVerwG-Urteil ist nicht ganz eindeutig formuliert) den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts widerspreche, d.h. zu streng sei (vgl. ebd. und S. 88 ff).

²³ Der Hessische VGH (13 UE 2370/94, S. 27) berechnete entsprechend der Vorgaben des BVerwG beispielsweise: 13.500 Menschenrechtsverletzungen im Kosovo geteilt durch 1,7 Mio. AlbanerInnen – und befand diesen Quotienten für unzureichend.

Der 21. Senat des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs (in: Stenger 1997, 109) errechnete hingegen den Tagesdurchschnitt der Verfolgung und befand, dass *täglich* ca. sechs Hausdurchsuchungen, drei polizeiliche Verhöre, sieben Verhaftungen und ca. zehn Durchsuchungen von Personen auf der Straße nach Waffen in Kosovo *keine* besonders intensive oder aktuelle Gefahr für *jeden* Kosovo-Albaner darstellten. Dabei gingen die RichterInnen irriterweise von ca. 2.000.000 Kosovo-AlbanerInnen aus, obwohl albanische Volkszugehörige nur 90% der Kosovo-BewohnerInnen ausmachten (also etwa 1.800.000 Menschen) und sich deren Zahl durch Vertreibung und Flucht noch weiter (bis 1994 auf ca. 1.500.000 Kosovo-AlbanerInnen) reduziert haben dürfte. In ihrer Berechnung zählten die RichterInnen auch alle Greise, Frauen und Kinder zur statistischen Bevölkerung hinzu (ca. 50% der Kosovo-AlbanerInnen sind unter 18 Jahre alt), um die „Verfolgungsdichte“ entsprechend senken zu können. Dementgegen ‚vergaßen‘ sie zu berücksichtigen, dass viele der dokumentierten ‚Vorfälle‘ (Hausdurchsuchungen, Waffensuche usw. – um von den undokumentierten Fällen gar nicht erst zu sprechen) nicht nur Einzelpersonen betrafen, sondern auch deren Familien (im Kosovo: ca. 6-7 Personen). Die vom BVerwG aufgebene ‚Rechenaufgabe‘ zur Feststellung einer Gruppenverfolgung enthielt mithin zahlreiche ausfüllbare ‚Generalklauseln‘ mathematischer Natur!

In absoluten Zahlen lautete die ‚Verfolgungsbilanz‘ für das Jahr 1994 (vgl. zu den Zahlen: VG Aachen 1 K 697/94.A, Urteil vom 23.3.1995, insb. S. 46 ff, S. 54): Knapp 3.000 politisch motivierte Festnahmen, ca. 3.500 Hausdurchsuchungen, ca. 8.500 Misshandlungen, 2.729 Vorladungen zu polizeilichen Verhören, 18 Todesfälle infolge von Folter oder Erschießungen – dies sind die ‚soliden‘, d.h. aktenkundig gewordenen und überprüften und somit eher zu niedrig angesetzten Zahlen (‚Dunkelziffer‘: ca. 30-50%).

Das OVG Nordrhein-Westfalen (13 A 1792/94.A, Urteil vom 24.1.1995, S. 13) bezeichnete solche Zahlenangaben allerdings bereits deshalb als unzureichend, weil in diesen ‚auch solche Fälle von rechtsstaatlich gerechtfertigten

Diese extrem hohen Anforderungen im Rahmen einer geradezu mathematisch verkürzten quantitativen Betrachtungsweise standen im Widerspruch zu einer den Menschenrechten verpflichteten Perspektive, in der eine Gesamtwürdigung der Bedrohungssituation auch alle ‚niedrigschwelligen‘ und subtilen Verfolgungsmethoden, alltägliche Benachteiligungen und Diskriminierungen und die subjektive Bedrohungsfurcht hätte berücksichtigen müssen.

In ihrem Kosovo-Grundsatzurteil gaben sich die RichterInnen des BVerwG an anderer Stelle recht unverhohlen als freiwillige ‚SachverwalterInnen des nationalen deutschen Gesamtinteresses‘ zu erkennen: Verklausuliert, aber entzifferbar formulierten sie, was als Grundmuster der Asylrechtsprechung bezeichnet werden kann, dass nämlich die richterliche Beurteilung der Schutzwürdigkeit von Asyl Suchenden wesentlich von deren Zahl abhängt:

„Im Asylprozess kommt der Tatsachenfeststellung und -würdigung [...] eine besondere Bedeutung zu, und zwar erst recht, wenn [...] über die Asylanerkennung und die Gewährung von Abschiebungsschutz für Angehörige einer Volksgruppe zu befinden ist, die aus ca. 1,8 Millionen Personen besteht und aus der sich bereits Zehntausende im Bundesgebiet als Asylsuchende aufhalten.“ (a.a.O.)

Die Passage macht deutlich, dass die BundesrichterInnen womöglich weniger streng geurteilt hätten, wenn es lediglich um wenige Betroffene gegangen wäre. Die Angst jedoch, *alle* in Deutschland lebenden Kosovo-AlbanerInnen müssten womöglich als Asylberechtigte anerkannt werden oder bis zu 1,8 Millionen Personen könnten womöglich nach Deutschland einreisen, wenn die Situation einer Gruppenverfolgung festgestellt würde, war unüberlesbar. Dass die Qualität oder gar das Ergebnis einer „Tatsachenfeststellung und -würdigung“ jedoch von der Zahl der Asyl Suchenden abhängig sein könnte, war eine zutiefst befremdliche und rechtsstaatswidrige Auffassung des höchsten deutschen Fachgerichts.

Die übergeordnete staatstragende Funktion des BVerwG kam auch noch an einer anderen Stelle im Kosovo-Urteil indirekt zum Ausdruck: So, als wenn es niemals eine Kritik an den tendenziell beschönigenden Auskünften und Lageberichten des Auswärtigen Amtes gegeben hätte²⁴, veredelte das BVerwG diese von nationalstaatlichen Interessen geleitete Erkenntnisquelle zum Maß aller Dinge²⁵:

„Erst eine [...] vertiefte Betrachtung lässt es zu, Gehalt und Bedeutung [einer] Quelle im Vergleich zu anderen Erkenntnismitteln – insbesondere den Lageberichten und Auskünften des Auswärtigen Amtes, die auf einer wesentlich breiteren Erfahrungsgrundlage beruhen – abzuschätzen.“ (zit. nach ebd.)

Zum Verständnis muss darauf hingewiesen werden, dass die vom Bundesverwaltungsgericht verworfene Rechtsprechung einiger Oberverwaltungsgerichte im Wesentlichen auf denselben

Festnahmen und Hausdurchsuchungen sowie [...] auch sämtliche ‚rauen‘ Behandlungen eingegangen sein [könnten], die zwar nach deutschem Rechtsempfinden nicht zu billigen sind, nach den gewachsenen Strukturen des dortigen Landes als Reaktion auf die durchgängige Protesthaltung nahezu aller Albaner gegen Handlungen serbischer Behörde aber – selbst von einigen Albanern – als üblich und normal bezeichnet und auch schon gegen Angehörige anderer Volksgruppen angewendet worden und deshalb nicht ohne weiteres Ausdruck politischer Verfolgung sind“.

²⁴ Erinnert sei nur an die Einschätzung des bündnisgrünen Staatsministers Ludger Volmer (vgl. FR vom 30.4.1999), wonach z.B. der Lagebericht des Auswärtigen Amtes zu Kosovo „nicht der empirischen Wahrheit“ entsprochen habe und so verfasst worden sei, um möglichst viele AsylbewerberInnen ablehnen zu können.

²⁵ Auch der 21. Senat des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs kritisierte die Obergerichte anderer Bundesländer, die eine Gruppenverfolgung festgestellt hatten, u.a. mit dem Argument, dass diese die Auffassung des Auswärtigen Amtes „zu wenig gewürdigt“ hätten (zit. nach: ZDWF 1995, 27).

Zur Veranschaulichung der ‚Geisteshaltung‘ dieses Senates sei noch aus einem anderen Urteil aus späterer Zeit zitiert (21 BA 94.33279 vom 25.5.1998). Abgelehnt wurde ein Kosovo-Albaner, ehemaliges LDK-Mitglied und Deserteur: „Sollte die Polizei nach einer Rückkehr des Klägers erneut versuchen, die Wehrdienstableistung auch zwangsweise durchzusetzen und den Kläger deshalb suchen, so handelte es sich um legales Vorgehen ohne Asyl- und Abschiebungsrelevanz, da der Kläger keinen rechtfertigenden Grund zur Wehrdienstverweigerung hat“ (a.a.O., S. 5). Im Mai 1998 hatten im Kosovo die Kämpfe zwischen der UCK und serbischen ‚Sicherheitskräften‘ bereits begonnen! Unter Bezugnahme auf eine Auskunft des Auswärtigen Amtes sprach der 21. Senat in seiner Entscheidung davon, dass „die allein erwiesene noch andauernde Notwendigkeit der Niederschlagung einzelner bewaffneter Aufstandsversuche gewisser extremer Albanergruppen“ noch keine „flächendeckende Verfolgungsgefahr für die friedliche albanische Bevölkerung“ begründe (ebd.). Und weiter: „Dass danach die in den Aufstandsgebieten ansässige Bevölkerung dadurch, dass sie den Guerillakrieg der Aufständischen unterstützt und diesen Versteckmöglichkeiten bietet, von den staatlichen Bekämpfungsmaßnahmen unvermeidbar mitbetroffen wird, ist nicht von vornherein asylrelevant, sondern beruht allein auf dem illegalen Verhalten dieses Bevölkerungsteils [...]“ (ebd.).

Auskünften und Erkenntnisquellen beruhte, auf die sich auch das BVerwG stützte – nur dass die OberverwaltungsrichterInnen, die als so genannte ‚TatsachenrichterInnen‘ für die Bewertung der Sachlage eigentlich zuständig sind, zu gegenteiligen Schlüssen gekommen waren²⁶. Die BundesrichterInnen warfen diesen mit der obigen Passage jedoch vor, die Erkenntnismittel nur nicht „vertieft“ genug betrachtet zu haben, denn sonst wären auch sie – wie es die offiziellen Berichte des Auswärtigen Amtes doch nahe legten – zu dem Schluss gekommen, dass eine Situation menschenrechtlich nicht derart problematisch sein kann, dass sie dazu führte, eine Vielzahl von Flüchtlingen in Deutschland als Asylberechtigte anerkennen zu müssen.

Nach dem Grundsatzurteil des BVerwG gaben nach und nach alle bislang anders urteilenden Oberverwaltungsgerichte ihre Rechtsprechung zur Gruppenverfolgung im Kosovo auf, mit der Begründung einer nicht hinreichend nachgewiesenen ‚Verfolgungsdichte‘.

David gegen Goliath (VG gegen BVerwG) – Die Mühen der Abweichung

Nur wenige Verwaltungsgerichte trotzten den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts, etwa das VG Aachen – 1 K 697/94.A, Urteil vom 23.3.1995²⁷ –, das in eine gewaltige Rechen- und Dokumentationsarbeit einstieg, um belegen zu können, dass die ‚Verfolgungsdichte‘ im Kosovo selbst im Rahmen der engen Vorgaben des BVerwG ausreichend sei, um von einer Gruppenverfolgung ausgehen zu können.

Die Kammer wertete hierzu detailliert Berichte über Menschenrechtsverletzungen im Kosovo aus und versuchte mit Hilfe einer über 18 Seiten reichenden tabellarischen Übersicht den quantitativen Ansprüchen des Bundesverwaltungsgerichts gerecht zu werden (vgl. a.a.O., S. 15 ff). Verglichen wurden ‚Vorfälle‘ innerhalb eines Zeitraums von jeweils 100 Tagen in den Jahren 1992 und 1994, um zeigen zu können, dass diese erheblich zugenommen hätten.

Die erste Kammer des VG Aachen erhob aber nicht nur im Detail, sondern auch grundsätzlich Einwände gegen das Kosovo-Urteil des BVerwG, vor allem wegen dessen mathematischer Berechnung der Verfolgungsdichte-Relation:

„Das Erfordernis einer solchen Relation darf aber nicht schematisch in dem Sinne missverstanden werden, dass ein bestimmter Vomhundertsatz der betroffenen Bevölkerungsgruppe unabhängig von den konkreten Verhältnissen des jeweiligen Staates benannt werden müsste, der ‚aktuell von Verhaftungen und Polizeigewahrsam bedroht‘ ist.“ (a.a.O., 56 f)

Auch der Vorsitzende Richter des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs Günter Renner kritisierte die in quantitativer Hinsicht „bis an die Grenze des Machbaren“ gehenden Anforderungen des BVerwG an die „verlangten Aufklärungsmaßnahmen“ im Rahmen der Prüfung einer Gruppenverfolgung (Renner 1999, 210), und in qualitativer Hinsicht fiel seine Bewertung der „zunehmend restriktiven“ Rechtsprechung des BVerwG sogar noch deutlicher aus, denn die Vorgaben des BVerwG schraubten

„die tatsächlichen Voraussetzungen für die Unmittelbarkeit der Gefährdung und die Dichte der Verfolgungsschläge so hoch, dass sich ernsthaft die Frage stellen lässt, ob Juden unter diesen Vorgaben in Deutschland vor 1943 oder im Warschauer Ghetto als verfolgt anzusehen gewesen wären“ (ebd.).

Das VG Aachen bezog sich in seiner Begründung auf eine Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 1985, wonach der Begriff der Gruppenverfolgung sich eben nicht auf eine rein statistische Verfolgungswahrscheinlichkeit beschränken dürfe; der Begriff der Verfolgungsdichte sei vielmehr „quantitativ und qualitativ“ auszufüllen und im Zusammenhang mit der allgemeinen Lage im Herkunftsland zu bewerten (ebd., 57). Dabei falle nach Auffassung des VG Aachen aber insbesondere die Vielfältigkeit und stete Präsenz der staatlichen Unterdrückungsmaßnahmen im Kosovo ins Gewicht, d.h. die omnipräsente Benachteiligung in den Bereichen Kultur, Wirtschaft, Arbeitsleben, Schule, Universität, Sport, Bildung, Gesundheitssystem, Justiz usw., die im Rahmen einer allumfassenden und die gesamte Gruppe der Kosovo-AlbanerInnen betreffenden Unterdrückungs- und Vertreibungspolitik zu sehen sei. Die Kammer zeigte sich überzeugt, „dass es

²⁶ Dies veranschaulicht erneut die ‚Beliebigkeit‘ und ‚Zufälligkeit‘ der Rechtsprechung bzw. den Umstand, dass es keine ‚objektive Deduktion‘ im Rahmen einer vermeintlich ‚wertfreien‘ Rechtsprechung gibt.

²⁷ In dem Urteil (a.a.O., S. 11) findet sich auch ein ausführlicher Verweis auf die umfangreiche Rechtsprechung zum Thema.

kaum noch eine Familie im Kosovo geben dürfte, in der nicht eines oder mehrere Mitglieder von einzelnen oder mehreren solcher Maßnahmen betroffen wäre“ (a.a.O., 72 ff.). Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts müssten bei der Prüfung einer Gruppenverfolgung auch *an sich nicht* Asyl begründende Verfolgungsmaßnahmen („niederschwellige“ Diskriminierungen usw.) Berücksichtigung finden (a.a.O., 90).

Schließlich wies das VG Aachen noch darauf hin, dass die Rechtsfigur einer Gruppenverfolgung in Hinblick auf Situationen entwickelt wurde, in denen die Bevölkerungsmehrheit (bzw. die von ihnen dominierten staatlichen Organe) eine Minderheit verfolgt. Bezogen auf den Kosovo aber, wo die albanische ‚Minderheit‘ eine 90%-ige ‚Mehrheit‘ bildete, müssten andere Kriterien hinsichtlich der ‚Dichte‘ der Verfolgung und des ‚Verfolgungsprogramms‘ gelten, zumal die staatliche Vertreibungspolitik im Kosovo darauf ausgerichtet sei, durch einen möglichst geringen Einsatz staatlicher Mittel einen maximalen Effekt zu erzielen (a.a.O., 84).

Der Umfang des Urteils der 1. Kammer des VG Aachen zeigte in exemplarischer Weise, wie mühsam (und entsprechend selten!) ein ‚Auflehnen‘ unterer Gerichtsinstanzen gegen die Vorgaben des BVerwG ist: Die Kammer benötigte nicht weniger als 92 (!) Seiten, um ihr abweichendes Urteil zu begründen – und sie wies zugleich darauf hin, dass ihre Arbeitskapazität „angesichts der vom Bundesverwaltungsgericht formulierten Maßstäbe ohnehin an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit geraten“ sei (a.a.O., S. 16).

Bei RichterInnen, die eine solche Dokumentations- und Begründungsarbeit auf sich zu nehmen bereit sind, um sich für falsch erachteten Vorgaben ‚von oben‘ zumindest zeitweilig widersetzen zu können, handelt es sich überwiegend um (Rechtsstaats-) IdealistInnen und Nicht-KarrieristInnen, denn dieses ‚Schwimmen gegen den Rechtsprechungsstrom‘ kostet sehr viel Kraft und Zeit. Das Sich-Anschließen an die höchstrichterliche Rechtsprechung und den allgemeinen juristischen ‚mainstream‘ erspart RichterInnen hingegen weitgehend die Arbeit eigener Recherche und aufwändiger Begründungen. Ein rechtsprechungs-konformes Urteil ist schnell geschrieben und kann sich weitgehend auf Verweise oder inhaltliche Umschreibungen vorgegebener Grundsatzurteile und höchstrichterlicher Einschätzungen beschränken, und solche konform urteilenden RichterInnen müssen auch keine ‚Aufhebung‘ durch die nächst höhere Instanz fürchten, was – nebenbei gesagt – tendenziell die eigene Karriere eher fördert.

RichterInnen jedoch, die ‚abweichen‘, können dies nur sehr gut begründet tun und benötigen zudem einen langen Atem, starke Nerven und ein besonderes Bewusstsein richterlicher Unabhängigkeit. Schließen sich über einen längeren Zeitraum hinweg jedoch keine anderen Gerichte der eigenen Position an, besteht also nicht zumindest *der Chance nach* die Möglichkeit, diese ‚abweichende‘ Meinung durch argumentative Überzeugung letztlich doch noch durchsetzen zu können, ist eine ‚Abweichung‘ auf Dauer nicht aufrecht zu erhalten. Davon abgesehen, dass die eigenen Urteile ohnehin wirkungslos blieben, weil sie von der nächsthöheren Instanz regelmäßig wieder aufgehoben würden, wäre eine solche ‚Paria-Stellung‘ vor allem auch psychologisch kaum erträglich, denn das Phänomen des ‚Mobbings‘ unter KollegInnen sollte nicht unterschätzt werden!

Ich werde später anhand der Auseinandersetzung zwischen der 35. Kammer des VG Berlin und dem 8. Senat des OVG Berlin ein Beispiel eines solch enervierenden ‚Rechtsprechungskampfs‘ zwischen ‚David und Goliath‘ schildern²⁸.

Das argumentative ‚Aufbäumen‘ des VG Aachen jedenfalls blieb ohne Erfolg.

In der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung zum Kosovo urteilten die Gerichte bis zum Beginn des NATO-Bombardements 1999 entsprechend der Vorgaben des BVerwG und im Einklang mit den offiziellen Beurteilungen des Auswärtigen Amtes, wonach es keine Gruppenver-

²⁸ ‚Aufmüpfige‘ Kammern gibt es in konkreten Auslegungsfragen immer wieder – sie stellen jedoch eine absolute Ausnahme dar. Auf solche ‚Abweichter‘, die dem BVerwG vor allem im Streit um die ‚Verstaatlichung‘ der GFK und der EMRK Paroli boten, habe ich hingewiesen; vgl. aber auch z.B. das VG Potsdam gegen die Afghanistan-Entscheidung des BVerwG und der Hessische VGH gegen die ‚Terroristen-Klausel‘ des BVerwG (beide in: Asylmagazin 3/2000, 15 ff bzw. 32 ff).

folgung der albanischen Bevölkerung im Kosovo gebe und allenfalls zu einzelnen Übergriffen im Rahmen einer legitimen staatlichen Bekämpfung terroristischer bzw. separatistischer Bestrebungen (der UCK) komme.

Um das NATO-Bombardement auf Jugoslawien unter deutscher Beteiligung legitimieren zu können, kam es mit Beginn des Krieges Ende März 1999 jedoch zu einer dramatischen Umbewertung der Lage im Kosovo aus offizieller Sicht: Nunmehr wurde regierungsamtlich behauptet, seit langem habe es eine systematische Verfolgungs-, Vertreibungs- und Vernichtungspolitik gegenüber Kosovo-AlbanerInnen gegeben, und entsprechend kam es während des NATO-Bombardements zu einigen Asylanerkennungen von Kosovo-AlbanerInnen in der ersten Gerichtsinstanz (vgl. die Rechtsprechungsübersicht in: Asylmagazin 6/99, S. 7). Um nicht alle Flüchtlinge aus dem Kosovo als asylberechtigt anerkennen zu müssen, wurde vom Bundesinnenministerium in dieser Situation ein Entscheidungsstopp für das Asyl-Bundesamt erlassen. Offiziell wurde dies mit der unklaren Lageentwicklung begründet, doch unklare Situationen und Krisenverläufe gibt es in vielen Ländern, was das Bundesamt im Regelfall aber nicht davon abhält, (vor allem negativ) zu entscheiden. Asylanträge von Kosovo-AlbanerInnen wurden erst wieder bearbeitet, als sie mit der standardisierten Begründung abgelehnt werden konnten, wonach im Kosovo nach dem Abzug der jugoslawischen Streitkräfte und der Stationierung von NATO-Truppen albanischen Volkszugehörigen generell keine politische Verfolgung mehr drohe²⁹; der Kosovo stelle zudem für alle albanischen Volkszugehörigen aus Serbien eine inländische Fluchtalternative dar (so urteilten auch zahlreiche Oberverwaltungsgerichte, dokumentiert in: Asylmagazin Nr. 11/1999, 12/1999, 1-2/2000).

Es kann vor dem Hintergrund der deutschen Rechtsprechungsentwicklung nicht verwundern, dass die Asylanerkennungschancen jugoslawischer Staatsangehöriger (vor allem aus dem Kosovo) *unabhängig* von den jeweiligen konkreten Ereignissen und Bedrohungslagen im Land über Jahre hinweg minimal waren³⁰.

Negativ-Vorbild: Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht trat in der Vergangenheit immer wieder allzu restriktiven Auslegungen des Grundrechts auf Asyl entgegen³¹. Ebenso holten die VerfassungsrichterInnen auch einige Rechtsprechungskonstrukte des BVerwG wieder ins Recht zurück³², etwa die engen und verfassungswidrigen Vorgaben des BVerwG zu quasistaatlichen Verfolgungsmaßnahmen. Auch bei zahlreichen willkürlichen Entscheidungen im verwaltungsgerichtlichen Asylverfahren oder bei

²⁹ Hinsichtlich der Roma und SerbInnen aus dem Kosovo, die unter Umständen hätten anerkannt werden müssen, wurde der Entscheidungsstopp beim Asyl-Bundesamt bezeichnenderweise aufrechterhalten (vgl. Asylmagazin 3/2000, S. 10).

³⁰ In Österreich hingegen, wo ebenfalls viele Flüchtlinge aus dem Kosovo um Schutz nachsuchten, wurden in den ersten elf Monaten des Jahres 1999 über 20% bzw. sogar 52,8% (bezogen auf inhaltliche Entscheidungen) als asylberechtigt anerkannt (vgl. Asylmagazin 3/2000, 4).

³¹ Die grundsätzliche Vorgabe, der Begriff der politischen Verfolgung dürfe „nicht eng“ ausgelegt werden, machte das BVerfG bereits im Jahr 1959 – und somit in asylrechtlich und asylpolitisch noch unbeschwerten Zeiten (vgl. nur Münch 1993, 30).

³² Über Jahre hinweg vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung (und entsprechend urteilten auch die Fachgerichte), dass für die Feststellung einer politischen Verfolgung die *Motivation des Verfolgers* ausschlaggebend sei. Das ausgesprochen ‚perverse‘ Ergebnis dieser BVerwG-Rechtsprechung war, dass beispielsweise gefolterte Flüchtlinge dann nicht als politisch verfolgt anerkannt wurden, wenn der Verfolgerstaat behauptete, er foltere den Einzelnen nicht wegen seiner politischen Überzeugung, Herkunft oder Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe usw., sondern um die „Ordnung im Lande wiederherzustellen“ oder um „terroristische Separationen“ zu verhindern. Das Bundesverfassungsgericht stellte mit Beschluss vom 10.7.1989 klar, dass nicht die Motivation des Staates, sondern das Ausmaß und die erkennbare „Gerichtetheit“ der Verfolgungsmaßnahmen (gerichtet auf die so genannten „asyl-erheblichen Merkmale“ – Rasse, Religion usw.) entscheidend sei (vgl. Münch 1993, 31).

Im Zeitraum 1991 bis 2000 wurden insgesamt jedoch lediglich 101 von 1536 Entscheidungen des BVerwG durch das BVerfG korrigiert (vgl.: <http://www.bverfg.de/cgi-bin/link.pl?aktuell>, Stand 26.8.2001).

verfassungswidrigen Einzelbestimmungen ausführender Gesetze³³ war das Bundesverfassungsgericht immer wieder zu Korrekturen bereit.

Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996 jedoch, mit denen die Änderung des Grundrechts auf Asyl als verfassungskonform bezeichnet wurde, hatten mit dem Grundsatz einer praktisch wirksamen Ausdeutung der Grundrechte nichts mehr gemein. Sie basierten insbesondere nicht auf einer sorgfältigen, ergebnisoffenen und nach *rechtlichen* Kriterien geleiteten Interpretation und Anwendung der Grundrechte. Die Urteile hatten vielmehr einen vorab feststehenden *politischen* Zweck und sollten den 1992 von den bundesdeutschen Parteien gefassten ‚Asylkompromiss‘ mit den Weihen eines höchstrichterlichen Segens versehen.

Ob sich die RichterInnen dieses Umstandes einer intentionalen Rechtsfindung bewusst waren oder nicht (natürlich würden sie diesen Vorwurf offiziell zurückweisen), entzieht sich weitgehend der Forschung (hier wäre nicht nur die politologische, sondern auch die biographisch-soziologische und individuell-psychologische Analyse des Werdegangs und der Urteilsfindung jeder/s einzelnen Richters/in erforderlich). Dass die Urteile vom Mai 1996 in erster Linie die überwiegende Mehrheitsauffassung in der Gesellschaft und Politik bestätigen und ein erneutes ‚Aufflammen‘ der Demokratie-zerstörenden und Menschen-bedrohenden Asyldebatte von Anfang der 90er Jahre verhindern sollten³⁴, scheint mir angesichts der dürftigen rechtlichen Begründung der VerfassungsrichterInnen jedoch offenkundig zu sein. Auch Andreas Roth (1998, 58) befand in seiner Analyse der Urteile des Bundesverfassungsgerichts, dass

„ein überparteilicher Kompromiss [...] offensichtlich so schwergewichtig [ist], dass Fragen nach den grundsätzlichen Prinzipien des Grundgesetzes wenig opportun erscheinen“.

Die Asylrechtsurteile stellten nicht nur für die Asylpolitik in der bundesrepublikanischen Nachkriegsgeschichte einen tiefen historischen Einschnitt dar. Mit der allzu leichtfertigen Preisgabe eines Grundrechts verlor auch das Grundgesetz, so Roth, „in seiner Funktion als Fundament unserer Rechtsordnung entscheidend an Substanz“ (ebd.).

Heribert Prantl, scharfzüngiger Beobachter in Menschenrechtsfragen, hielt sich in einem Kommentar in der Süddeutschen Zeitung vom 15.5.1996 mit seiner Kritik an den Asylrechtsurteilen des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls nicht zurück:

„Hinter dem biedereren Wortgeklingel des Asylurteils verbirgt sich die Abdankung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsschutzorgan.“

Und Oberverwaltungsrichter Funke-Kaiser (1996, 11) befand düster:

„Alle Entscheidungen betonen in auffallendem Maße die Staatsräson und ordnen die Individualinteressen dieser bedenkenlos unter. Dies lässt für die Zukunft, wenn andere Grundrechte auf den Prüfstand kommen sollten, nichts Gutes erahnen.“

Eine ausführliche Analyse der drei Urteile vom 14. Mai 1996 ist mir an dieser Stelle nicht möglich, doch gehe ich wegen der enormen Bedeutung der Urteile und zur Erläuterung möglicher Rückwirkungen auf untere Instanzen der Rechtsprechung auf einige Kernpunkte der Asylentscheidungen im Anhang detaillierter ein.

Die Analyse, Interpretation und Bewertung von Gerichtsurteilen, gerade von solch mächtigen und politisch ‚aufgeladenen‘ Institutionen wie dem Bundesverfassungsgericht, sollte meines Erachtens nicht (allein) der juristischen Wissenschaft und Kommentarliteratur überlassen bleiben, denn der *genuin politische* Ursprung und Charakter vieler Grundsatzentscheidungen gerät bei einer nach strengen juristischen Regeln verlaufenden systemimmanenten Analyse und Bewertung aus dem Blick oder aber verkommt zur bloßen Randnotiz. Dies gilt in besonderer Weise, weil einem

³³ Als Beispiel sei hier nur noch einmal genannt, dass das Bundesverfassungsgericht die praktische Anwendung der ‚Zustellfiktion‘ des AsylVerfG – eine ausgesprochen formalistische und zugleich sehr effektive Ablehnungstechnik – 1994 als verfassungswidrig einstufte (vgl. Heinhold 1997, 149 ff).

³⁴ Dies ist der einzige Gesichtspunkt, der das BVerfG bei einer Bewertung seiner Asylrechtsurteile ‚entlasten‘ könnte – und zugleich auch wieder nicht, denn die Geltung der Grundrechte aus taktisch-strategischem Kalkül preiszugeben, um ‚Ruhe im Lande‘ zu bewahren, ist für ‚HüterInnen der Verfassung‘ kein gangbarer Weg. Das BVerfG hat sich später schließlich nicht geschämt, das planmäßige Inkrafttreten des neuen Zuwanderungsgesetzes aufgrund formeller Fehler bei der Verabschiedung im Bundesrat zu stoppen, obwohl dies u.a. dazu führte, eine bereits beendet geglaubte Debatte in aller Schärfe wieder ‚aufzublenden‘ zu lassen.

Gerichtsurteil in der Regel keine öffentliche Debatte vorausgeht – im Gegensatz zu politisch-legislativen Entscheidungsprozessen. Allenfalls im unmittelbaren Vorfeld oder im Anschluss an eine Urteilsverkündung gibt es eine begrenzte mediale Berichterstattung und Diskussion in der Öffentlichkeit; liegt dann die (häufig entscheidende) schriftliche Begründung eines Urteils vor, ist selbst eine solch eingeschränkte mediale oder demokratische Aufmerksamkeit häufig nicht mehr gegeben.

Die ausführlichen Minderheitenvoten der VerfassungsrichterInnen Limbach, Sommer und Böckenförde zu den Asylrechtsentscheidungen des BVerfG vom Mai 1996 bieten die seltene Gelegenheit, den hochpolitischen Charakter der Rechtsprechung im Allgemeinen und des Bundesverfassungsgerichts im Besonderen mit den Worten von VerfassungsrichterInnen offenzulegen und zu kritisieren. Diese bemängelten nicht weniger als dass die MehrheitsrichterInnen des BVerfG Rechtsschutz suchende Flüchtlinge zu bloßen Objekten des Verfahrens herabwürdigten, dass sie die Gefahr unanfechtbarer richterlicher Fehlentscheidungen und schwerer Grundrechtsverletzungen als Kosten einer Beschleunigungsmaxime oder gar aus Gründen der eigenen Arbeitsüberlastung sehenden Auges in Kauf nähmen und dass sie schließlich die Lebenswirklichkeit in ihrer Rechtsprechung außer Acht ließen und den Grundsatz der Effektivität und praktischen Wirksamkeit des Grundrechtsschutzes verletzten. Dem nicht genug: Die unterlegenen VerfassungsrichterInnen warfen der Mehrheit des BVerfG-Senats sogar vor, die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Entscheidungsmacht der Judikative gegenüber der Exekutive zu unterlaufen. Das Bundesverfassungsgericht räume der Exekutive freie Hand ein und nehme es tatenlos hin, dass die Exekutive trotz erhobener Verfassungsbeschwerde vollendete Tatsachen schaffe (hinsichtlich der Details und der wörtlichen Zitate verweise ich auf den Anhang).

Alle diese Kritikpunkte an der Entscheidung des BVerfG könnten gleichermaßen auch gegenüber der Entscheidungspraxis vieler RichterInnen des Berliner VG / OVG Berlin vorgebracht werden, insbesondere die Tendenz einer ‚Abdankung‘ der Judikative gegenüber der Exekutive als praktisch wirksame Kontrollinstanz – dies werde ich noch genauer darlegen.

Neben dem in *inhaltlicher* Hinsicht (grund)rechtszersetzenden Charakter der Asylrechtsurteile des BVerfG kommt es mir in diesem Zusammenhang jedoch darauf an, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner extrem ungenügenden *rechtlichen* Begründung (erneut muss ich auf den Anhang verweisen) den unteren Rechtsprechungsinstanzen auch in ‚*handwerklicher*‘ Hinsicht ein verhängnisvoll schlechtes Beispiel gab, denn die Urteile vermittelten die Botschaft, dass eine zweckbestimmte Rechtsprechung zur Erreichung übergeordneter politischer Interessen gerechtfertigt sei, auch wenn Prinzipien der ‚soliden‘ Rechtsfindung und juristischen Begründung hierdurch verletzt werden.

Günter Renner: Die Aufgabe von Prinzipien juristischer Selbstkontrolle und -korrektur

Die Asylrechtsurteile des Bundesverfassungsgerichts müssen allerdings auch im Zusammenhang einer grundlegenden Rechtsentwicklung gesehen werden. Einer, der den allmählichen Zerfall des Rechts in der Flüchtlingspolitik kontinuierlich reflektierte, war der Vorsitzende Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof Dr. Günter Renner³⁵.

In einem Rückblick (vgl. Renner 1999) zeichnete er die Entwicklung seit den siebziger Jahren nach und stellte heraus, wie „zahlreiche erprobte Vorkehrungen für die Gewährleistung der Richtigkeit gerichtlicher Entscheidungen in Asylsachen nach und nach aufgegeben“ wurden (ebd., 207). Sowohl im Verwaltungsverfahren als auch im Verwaltungsgerichtsverfahren wurden, so Renner, vor dem Hintergrund eines „Unmut[s] über die in weiten Teilen der einheimischen Bevölkerung nicht verstandene Zuwanderung von Ausländern im allgemeinen und von Flüchtlingen im besonderen“ (ebd., 206) Rechtsstandards im Asyl- und Flüchtlingsrecht sukzessive abgesenkt, bis das Asylverfahren „in die Nähe eines Lotteriespiels“ geraten sei (vgl. ebd., 206).

³⁵ Dr. Günter Renner starb im Alter von 66 Jahren am 19.8.2005 (vgl. Nachruf in: ZAR 8/9/2005, 257 ff).

Was die *verfahrensrechtliche* Seite³⁶ dieses Prozesses anbelangt, möchte ich im Anschluss an Renner beispielhaft einige einschneidende Maßnahmen im Asylverfahren benennen: die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens (1978), die zunehmende Restriktion der Berufungsmöglichkeit (1978 / 1982) bzw. der Beschwerde (1990/91) im Gerichtsverfahren und die Überantwortung der Entscheidungskompetenz auf EinzelrichterInnen (1982)³⁷. Die Asylverfahrens-gesetz-Novelle von 1992 war geprägt von dem Bemühen nach einer Konzentration der Prüfungskompetenz beim Bundesamt und der ‚Effektivierung‘ und Beschleunigung des Verfahrens durch eine Verkürzung der Rechtsmittelfristen und des Rechtsweges – ‚effektiv‘ ist das Verfahren jedoch nur als *Abschiebungs-* und nicht als *Anerkennungsverfahren*, denn Fristen für eine (unter Umständen *positive*) Behördenentscheidung in einem zeitlich überschaubaren Rahmen gibt es nicht.

Im Gegenteil: Die Klagebefugnis des so genannten ‚Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten‘ (vgl. § 6 Abs. 1 AsylVfG)³⁸ sorgte in der Vergangenheit bei etwa einem Drittel aller *bereits anerkannten* Flüchtlingen dafür, dass diese über Jahre hinweg in aufenthaltsrechtlicher Unsicherheit gehalten oder nach einem langjährigem Aufenthalt sogar noch abgeschoben wurden.

Ursprünglich sollte nach dem Willen des Gesetzgebers der Bundesbeauftragte auf eine möglichst einheitliche Entscheidungspraxis der Bundesbehörde hinwirken und Fragen von grundsätzlicher Bedeutung durch Klageerhebungen einer ober- bzw. höchstrichterlichen Klärung zuführen (vgl. BT-Drs 12/2718, S. 55 f). Der Bundesbeauftragte erhob jedoch *ausschließlich* in solchen Fällen Klage, in denen *positiv* für die Asyl Suchenden entschieden worden war, und häufig ging es dabei auch nicht um die Klärung offener Grundsatzfragen, sondern um die Rücknahme von Anerkennungen aufgrund einer anderen Tatsachenwertung. Der Bundesbeauftragte wirkte in der Praxis also dahingehend, die Anerkennungsquote möglichst niedrig zu halten, indem ausschließlich positive Entscheidungen der formal unabhängigen Bundesamtsbediensteten einer Kontrolle unterlagen und durch Klagen häufig negativ sanktioniert wurden.

Das Bundesverfassungsgericht kritisierte mit einem Beschluss vom 19.12.2000 (BVerfG, 2 BvR 143/98) diese Praxis des Bundesbeauftragten mit deutlichen Worten, denn dessen Aufgabenbereich schließe grundsätzlich

„[...] ein Tätigwerden sowohl zu Lasten wie auch zu Gunsten von Asylbewerbern ein. Auch Entscheidungen, die eine Asylanerkennung ablehnen, können grundsätzliche Fragen aufwerfen, deren Klärung der Rechtssicherheit dient. Die zu beobachtende einseitige Praxis des Bundesbeauftragten, nur zu Lasten der Asylbewerber gegen ganz oder teilweise stattgebende behördliche oder gerichtliche Entscheidungen vorzugehen [...] und dabei gelegentlich auch einzelfallbezogene Sachverhalts- und Glaubwürdigkeitsaspekte geltend zu machen, wird dem gesetzgeberischen Auftrag nicht gerecht. Allein der Hinweis auf eine beschränkte personelle Ausstattung vermag das einseitige Tätigwerden des Bundesbeauftragten nicht zu rechtfertigen.“ (a.a.O., Abs. Nr. 27)

Der Bundesbeauftragte hatte in einer Stellungnahme gegenüber dem Verfassungsgericht eingeräumt, dass das Asyl-Bundesamt negative Entscheidungen – im Gegensatz zu positiven Bescheiden – dem Bundesbeauftragten lediglich formlos zustellte und diese dann (angeblich aus personellen Gründen) nicht überprüft bzw. gar nicht erst zur Kenntnis genommen wurden!

Bundesinnenminister Otto Schily (SPD) hatte in Reaktion auf die breite Kritik am Amt des Bundesbeauftragten dieses bereits im Mai 2000 angewiesen, auch *zu Gunsten* abgelehnter AsylbewerberInnen zu intervenieren, wenn dies rechtlich geboten sei (ap-Meldung vom 5.1.2001; vgl. auch: ZAR-Dokumentation 6/2000). Mit dem Zuwanderungsgesetz 2005 wurde das Amt des Bundesbeauftragten abgeschafft, im Gegenzug verloren allerdings die AsylentscheiderInnen des Bundesamtes ihre weisungsrechtliche Unabhängigkeit.

Die Folgen der von Renner beschriebenen rechtlichen Verfahrenseinschränkungen, die mit dem seit 1993 geltenden ‚Flughafenverfahren‘ noch einmal auf die Spitze getrieben wurden, für die *Praxis* der *Gerichtsverfahren* im Asylrecht müssen genauer benannt werden, um den substantiellen rechtsstaatlichen Verlust begreifen zu können: Die Berufungsmöglichkeit gegen ein erstinstanzliches Urteil im Asylverfahren etwa unterliegt ganz erheblichen Einschränkungen, denn selbst wenn überzeugend „ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entschei-

³⁶ Im Gegensatz zu den *inhaltlichen* Einschränkungen des Asylgrundrechts (in Stichworten: selbstgeschaffene, unbeachtliche Nachfluchtgründe, inländische Fluchtalternativen, sichere Drittstaaten und verfolgungsfreie Herkunftsländer, Terrorismusvorbehalt und das Dogma der Staatlichkeit der Verfolgungsgefahr).

³⁷ Der Präsident des Verwaltungsgerichts Gießen, Prof. Dr. Roland Fritz, betont ebenfalls, dass „das Rechtsgebiet des Asylrechts [...] als Experimentierfeld für die Erprobung neuer Verfahrenskautelen genutzt“ worden sei, „sei es durch die Einführung des Einzelrichters, durch Präklusionsvorschriften, Veränderung des Zustellungsrechts oder durch neue verfahrensbeendende Regelungen“ (in: InfAuslR, 11/12/2002, 496). Im Jahr 1998 seien bundesweit 82,9% der Asylhauptverfahren EinzelrichterInnen übertragen worden, ist dem Artikel zu entnehmen (ebd., 500).

³⁸ Eine rechtlich höchst ungewöhnliche Konstruktion, wonach eine den Weisungen des Bundesinnenministeriums unterworfenen Behörde gegen die Bescheide weisungsungebundener EntscheiderInnen einer anderen Bundesbehörde Einspruch einlegen kann.

dung“ dargelegt werden konnten, führt dies – anders als sonst im Verwaltungsgerichtsverfahren üblich – *nicht* zur Zulassung eines Überprüfungsverfahrens in der zweiten Instanz (vgl. § 78 AsylVfG), was nicht weniger bedeutet, als dass selbst offenkundige (Fehl-) Urteile als Preis der Beschleunigungsmaxime Bestand haben sollen! Als Zulassungsgründe für eine Berufung gelten im Asylrecht nur die Klärung von Fragen grundsätzlicher Bedeutung bzw. die Abweichung einer Entscheidung von höherinstanzlicher Rechtsprechung oder aber erhebliche Mängel im Gerichtsverfahren, insbesondere Verletzungen des rechtlichen Gehörs (vgl. auch § 138 VwGO). Eine Beschwerdemöglichkeit gegen eine negative Entscheidung im Eilverfahren bei so genannten „o.u.“ (offensichtlich unbegründet)-Ablehnungen gibt es ohnehin nicht (vgl. § 80 AsylVfG); auch Zurückweisungen von Klagen als „offensichtlich unbegründet“ oder „offensichtlich unzulässig“ sind unanfechtbar (vgl. § 78 Abs. 1 AsylVfG).

Im Ergebnis entscheidet somit im Regelfall ein einzelner Richter bzw. eine einzelne Richterin in einer einzigen, zumeist abschließenden Instanz über das Rechtsschutzgesuch von Asyl Suchenden und somit über die Gefahr drohender Verfolgung, Folter und Misshandlung und anderer existenzieller Bedrohungen, im Extremfall über Leben und Tod. Diese/r RichterIn muss also nicht nur keine (nach-) kontrollierende Instanz ‚fürchten‘; sie oder er muss (oder kann) sich im Vorfeld der Entscheidung auch nicht mit anderen KollegInnen über den konkreten Fall verständigen, da eine Entscheidung der gesamten Kammer grundsätzlich nicht vorgesehen ist. Die Entscheidungsmacht, die einer einzelnen Person durch diese gesetzlichen Grundlagen zukommt und die angesichts der hiermit zusammenhängenden Verantwortung durchaus auch als ‚Zumutung‘ angesehen werden kann, ist dem Gnadenrecht eines absolutistischen Herrschers nicht unähnlich, denn zu welchem Ergebnis der oder die RichterIn kommt, ist stark von der Persönlichkeit, den individuellen Überzeugungen oder auch dem spontanen Momenteindruck der/s RichterIn abhängig, und diese Entscheidung ist zumeist ‚endgültig‘. In der subjektiven Wahrnehmung vieler Flüchtlinge werden die RichterInnen hierdurch zu *Göttern in Schwarz*. Der Charakter einer beinahe zufälligen und subjektiven persönlichen Gnadenentscheidung von RichterInnen im Asyl- und Flüchtlingsrecht – ob sie nun ‚gönnerhaft‘ oder ‚abweisend‘ ausfällt – ergibt sich auch daraus, dass oft nicht ‚harte‘ Fakten, sondern ‚weiche‘ Beurteilungsfragen das Verfahren dominieren, etwa zur ‚Glaubwürdigkeit‘ und ‚Widerspruchsfreiheit‘ des individuellen Vorbringens (Begriffe, die in der praktischen Anwendung höchst unterschiedlich auslegbar sind). Zu welchem Ergebnis die RichterInnen dabei kommen, ist häufig schwer nachvollziehbar und mehr den persönlichen Voreinstellungen der RichterInnen als dem individuellen Vortrag der Asyl Suchenden geschuldet.

Renner beklagte in diesem Zusammenhang, dass die für die mühevollen Aufklärungsarbeit in Asylsachen „unerlässlichen speziellen Kenntnisse und Fertigkeiten [...] dem jungen Juristen in der Ausbildung nicht vermittelt“ werden (Renner 1999, 212). Angesichts der verfassungsrechtlich hochrangigen Rechtsgüter, um die es in Asylverfahren regelmäßig gehe, stellte er diesbezüglich die (rhetorische) Frage:

„Warum soll für Richter nicht dasselbe gelten wie für Bedienstete des Bundesamtes im Flughafenverfahren, für die das BVerfG im Blick auf die grundrechtssichernde Funktion des Anerkennungsverfahrens eine besondere Sachkunde, eine eingehende Schulung und eine beständige Fortbildung als verfassungsrechtlich erforderlich bezeichnet hat?“ (ebd., 213)

Die Antwort liegt nahe: An besonders qualifizierten Entscheidungen im Asylrecht hat der Gesetzgeber (aber auch viele RichterInnen) kein besonderes Interesse – es zählt vor allem die reine Quantität schneller und ‚effektiver‘ Verfahren. Die häufig verwandte Formulierung einer Verfahrens*beschleunigung* verdeckt also den Umstand, dass die *Qualität* des gerichtlichen Überprüfungsverfahrens behördlicher Entscheidungen erheblich herabgesetzt wurde. Prinzipiell wären in einem beschleunigten Verfahren zwar auch schnellere *positive* Entscheidungen möglich, die gesetzlichen Beschleunigungsvorgaben können jedoch nicht unabhängig vom politischen Handlungsumfeld und dem Zweck der Gesetzesänderungen interpretiert werden. Der Zweck einer möglichst *negativen* Erledigung von Asylverfahren lässt sich aber auch aus dem Gesetz selbst

ablesen, weil keine Regelungen zur beschleunigten *Anerkennung* vorgesehen sind³⁹ und zahlreiche formelle Fallstricke des Gesetzes schnelle Ablehnungen ohne inhaltliche Begründung zur Folge haben (kurze Fristen, die ‚Zustellungsfiktion‘, Rechtsmittelbeschränkungen usw.).

Renner konstatierte, dass die beschleunigte Verfahrensabwicklung durch EinzelrichterInnen „weder zu höherer Qualität noch allgemein zu mehr Gerechtigkeit bei[trägt]“ (Renner 1999, 212). Die im Asylrecht geltende „extreme Konzentration“ auf EinzelrichterInnen habe eine größere „Verantwortung der ersten Instanz“ zur Folge, wobei die „strukturbedingten Fehlerursachen“ infolge der gesetzlichen Einschränkungen der richterlichen Richtigkeitsgewähr eigentlich „durch erhöhte Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung und deren Vorbereitung ausgeglichen werden“ müssten (ebd.). Gerade an Letzterem mangle es jedoch in der Praxis.

Renner sprach von „relativ hohen Fehlerquoten im Asylverfahren“ (Renner 1999, 216) und davon, dass deshalb im asylrechtlichen Eilverfahren vom Bundesverfassungsgericht⁴⁰ „allzu oft schwerwiegende Anwendungsfehler“ (Renner 1999, 212) der Verwaltungsgerichte gerügt werden müssten. Diese Fehler beruhen Renner zufolge häufig auf der verletzten Pflicht zur sorgfältigen Aufklärung des Sachverhalts bzw. der Verletzung rechtlichen Gehörs⁴¹. Er vermutete, dass die Mehrheit dieser Verfahrensfehler und Sorgfaltsmängel in der zweiten Verwaltungsgerichtsinstanz beseitigt werden könnten – wenn es sie denn gäbe! Das Problem vieler mangelhafter Entscheidungen der ersten Gerichtsinstanz im Asylverfahren sei *im Kern* also kein individuelles, denn persönliches ‚Versagen‘, Fehlerurteile und voreingenommene RichterInnen würde es immer geben und gegen „rechtsblinde“ RichterInnen, gegen „Nichtwissen oder Nichtwissenwollen“ sei prinzipiell jede institutionelle Gerichtsordnung zunächst einmal machtlos (vgl. Renner 1999, 214). Genau diejenigen institutionellen Vorkehrungen, die solche individuellen Fehlerurteile verhindern helfen sollen, wurden im Asylverfahren weitgehend abgebaut. Dabei prägen *gerade* in diesem Rechtsbereich persönliche Ressentiments, Vorurteile und eine generell abwehrende Grundhaltung gegenüber Fremden und Schutz Suchenden bei vielen RichterInnen die Urteilsfindung ganz erheblich mit – eine juristische Begründung wird dann oft nur noch zur Wahrung des rechtsstaatlichen Scheins ‚nachgeliefert‘, entsprechend dem bereits feststehenden Ergebnis der Ablehnung. Dafür, dass es eine solche ergebnisbestimmte (‚Stammtisch‘-) Rechtsprechung ‚aus dem hohlen Bauch‘ heraus im Flüchtlingsbereichs zumindest bei einigen RichterInnen gibt, sprechen zum Beispiel kolportierte Äußerungen von RichterInnen⁴² wie: „*Aber es sind doch so viele*“ (dies war zu hören, als es um Duldungen wegen tatsächlicher Abschiebungshindernisse ging), „*In Sarajevo verhungert niemand*“ oder „*Der Krieg ist vorbei – wir haben Deutschland nach 1945 auch wieder aufbauen müssen*“ (dies waren persönliche Anmerkungen von RichterInnen zur Rechtfertigung von Abschiebungen nach Bosnien). Aber auch ein schlichtes: „*Die kommen doch obnehin nur wegen des Geldes*“ entrann richterlichen Lippen, als es um die Anwendung des § 1 a AsylbLG in Berlin ging. Oft gibt es vermutlich persönliche Schlüsselerlebnisse von RichterInnen, die ihre Meinungsbildung und Rechtsprechung nachhaltig prägen, obwohl die Verallgemeinerung besonderer Einzelerlebnisse unzulässig ist.

So sagte mir einmal ein Richter des damals für Sozialstreitsachen nach AsylbLG zuständigen 6. Senats des Berliner Oberverwaltungsgerichts am Telefon, dass die Möglichkeit des Sozialhilfebezuges in Deutschland doch allen Flüchtlingen bekannt und für ihre Einreise von entscheidender Bedeutung sei. Zum Beleg seiner Vermutung berichtete er von einem Fall „aus alten Zeiten“, bei dem ein Pole (!) in der mündlichen Gerichtsverhandlung gesagt habe, dass er „natürlich“ von der Sozialhilfemöglichkeit in Deutschland informiert gewesen sei; das hätten in Polen *alle* gewusst. Meine Entgegnung, dass sich viele der mir persönlich bekannten Flüchtlinge aus dem ehemaligen Jugoslawien – um die es in unserem Telefonat eigentlich ging – angesichts der lebensbedrohenden Gründe zur Flucht (Krieg und

³⁹ Es fehlt beispielsweise eine in vielen anderen Ländern geltende Regelung, wonach Betroffenen nach einer bestimmten Dauer des Prüfungsverfahrens aus humanitären und Verhältnismäßigkeitsgründen ein Bleiberecht zugesprochen wird – was erheblich zur Verfahrensbeschleunigung der Gerichtsverfahren beitragen würde.

⁴⁰ Auch einzelne Verfassungsgerichte der Bundesländer haben asylrechtliche Kompetenzen, darunter der Verfassungsgerichtshof in Berlin.

⁴¹ Renner betont, dass seine „subjektiven Erfahrungen und Einschätzungen“ durch „objektive Untersuchungen“ und gezielte Erhebungen ergänzt werden sollten, um die „allenthalben vorhandene Ungewissheit über Ausmaß und Gründe einer relativ hohen Fehlerquote im Asylverfahren“ aufklären zu können (Renner 1999, 216).

⁴² Meine persönlichen Quellen kann ich an dieser Stelle aus nahe liegenden Gründen nicht benennen, doch weiß ich auch aus eigener Erfahrung, dass erstaunlich viel RichterInnen ihre zutiefst ablehnende Grundhaltung selbst gegenüber VertreterInnen von Flüchtlingsberatungsstellen zum Beispiel am Telefon offen äußern.

Vertreibung) überhaupt keine Gedanken darüber gemacht hatten, wovon sie im Exil würden leben können, konnte der dauerhaft prägenden Wirkung des persönlichen Schlüsselerlebnisses des Richters vermutlich nichts anhaben.

Die weitgehende Beseitigung der Berufungs-, Beschwerde- und Revisionsinstanz im Asylverfahren erklärt auch, warum Asylstreitigkeiten einen so hohen Anteil an den Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht haben⁴³, denn eine solche Verfassungsbeschwerde stellt oft den einzigen rechtlich noch gangbaren Weg dar, um eine offenkundig willkürliche und inhaltlich untragbare Entscheidung eines/r Einzelrichters/in noch korrigieren zu können. Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke konstatierte entsprechend,

„dass vielfach nur noch die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Lage ist, in dem gegenwärtigen politischen Klima eine maßlose Exekutive und eine kontrollunwillige Fachgerichtsbarkeit zurechtzuweisen.“ (Ventzke 1996, 100)

Oberverwaltungsrichter Renner forderte nicht weniger als die „Wiedereinführung der Beschwerde in Eilverfahren“ (Renner 1999, 216), auch um das Bundesverfassungsgericht entlasten zu können⁴⁴.

Die Vielzahl einzelrichterlicher Entscheidungen im Asylrecht und der hiermit zusammenhängende ungenügende Informationsaustausch und Rechtsdialog der RichterInnen bringen es mit sich, dass die Wahrscheinlichkeit steigt, dass es innerhalb der einzelnen Kammern und zwischen den Kammern eines Verwaltungsgerichts zu divergierenden Entscheidungen kommt (vgl. Renner 1999, 216). In Verbindung mit dem Ausschluss der Beschwerde- und der erheblichen Einschränkung der Berufungsmöglichkeit führt dies dazu (vgl. ebd., 212 und 216), dass die Rechtsfindung allgemein verlangsamt und behindert wird, denn es kommt seltener zu klärenden und vereinheitlichenden Grundsatzentscheidungen höherer Instanzen, weil die Obergerichte an einer „zeitnahen Grundsatzsprechung gehindert“ (ebd.) sind. Renner sah hierdurch die Grundsätze der Rechtseinheit und Gerechtigkeit gefährdet, denn die „seit langem zu beobachtende Rechtszersplitterung“ fördere „eine mehr oder weniger willkürliche Spruchpraxis“ und führe „überwiegend zu Zufallsergebnissen“ (Renner 1996, 109).

Der Vorsitzende Richter des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs Renner stand mit seiner massiven Kritik an den Verfahrenseinschränkungen im Asylgerichtsverfahren nicht allein da. Die Vorsitzende des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter, Gabriele Verstegen, etwa griff das „Sonderprozessrecht“ bei Asylverfahren und den „gesetzgeberischen Aktionismus“ mit „einmaligen politischen Zeitvorgaben“ mit dem Argument an, dass diese legislativen Vorgaben eine innerliche „Erledigungsmentalität“ unter den RichterInnen förderten (vgl. FR vom 14.5.1998)⁴⁵.

Mangels Öffentlichkeit werden die meisten der handwerklich und / oder rechtlich unhaltbaren Entscheidungen von EinzelrichterInnen der ersten Instanz nur selten bekannt; überdies werden sie auch nur selten auf juristischem Wege korrigiert. Allenfalls diejenigen Flüchtlinge, die über ausreichende Geldmittel für eine gute anwaltliche Vertretung verfügen oder die von qualifizierten Beratungsstellen unterstützt werden, haben überhaupt die (eingeschränkte) Chance einer nochmaligen Überprüfung einer solchen Fehlentscheidung durch das Oberverwaltungs- bzw. Bundesverfassungsgericht. Während bereits die Hürden einer Berufungs-/Beschwerdezulassung beim Oberverwaltungsgericht nicht einfach zu überspringen sind⁴⁶, fallen die Anforderungen an eine Verfassungsbeschwerde allerdings noch einmal ungleich höher aus: Nicht bereits eine objektiv falsche Rechtsanwendung macht ein Gerichtsurteil verfassungswidrig (willkürlich):

⁴³ Im Jahr 2001 beispielsweise betrafen 46,4% aller Verfassungsbeschwerden beim BVerfG gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen das Asylrecht (vgl. Jobs 2002, 219)!

⁴⁴ Verwaltungsrichter Treiber (1997, 7) wies darauf hin, dass eine solche Forderung im Ergebnis zwar eine effektive Entlastung für das BVerfG mit sich brächte, angesichts der „justizpolitischen Realitäten“ und der Ausdünnung des zweitinstanzlichen Rechtsschutzes im allgemeinen Verwaltungsverfahren jedoch „illusionär“ sei.

⁴⁵ Bundesinnenminister Kanther (CDU) zeigte sich diesen Einwänden gegenüber unempfindlich und beklagte auf derselben Tagung eine angeblich „zu hohe Kontrolldichte gegenüber den Verwaltungen“. Er riet den Gerichten sogar ausdrücklich zu „weiser Selbstbeschränkung“ (vgl. FR vom 14.5.1998).

⁴⁶ Dies gilt allgemein, also auch im ‚normalen‘ Verwaltungsgerichtsverfahren: Innerhalb von zwei (bzw. vier) Wochen sind durch eine rechtsanwaltliche Vertretung abschließend alle Tatsachen und Argumente vorzutragen, die belegen, dass die richterliche Entscheidung *in allen* die Begründung tragenden Punkten fehlerhaft ist (oder aber auf Grundrechtsverletzungen oder Verfahrensfehlern basiert oder Grundsatzfragen geklärt werden müssen).

„Hinzukommen muss vielmehr, dass die Rechtsanwendung oder das Verfahren *unter keinem denkbaren Aspekt* mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht“ (Grundsätze der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30.7.1996 – 2 BvR 394/95, zit. nach: InfAusLR 1/99, 42; Kursive von mir; T.H.).

Die wenigen, zumeist in juristischen Fachzeitschriften dokumentierten Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, mit denen Flüchtlinge Recht erhalten, lassen allerdings erahnen, welches Ausmaß an ‚Schlampigkeit‘, Befangenheit und ‚Selbstherrlichkeit‘ bei manchen RichterInnen der ersten Instanz vorzufinden ist. Dass sich solche RichterInnen vor dem Hintergrund fehlender wirksamer Kontroll- und Revisionsmöglichkeiten nicht einmal mehr die Mühe machen, ihre Ablehnungen ‚verfassungsfest‘ zu formulieren ist zwar einerseits nicht verwunderlich, andererseits jedoch ein alarmierendes Zeichen, denn es ist gar nicht so einfach, ein „unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbares“ Urteil zu erstellen!

Ein Beispiel gibt Loos (1999, 109); ein weiteres ist dokumentiert in: InfAusLR 1/99, 43 ff.

Auch in dem Verfahren 2 BvR 521/96 (B.v. 26.7.1996) konstatierte das Verfassungsgericht der Verwaltungsrichterin, ein Urteil verfasst zu haben, das „in der Sache unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar“ sei (ebd., 8), die Entscheidung sei „schlechthin unhaltbar und damit objektiv willkürlich“ (ebd., 7). Zur Illustration: Die Richterin hatte in einer mündlichen Verhandlung als wahr unterstellt, dass eine erforderliche medizinische Versorgung des Beschwerdeführers im Libanon nicht gewährleistet sei und deswegen Gefahren für Leib und Leben drohten. Gleichwohl lehnte die Richterin die Klage als „offensichtlich unbegründet“ ab und verneinte Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG, da der Betroffene sich „nur“ (!) auf „gravierende Beeinträchtigungen seiner Lebensfunktionen“ berufen hätte (vgl. ebd., 4) und dies kein rechtliches, sondern ein tatsächliches Abschiebungshindernis nach § 50 Abs. 2 und 4 AuslG (richtig hätte es heißen müssen: § 55 Abs. 2 und 4 AuslG) sei – eine wohlgemerkt unter keinem denkbaren Aspekt nachvollziehbare Beurteilung.

Aufschlussreich war auch der Beschluss des BVerfG 2 BvR 1328/96 vom 16.10.1998 (in: InfAusLR 1/99, S. 41 ff). Das Verwaltungsgericht hatte in diesem Fall die besondere Gefährdung eines iranischen Asylbewerbers infolge seiner regimiekritischen Äußerungen (bei einem Fernsehauftritt und bei anderen exilpolitischen Aktivitäten in Deutschland; es ging also um so genannte subjektive Nachfluchtgründe) ohne nähere Begründung und ohne Benennung der Rechtsgrundlagen verneint. Einen Beweisantrag lehnte das Gericht zudem mit einer „völlig unverständlichen Begründung“ ab, befand das OVG NRW, das *dennoch* keine Berufung zuließ, da es nicht um die Klärung grundsätzlicher Fragen ginge.

Das BVerfG stellte die Verfassungswidrigkeit des Urteils fest, da es nicht ausschließen könne, dass „die Einschätzung des Gerichts auf sachfremden Erwägungen“ beruhte, denn in dem Urteil war der Hinweis enthalten, dass der Eindruck entstehe, der Betroffene sei gezielt „im zeitlichen Kontext zur mündlichen Verhandlung“ politisch aktiv geworden. Die VerfassungsrichterInnen hierzu:

„Unmut darüber, dass erfolglose Asylbewerber gegebenenfalls aufgrund exilpolitischer Betätigung einen abschiebungsrechtlich relevanten Nachfluchtgrund schaffen, liegt grundsätzlich neben der Sache“ (ebd., 43).

Meiner Auffassung nach erweisen sich vor diesem Hintergrund auch alle gerichtlichen Entscheidungen als verfassungswidrig, in denen RichterInnen ihren Unmut darüber zum Ausdruck bringen, dass sich traumatisierte Menschen womöglich erst im zeitlichen Kontext einer drohenden Abschiebung in eine fachärztliche Behandlung begeben haben – und dieser Entscheidungen gibt es viele! –, da solche Vorhaltungen weder inhaltlich noch rechtlich zu begründen sind und ausschließlich die mögliche Befangenheit der RichterInnen dokumentieren.

Als einen weiteren Erklärungsgrund für zahlreiche Mängel im asylrechtlichen Gerichtsverfahren benannte Renner schließlich noch, dass Asylsachen an manchen Orten trotz der „rechtlich wie tatsächlich besonders schwierigen Materie des Asylrechts“ (Renner 1999, 212) nicht in spezialisierten besonderen ‚Spruchkörpern‘ (Kammern) des Verwaltungsgerichts zusammengefasst werden, sondern breit über die RichterInnen gestreut werden⁴⁷. Dieser Umstand einer fehlenden Spezialisierung und Fachkenntnis der Kammern wurde für das Berliner Verwaltungsgericht vor allem ab 1998 bedeutsam, als ausländerrechtliche Flüchtlingsstreitsachen über alle (!) 37 Kammern des Gerichts hinweg verteilt wurden.

⁴⁷ Nach § 83 AsylVfG *sollen* Asylsachen von „besonderen Spruchkörpern“ bearbeitet werden. Die weite ‚Spannbreite‘ von Verwaltungsstreitsachen macht eine Spezialisierung der Kammern unumgänglich: Neben dem großen Bereich Asyl- und Ausländerrecht haben Verwaltungsgerichte z.B. zu tun mit: Lastenausgleich, Vertriebenenrecht, Numerus-Clausus-Bestimmungen, Demonstrationsrecht, Kriegsdienstverweigerungsrecht, Gaststättenrecht, Baurecht, Denkmalpflege usw. usf.

Die Begründung, die mancherorts gegen eine Spezialisierung besonderer ‚Asyl-Kammern‘ vorgebracht wird, ist bezeichnend: Demnach könne sich „die ausschließliche Beschäftigung mit [Asylsachen] [...] als unzumutbar, als für das Betriebsklima schädlich oder als der richterlichen Qualifikation abträglich“ (vgl. ebd.) erweisen⁴⁸. Dass der gesellschaftlich marginalisierte Status von Asyl Suchenden demnach auch auf die mit ihnen (zwangsläufig) befassten RichterInnen negativ ‚abzufärben‘ vermag, ist allerdings bemerkenswert.

Bewältigungsstrategien von RichterInnen

Auch meiner Einschätzung nach wird die Bearbeitung asyl- und ausländerrechtlicher Streitsachen von nicht wenigen (Berliner) RichterInnen eher als unangenehme Last empfunden, die der Beschäftigung mit den ‚eigentlich‘ wichtigen Themen, mit denen Reputation und berufliches Fortkommen erarbeitet werden könnte, im Wege steht⁴⁹.

Statt sich in mühsamer Kleinarbeit in die komplizierte Materie des Flüchtlings- und Asylrechts gewissenhaft einzuarbeiten⁵⁰, suchen manche RichterInnen deshalb nach Bewältigungsstrategien, die mit möglichst wenig Arbeitsaufwand verbunden sind: Streitsachen werden über lange Zeiträume hinweg einfach ‚liegen gelassen‘ und Sachverhalte und Rechtsgrundlagen werden ungenügend oder unvollständig ermittelt und aufgeklärt (Entscheidungen ‚aus dem hohlen Bauch‘ heraus⁵¹). Der Bequemlichkeit halber übernehmen solche RichterInnen häufig ohne eigene ‚Rechtsfindungsarbeit‘ bereits vorliegende (Leit-) Entscheidungen höherer Gerichte oder ausgearbeitete Begründungen anderer Gerichte, und im Zweifelsfall entscheiden sie auch eher *gegen* die Flüchtlinge und im Sinne der Behörden, weil dies zumeist weniger arbeitsaufwändig ist⁵². Negative Entscheidungen der Gerichte werden auch gesetzlich begünstigt: Nach § 77 Abs. 2 AsylVfG⁵³ sieht

„das Gericht [...] von einer weiteren Darstellung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe ab, soweit es den Feststellungen und der Begründung des angefochtenen Verwaltungsaktes folgt und dies in seiner Entscheidung feststellt [...]“.

In dem Fall also, dass das Gericht der Behördenauffassung folgt, ist es von der Pflicht zur Sachverhaltsdarstellung und Begründung ‚befreit‘. Dass dies insbesondere bei überlasteten RichterInnen zu Entscheidungen nach dem Motto *im Zweifelsfall negativ* führen kann, liegt auf der Hand. Eine verbreitete ‚Übung‘ mancher Kammern des Berliner Verwaltungsgerichts war es, selbst in Eilverfahren, die wegen des dringenden Regelungsbedarfs eigentlich nicht länger als drei Monate dauern sollten, über Jahre hinweg nicht zu entscheiden⁵⁴ in der Hoffnung, dass sich diese Verfahren irgendwann von selbst ‚erledigen‘ (durch Ausreise der Betroffenen, durch Nachgeben der

⁴⁸ Renner zitiert in diesem Zusammenhang aus einem ironisierenden und zugleich sehr aufschlussreichen Aufsatz im Bayrischen Verwaltungsblatt (vgl. ebd., 212, Anm. 82), in dem – unter Verwendung gängiger asylrechtlicher Kriterien – die Lage von AsylrichterInnen mit „asylspezifischem Leidensdruck“, einer „ausweglosen Lage“, „Fluchtalternativen im klassischen Recht“ und einem „Klima kollegialer moralischer oder gesellschaftlicher Verachtung“ beschrieben wird.

⁴⁹ Rechtsanwalt Heinhold spricht ebenfalls von einer seitens der „Richterschaft“ „unbeliebten“ „Tätigkeit auf dem Gebiet des Asylrechts“ (Heinhold 1997, 9).

⁵⁰ Nicht nur die Rechtsmaterie an sich ist kompliziert, auch die Beschäftigung mit aktuellen Lageberichten und Einschätzungen zu den jeweiligen Herkunftsländern ist anspruchsvoll und zeitaufwändig.

⁵¹ Hier ist daran zu erinnern, dass das Gericht entsprechend § 86 VwGO „den Sachverhalt von Amts wegen“ erforschen und nach „seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung“ entscheiden soll (§ 108 VwGO).

⁵² Ich habe bereits dargelegt, dass etwa die hohen Anforderungen der Rechtsprechung zu Abschiebungshindernissen nach § 53 Abs. 6 AuslG (Stichwort: „sehenden Auges in den Tod“) ablehnende Entscheidungen der RichterInnen eher begünstigen, da das Bestreiten einer mit solch hoher Wahrscheinlichkeit drohenden Gefahr leicht formuliert werden kann, während der Beleg des Gegenteils anspruchsvoll und mühselig ist.

⁵³ Ähnliches gilt allerdings auch für das Verwaltungsrecht im Allgemeinen (vgl. § 117 Abs. 5 und § 122 Abs. 2 VwGO). Im Asylrecht wird darüber hinaus über einen Antrag auf Zulassung der Berufung durch „das Oberverwaltungsgericht durch Beschluss, der keiner Begründung bedarf“, entschieden (§ 78 Abs. 5 AsylVfG).

⁵⁴ Die taz vom 2.11.1995 berichtete von einem Fall, in dem ein kranker Libanese seit 1993 auf eine Entscheidung im Eilverfahren wartete.

Verwaltung, durch eine spätere Grundsatzentscheidung höherer Instanzen usw.⁵⁵). Ein Verwaltungsrichter wird in der taz vom 2.11.1995 mit folgenden Worten zitiert:

„Ich haben schon Kollegen gehört, die sagen, zu ihrer richterlichen Unabhängigkeit gehöre auch die Entscheidung darüber, wann sie einen Fall bearbeiten“⁵⁶.

Geradezu paradigmatisch war in dieser Beziehung der Umgang einiger Kammern des Berliner Verwaltungsgerichts mit Eilanträgen wegen der von der Berliner Ausländerbehörde pauschal und rechtswidrig verweigerten Duldungen aus tatsächlichen Gründen: Sie ließen diese Verfahren ‚ruhen‘, bis sie Jahre später für erledigt erklärt werden konnten, nachdem infolge des BVerwG-Grundsatzurteils wieder Duldungen erteilt werden mussten⁵⁷. Sofern mit verweigerten Duldungen automatisch auch Sozialhilfekürzungen verbunden waren⁵⁸, hatte diese faktische ‚Rechtsverweigerung‘ vieler RichterInnen für die Betroffenen neben den erheblichen psychischen Belastung eines ‚illegalen Aufenthalts‘ ohne Duldung somit auch manifeste materielle Nachteile. In Einzelfällen konnte es deshalb vorkommen, dass im Eilverfahren ‚pausierende‘ Kammern von entscheidungsfreudigeren Kammern auf dem an sich langsameren Klagewege ‚überholt‘ wurden: Nachdem beispielsweise ein Urteil in dem Klageverfahren VG 35 A 2790/94 (nach immerhin vierjähriger Verfahrensdauer!) im November 1998 getroffen worden war (Verpflichtung zur Duldung), ‚bequeme sich‘ die 19. Kammer im dazugehörigen einstweiligen Rechtsschutzverfahren (VG 19 A 693.95) im April 1999 schließlich dazu, die Betroffenen aufzufordern, „das Verfahren binnen 3 Wochen für erledigt zu erklären, nachdem eine positive Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist“. Der Rechtsschutzantrag war am 2. Mai 1995, knapp vier Jahre zuvor, gestellt worden!

Manche Verfahren wurden dadurch ‚erledigt‘, dass RichterInnen Anfragen an die Betroffenen mit extrem kurzen Fristen zur Beantwortung versahen, die von den nicht-deutschsprachigen und rechtsunkundigen Flüchtlingen nicht eingehalten werden konnten (hierauf werde ich später noch einmal genauer eingehen).

Immer wieder gab es auch Anregungen von RichterInnen, anhängige Klagen oder Rechtsschutzanträge (kostenfrei) zurückzunehmen, weil diese angeblich keinerlei Aussicht auf Erfolg hätten – so geschehen etwa in zahlreichen Verwaltungsstreitverfahren um Abschiebungsandrohungen bzw. die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen. Grundsätzlich sind solche richterlichen ‚Anregungen‘ zulässig, wenn sie auf eine tatsächlich eindeutige Rechtslage oder gefestigte Rechtsprechung ‚sachdienlich‘ hinweisen und nicht die berechtigten Rechtsschutzinteressen der AntragstellerInnen verletzen (vgl. die umfangreichen Gestaltungsrechte der RichterInnen in Bezug auf die konkrete Verfahrensführung z.B. nach § 86 insb. Abs. 3 VwGO). Allerdings ließen zahlreiche dieser mehr oder weniger direkten Rücknahmeaufforderungen mancher Kammern erkennen, dass sie vor allem deshalb ausgesprochen worden waren, um sich der anhängigen Streitsachen ohne weiteren Arbeits- und Begründungsaufwand entledigen zu können. Zumindest einige dieser Anregungen wurden verfasst, ohne dass die RichterInnen offenkundig auch nur einen Blick in die entsprechenden Akten geworfen hatten und ohne dass die inhaltlichen Argu-

⁵⁵ Oder durch den Tod der Betroffenen, könnte hier noch ergänzt werden, denn zumindest in einem mir bekannten ‚Eil“-Verfahren mussten die RichterInnen aus diesem Grund nicht mehr entscheiden: Eine über 60-jährige Muslimin aus der Republika Srpska, die einen Schlaganfall erlitten und (vergeblich) eine Duldung aus humanitären Gründen beantragt hatte, starb etwa sechs Monate nach ihrer Eilantragstellung in Berlin – lediglich ein Aktenzeichen und die Mitteilung, dass ihre Ausländerakte bei Gericht eingegangen sei, hatte sie bis zu ihrem Tod erhalten.

⁵⁶ *Im Prinzip* ist dies sogar richtig – die Verschiebung einer an sich ‚spruchreifen‘ Entscheidung bis zum ‚Sankt Nimmerleinstag‘ gehört jedoch *nicht* zur richterlichen Unabhängigkeit, da stets auch der Verfassungsgrundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes zu beachten ist!

Intern bekundeten einige RichterInnen am VG Berlin, so wurde mir glaubhaft berichtet, dass sie sich angesichts der Vielzahl der Anträge von Flüchtlingen erst einmal hinter anderen Sachgebieten ‚verstecken‘ wollten.

⁵⁷ Die 11. Kammer beispielsweise ließ in den Jahren 1999/2000 zahlreiche Rechtsschutzverfahren (Eilverfahren!) aus den Jahren 1996/97 für erledigt erklären, d.h. nach bis zu drei- bzw. vierjähriger Verfahrensdauer! Die *durchschnittliche* Dauer im Eilverfahren soll 1995 laut VG-Pressesprecher Barth bei 2,9 Monaten gelegen haben, bei Klageverfahren ein Jahr (vgl. taz vom 2.11.1995).

⁵⁸ Bis Mitte 1997 war dies der Fall, danach wurden drei Jahre lang Leistungen nach AsylbLG unabhängig vom Besitz einer Duldung gekürzt.

mente der Betroffenen zur Kenntnis genommen worden waren – geschweige denn, dass sich die RichterInnen umfassend in die Rechtsmaterie eingelesen hätten.

So regte beispielsweise die 19. Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts Anfang 2000 in zahlreichen Verfahren traumatisierter Flüchtlinge, die rechtsanwaltlich nicht vertreten waren, an, ihre Klagen auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis zurückzunehmen, da „nach der einhelligen höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung“ die „Regelversagungsgründe des § 7 Abs. 2 AuslG“ (Sozialhilfebezug) bei der Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen „Anwendung“ fänden, und eine Befugnis somit wegen des Sozialhilfebezuges versagt werden müsse. Dabei wurde zugleich darauf hingewiesen, dass eine „Klagerücknahme [...] zum jetzigen Zeitpunkt noch gerichtsbüchergemäß möglich“ sei und weiterhin eine „Duldung wegen der weiteren Behandlungsbedürftigkeit“ erteilt werden könne. Das Schreiben verwies auf eine imposante Anzahl von Gerichtsentscheidungen (Aktenzeichen und Fundstellen), die die Behauptung, das Verfahren sei aussichtslos, untermauern sollten⁵⁹.

Selbst in juristischen Dingen gut bewanderte Personen hätten angesichts eines solchen richterlichen Schreibens und der erdrückenden Phalanx von Rechtsprechungshinweisen vermutlich die ‚Segel gestrichen‘ und ihre Klage zurückgenommen. Der entscheidende (skandalöse) Makel dieser ‚Rücknahmeempfehlungen‘ war jedoch, dass die mächtige ‚Burg‘ unüberwindlich scheinender Rechtsprechungshinweise ‚auf Sand gebaut‘ war: Zwar ist es tatsächlich unstrittig, dass die Regelversagungsgründe des § 7 Abs. 2 AuslG *grundsätzlich* berücksichtigt werden müssen. Doch war von den Betroffenen (d.h. von den Beratungsstellen) zumeist ausdrücklich (unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung) darauf hingewiesen worden, dass die Regelversagungsgründe des § 7 AuslG *in besonderen Fällen* (wie z.B. bei Traumatisierten, deren Rückkehr nicht absehbar ist) der Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis eben *nicht* entgegenstünden und auch entsprechende Gerichtsentscheidungen vorlägen – von einer ‚einhelligen‘ Rechtsprechung konnte somit keine Rede sein!

Dass der Richter der 19. Kammer diese Ausführungen nicht zur Kenntnis genommen hatte oder nicht zur Kenntnis nehmen wollte, spricht für sich. Ausgesprochen *peinlich* wurden die Hinweise des Richters allerdings dadurch, dass die von ihm herangezogene Rechtsprechung (zumindest in Teilen) das genaue Gegenteil von dem besagte, wie er es für die Betroffenen interpretiert hatte: Das zitierte Urteil des VGH Baden-Württemberg, das mit Quelle benannt war (InfAuslR 3/99, 133 ff), erwies sich beim Nachlesen als stärkstes Argument *für* – und nicht etwa gegen – die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis⁶⁰!

Ganz offenkundig war der besagte Richter der 19. Kammer zu jener Zeit in erster Linie darum bemüht, ‚Ordnung‘ auf seinem Schreibtisch und in seinen Aktenschränken zu schaffen, denn auch in anderen Zusammenhängen wurden AntragstellerInnen von ihm ‚aufgefordert‘, ihre Klagen zurückzunehmen. Dass er dabei nicht besonders sorgfältig vorging, belegte z.B. das Verfahren VG 19 F 15.99: Hier regte er die Klagerücknahme an (sogar zweimal), weil angeblich kein Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis bestünde. Misslich nur, dass es gar nicht um die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis, sondern um die Aufhebung einer Abschiebungsandrohung ging – dies sich später im Rahmen einer mündlichen Verhandlung am 16.8.2000 dann auch als rechtswidrig erwies. Wären die Betroffenen den Anregungen des Richters gefolgt und hätten sie ihre Klage zurückgenommen, wäre die (rechtswidrige) Abschiebungsandrohung bestandskräftig geworden.

Als weiteres Beispiel für eine mangelhafte Aufklärung der Sach- und Rechtslage durch RichterInnen mag folgender Fall gelten, in dem es ebenfalls um die Rechtmäßigkeit einer Abschiebungsandrohung ging: In dem Verfahren VG 27 A 34.97 bat der zuständige Berichterstatter mit Schreiben vom 19.4.1999 um Auskunft darüber, ob der Rechtsstreit für erledigt erklärt werden würde und wies darauf hin, dass nach § 50 Abs. 3 AuslG eine Abschiebungsandrohung auch beim Vorliegen von Duldungsgründen zulässig sei.

⁵⁹ Solche Anregungen zur Klagerücknahme gab es auch von anderen, etwa der 13. und der 20. Kammer. Von letzterer liegt mir ein Schreiben vom März 1999 vor, in dem ein traumatisierter Flüchtling um „Prüfung“ der „Klagerücknahme“ gebeten wird angesichts der in einem Schreiben der Ausländerbehörde „genannten Gründe“. Diese Gründe lauteten (vollständig zitiert!): „Eine Aufenthaltsbefugnis kann auf Grund der vorliegenden Sach- und geltenden Rechtslage nicht erteilt werden“. Dementgegen war die Klage des Betroffenen ausführlich unter Bezugnahme auf eben diese „Sach- und Rechtslage“ begründet worden.

⁶⁰ In einem mir bekannten Fall begründete eine traumatisierte Bosnierin ihren Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis unter anderem damit, dass sie als Zeugin in einem Münchner Kriegsverbrecherprozess auch *nach* ihrer Aussage einen dauerhaften (Zeugen-) Schutzstatus in Deutschland benötigen würde. Statt ihr im Einzelfall eine Aufenthaltsbefugnis nach § 30 AuslG zuzusprechen, gab der Richter ihr den Tipp, sich an die Berliner Ausländerbeauftragte zu wenden!

Die Betroffene, eine traumatisierte Bosnierin, wies den Richter mit Hilfe einer Beratungsstelle auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hin (Urteil vom 19.11.1996; zit. in: InfAuslR 5/97, 193 ff), wonach § 50 Abs. 3 AuslG verfassungskonform so auszulegen sei, dass auch Abschiebungshindernisse nach § 53 Abs. 6 AuslG (Gefahren für Leib und Leben, etwa aufgrund der Gefahr einer Re-Traumatisierung und wegen fehlender Behandlungsmöglichkeiten) einer Abschiebungsandrohung entgegen stehen könnten.

Dieser Hinweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung konnte den zuständigen Richter nicht mehr erreichen, denn er fasste bereits einen Tag (!), nachdem er seine Anfrage nach Aufrechterhaltung der Klage formuliert hatte, einen negativen Beschluss: Der Antrag auf Prozesskostenhilfe wurde abgelehnt, da „die Rechtsverfolgung keine hinreichenden Erfolgsaussichten besitzt“ (VG 27 A 34.97 vom 20.4.1999, S. 2). Die Klage gegen die Abschiebungsandrohung wurde als „offensichtlich unbegründet“ verworfen, da Abschiebungshindernisse beim Erlass von Abschiebungsandrohungen „unerheblich“ seien. Die rechtlichen Ausführungen beschränkten sich auf die Wiedergabe des Gesetzes, ohne auf die Rechtsprechung des BVerwG oder des zuvor in gleicher Weise urteilenden VGH Mannheim (vgl. NVwZ-RR 1993, 443) einzugehen.

Verwaltungsgerichtsverfahren nach AsylVfG bzw. AuslG

Meine obigen Ausführungen zur Beschneidung des Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahrens und zu anderen Restriktionen im Asyl(verfahrens)recht sind auch für Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge *außerhalb* des Asylverfahrens, die hier im Mittelpunkt der Betrachtung stehen, relevant. Es liegt auf der Hand, dass insbesondere die ‚atmosphärischen‘ Verschiebungen im Asylrecht (Stichwort: „Erledigungsmentalität“) RichterInnen auch in Streitverfahren nach dem Ausländergesetz oder dem Asylbewerberleistungsgesetz nicht unbeeinflusst lassen. Reinhard Marx (in: Asylmagazin 7-8/2000, 14):

„[...] Nicht die materiellen Fragen quälen mich, sondern das institutionalisierte Klima des Misstrauens gegen Flüchtlinge. Es fehlt überwiegend am offenen Erkenntnisinteresse. Natürlich wird in der Praxis gelogen. Aber inzwischen hat das Abschottungsklima und der verschwundene gesellschaftliche Konsens dazu geführt, dass dem Flüchtling Unglauben, Härte entgegenschlägt. Dies manifestiert sich im richterlichen Erkenntnisprozess.“

Die oben dargestellte Entwicklung erklärt nebenbei auch, warum immer weniger Flüchtlinge überhaupt einen Asylantrag stellen und statt dessen z.B. nur Abschiebungshindernisse gegenüber den Ausländerbehörden geltend machen (oder aber ‚illegal‘, d.h. nicht-behördlich registriert, im Land bleiben). Manfred Kohler hat in seinem Editorial zum Asylmagazin 1-2/2000 diese Entwicklung in Anlehnung an den Ausspruch *Stell Dir vor es ist Krieg und keiner geht hin* folgendermaßen umschrieben:

„Zwar gibt es noch ein Asylverfahren, aber kein Flüchtling geht mehr hinein“.

Wenn z.B. Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge oder Verfolgte aus Ländern ohne gefestigte Staatsmacht infolge der restriktiven Spruchpraxis des Bundesverwaltungsgerichts ohnehin keine Chance auf Anerkennung als Asylberechtigte haben, warum sollten sie dann die allenfalls noch verbleibenden Duldungsgründe nach § 53 AuslG nicht gleich gegenüber der Ausländerbehörde geltend machen – mit dem Vorteil, dass die zahlreichen Restriktionen des Asyl(verwaltungsgerichts)verfahrens in diesem Fall nicht zum Tragen kommen und die Möglichkeit eines späteren Asyl(erst)antrages dann notfalls immer noch gegeben ist? Zwar widerspricht dies der Hauptintentionen der Neufassung des Asylverfahrensgesetzes von 1992 (Konzentration des Verfahrens beim Bundesamt), doch kann die Entwertung des Asylrechts durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung in inhaltlicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht ohne Konsequenzen bleiben.

Wenn Flüchtlinge versuchen, Abschiebungshindernisse gegenüber der Ausländerbehörde entsprechend des *Ausländergesetzes* geltend zu machen, statt sich auf das ‚zerrupfte‘ *Asylrecht* verweisen zu lassen, hat dies vorteilhafte Konsequenzen für das *Verwaltungsgerichtsverfahren*: Dies betrifft vor allem die prinzipiell uneingeschränkte aufschiebende Wirkung eines einstweiligen

Rechtsschutzantrages⁶¹ und die Zugangsmöglichkeit zur zweiten Instanz aufgrund erheblicher Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung⁶².

Allerdings gilt auch nach der allgemeinen Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), dass „in der Regel“ ein Rechtsstreit durch eine/n EinzelrichterIn entschieden werden soll, wenn die Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung hat und keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art bestehen (vgl. § 6 VwGO)⁶³.

Eine Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1. Juli 1997, mit der die Zulassungsbedingungen zur zweiten Instanz neu geregelt wurden, war für Flüchtlinge und Asyl Suchende besonders nachteilig, denn sie führte den Anwaltszwang für die Beschwerde- bzw. Berufungszulassung beim Oberverwaltungsgericht ein. Da sich Flüchtlinge infolge der Restriktionen des Asylbewerberleistungsgesetzes in der Regel keine anwaltliche Vertretung leisten können, bezeichnete Karin Loos diese Verfahrensänderung in Hinblick auf marginalisierte Gruppen als einen „Angriff auf die Rechtswegegarantie des Grundgesetzes“ (Loos 1999, 105).

In Berlin wirkte sich der Anwaltszwang in der Praxis jedoch nicht als hermetisches Zugangshindernis zur zweiten Instanz aus.

Eine sehr umständlich anmutende Konstruktion ermöglichte es den Betroffenen, mit Hilfe spezialisierter Beratungsstellen (zunächst) auch ohne anwaltliche Vertretung Rechtsmittel gegen eine erstinstanzliche Entscheidung einzulegen: Hierfür musste ein inhaltlich bereits umfassend begründeter Antrag auf Zulassung der Beschwerde mit einem Antrag auf Prozesskostenbeihilfe und Beiordnung einer rechtsanwaltlichen Vertretung verbunden werden. Für den Fall, dass das Oberverwaltungsgericht wegen guter Erfolgsaussichten Prozesskostenhilfe gewähren sollte, wurde zudem vorsorglich ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gestellt, da zum Zeitpunkt der späteren Beiordnung einer anwaltlichen Vertretung die zweiwöchige Frist, innerhalb derer AnwältInnen die Zulassung der Beschwerde hätten beantragen müssen, bereits abgelaufen sein würde. Kam das Oberverwaltungsgericht also zu dem Ergebnis, dass ein Beschwerdeverfahren durchgeführt werden sollte und die Zulassung der Beschwerde nur wegen fehlender Geldmittel (bislang) nicht fristgerecht von einer rechtsanwaltlichen Vertretung beantragt werden konnte, gewährte es Prozesskostenhilfe und ermöglichte – zur Wahrung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG⁶⁴ – hiermit nachträglich die fristgerechte Beschwerdeerhebung durch Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand.

Allerdings war es zumindest zeitweilig die ständige Praxis z.B. des 3. Senats des OVG Berlin, in solchen Konstellationen nur die Betroffenen, nicht aber die beigeordneten RechtsanwältInnen über eine gewährte Prozesskostenbeihilfe zu informieren. Die mögliche Folge war: Gingen die rechtsunkundigen Betroffenen nicht innerhalb der nunmehr erneut laufenden zweiwöchigen Frist zu den AnwältInnen, wurden die in der Sache aussichtsreichen Beschwerden mangels rechtswirksam gestellten Beschwerde Zulassungsantrages ‚gegenstandslos‘!

Die dargestellte Verfahrensweise setzte zudem die Existenz unentgeltlich arbeitender, kompetenter Beratungsstellen voraus, denn faktisch waren *sie* es, die alle Beschwerdegründe umfassend und überzeugend vorbringen mussten, um den nachträglich gewährten Zugang zur zweiten Instanz erreichen zu können.

⁶¹ Eine solche aufschiebende Wirkung gibt es im Asylverfahren z.B. bei Zurückweisungen aufgrund einer Einreise über „sichere Drittstaaten“ und in den Fällen „offensichtlich unbegründet“ abgelehnter Asylanträge (vor allem im Flughafenverfahren) faktisch nicht bzw. nur erheblich eingeschränkt.

⁶² Zu unterscheiden wäre eigentlich stets zwischen dem normalen Klageweg im *Hauptsacheverfahren*, das i.d.R. mehrere Jahre dauert und mit einem Urteil abschließt, gegen das Berufung eingelegt werden kann, und dem *einstweiligen Rechtsschutzverfahren*, in dem aufgrund besonderer Eilbedürftigkeit das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens ‚ausnahmsweise‘ vorweggenommen werden kann (gegen einen Beschluss im Eilverfahren kann Beschwerde eingelegt werden). Da aber im Flüchtlingsrecht die wesentlichen Entscheidungen zumeist im Eilverfahren fallen, werde ich mich im Folgenden auf diesen Verfahrensweg konzentrieren.

⁶³ Anders als im Asylverfahren dürfen RichterInnen ansonsten jedoch erst nach einer einjährigen (und nicht halbjährigen; vgl. § 76 AsylVfG) Probezeit als EinzelrichterInnen entscheiden.

Die Grundsätze der ‚Verfahrensbeschleunigung‘ haben angesichts einer zunehmenden Verrechtlichung des Alltags übrigens auch die Zivilgerichte erreicht: Das Bundesjustizministerium plante eine Justizreform (vgl. FR vom 12.1.2000), der Übergang zu EinzelrichterInnen-Entscheidungen und die Reduktion der Gerichtsinstanzen wurde jedoch z.B. vom Richterbund und der Bundesrechtsanwaltskammer abgelehnt. Letztere trat im Januar 2001 sogar mit ganzseitigen Zeitungsanzeigen gegen die geplante Justizreform in Erscheinung. Als ‚nur‘ Asyl Suchende von solchen Einschränkungen im Rechtsweg betroffen waren, gab es keine entsprechenden Proteste.

⁶⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat in Anbetracht des Grundsatzes der Effektivität des Rechtsschutzes mehrfach darauf hingewiesen, dass ein Gericht nicht durch die übermäßig strenge Handhabung verfahrensrechtlicher Vorschriften den Anspruch auf gerichtliche Durchsetzung des materiellen Rechts unzumutbar verkürzen darf (vgl. nur: 2 BvR 2125/97, Beschluss vom 21.1.2000; in: Asylmagazin 3/2000, 36 f.).

Die Praxis der Prozesskostenhilfe

Die geschilderte mühsame Konstruktion im Beschwerde Zulassungsverfahren verweist noch auf ein anderes Defizit im deutschen Rechtssystem, das Flüchtlinge und Asyl Suchende in besonderer Weise trifft und sie gegenüber den staatlichen Behörden im Verwaltungsgerichtsverfahren benachteiligt: auf die Praxis der Prozesskostenhilfe (vgl. hierzu: Heinhold 1997, 10 f.). Das Institut der Prozesskostenhilfe (PKH) und die mögliche Beiordnung einer rechtsanwaltlichen Vertretung sollen die Chancen mittelloser und zugleich oft durchsetzungsschwacher BürgerInnen erhöhen, ihre Rechtsansprüche im Verwaltungsgerichtsverfahren gegenüber den staatlichen Behörden, die in der Regel mit spezialisierten Rechtsstellen ausgestattet sind, durchzusetzen bzw. zumindest ein angemessenes rechtliches Gehör zu finden. Doch während im Zivilrecht bereits dann Prozesskostenhilfe gewährt wird, wenn eine schlüssige Argumentation vorgebracht wird, ist dies im Rahmen einer restriktiven Spruchpraxis der Verwaltungsgerichte im Asyl- und Flüchtlingsrecht eher die Ausnahme (so die Erfahrungen von Heinhold, a.a.O.). Einem Antrag auf Prozesskostenhilfe wird hier häufig nur dann stattgegeben, wenn die RichterInnen der Auffassung sind, dass die Betroffenen im Verfahren voraussichtlich auch erfolgreich sein werden – gerade die schwierigen Fälle, in denen eine gute anwaltliche Ermittlungs- und Überzeugungsarbeit am dringendsten erforderlich wäre, sind durch diese Praxis von der Prozesskostenhilfe ausgenommen. Die gerichtliche PKH-Entscheidungspraxis gerät jedoch vollends zur Farce, wenn – und dies ist nicht selten der Fall – über den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe *gleichzeitig* mit einem Beschluss in der Sache entschieden wird: Denn wird das Rechtsschutzgesuch abgelehnt, trifft dies (mangels ‚Erfolgsaussichten‘) natürlich auch die Prozesskostenhilfe, ist das Ergebnis aber (ohnehin) positiv, erübrigt sich die Beiordnung einer rechtsanwaltlichen Vertretung. Die Prozesskostenhilfe verliert hierdurch jede praktische Bedeutung.

Die PKH-Praxis vieler VerwaltungsrichterInnen verstößt gegen die Verfassung (den Gleichheitsgrundsatz i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip). Das Bundesverfassungsgericht hat mit einem Beschluss (2 BvR 569/01, B.v. 10.8.2001, in: Asylmagazin 12/2001, 41 f) noch einmal betont, dass die Prozesskostenhilfe den Zweck verfolgt, die rechtsstaatlichen Möglichkeiten (materiell) „Unbemittelter“ denen „Bemittelter“ anzugleichen. Prozesskostenhilfe soll also bereits dann gewährt werden, „[...] wenn nur hinreichende Erfolgsaussichten für den beabsichtigten Rechtsstreit bestehen, ohne dass der Prozess Erfolg schon gewiss sein muss“ (a.a.O., 41). „Die Prüfung der Erfolgsaussicht soll jedoch nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das Nebenverfahren der Prozesskostenhilfe vorzuverlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen“ (ebd.). „Tatsachen- und Rechtsfragen, die nicht eindeutig beantwortet werden können, bedürfen der Klärung im Hauptverfahren“ (ebd., 42).

RechtsanwältInnen werden im Flüchtlingsrecht in der Folge häufig vor eine ihre wirtschaftliche Existenz unmittelbar beeinträchtigende Entscheidung gestellt: Entweder sie arbeiten ‚auf eigenes Risiko‘ und erhalten nur im Erfolgsfall für ihre Arbeit auch eine ‚angemessene‘ Entlohnung⁶⁵ – wobei die ‚Streitwerte‘, nach denen sich Rechtsanwalts honorare richten, im Asyl- und Flüchtlingsrecht ohnehin extrem niedrig angesetzt sind und somit häufig kaum die laufenden Kosten einer Anwaltskanzlei abgedeckt sind (vgl. Heinhold 1997, 9, insb. Anm. 38). Oder aber sie verlangen *vorab* ein Honorar, was wiederum dazu führt, dass sich viele mittellose Flüchtlinge keine anwaltliche Vertretung leisten können.

Auf Asyl- und Flüchtlings sachen spezialisierte RechtsanwältInnen können häufig nur deshalb wirtschaftlich existieren, weil sie noch andere, ‚lukrativere‘ Rechtsgebiete bearbeiten, oder aber weil sie gekonnt (nur) Vertretungen mit guten Erfolgsaussichten oder möglichst wenig Arbeitsaufwand annehmen. So lassen sich finanzielle Reserven erwirtschaften, um auch ‚kniffligere‘ und weniger aussichtsreiche Fälle übernehmen zu können, ohne vorab ein Honorar von den Betroffenen verlangen zu müssen. Häufig ‚ersetzen‘ im Flüchtlingsbereich notgedrungen Idealismus und Mitgefühl eine unzureichende oder ausbleibende Bezahlung engagierter RechtsanwältInnen. Für Flüchtlinge und Asyl Suchende hat das Zusammenkommen gesetzlich verweigerter oder eingeschränkter Bargeldleistungen und rechtlich verweigerter Prozesskostenhilfe zur Konsequenz, dass sie um so mehr auf ehrenamtliche, gemeinnützige oder karitative HelferInnen angewiesen

⁶⁵ Denn bei einem negativen Ausgang des Verfahrens droht ihren MandantInnen zumeist die Abschiebung, ausstehende Honorare lassen sich von mittellosen Flüchtlingen ohnehin kaum ‚entreiben‘.

sind, d.h. auf Beratungsstellen von Kirchen und Wohlfahrtsverbänden (DRK, Caritas, Diakonie, AWO usw.) und nicht-staatlichen Organisationen (amnesty international, Pro Asyl usw.), um mit ihren Anliegen vor Gericht auch nur ansatzweise Gehör finden zu können.

Das Rechtsberatungsgesetz

In diesem Zusammenhang tut sich jedoch eine weitere Hürde auf: Das Rechtsberatungsgesetz (RBerG) von 1935⁶⁶ untersagt Nicht-RechtsanwältInnen die „geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“ (vgl. hierzu insgesamt: Heinhold 1997).

Dieses Gesetz wird in der Praxis mitunter dazu verwandt, um missliebige HelferInnen von Flüchtlingen einzuschüchtern oder sogar Strafanzeige gegen einzelne Personen zu erstatten, die Flüchtlingen bei der Formulierung von Anträgen und Rechtsschutzgesuchen behilflich waren. Die Drohung mit dem Rechtsberatungsgesetz wird etwa von SachbearbeiterInnen der Ausländerbehörde in Telefongesprächen gegenüber MitarbeiterInnen von Beratungsstellen ausgesprochen – allerdings zumeist erst dann, wenn der Verlauf des Gesprächs ‚ungewünschte‘ Formen angenommen hat oder Fragen zu unbequem wurden⁶⁷.

Trotz solcher Drohungen sind Strafanzeigen gegen HelferInnen und BeraterInnen von Flüchtlingen auf der Grundlage des RBerG in der Praxis jedoch eher selten. Dies liegt auch daran, dass die präzise Anwendung des RBerG aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe und verfassungsrechtlich gebotener Einschränkungen höchst unklar und umstritten ist⁶⁸.

Rechtsanwalt Heinhold jedenfalls kommt zu dem Ergebnis, dass zwar einerseits „nahezu jede nichtanwaltliche, ehrenamtliche Hilfe für Rechtssuchende unter den Begriff der Rechtsbesorgung fällt“ (Heinhold 1997, 17) – also nach dem RBerG prinzipiell strafbar sein kann. Andererseits sei jedoch jede individuelle Rechtsberatung „zulässig, wenn sie nur eine vorhandene Benachteiligung ausgleicht, den Schutzsuchenden also in den Kenntnisstand versetzt, in dem jeder in Deutschland aufgewachsene Mensch ohne spezielle Rechtskenntnisse ist“ (ebd., 22). Hierbei handele es sich um eine allgemeinkundliche *Verfahren*-beratung bzw. – beim Verfassen von Anträgen – um eine Formulierungshilfe, die vor allem die fehlenden Sprachkenntnisse der Schutz Suchenden und deren Unkenntnis des deutschen Rechtssystems ausgleichen soll. *Gerichtliche* Anträge und Klagen hingegen, die eigene Rechtskenntnisse erfordern, sollten nach der Auffassung Heinholds RechtsanwältInnen vorbehalten bleiben, es sei denn, die Klageschrift basiere auf einer vorausgehenden Rechtsbehelfsbelehrung oder es handele sich quasi um ‚Formularanträge‘ in breit diskutierten und somit allgemein kundlichen Massenverfahren (vgl. ebd.).

Die Abgrenzung einer im Einzelfall ‚erlaubten‘ von ‚unerlaubter‘ Rechtsberatung durch Nicht-AnwältInnen ist also schwierig. Dies gilt vor allem, wenn das RBerG auch seinem Sinn und Zweck nach und im Lichte der Verfassung ausgedeutet wird: Das RBerG soll nämlich (vgl. Heinhold 1997, 8)

- a) die „reibungslose Abwicklung des Rechtsverkehrs“ sicherstellen und „fachlich ungeeignete und unzuverlässige Personen von der geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“ fernhalten
- b) dem „Schutz der Rechtssuchenden“ dienen
- c) RechtsanwältInnen vor ungeregeltem Wettbewerb schützen.

Zumindest im Flüchtlingsbereich hätte demnach eine restriktive Anwendung des RBerG nur wenig Sinn, denn es ist wohl unstrittig, dass die „Abwicklung des Rechtsverkehrs“ (a) im Flüchtlings- und Ausländerrecht ohne die zahlreichen kostenfrei arbeitenden Beratungsstellen zusammenbrechen würde. Die wenigen auf Flüchtlingssachen spezialisierten AnwältInnen wären auch

⁶⁶ Das Rechtsberatungsgesetz ist von den Nationalsozialisten geschaffen worden, um jüdischen RechtsanwältInnen, denen aufgrund der rassistischen Gesetze von 1933 eine Anwaltstätigkeit verboten war, die Fortsetzung ihrer Arbeit als ‚Privatpersonen‘ zu verunmöglichen (vgl. Heinhold 1997, 6).

⁶⁷ Alternativ erfolgt an solchen Stellen des Gesprächs häufig der behördliche Hinweis auf ‚Datenschutzbestimmungen‘ – wobei der Datenschutz wohlgemerkt erst dann zu gelten scheint, wenn das Gespräch einen für die Behörde unerwünschten Verlauf nimmt.

⁶⁸ § 3 RBerG enthält ein so genanntes ‚Kirchenprivileg‘, d.h. MitarbeiterInnen von „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ (etwa kirchlicher Einrichtungen) fallen nicht unter das RBerG.

keinesfalls dazu in der Lage oder (aus ökonomischen Gründen) willens, alle Recht suchenden und Hilfe bedürftigen Flüchtlinge zu betreuen. Rechtsanwalt Heinhold (1997, 12):

„Die Sozialarbeiter der Verbände und Flüchtlingsinitiativen und die ehrenamtlichen Betreuer sind für die Anwälte keine Konkurrenz. In Wahrheit ist die Anwaltschaft dankbar, dass ihr diese Arbeit abgenommen wird“

– so dass auch dem Gesetzeszweck zu (c) genüge getan wird.

Allerdings trifft es zu, dass manche von (überlasteten) Beratungsstelle verfasste Schreiben in qualitativer Hinsicht Anlass zur Sorge geben und von einer rechtsanwaltlichen Vertretung sicherlich kompetenter, ausführlicher und formgerechter hätten erstellt werden können. Doch ist in der Praxis nicht selten auch die genau gegenteilige Konstellation beobachtbar, d.h. dass spezialisierte Beratungsstellen (*trotz* ihrer Überlastung) mitunter eine bessere, weil informiertere und einfühlsamere Arbeit leisten als z.B. RechtsanwältInnen, die fachlich nicht auf Asyl- und Flüchtlings-sachen spezialisiert sind (und entsprechend nicht über eine genaue und aktuelle Länder- bzw. Rechtsprechungkenntnis verfügen) oder die nur auf ‚eine schnelle Mark‘ aus sind (‚schwarze Schafe‘ gibt es überall⁶⁹).

Um dem Gesetzeszweck des RBERG eines Schutzes vor ‚Beratungsmissbrauch‘ (b) zu entsprechen, wäre es also ausreichend, die gewerbsmäßige und *entgeltliche* Beratungstätigkeit von *nicht*-qualifizierten Einzelpersonen unter Strafandrohung zu stellen. Auch Heinhold plädiert dafür, die Arbeit von wohltätigen und engagierten Nicht-Regierungs-Organisationen nicht zu kriminalisieren, sondern im Gegenteil zu privilegieren (vgl. Heinhold 1997, 37 f).

Auch das BVerfG – 1 BvR 737/00, B.v. 29.7.2004 – forderte im Sommer 2004 eine verfassungskonforme und nicht wortgetreue Auslegung des RBERG in Anbetracht seines Sinn und Zwecks und unter Berücksichtigung des gesellschaftlichen Wandels. Als unverhältnismäßig wurde von den VerfassungsrichterInnen die Verhängung eines Bußgeldes nach RBERG gegen einen pensionierten Oberlandesrichter bewertet, der eine regelmäßige und unentgeltliche Rechtsberatung praktizierte und der sich (zur Klärung der Rechtsfragen) selbst angezeigt hatte.

Die Neufassung des RBERG hatte sich zuvor bereits die rot-grüne Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag zur Aufgabe gemacht – ohne dass es in der Legislaturperiode bis 2005 zu einer Gesetzesreform gekommen wäre.

Nebenbei: Eine Einschränkung der Hilfstätigkeit von Beratungsstellen wäre vermutlich vor allem für die Verwaltungsgerichte mit erheblichen unerwünschten Folgen verbunden, denn vielen Betroffenen bliebe nichts anderes übrig, als mit all ihren behördlichen Bescheiden und Papieren, die sie nur rudimentär verstehen, bei den Rechtsantragsstellen der Verwaltungsgerichte persönlich vorzusprechen und dort um Hilfe nachzusuchen (wie es den Rechtsbehelfsbelehrungen zufolge auch vorgesehen ist). Doch nicht zuletzt weil es in diesen Rechtsantragsstellen keine DolmetscherInnen gibt, würden hierdurch vermutlich weitgehend inhaltsleere und allenfalls im Ansatz begründete Klagen und Anträge gestellt werden, und die RichterInnen wären – wenn sie ihre Verpflichtung zur umfassenden Sachverhaltsermittlung ernst nähmen – mit einer sorgfältigen Bearbeitung und Aufarbeitung einer Flut solcher Anträge sicherlich überfordert. In der Praxis gewährleisten die Beratungsstellen (durch Sprachmittlung, Sachverhaltsaufklärung, Beratung und Koordination) auch eine reibungslose Kommunikation und Zusammenarbeit zwischen den Gerichten und den AntragstellerInnen (etwa bei der Beantwortung schriftlicher Nachfragen, bei der Aufklärung von Unklarheiten usw.). Nicht selten sind es auch die spezialisierten Beratungsstellen, die nicht-fachkundige RichterInnen auf wichtige aktuelle Länderinformationen, auf maßgebliche Weisungsänderungen oder bedeutende Rechtsprechungsentwicklungen hinweisen oder aufmerksam machen (müssen).

Ein Versuch der Berliner Ausländerbehörde, das RBERG gegen die Arbeit von Flüchtlingsberatungen in Stellung zu bringen, scheiterte im Dezember 1999, als ein promovierter Bediensteter der Ausländerbehörde die Zulassung der Beschwerde gegen einen Beschluss der 16. Kammer des Verwaltungsgerichts (VG 16 F 56.99) beantragte, mit die Abschiebung einer traumatisierten Bosnierin untersagt worden war. Diese Beschwerde wurde unter anderem mit Hinweis auf das RBERG begründet, denn der Rechtsschutzantrag der Betroffenen sei „unwirksam gestellt und damit unzulässig“, da er mit Hilfe sich „namentlich nicht offenbarender Dritter“ verfasst worden sei. Das Obergerverwaltungsgericht Berlin (OVG 8 SN 3.00) wies dieses Ansinnen (wie im Übrigen auch die gesamte Beschwerde) mit der Begründung zurück, dass sich die Rechtswirksamkeit des von der Betroffenen mit Hilfe einer Beratungsstelle verfassten und von ihr unterschrieben Antrages nach dem Prozessrecht und nicht nach dem RBERG richte.

Allerdings ist zu beachten, dass alle von einer Beratungsstelle gemachten Fehler (dies gilt im Übrigen auch für bevollmächtigte RechtsanwältInnen) den Betroffenen voll angelastet werden,

⁶⁹ Dass überdies auch Schriftsätze von Behörden, d.h. von gut bezahlten BeamtenInnen oder sogar promovierten JuristInnen, den Verdacht aufkommen lassen können, dass eine „zur Rechtsbestellung ungeeignete Person“ (RBERG) im Einsatz war, habe ich dargelegt.

d.h. dass deren Schriftsätze von Behörden und Gerichten so angesehen werden, als hätten sie die Betroffenen selbst geschrieben⁷⁰.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin

Eine der ersten Erfahrungen, die Flüchtlinge in Deutschland machen müssen, ist, dass das eigene ‚aufenthaltsrechtliche Schicksal‘, wie es im Behördenjargon heißt, nicht in erster Linie von den ganz persönlichen Fluchtmotiven, konkreten Verfolgungserlebnissen oder individuellen Lebensumständen abhängig ist, sondern vielmehr von solch zuvor noch für unbedeutend gehaltenen Umständen wie dem Anfangsbuchstaben des Nachnamens, dem Geburtsdatum, dem genauen Einreisedatum, dem Ausstellungsort des Reisepasses usw.

Zuständigkeiten / ‚Typen‘ von RichterInnen

Eines der vielen kleinen bürokratischen ‚Schicksalsrädchen‘ im Exil stellt etwa der Geschäftsverteilungsplan des Verwaltungsgerichts dar. Dieser regelt, an welche Kammer des Gerichts die Rechtsschutzgesuche von AntragstellerInnen weitergeleitet werden, und hiervon wiederum hängt entscheidend ab, welche Erfolgsaussichten ein Schutzgesuch hat.

Es kann nach dem bereits Ausgeführten nicht verwundern, dass es (nicht nur in Berlin) viele Kammern gibt, bei denen aufgrund ihrer personellen Zusammensetzung (bzw. ihrer bisherigen Spruchpraxis) mit einer hohen Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden kann, ob ein Antrag gute oder schlechte Aussichten auf Erfolg hat. Nur selten sind konkrete Rechtsfragen oder Einzelfälle derartig eindeutig gelagert, dass nur *eine* Entscheidung der mit der Sache befassten Gerichte denkbar wäre⁷¹. Die gesetzlichen Vorgaben, unbestimmte Rechtsbegriffe und ‚softe‘ Beurteilungsfragen (etwa der Glaubwürdigkeit) lassen zumeist unterschiedliche, ja sogar gegensätzliche Entscheidungen in identischen Fallkonstellationen zu – je nach dem, welchem/r RichterIn die ‚Sache‘ zur Entscheidung vorgelegt wird.

Und so kommt es, dass der Anfangsbuchstabe des Nachnamens von Flüchtlingen aufgrund des Geschäftsverteilungsplans eines Verwaltungsgerichts darüber entscheiden kann, ob sie ‚Recht erhalten‘ oder nicht – entsprechend der ‚progressiven‘ oder ‚restriktiven‘, ‚völkerrechtsfreundlichen‘ oder nationalstaatlich orientierten bzw. der flüchtlings- oder behördenfreundlichen ‚Gesinnung‘ der jeweils zuständigen Kammer. In Berliner Verwaltungsgerichtskreisen wurde diesbezüglich ironisch von „Herz-Jesu“- bzw. „Beton“-Kammern gesprochen. Es gibt also RichterInnen bzw. Kammern, die versuchen, die Rechtslage möglichst positiv im Sinne von Flüchtlingen und Asyl Suchenden auszudeuten und anzuwenden, um auf der Grundlage geltenden Rechts einen weitest möglichen und effektiven Schutz für Flüchtlinge gewährleisten zu können. Und genauso gibt es RichterInnen und Kammern, bei denen es selbst in extremen Fallkonstellationen nahezu unmöglich ist, diese zu einer – der Rechtslage nach möglichen – positiven Entscheidung zu bewegen, so tief verwurzelt ist ihr Misstrauen bzw. die Ablehnung gegenüber Flüchtlingen und so ernst nehmen sie ihren sich selbst auferlegten (gesellschaftlichen) ‚Auftrag‘, die ungewollten ‚Fremden‘ aus dem Land zu halten.

Natürlich gibt es auch RichterInnen und Kammern, die weder in dem einen noch in dem anderen Sinne vorab einzuschätzen oder festzulegen wären. Innerhalb dieser Gruppe müsste differenziert werden zwischen RichterInnen, die versuchen, sich unvoreingenommen ein

⁷⁰ Diese Annahme ist eine unter Umständen folgenschwere Fiktion: Die komplette Rück-Übersetzung von Schriftsätzen, die auf den Angaben der Betroffenen basieren, ist Beratungsstellen nur im Ausnahmefall möglich, zum einen wegen des damit verbundenen hohen Zeitaufwandes, zum anderen wegen der häufig selbst für Deutsche unverständlichen rechtlichen Ausführungen, die kaum übersetzbar sind. Kommt es aber bei der Abfassung von Schriftstücken im Namen der Betroffenen zu Übersetzungsfehlern, Ungenauigkeiten oder Missverständnissen, werden diese dann den Betroffenen als ‚widersprüchliche Angaben‘ ausgelegt. Der Nachweis, dass ein (nicht selbst verschuldeter) Übersetzungsfehler o.ä. vorliegt, ist nur schwer zu führen und rechtlich auch insofern ‚irrelevant‘, als es die ‚Pflicht‘ der Betroffenen gewesen wäre, sich über den genauen Inhalt der von ihnen unterschriebenen Papiere zu informieren.

⁷¹ Solche ‚eindeutig‘ gelagerte Fälle müssen tendenziell auch seltener durch die Gerichte entschieden werden, da entweder die Behörde von sich aus die beantragte Leistung erbringt (z.B. eine Duldung erteilt) oder Betroffene aufgrund der Chancenlosigkeit eines Rechtsgesuchs dieses unterlassen.

möglichst umfassendes Bild vom jeweiligen Einzelfall zu machen, um auf dieser Grundlage ‚unabhängig‘ entscheiden zu können, und RichterInnen, die sich weitgehend unabhängig vom konkreten Einzelfall eher ‚treiben‘ lassen von den (in der Regel negativen) Rechtsprechungsvorgaben ‚von oben‘ oder von aktuellen Stimmungslagen in Politik, Medien und Gesellschaft. Wie ich bereits dargelegt habe, spielt hierbei nicht nur die Eingebettetheit der RichterInnen in die Gesellschaft eine Rolle, sondern auch, dass Entscheidungen entsprechend des (restriktiven) Rechtsprechungs-mainstreams zumeist weniger arbeitsaufwändig begründet werden können. Ungünstig wirkt sich für Flüchtlinge auch aus, dass den Angaben deutscher Behörden, die von (zumeist studierten) BeamtInnen oder JuristInnen vorgetragen werden, von den RichterInnen intuitiv oft ein stärkeres Gewicht oder eine höhere Glaubwürdigkeit beigemessen wird als dem Vorbringen nicht-deutscher Flüchtlinge, denen eine entsprechende Ausbildung und der hiermit verbundene intellektuelle Habitus und das juristische Vokabular fehlt.

Eine genauere *quantitative* Einschätzung dieser verschiedenen ‚Typen‘ von RichterInnen und Kammern ist naturgemäß schwierig, denn sie ließe sich beispielsweise nicht allein aus der Zahl ‚positiver‘ oder ‚negativer‘ Entscheidungen ableiten, da auch *Herz-Jesu*-Kammern – je nach Einzelfall – negativ und umgekehrt *Beton*-Kammern positiv entscheiden können. Durch veränderte *personelle* Zusammensetzungen der Kammern kann sich zudem die inhaltliche Ausrichtung der bisherigen Spruchpraxis mit der Zeit ändern, genauso wie sich auch RichterInnen in ihren Überzeugungen oder Rechtsauffassungen persönlich-individuell wandeln können – auch wenn ich dies angesichts im Regelfall gefestigter Persönlichkeitsstrukturen und Grundüberzeugungen für eher unwahrscheinlich halte⁷².

Meine quantitative Einschätzung, die ich an dieser Stelle dennoch abgeben will, ist notgedrungen subjektiv und beruht auf meiner jahrelangen und kontinuierlichen Kenntnisnahme unzähliger Urteile und Beschlüsse des Berliner Verwaltungsgerichts. Sowohl eindeutig bestimmbare ‚Herz-Jesu‘- als auch ‚Beton‘-Kammern stellen meiner Einschätzung nach am Berliner Verwaltungsgericht eher die Ausnahme dar (von ersteren gibt es allerdings eindeutig weniger als von letzteren⁷³). Eine Mehrheit aller Kammern lässt sich nicht eindeutig zuordnen, so dass bei der richterlichen Entscheidung die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles durchaus von Bedeutung sind. Dessen ungeachtet ist bei vielen Kammern eine Tendenz feststellbar, in Zweifelsfällen ‚pro Behörde‘ bzw. ‚contra Flüchtling‘ zu entscheiden – und dies entspricht wohl gemerkt dem gesellschaftlichen und politischen Umfeld bzw. den höchstrichterlichen Rechtsprechungsvorgaben.

Genau genommen gab es in den 90er Jahren in Berlin nur eine einzige ‚Herz-Jesu‘-Kammer, und *alle* Beteiligten – Flüchtlinge und Beratungsstellen, Behörden und PolitikerInnen – wussten, dass nur die 35. Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts als ‚flüchtlingsfreundlich‘ bezeichnet werden konnte in dem Sinne, dass sie die bestehenden Rechtsspielräume konsequent *zugunsten* Schutz Suchender auszuloten bemüht war. Die 35. Kammer fiel zugleich durch sehr umfassend und ausführlich begründete und recherchierte Grundsatzentscheidungen auf, die versuchten, eine ‚Bresche‘ in die allgemein verhärtete Rechtsprechung zu schlagen und grundsätzliche Rechtspositionen für Flüchtlinge abzustecken, in der Hoffnung, dass andere Kammern dieser Rechtsprechung folgen könnten. Dies war jedoch nur selten der Fall, da sich andere Kammern mit

⁷² Als ein Beispiel hierfür könnte jedoch Richter Kunath gelten, der zunächst einer ausgesprochenen ‚Beton-Kammer‘ angehörte und der – vermutlich infolge seiner Erfahrungen des konkreten Umgangs der Berliner Ausländerbehörde mit den jugoslawischen Kriegsflüchtlingen – dann eine ausgesprochen behördenkritische Einstellung entwickelte.

Aber auch die 21. Kammer des VG Berlin wandelte sich (zeitweilig) von *der* ‚Beton-Kammer‘ Berlins, bei der unter keinen Umständen irgendeine Erfolgsaussicht bestand, zu einer überraschend differenziert und ergebnisoffen urteilenden Kammer.

⁷³ Als eindeutige ‚Beton‘-Kammern ließen sich in den Jahren 2003 bis 2005 beispielsweise die 10., 31. und 37. Kammer des VG Berlin orten; bei sozialrechtlichen Streitigkeiten der Jahre 1998/99 waren dies z.B. die 6., 8., 31. und 32. Kammer.

Entscheidungen und einer eigenständigen Urteilsbildung zumeist weitgehend zurückhielten und stattdessen die Rechtsprechungsvorgaben des Berliner Oberverwaltungsgerichts abwarteten.

Vor allem der für Ausländer- und Flüchtlingssachen über Jahre hinweg (zumindest bis 1998) in erster Linie zuständige 8. Senat des OVG Berlin konnte insofern als der restriktive Gegenpol zur liberalen Spruchpraxis der 35. Kammer gelten. Der 8. Senat OVG fungierte in der Berliner Rechtsprechung über Jahre hinweg als eine Art ausländerrechtlicher ‚Leitwolf‘, der die Vorgaben schuf, die andere, nicht aufs Flüchtlingsrecht spezialisierte Kammern und Senate zumeist ‚blind‘ übernahmen.

Anhand der Frage, unter welchen Umständen bei faktischen Abschiebungshindernissen Duldungen erteilt werden müssten, entwickelte sich ab 1995 ein ausgesprochen ‚feindschaftliches‘ Verhältnis zwischen der 35. Kammer und dem 8. Senat. Diesen Rechtsprechungsstreit werde ich noch im Detail schildern, denn er spaltete die Politik und Öffentlichkeit in Berlin genauso wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die behördenkritische Grundeinstellung der 35. Kammer entwickelte sich vor allem aufgrund ihrer konkreten Erfahrungen mit der Berliner Ausländerbehörde als spezialisierte Fachkammer des VG Berlin. Viele ihrer Entscheidungen sind gespickt mit Hinweisen auf inakzeptable Vorgehensweisen der Ausländerbehörde, sowohl in den jeweiligen konkreten Einzelfällen als auch in genereller Hinsicht (z.B. wegen ihres „desolaten Organisationszustandes“, wegen des Verzichts auf Einzelfallprüfungen, wegen der Missachtung grundlegender Verfahrensrechte usw.).

Zu einer frühen negativen Erfahrungen der 35. Kammer mit der Berliner Ausländerbehörde gehörte wohl der Vorgang, von dem Vera Gaserow in der taz vom 28.4.1995 berichtete: Trotz eines anhängigen Rechtsschutzverfahrens und in Kenntnis der Rechtsprechung der 35. Kammer, die der Ausländerbehörde rechtlich fragwürdige ‚erzwungen-freiwillige Ausflüge‘ jugoslawischer Flüchtlinge nach Bulgarien bzw. Ungarn regelmäßig untersagte, wurde ein Familienvater zweier Kinder festgenommen und zum Flughafen verbracht:

„Dabei wusste die Behörde, dass das Verwaltungsgericht in Kürze über einen Antrag der Familie A. auf eine Duldung entscheiden wollte. Dem zuständigen Richter teilte die Ausländerbehörde lapidar mit: Der Mann wird um 13 Uhr nach Sofia ausgeflogen. Richter Kunath unterbrach daraufhin eine laufende Verhandlung, zog den Fall vor und entschied, der gesamten Familie A. müsse eine Duldung erteilt werden. Auch die telefonische Mitteilung des Gerichts über diesen Beschluss ignorierte die Ausländerbehörde. Erst als wenige Minuten vor dem Abflug die richterliche Entscheidung schriftlich vorlag, ließ man Zoran A. frei. Für den Richter stellt dieses Vorgehen der Ausländerbehörde ‚eine neue Qualität‘ im Umgang mit gerichtlichen Entscheidungen dar. So etwas, erklärte Kunath, habe er im Laufe seiner 17jährigen Tätigkeit ‚nicht erlebt‘“ (taz vom 28.4.1995)⁷⁴.

Viele andere Kammern machten sich zwar über die äußerst mangelhafte Arbeitsweise und Qualität der Entscheidungen der Berliner Ausländerbehörde ebenfalls keine Illusionen, doch nahmen sie diese Missstände zumeist eher stillschweigend hin⁷⁵.

Manche nicht fachkundigen Kammern mussten allerdings auch erst die ‚ungewöhnliche‘ Verwaltungstätigkeit der Ausländerbehörde verstehen lernen: So schrieb etwa die 36. Kammer Ende Oktober 1998 bosnische Flüchtlinge, denen trotz nachgewiesener Traumatisierung eine Duldung verweigert worden war, an, sie sollten „bitte innerhalb von zwei Wochen eine Kopie des angefochtenen Bescheides, der auf den Duldungsantrag vom 15. Oktober 1998 ergangen ist“, übersenden. Dass die Berliner Ausländerbehörde zu jener Zeit *grundsätzlich keine* Duldungsanträge

⁷⁴ Vgl. auch die Beschlüsse VG 35 A 557.95 und VG 35 A 454.95 (vom 8.6.1995), in denen es heißt, dass die Ausländerbehörde „– soweit ersichtlich – erstmals überhaupt nach einer Verpflichtung zur Erteilung einer Duldung durch das Verwaltungsgericht die Fortdauer der Abschiebungshaft durch den Haftrichter am Amtsgericht Schöneberg erwirkt hat, obwohl nach Auffassung der dafür allein zuständigen Kammern des Verwaltungsgerichts [...], der auch das Oberverwaltungsgericht bislang nicht widersprochen hat, schon aus tatsächlichen Gründen eine Abschiebung in die Bundesrepublik Jugoslawien auf unabsehbare Zeit nicht möglich ist [...]“ (ebd., 2).

⁷⁵ Zum Umgang der Ausländerbehörde mit der Justiz gehörte etwa, dass Ausländerakten, die für eine Entscheidung dringend benötigt wurden, in Einzelfällen auch nach mehrmaliger Mahnung durch die Kammern erst nach (vielen) Monaten, u.U. unvollständig oder auch gar nicht übersandt wurden – vgl. nur den Beschluss VG 22 A 204.97 vom 18.12.1997 (S. 2): „[...] die Ausländerakte ist trotz mehrfacher Anforderung nicht vorgelegt worden [...]“.

beantwortete und Grenzübertrittsbescheinigungen regelmäßig ohne jede Begründung erteilte, war der Kammer offenkundig noch nicht bekannt⁷⁶.

So manche mit dem Ausländerrecht neu befasste Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts legte ‚ungewöhnliche‘ Arbeitsweisen und Gesetzesinterpretationen an den Tag: Eine unhaltbare Position bei der Frage einer Duldungserteilung aus tatsächlichen Gründen nahm etwa die 15. Kammer ein: In zumindest zwei mir bekannt gewordenen Fällen verneinte die Vorsitzende Richterin im Jahr 1998 das Vorliegen eines so genannten ‚Anordnungsgrundes‘ im Eilverfahren, da es den Betroffenen angeblich zuzumuten sei, ihren (nach der Grundsatzentscheidung des BVerwG *unstrittigen*) Duldungsanspruch im Hauptsacheverfahren geltend zu machen – und legte den Betroffenen zudem die Verfahrenskosten auf.

Die Richterin fiel damit sogar noch hinter die Rechtsprechung des zuvor grandios gescheiterten 8. Senats des Berliner OVG zurück, der – dies war dem Beschluss VG 15 F 727.97 vom 25.5.1998 selbst zu entnehmen – zumindest festgestellt hatte, dass ein Eilbedürftigkeitsgrund in Duldungssachen *grundsätzlich* vorliege, weil „[...] durch längeres Vorenthalten der Duldung [...] der Effekt und der Sicherungszweck dieses ausländerrechtlichen Instituts nachhaltig tangiert (sei) mit potentieller Belastung des zu duldenden Betroffenen“ (zit. nach ebd., S. 2).

Nach Auffassung der Richterin war ein Abwarten der Hauptsacheentscheidung jedoch deshalb zumutbar, weil „keine Veränderung des bestehenden Zustands unmittelbar“ drohe, da die Ausländerbehörde keinerlei „konkrete Schritte zur zwangsweisen Beendigung [des] Aufenthalts“ unternommen habe (ebd., 2) – in anderen Worten: eine Duldung *zwingend* hätte erteilen *müssen*. Die Gefahr einer Verurteilung nach § 92 Abs. 1 Satz 1 AuslG (strafbarer Aufenthalt ohne Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung; Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr) wurde von der Richterin nicht als „wesentlicher Nachteil“ gewertet, da es den Betroffenen zumutbar sei, „ein solches Risiko zu tragen und gegen eine etwaige Verurteilung mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln vorzugehen“ (ebd., S. 3).

Die Richterin bürdete den Flüchtlingen also das Risiko auf, infolge des (rechtswidrigerweise) behördlich ‚illegalisierten‘ Aufenthalts auf der Straße polizeilich aufgegriffen und (womöglich sogar über Nacht) zur Aufklärung des Sachverhalts festgenommen zu werden – wie es zu jener Zeit häufiger in Berlin geschah. Und im anschließenden Strafverfahren sollten die Flüchtlinge dann der Berliner Staatsanwaltschaft den komplexen Sachverhalt erklären, warum nicht sie, sondern vielmehr die Ausländerbehörde einen Rechtsbruch begangen hatte/n! Die Vorsitzende Richterin der 15. Kammer fasste ihren Beschluss sogar in Kenntnis der damaligen Rechtsprechung des Berliner Kammergerichts (vgl. ebd., 3), nach der es bei der Strafbarkeit eines Aufenthalts ohne Duldung nicht auf die Gründe des Fehlens einer Duldung, sondern allein auf deren Nicht-Vorhandensein ankomme⁷⁷!

Bereits am 9. März 1998 hatte die Vorsitzende Richterin der Kammer mit ihrem Beschluss 15 A 465.97 eine inhaltsgleiche Entscheidung getroffen. Auch hier bestritt sie eine Eilbedürftigkeit mit der rechtswidrigen Praxis der Ausländerbehörde, trotz gegenteiliger Androhungen regelmäßig keine konkreten Abschiebungsmaßnahmen einzuleiten (die Strafbarkeit des Aufenthalts ohne Duldung wurde in diesem Beschluss als „eher abstrakt“ bzw. fernliegend und deswegen als „zumutbar“ erachtet; vgl. ebd., S. 2).

Die ‚Lehre‘ dieser richterlichen Beschlüsse kam einem berühmten ‚Sponti-Spruch‘ sehr nahe: *Legal, illegal, scheissegal*, denn sie lautete: Was kümmern euch das gesetzwidrige Treiben der Ausländerbehörde und die Strafandrohungen des Ausländergesetzes!?

⁷⁶ In dem Verfahren VG 15 A 1103.96 sandte die Berichterstatterin der Ausländerbehörde die „[...] Ausländerakte zurück mit der Bitte, zunächst über den Duldungsantrag [...] zu entscheiden und diese im Anschluss daran wiedervorzulegen“ (ein Antrag auf Duldung war hier über vier Monate hinweg nicht beschieden worden). Im Regelfall entschieden RichterInnen im Eilverfahren jedoch, ohne dass die Ausländerbehörde zuvor ihre Position in einem schriftlichen Bescheid dargelegt hätte.

⁷⁷ Das Bundesverfassungsgericht verwarf diese Rechtsauffassung später als willkürlich (vgl. BVerfG 2 BvR 397/02; B.v. 6.3.2003): Strafgerichte müssen in Fällen des (strafbaren) Aufenthalts ohne Duldung vielmehr von Verfassungen wegen selbständig prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung vorgelegen hätten. Ansonsten bliebe es dem freien Ermessen der Ausländerbehörde und rechtswidrigen Praktiken überlassen, ob sich jemand strafbar macht oder nicht.

Mit dem Beschluss VG 15 A 465.97 mutete die Richterin den betroffenen Flüchtlingen sogar zu, die Verwaltungsarbeit der Ausländerbehörde zu kontrollieren! Ohne Bezug zur Realität wurde behauptet, dass die Betroffenen in „zumutbarerweise in Erfahrung hätten bringen können“, dass ihre „Rückführung“ noch gar nicht eingeleitet worden und deswegen auch kein Anordnungsgrund für eine Entscheidung im Eilverfahren gegeben sei. Nach dieser ‚Logik‘ hätten tausende von der Duldungsverweigerungspraxis der Ausländerbehörde betroffene Flüchtlinge etwa alle drei Wochen regelmäßig bei der Ausländerbehörde vorsprechen müssen, um dort nachzufragen, ob denn inzwischen ein Rücknahmeersuchen (als Voraussetzung für eine Abschiebung) gestellt worden und wie weit man denn überhaupt mit der konkreten Abschiebungsvorbereitung sei...

Welche Erklärungen kann es für solche unhaltbaren richterlichen Entscheidungen geben? Eine gehörige Portion Weltfremdheit auf Seiten der Recht Sprechenden wäre noch die schmeichelhafteste Antwort. Nicht unwahrscheinlich ist jedoch, dass sich die Richterin der Vielzahl von Rechtsschutzanträgen behördlich illegalisierter Flüchtlinge aus ‚arbeitsökonomischen Gründen‘ möglichst effektiv auf diese Weise erwehren wollte. Womöglich gründeten die rechtlich nicht zu begründenden Beschlüsse aber auch auf einer negativen Grundeinstellung gegenüber Flüchtlingen und einem eingeübten abwehrenden Reflex.

Einen ähnlich ‚weltfremden‘ Beschluss fasste auch die 26. Kammer (VG 26 A 1387.97, B.v. 13.2.1998), die das Rechtsschutzgesuch einer Bosnierin, die zur „Durchführung der Abschiebung“ vorgeladen worden war und die ein psychologisches Gutachten über ihre Kriegstraumatisierung vorgelegt hatte, mit folgender Begründung ablehnte: Ob die Betroffene traumatisiert sei oder nicht könne „auf sich beruhen“ (a.a.O., 3), denn der von der Ausländerbehörde genannte Abschiebungstermin stelle keine Abschiebungsmaßnahme im Sinne des Ausländergesetzes dar⁷⁸. Statt die Behörde folgerichtig zur Erteilung einer Duldung zu verpflichten, gaben die RichterInnen der traumatisierten Frau den Rat, einfach nicht zu dem (vermeintlichen) Abschiebungstermin zu erscheinen. Sie habe auch keine wesentlichen Nachteile zu befürchten, wenn sie der behördlichen Aufforderung nicht nachkomme, und bedürfe deswegen „keiner gerichtlichen Hilfe“ (ebd.)! Auch in der Strafbarkeit eines Aufenthalts ohne Duldung sah das Gericht keinen wesentlichen Nachteil und Anordnungsgrund, da die Betroffene nicht „glaubhaft gemacht [habe], dass ihr deswegen ein Ermittlungsverfahren droht“ (ebd.):

„Sollte [die Ausländerbehörde; T.H.] zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich die Abschiebung der Antragstellerin planen, so ist es ihr zuzumuten, gegebenenfalls durch Stellung eines weiteren Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung das Vorliegen von Abschiebungshindernissen gerichtlich überprüfen zu lassen“ (ebd.).

Die 26. Kammer verlangte der traumatisierten bosnischen Frau eine ‚Coolness‘ und ein ‚behördenrenitentes‘ Verhalten ab, dass es einen nur wundern konnte: Die behördliche Aufforderung, zur Abschiebung zu erscheinen, sollte sie quasi in den Papierkorb werfen und die gesetzlichen Strafandrohung des Ausländergesetzes getrost ignorieren! Die richterliche Empfehlung allerdings, mit weiteren Rechtsmitteln zu warten, bis *tatsächlich* eine Abschiebung geplant sei, war geradezu fahrlässig: Es war unwahrscheinlich, dass die Betroffene von entsprechenden Plänen *vor* ihrer Festnahme und Abschiebung überhaupt noch einmal erfahren würde, denn die Berliner Ausländerbehörde und zahlreiche HaftrichterInnen in Berlin sahen in dem Nicht-Erscheinen zu ‚Swissair-Terminen‘ den Versuch, sich der Abschiebung zu entziehen, und werteten dies als Anordnungsgrund für eine Abschiebungshaft!

Ein Beschluss der 29. Kammer (VG 29 A 324.97 vom 16.12.1997) illustriert beispielhaft den Triumph des Formalen über den Inhalt in der Rechtsprechung: Zwar untersagte das Gericht der Ausländerbehörde die beabsichtigte Abschiebung eines vertriebenen Flüchtlingsehepaars aus der Republika Srpska (RS) vor dem 2.3.1998. Grund hierfür war allerdings weder das hohe Alter der Betroffenen (61 bzw. 64 Jahre) noch der schlechte Gesundheitszustand der Frau (privatärztlicherseits war u.a. „Reiseunfähigkeit“ attestiert worden, was jedoch vom Polizeiärztlichen Dienst bestritten wurde; vgl. a.a.O., 5) noch die drohende Obdach- und Mittellosigkeit des Ehepaars (ohne Bezugnahme auf irgendeine Quelle wurden in dem Beschluss existenzielle Gefahren im Sinne der BVerwG-Rechtsprechung bestritten; vgl. ebd., 4 f).

⁷⁸ Es handelte sich um einen so genannten ‚Swissair‘-Termin, d.h. um den Versuch einer ‚erzwungen-freiwilligen‘ Ausreise unter Vortäuschung einer Abschiebung (vgl. meine Darstellung im vorherigen Kapitel).

Als Grund für die richterliche Anordnung nannten die drei Richter lediglich, dass in der Grenzübertrittsbescheinigung der Betroffenen eine Ausreisefrist bis zum 2.3.1998 vermerkt worden war, die eine gesetzlich geschützte Ausreisefrist darstelle und deswegen eine vorherige Abschiebung nicht zulasse. Sie gaben in ihrem Beschluss vom 16.12.1997 der Ausländerbehörde allerdings noch einen Hinweis, wie sie es vielleicht doch noch schaffen könnte, das alte Flüchtlings-ehepaar in die bosnische Kälte zu entlassen: Die Ausländerbehörde habe versäumt, „eine Verkürzung der gesetzten Ausreisefrist“ auszusprechen (a.a.O., 2) und die Abschiebung vielmehr nur dem gegenüber Gericht angekündigt. Ob die Ausländerbehörde diese Anregung aufnahm, ist mir nicht bekannt.

Tenorierung

Der so genannte ‚Tenor‘ eines Beschlusses enthält im Kern das Ergebnis der richterlichen Entscheidung, typischerweise lautet ein solcher Tenor etwa: *“[...] wird der Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller eine Duldung zu erteilen“*. Die Berliner Ausländerbehörde nutzte in zahlreichen Fällen die relative Unbestimmtheit solcher Tenorierungen, um Gerichtsentscheidungen nicht oder nicht im Sinne der RichterInnen umsetzen zu müssen⁷⁹. Ein solch allgemein gehaltener Tenor wie der eben zitierte wurde von der Ausländerbehörde beispielsweise nur rein formal umgesetzt, indem etwa eine Duldung erteilt, diese jedoch zugleich auf zwei oder vier Wochen befristet wurde. Ein solches Vorgehen stellt eine Brüskierung des Verwaltungsgerichts dar, in Fällen, in denen der Begründung des Beschlusses zu entnehmen ist, dass mit einer solch kurzfristigen Duldung der richterlichen Anordnung nicht entsprochen wird, sogar eine Rechtsverweigerung.

Ein paar Beispiele:

So wurde der Beschluss VG 36 F 59.99 vom 6. bzw. 8.10.1999 mit dem Tenor, „die Antragstellerin vorläufig zu dulden“, so umgesetzt, dass die Betroffene lediglich eine Duldung für sieben Tage erhielt⁸⁰. Die Formulierung „vorläufig“ war jedoch nur deshalb gewählt worden, und dies ging aus der Beschlussbegründung eindeutig hervor, weil es sich um eine Anordnung im *vorläufigen* Rechtsschutzverfahren handelte und die endgültige Entscheidung dem ‚Hauptsacheverfahren‘ vorbehalten bleiben sollte – die Duldung hätte also für die Dauer des Klageverfahrens erteilt werden müssen.

Der Beschluss VG 27 A 752.97 auf Erteilung einer Duldung wurde meiner Kenntnis nach gar nicht umgesetzt, denn der Betroffene erhielt bei seiner Vorsprache bei der Ausländerbehörde statt einer Duldung nur eine Grenzübertrittsbescheinigung und einen Termin für seine Abschiebung. Die Kammer hatte eine Duldung bereits deshalb angeordnet, weil zum Zeitpunkt der Entscheidung noch keine konkreten Abschiebungsmaßnahmen der Ausländerbehörde erkennbar waren. Dieser Auflage versuchte sich die Behörde durch die Terminierung der Abschiebung zu entziehen, ließ jedoch unberücksichtigt, dass der Frau und dem zweijährigen Kind des Betroffenen nur wenige Tage zuvor Duldungen erteilt worden waren und zudem ein Weiterwanderungsverfahren nach Australien bereits weit vorangeschritten war (hieraus ergab sich ein Duldungsanspruch).

Mit dem Beschluss VG 27 F 25.00 vom 5.6.2000 (hier ging es um den Lebensgefährten einer traumatisierten Bosnierin, mit gemeinsamem Kind) war die Ausländerbehörde ebenfalls zur Duldungserteilung verpflichtet worden, weil sie keinerlei Abschiebungsvorbereitungen getroffen hatte. „Jedenfalls formal“, so hieß es in dem später notwendig gewordenen Nachfolge-Beschluss VG 27 F 58.00 vom 24.8.2000 (S. 2), kam die Ausländerbehörde dem ersten Gerichtsbeschluss nach, indem sie eine einmonatige Duldung erteilte – und *zugleich* Abschiebungsmaßnahmen einleitete (vgl. ebd.). Der Einzelrichter ließ offen, ob dieses Behördenvorgehen *inhaltlich* der ersten Entscheidung, den Betroffenen zu dulden, genügte. Indem die Ausländerbehörde versäumte, eine Abänderung des rechtskräftigen ersten Beschlusses zu beantragen, habe sie den Betroffenen jedenfalls „zu einem neuen Rechtsschutzantrag genötigt“ (ebd.)⁸¹ – der dann auch erneut Erfolg hatte.

Die 35. Kammer wechselte, aus Erfahrung klug geworden, aufgrund der trickreichen Praxis der Ausländerbehörde ihre Tenor-Formulierungen zeitweilig mehrfach ab, um eine sinngemäße Umsetzung ihrer Beschlüsse erreichen zu

⁷⁹ Vor allem Beschlüsse der 35. Kammer wurden in Dutzenden Fällen nicht entsprechend ihres Tenors umgesetzt; von der Ausländerbehörde wurde dies zumeist als ‚Versehen in Einzelfällen‘ dargestellt.

⁸⁰ Es handelte sich um eine traumatisierte Bosnierin, der von mehreren Ärzten und vom Behandlungszentrum für Folteropfer eine Traumatisierung mit Krankheitswert und zudem eine erhöhte Suizidgefahr bescheinigt worden war (die Stellungnahme des PÄD war nach Auffassung des Gerichts nicht geeignet, diese Angaben zu widerlegen).

⁸¹ Die richterliche Mängelliste ließe sich fortsetzen: „Entgegen der gerichtlichen Aufforderung“, so hieß es in dem Beschluss (VG 27 F 58.00 vom 24.8.2000, S. 3) weiter, habe die Ausländerbehörde „weder im vorliegenden Verfahren noch im vorangegangenen Verfahren [...] eine schriftliche Stellungnahme abgegeben [...] und auch lediglich die den Antragsteller betreffende Ausländerakte [und nicht die seiner Familie; T.H.] vorgelegt“.

können – bezüglich der Duldungserteilung für jugoslawische Flüchtlinge soll es über 20 verschiedene Tenorierungen in nur einem Jahr gegeben haben! Die Kammer ordnete Duldungen also entweder für einen genau bestimmten Zeitraum (etwa: für sechs Monate) an oder machte die Duldungsdauer von bestimmten Bedingungen abhängig (etwa: Duldung bis eine Zustimmung zur Rücknahme vorliegt). Auch andere Kammern nahmen solche konkretisierenden Tenorierungen vor (vgl. z.B.: VG 11 F 87.99: „Duldung für sechs Monate“; VG 29 F 10.01: „Duldungen für die Dauer von sechs Monaten“).

Zusicherungspraxis gegenüber den Gerichten

Zum ‚behördenkritischen Bewusstsein‘ der 35. Kammer gehörte auch, dass sie sich von der Ausländerbehörde nicht unter Druck setzen ließ, wenn in anhängigen Rechtsschutzverfahren die Zusicherung der Ausländerbehörde, bis zu einer richterlichen Entscheidung nicht abzuschieben, kurzfristig widerrufen wurde. Die 35. Kammer erließ in solchen Fällen zumeist eine Zwischenverfügung, mit der der Ausländerbehörde eine Abschiebung für die Dauer des Rechtsschutzverfahrens untersagt wurde, um den Sachverhalt in Ruhe aufklären zu können. Es war deshalb auch kein Zufall, dass meiner Kenntnis nach nur die 35. Kammer rechtswidrige Abschiebungen im Rahmen der Massen-Abschiebungsaktion vom Sommer 1998 durch Zwischenverfügungen noch rechtzeitig verhindern konnte (dies habe ich dargestellt).

Hinsichtlich der Pflicht der Ausländerbehörde, eine gerichtliche Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren abzuwarten, gibt es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Das Verfahren in diesem Bereich basiert vielmehr auf formellen oder informellen Absprachen zwischen Verwaltung und Justiz oder aber auf konkreten Ersuchen der RichterInnen und entsprechenden Zusicherungen der Behörde im jeweiligen Einzelfall. Eine solche Zusicherung stellt zunächst eine Selbstverpflichtung der Behörde dar, sie ergibt sich aber auch aus dem Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes, weil nur so der Justiz ausreichend Zeit für die notwendigen Sachverhaltsermittlungen und Beurteilungen bleibt und sie nicht vor vollendete Tatsachen gestellt werden darf. Die Ausländerbehörde hat es allerdings in der Hand, durch den Widerruf oder die Verweigerung einer solchen Zusicherung die RichterInnen zu einer schnellen Entscheidung oder aber zu so genannten ‚Hänge‘- bzw. ‚Sicherungs‘- Beschlüssen zu zwingen⁸².

In Berlin wurde von der Ausländerbehörde am 17. Juni 1994 aus Praktikabilitätsgründen eine so genannte „generelle Zusicherung“ gegenüber dem Verwaltungsgericht ausgesprochen, wonach Abschiebungen von Menschen aus den Nachfolgerepubliken Jugoslawiens nicht vor einer richterlichen Entscheidung vollzogen werden würden (vgl. Kl. Anf. Nr. 13/3509 vom 9.3.1998). Diese generelle Zusicherung galt seit dem 19.9.1996 dann nicht mehr für kroatische, mazedonische und slowenische Staatsangehörige und ebensowenig für bosnische Staatsangehörige, die nach dem 15.12.1995 eingereist waren (vgl. Schreiben des Leiters der Ausländerbehörde an den Präsidenten des (Ober-) Verwaltungsgerichts vom 17.9.1996).

In seiner Antwort auf die Kleine Anfrage Nr. 13/3509 gab Innensenator Schönbohm am 19.3.1998 die Auskunft (Punkt 2), dass

„Personen, für die zusichert wurde, keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen einzuleiten, [...] weder abgeschoben noch in Abschiebungshaft genommen“

würden. Diese Antwort war bereits zum damaligen Zeitpunkt unzutreffend, weil sie die zahlreichen Fälle immer wieder vorkommender ‚Behördenpannen‘, auf die auch die parlamentarische Anfrage abzielte, nicht berücksichtigte. Die Antwort des Innensensors wurde dann allerdings kurz darauf vollends zur Makulatur, denn gerade im Jahr 1998 kam es entgegen der vereinbarten Zusicherungspraxis immer häufiger zu Festnahmen von Flüchtlingen aus Bosnien und Jugoslawien, obwohl sie Rechtsmittel eingelegt hatten.

Über diese Verschärfung des Vorgehens der Berliner Ausländerbehörde berichtete der Vorsitzende Richter MacLean des VG Berlin in der Innenausschusssitzung des Berliner Abgeordnetenhauses vom 5.10.1998: Die Behörde sei demnach dazu übergegangen, Flüchtlinge bei ihrer

⁸² In dem Minderheitenvotum des Bundesverfassungsgerichts zu den Asylrechtsurteilen von 1996 (vgl. Marx 1996, 178) heißt es, dass nach Eingang eines Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht „eine Pflicht der Verwaltungsbehörde zum ‚Zuwarten‘ bis zu der Entscheidung über diesen Antrag anerkannt“ und durch „Stillhalteabsprachen“ weiter konkretisiert worden sei; auf die Möglichkeit einer „Hängeanordnung“ wird dort ebenfalls hingewiesen. Weitere Rechtsprechungsnachweise zum Thema in: MacLean (2001, 107 ff).

Vorsprache in der Ausländerbehörde zur Vorbereitung der Abschiebung festzunehmen, selbst wenn ein Rechtsschutzverfahren anhängig und eine ‚Zusicherung‘ (nicht abzuschieben) abgegeben worden sei. Erst drei bis vier Tage nach einer solchen Festnahme würden seiner Erfahrung nach die Verwaltungsgerichte über die Befristung der ursprünglich unbegrenzt abgegebenen Zusicherung informiert.

Angesichts des grundsätzlich offenen Ausgangs eines Rechtsschutzverfahrens war diese Vorgehensweise der Ausländerbehörde ungeheuerlich, denn es kommt einer Freiheitsberaubung gleich, wenn Betroffene ‚ohne Not‘ und ‚vorsorglich‘ in Abschiebungshaft genommen werden, obwohl nicht einmal feststeht, dass ihre Abschiebung zulässig wäre⁸³. Das Behördenverhalten stellte zugleich einen massiven Verstoß gegen die Verfassungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtsstaatlichkeit⁸⁴ dar, beinhaltete es doch die Zumutung, dass die Rechtsschutz Suchenden ihr Verfahren unter Haftbedingungen betreiben und den Ausgang des Verfahrens ‚hinter Gittern‘ abwarten sollten.

Die Berliner Verwaltungsjustiz wurde durch die Festnahmepaxis der Ausländerbehörde in laufenden Rechtsschutzverfahren enorm unter Entscheidungsdruck gesetzt. Richter MacLean kam vor dem Hintergrund seiner Erfahrungen zu dem Schluss (vgl. MacLean 2001, 109), dass in Anbetracht der Verfassung

„[...] in Zweifelsfällen immer ein Hängebeschluss ergehen sollte. Kaum eine Sache ist wirklich so eilig, dass ein Richter dem Druck der Behörde unbedingt nachgeben und ihre Entscheidung rein summarisch absegnen müsste. Um dem Anliegen des Bürgers und dem richterlichen Selbstverständnis als Kontrolleur der Verwaltung tatsächlich gerecht werden zu können, ist es vielmehr regelmäßig geboten, sich für jede Entscheidung den angemessenen zeitlichen Rahmen zu schaffen“.

Dem wäre allerdings hinzuzufügen, dass Flüchtlinge von nicht wenigen RichterInnen eben gerade *nicht* als gleichberechtigte Rechtssubjekte oder gar als ‚BürgerInnen‘ mit berechtigten ‚Anliegen‘ wahrgenommen werden. Viele VerwaltungsrichterInnen agieren ihrem Selbstverständnis nach nicht als ‚Kontrolleure der Verwaltung‘, sondern eher als ‚Wächter deutscher Interessen‘, die (angeblich unrechtmäßige) Ansprüche und Forderungen Schutz Suchender abwehren müssen. Sie lassen sich entsprechend auch immer wieder leicht durch kurzfristige Widerrufe von Zusicherungen unter Druck setzen und entscheiden dann in höchster Zeitnot (und zumeist gegen die Betroffenen), statt einen ‚Hängebeschluss‘ zu erlassen, um die jeweiligen Einzelfälle in Ruhe aufklären und bewerten zu können.

Einige (wenige) Kammern und RichterInnen am Berliner VG unterrichten Flüchtlinge (oder ihre AnwaltInnen) nicht einmal darüber, wenn die Ausländerbehörde eine bestehende Zusicherung kurzfristig widerruft! Wenn sie dann zugleich erst kurz vor dem Abschiebungstermin entscheiden (was nicht selten der Fall ist), besteht die konkrete Gefahr, dass die Betroffenen auf der Grundlage eines solcherart zustande gekommenen Beschlusses völlig überraschend festgenommen und abgeschoben werden – ohne dass es ihnen effektiv möglich gewesen wäre, z.B. ein Rechtsschutzgesuch in zweiter Instanz in Betracht zu ziehen, weil ihnen im Extremfall der negative Beschluss nicht einmal mehr zugestellt werden konnte, bevor der polizeiliche ‚Zugriff‘ erfolgte.

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich in *verfassungsrechtlicher* Hinsicht im Eilverfahren lediglich ein *Rechtsanspruch* auf *eine* gerichtliche Überprüfung in zumindest *einer* Instanz (vgl. MacLean 2001, 107, 111). *Sofern* jedoch gesetzlich eine *zweite* Rechtsprechungsinstanz vorgesehen ist, gebietet es die Rechtswegegarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, auch Gerichte der zweiten Instanz nicht durch Vollzug der rechtlich angefochtenen Verwaltungshandlung vor vollendete Tatsachen zu stellen (BVerfG 2 BvR 233/84 – B.v. 17.3.1998, in: Deutsches Verwaltungsblatt 88, 630 f⁸⁵). Dieses *einfach*gesetzlich vorgesehene Beschwerdeverfahren kann von abschiebebedrohten Flüchtlingen in der Praxis allerdings oft nur dadurch in Anspruch genommen werden, indem sie nach oder sogar

⁸³ Zur Verhinderung solcher rechtsstaatswidrigen Praktiken bliebe den RichterInnen nur übrig, in *allen* Rechtsschutzverfahren zunächst ‚vorsorglich‘ einen ‚Zwischenbeschluss‘ zu erlassen, mit dem der Ausländerbehörde eine Festnahme und Abschiebung vor einer richterlichen Entscheidung untersagt wird.

⁸⁴ Der Rechtsweg soll wirkungsvollen Rechtsschutz bieten, d.h. er soll in der Praxis nicht unzumutbar erschwert und ihm dürfen keine „unangemessen hohe verfahrensrechtliche Hindernisse in den Weg gelegt werden“ (vgl. BVerfG 2 BvR 2662/95, B.v. 27.10.1998, in: InfAuslR 1/99, 43 ff, insb. S. 45).

⁸⁵ Vgl. auch: OVG Sachsen-Anhalt (2 M 116/05, B.v. 15.7.2005, S. 2, m.w.N.). Das OVG musste mit dieser Entscheidung auf einen Erlass des Innenministeriums von Sachsen-Anhalt reagieren, wonach aufenthaltsbeendende Maßnahmen auch während eines vorläufigen Rechtsschutzverfahrens fortgesetzt werden könnten (vgl. ebd.).

unmittelbar vor einer Entscheidung der ersten Instanz ‚untertauchen‘ (sich dem ‚Zugriff‘ der Polizei entziehen), bis dem OVG eine Zusicherung der Behörde, die gerichtliche Entscheidung im Beschwerdeverfahren abzuwarten, vorliegt (vgl. MacLean 2001, 108, Anm. 10)⁸⁶.

Indem RichterInnen Betroffene *bewusst nicht* über ihre kurzfristig bevorstehende Abschiebung und Entscheidung des Gerichts informieren, wollen sie offenkundig deren effektive ‚Entfernung‘ aus Deutschland sicherstellen, ohne ihnen Gelegenheit zu geben, die Möglichkeit einer ‚freiwilligen‘ Ausreise, einer Beschwerde, eines Asylgesuchs, eines Kirchenasyls oder aber des ‚Abtauchens‘ in die ‚Illegalität‘ auch nur in Erwägung zu ziehen.

Die 35. Kammer als Spezialekammer für das ehemalige Jugoslawien

Wegen der zahlenmäßig stark zunehmenden Klagen und Rechtsschutzanträge von Flüchtlingen aus dem ehemaligen Jugoslawien wurde am 1.7.1994 die 35. Kammer als ‚Spezialekammer‘ des Berliner Verwaltungsgerichts für eben diese Flüchtlingsgruppe geschaffen. Dies war nicht nur angesichts der schieren Masse, sondern auch wegen der erforderlichen besonderen Länderkenntnisse (Lageberichte usw.) und wegen der komplizierten Rechtsfragen sinnvoll.

Buchstaben-Regelung

Die 35. Kammer war anfänglich sogar für *alle* entsprechenden ‚Eingänge‘ zuständig; bereits ein halbes Jahr später wurde sie jedoch wegen der hohen Antragszahlen erstmalig entlastet: Seit Anfang 1995 war sie ‚nur‘ noch für Staatsangehörige aus dem ehemaligen Jugoslawien, deren Nachnamen mit den Buchstaben A-J begannen, zuständig. Flüchtlinge mit den Buchstaben K-Z hingegen wurden an die 19. Kammer des VG Berlin verwiesen – ihre Chancen, ‚Recht‘ zu erhalten, sanken hierdurch beträchtlich! Nicht wenige Flüchtlinge empfanden diese Vorab-Entscheidung über ihr ‚aufenthaltsrechtliches Schicksal‘ aufgrund einer Buchstabenregelung nachvollziehbarerweise als ausgesprochen ungerecht. 1996 ‚verlor‘ die 35. Kammer im Rahmen neuer Geschäftsverteilungspläne weitere Buchstaben (etwa an die 11. und die 27. Kammer) und war nur noch für den ‚Bereich‘ A-G und I zuständig; am 1.1.1997 fiel auch noch das A weg, am 1.7.1997 schließlich das G.

Diese Angaben zum Alphabet mögen etwas skurril erscheinen, doch die genaue Kenntnis der Buchstabenverteilung beim Verwaltungsgericht gehörte über Jahre hinweg zum existenziellen ‚rechtlichen‘ Grundwissen einer jeden Beratungsstelle und einer jeden Anwaltskanzlei, denn anhand des Nachnamens der Flüchtlinge ließ sich ziemlich genau abschätzen, ob ein ‚Gang zum Gericht‘ Erfolg versprechend sein würde oder nicht (dies war vor allem für RechtsanwältInnen wichtig) und wie ausführlich ein Rechtsschutzantrag begründet werden musste: Denn während bei der 35. Kammer eine genaue und stets aktuelle Sach- und Rechtskenntnis und die gewissenhafte Sachverhaltsermittlung im Einzelfall vorausgesetzt werden konnte, mussten andere Kammern vorsorglich auf den neuesten Stand der Weisungslage, der Rechtsprechung und der Lage in den Heimatländern gebracht werden, um Fehlentscheidungen verhindern zu helfen.

Entmachtung durch Geschäftsverteilungspläne

Während die sukzessive Entlastung der 35. Kammer *bis 1998* sachlich durchaus begründet war, weil infolge der Duldungsverweigerungs politik der Berliner Ausländerbehörde das Verwaltungsgericht mit entsprechenden Rechtsschutzanträgen geradezu ‚überschwemmt‘ wurde, kam es 1998 zu einer mutmaßlich *politisch* motivierten ‚Entmachtung‘ der 35. Kammer durch einen neuen Geschäftsverteilungsplan. Nach der Grundsatzentscheidung des BVerwG im September 1997 war absehbar, dass die Zahl der Rechtsschutzanträge behördlich illegalisierter Flüchtlinge merklich zurückgehen würde, so dass für weitere gerichtsinterne Umverteilungen eigentlich keine Notwendigkeit mehr bestand. Im Vorfeld der Änderung des Geschäftsverteilungsplans war die 35. Kammer aufgrund ihrer behördenkritischen Rechtsprechung jedoch

⁸⁶ Obwohl von RichterInnen des 8. Senats des Berliner OVG kolportiert wurde, dass sie sich – entsprechend ihres ‚Hardliner-Images‘ – gegenüber KollegInnen mit dem Ausspruch brüsteten, sie würden *keine* Abschiebung stoppen, entsprach dies zum Glück *nicht in jedem Fall* der Realität.

scharf kritisiert worden, nicht nur von der Verwaltung, sondern auch von Teilen der Politik und der medialen Öffentlichkeit (hierzu gleich mehr).

Ab 1998 jedenfalls wurde die Verteilung neu eingehender Streitsachen auf die einzelnen Kammern nicht mehr nach Buchstaben vorgenommen, sondern die Anträge und Klagen wurden gleichmäßig über *alle* 37 Kammern des Gerichts verteilt, und zwar in ‚Zehnerpacks‘, d.h. 10 Eingänge wurden an die 1. Kammer verwiesen, die nächsten 10 gingen an die 2. Kammer usw.; ab Frühjahr 2000 wechselte die Zuständigkeit dann sogar nach *jedem* erneuten Eingang beim Gericht. Der 35. Kammer wurden im Gegenzug auch nicht-ausländerrechtliche Sachgebiete übertragen – als ‚Spezialkammer‘ konnte sie somit nur noch wegen ihres Fachwissens und wegen der zahlreich anhängigen ‚Altfälle‘ aus der Vergangenheit gelten. Die Abschaffung des ‚Buchstabenprinzips‘ hätte einem spontanen Gerechtigkeitsempfinden nach vielleicht begrüßt werden können, sie wurde jedoch zugleich mit der totalen Unberechenbarkeit eines ‚Gangs zum Gericht‘ erkaufte, weil es von nun an reiner Zufall war, an welche Kammer die Betroffenen gerieten. Vor allem aber – und dies war vermutlich der wesentliche Grund für den neuen Geschäftsverteilungsplan – sanken die Erfolgsaussichten Recht suchender Flüchtlinge in Berlin erheblich, denn der ‚flüchtlingsfreundlichen‘ 35. Kammer wurde nur noch jedes 37. ausländerrechtliche Streitverfahren zugeordnet, statt wie zuvor noch etwa $\frac{1}{4}$ aller entsprechenden Verfahren⁸⁷.

Der rechtsstaatliche ‚Gesamtverlust‘ der Zufalls-Geschäftsverteilung ab 1998 war ebenfalls enorm: Dass sich nunmehr *alle* Kammern des Verwaltungsgerichts in die besonders schwierige und komplexe Materie des Ausländer- und Flüchtlingsrechts einarbeiten mussten, wirkte sich auf die Qualität vieler Entscheidungen negativ aus, da zumindest einige RichterInnen eine solide Einarbeitung und Beschäftigung mit den ungewollt zugewiesenen Rechtssachen tunlichst vermieden oder hiermit überfordert waren. Zu jener Zeit kam vor allem den AnwältInnen und Beratungsstellen die Aufgabe zu, die weit über 100 RichterInnen umfassend zu informieren und sach- und rechtskundig zu machen, wenn sie sicher stellen wollten, dass sich die richterliche Urteilsbildung nicht auf die zumeist mangelhaften und manipulativen Angaben und Auskünfte der Ausländerbehörde und des Auswärtigen Amtes beschränkte. Angesichts etwa 30 ‚aufzuklärender‘, d.h. nicht eingearbeiteter Kammern geriet diese Aufgabe jedoch zur absoluten Überforderung.

Eine *positive* Auswirkung der breiten Verteilung von ausländerrechtlichen Streitsachen auf alle Kammern war, dass sich manche RichterInnen, die von anderen Behörden ein anderes Verhalten gewöhnt waren, sich von der Berliner Ausländerbehörde weniger ‚bieten‘ ließen als einige der vermeintlich ‚spezialisierten‘, in erster Linie jedoch lediglich besonders ‚abgebrühten‘ Kammern des Verwaltungsgerichts.

Im Jahr 2002 wurde das ‚Buchstabenprinzip‘ beim VG / OVG Berlin dann wieder eingeführt. Der 35. Kammer verblieb als einer von zwölf Kammern nur *ein* Buchstabe in ausländerrechtlichen Streitsachen. Asylsachen wurden länderspezifisch auf neun Kammern des VG Berlin aufgeteilt; die Länder des ehemaligen Jugoslawien gingen an die 37. Kammer, die eine äußerst rigide Rechtsprechung entwickelte.

Angriffe auf die Justiz von Politik und Medien / Blockadehaltung der Ausländerbehörde

Im Jahr 1996 war es im Zusammenhang mit der geplanten Ausschaffung der bosnischen Flüchtlinge zwischen der 35. Kammer des VG Berlin und der Berliner Ausländerbehörde zum offenen Konflikt gekommen. Die Richter der 35. Kammer wurden zugleich massiv sowohl von politischer Seite aus (von der Berliner CDU) als auch von Teilen der Medien (einigen ‚Boulevard-Blättern‘) angegriffen. Anknüpfungspunkte für den Streit waren in erster Linie die Rechtsprechung der Kammer zur Duldungsverweigerungspolitik der Ausländerbehörde, aber auch einzelne Anordnungen von Aufenthaltsbefugnissen.

⁸⁷ Die sieben zuvor bei der 35. Kammer verbliebenen Buchstaben ergaben rein rechnerisch eine Quote von 27% aller Eingänge – allerdings wiegen bestimmte Buchstaben (etwa: A, B, D, G, H, I, S usw.) aufgrund in Jugoslawien besonders verbreiteter Nachnamen ungleich schwerer als andere (etwa: E, Y, V, W usw.), so dass genaue quantitative Aussagen nicht zu treffen sind.

Streit um die (Nicht-) Umsetzung von Beschlüssen der 35. Kammer

Hinsichtlich Letzterem mutete die Härte der Auseinandersetzung ein wenig absurd an, denn die von der 35. Kammer angeordneten Aufenthaltsbefugnisse sollten es den Betroffenen unter anderem ermöglichen, die zu jener Zeit von *allen* Seiten gewünschten Orientierungsreisen nach Bosnien unternehmen zu können. In Nordrhein-Westfalen, Brandenburg und Sachsen-Anhalt erteilten die Behörden zu eben diesem Zweck problemlos Aufenthaltsbefugnisse – in Berlin wurde eine solche unbürokratische Regelung jedoch vor allem aus ideologischen und grundsätzlichen Erwägungen heraus abgelehnt, da die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen von der Verwaltung als ein irreversibler Einstieg in die (ungewünschte) ‚Aufenthaltsverfestigung‘ der Betroffenen angesehen wurde⁸⁸. Statt nüchtern und mit inhaltlichen und rechtlichen Argumenten um den angemessenen Aufenthaltstitel für Flüchtlinge, denen eine baldige Rückkehr unmöglich ist, zu ringen, entwickelte sich die Auseinandersetzung zwischen den Berliner Behörden und der 35. Kammer des VG Berlin zu einer Zerreißprobe der Gewaltenteilung.

Der ausländerpolitische Sprecher der Berliner SPD, Eckhardt Barthel, sprach in diesem Zusammenhang von einer „unbegründeten Sorge“ der Innenverwaltung: „Nachvollziehen kann ich das alles nicht. [...] Ich kann ja nicht in die Köpfe der Innenverwaltung schauen“ (taz vom 14.5.1996). Er forderte die Innenverwaltung auf, „den Menschen eine Befugnis“ zuzugestehen, auch, um „diese Klageflut und diesen peinlichen Konflikt zwischen Exekutive und Judikative“ zu beenden (ebd.).

Nicht auszuschließen ist, dass die Berliner Verwaltung bei der Frage der Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen zur Ermöglichung von Orientierungsreisen auch deshalb eine so fundamentalistische Ablehnungshaltung einnahm, weil sie sich im ‚Kampf‘ gegen die 35. Kammer keine Blöße geben wollte und es nur noch um das bloße ‚Recht haben‘ ging. In der Sache wurden die Anordnungen der 35. Kammer vom OVG Berlin in der zweiten Instanz zumeist ‚kassiert‘, da bereits die Eilbedürftigkeit von Anordnungen einer Aufenthaltsbefugnis bestritten wurde.

Die Berliner Ausländerbehörde weigerte sich seit etwa März 1996, Anordnungen der 35. Kammer Folge zu leisten. Rechtsanwältin Ellen Apitz schilderte der taz vom 24.4.1996 die „flächendeckende Blockadepolitik“ der Ausländerbehörde: In hunderten von Fällen setzte diese die Beschlüsse der 35. Kammer nicht um, sondern wartete ab, bis das Gericht die Vollstreckung des Beschlusses mit Hilfe eines Zwangsgeldes androhte. Gegen diese Androhung eines Zwangsgeldes legte die Ausländerbehörde dann wiederum Beschwerde beim Obergericht ein, die eine aufschiebende Wirkung entfaltete, so dass die Umsetzung des ursprünglichen Beschlusses blockiert war⁸⁹. Der Nebeneffekt: „Aus einem Verfahren werden binnen Tagen vier Verfahren, die Überlastung des Verwaltungsgerichts steigt weiter an“ (ebd.).

Ein solches auf Rechtsverweigerung ausgerichtetes Behördenverhalten habe er „in seiner zwanzigjährigen Praxis noch nicht erlebt. ‚Ich stehe fassungslos davor‘“, sagte Richter Kunath von der 35. Kammer der taz vom 25.4.1996. Die Kammer sah sich genötigt, in einem Beschluss (VG 35 A 1120.96, B.v. 29.4.1996, S. 2) auf folgende Selbstverständlichkeit hinzuweisen:

„In einem Rechtsstaat ist es selbstverständlich, dass eine Behörde der ihr durch das Gericht auferlegten Verpflichtung nachkommt [...], und zwar unabhängig von der Frage, ob sie inhaltlich den Gründen des Gerichts zustimmt“.

Gegenüber der WELT vom 9.10.1996 wurde Richter Kunath noch deutlicher:

„Da legt jemand die Axt an die Wurzeln des Rechtsstaats an“.

Rechtsanwältin Apitz sprach von einem „blinden Aktionismus“ der Ausländerbehörde, der sich beinahe zu „persönlicher Feindseligkeit gegenüber der 35. Kammer“ gesteigert habe:

„In einem Fall, berichtet Ellen Apitz, habe die Ausländerbehörde Beschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungsrichter eingelegt, obwohl diese die Rechtsauffassung der Behörde bestätigt hatten. ‚Offenbar werden die

⁸⁸ Der innenpolitische Sprecher der Berliner CDU, Dieter Hapel, bediente in diesem Zusammenhang bekannte Abwehrmuster und Vorurteile: Er bezeichnete es als „ganz neuen Dreh“, Aufenthaltsbefugnisse zu beantragen oder gegen Abschiebungsandrohungen Widerspruch einzulegen, um so „die Zeit in Berlin zu verlängern“. Er sprach zudem von „gewissen Anwälten“, die sich „in einer Grauzone tummeln“ und dabei „kräftig abkassierten“ (vgl. MoPo vom 28.3.1996).

⁸⁹ Ein Beschluss nach § 123 VwGO ist eigentlich unmittelbar vollziehbar und auch Rechtsmittel (Beschwerde) gegen einen solchen Beschluss hemmen die vollziehbare Rechtskraft des Beschlusses zunächst nicht (vgl. § 149 VwGO), ebensowenig Anträge auf Aussetzung der Vollziehung des Beschlusses.

Beschlüsse der 35. Kammer nicht einmal mehr gelesen', vermutet die Anwältin. Ähnliches erlebte jüngst Norbert Kunath, der der Kammer angehört. In mindestens einem Fall habe die Ausländerbehörde quasi vorsorglich Beschwerde eingelegt, so der Richter, ‚bevor ich die Gründe für den Beschluss überhaupt formuliert hatte‘ (taz vom 24.4.1996).

Richter Kunath warf der Berliner Ausländerbehörde eine „Bunkermentalität“ vor (vgl. Tagesspiegel vom 29.4.1996), und auch der innenpolitische Sprecher der SPD, Barthel, empfand es als „ein Unding, dass die Innenverwaltung sich nicht an Gerichtsentscheidungen hält“ (taz vom 14.5.1996).

Die „Bunkermentalität“ der Ausländerbehörde kam auch darin zum Ausdruck, dass sie außergerichtlichen Einigungen im Rahmen von Gerichtsverhandlungen praktisch nicht mehr zustimmte. Selbst in außergewöhnlichen Härtefällen ließen sich deshalb keine Regelungen im Wege eines Vergleichs, d.h. ohne richterlichen Beschluss, mehr aushandeln (dies beklagte auch Rechtsanwältin Ellen Apitz; vgl. taz vom 2.11.1995 und SZ vom 6.11.1996). RichterInnen und AnwältInnen bestätigten, dass sogar solche Fälle arbeitsaufwändig von den Gerichten entschieden werden müssten, die noch vor wenigen Jahren niemals zu gerichtlichen Streitsachen geworden wären, weil die Ausländerbehörde *von sich aus* im Ermessenswege eine Duldung erteilt hätte.

Richter Kunath kam insgesamt zu folgender Einschätzung:

„Berlin hat die restriktivste Ausländerpolitik der BRD“ (taz vom 19.12.1995).

Der 4. Senat des Berliner Oberverwaltungsgerichts verwahrte sich gegen die Obstruktionspolitik der Ausländerbehörde gegenüber der 35. Kammer und gegen die Missachtung formaljuristischer Selbstverständlichkeiten und den Verlust eines korrekten Umgangs mit der Justiz. Mit der Zurückweisung eines Antrages der Ausländerbehörde, die Vollziehung eines Duldungs-Beschlusses der 35. Kammer einstweilen auszusetzen (OVG 4 S 246.96, B.v. 4.11.1996), betonte der 4. Senat den gesetzlichen Regelfall der nicht-aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde und ergänzte: „Konkrete Umstände, die nunmehr im öffentlichen Interesse eine Aussetzung der Vollziehung erfordern könnten, sind auch jetzt weder vom Antragsgegner [der Ausländerbehörde; T.H.] aufgezeigt worden noch sonst ersichtlich“ (ebd., 2) – im konkreten Fall war die Abschiebung des Betroffenen nicht einmal beabsichtigt.

Die nachfolgenden zwei Entscheidungen des 4. Senats OVG Berlin werfen ein bezeichnendes Licht auf den fast schon *verächtlich* zu nennenden Umgang der Ausländerbehörde mit der 35. Kammer⁹⁰.

1) Mit dem Beschluss OVG 4 SN 369.97 vom 21.8.1997 lehnte der 4. Senat die Zulassung der Beschwerde gegen den Beschluss VG 35 A 3332.96 ab, mit dem einer gemischt-ethnischen Familie aus Bosnien-Herzegowina unter Hinweis auf das Recht auf Familienzusammenleben (nach Art. 8 EMRK und Art. 6 GG) und auf der Grundlage zahlreicher Belege für Gefährdungen gemischt-ethnischer Familien in Bosnien eine Duldung zugesprochen worden war.

Die Zulassung der Beschwerde war am 28.7.1997 wegen angeblich erheblicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung beantragt worden. Mit der Beschlussbegründung setzte sich die Ausländerbehörde dabei jedoch nicht wirklich auseinander, sondern sie beschränkte sich auf ein bloßes Bestreiten der vom Gericht geltend gemachten Gefahren. Zugleich nahm die Ausländerbehörde Bezug auf die Rechtsprechung des OVG Berlin zur Erteilung von Duldungen bei tatsächlichen Abschiebungshindernissen – die für den konkreten Beschluss jedoch völlig bedeutungslos war! ‚Zwischen den Zeilen‘ las sich die Beschwerde-Zulassungsbegründung deshalb wie der Versuch einer ‚Kumpaneï‘ der Ausländerbehörde mit dem Berliner Oberverwaltungsgericht:

⁹⁰ Die ausgesprochen konfrontative Haltung der Berliner Ausländerbehörde der 35. Kammer gegenüber blieb über Jahre hinweg erhalten. So kam es beispielsweise 1999 erneut zu einer Missachtung eines Beschlusses der 35. Kammer durch die Ausländerbehörde (vgl. taz vom 27./28.3.1999): Ein Rom aus Bosnien wurde trotz Gerichtsbeschlusses, diesen sofort zu entlassen, in Abschiebungshaft behalten (die Ausländerbehörde hatte Rechtsmittel eingelegt und behauptete, das Verwaltungsgericht sei nicht zuständig).

Mitunter ließ die Ausländerbehörde auch die Flüchtlinge, so hatte es zumindest den Anschein, für die ‚unbequeme‘ Rechtsprechung der 35. Kammer ‚büßen‘: In dem Fall einer schwer kranken Frau, zu deren Duldung die Ausländerbehörde gerichtlich verpflichtet worden war, wurde die Duldung jeweils nur für die Dauer eines Monats erteilt; die Betroffene wurde zudem grundsätzlich für 7 Uhr morgens vorgeladen und musste dann bis um 14 Uhr mittags warten, bis sie ihre Duldung tatsächlich erhielt.

Da die 35. Kammer obnehin (wie immer) unrecht hat und das OVG den Beschluss obnehin (wie immer) aufheben wird, erübrigt sich für uns eine Begründung in der Sache.

Der 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts wies dies Begehren der Ausländerbehörde mit klaren Worten zurück. Eine Beschwerde könne nur zugelassen werden, wenn der Antrag auch „nähere Ausführungen dazu“ enthalte, warum ein Zulassungsgrund „im konkreten Fall als gegeben erachtet wird“. Der Antrag der Ausländerbehörde beschränke sich jedoch

„auf ein pauschales Bestreiten der Voraussetzungen des § 55 Abs. 4 (gemeint wohl: § 53 Abs. 4) AuslG i.V.m. Art. 8 EMRK, ohne sich auch nur ansatzweise mit der ausführlichen Begründung des angefochtenen Beschlusses auseinanderzusetzen. Das weitere Vorbringen des Antragsgegners [der Ausländerbehörde] hat keinen Bezug zu den für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes maßgeblichen Gründen. Der Hinweis auf seine derzeitige Verwaltungspraxis und die Möglichkeit einer freiwilligen Rückkehr ist für einen auf § 53 Abs. 4 AuslG gestützten Duldungsanspruch ohne Bedeutung“ (OVG 4 SN 369.97, S. 2).

2) In einer weiteren Zurückweisungsentscheidung wurde der 4. Senat zwei Jahre später noch deutlicher: Dem Beschluss OVG 4 SN 62.99 vom 11.11.1999 war deutlich anzumerken, dass die Oberverwaltungsrichter nicht mehr gewillt waren, die pauschale Blockadehaltung der Ausländerbehörde und ihre unzureichenden Beschwerdeschriften gegen Beschlüsse der 35. Kammer weiter zu akzeptieren. Im konkreten Fall hatte die Ausländerbehörde Beschwerde gegen einen Beschluss eingelegt, mit dem sie zur Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis für einen traumatisierten bosnischen Kriegsflüchtling verpflichtet worden war. Die Oberverwaltungsrichter stellten fest, dass der Rechtsbehelf der Ausländerbehörde aus dreierlei Gründen nicht den Darlegungsanforderungen eines Antrages auf Zulassung der Beschwerde genüge:

Zum ersten seien die „behaupteten ernstlichen Richtigkeitszweifel [...] nicht wie geboten substantiiert“. Die Antragschrift sei „schon nicht auf alle den Beschluss selbständig tragenden Erwägungen“ eingegangen, es fehle aber insbesondere die „konkrete Auseinandersetzung mit dem vom Verwaltungsgericht für maßgebend erachteten letzten Attest“. Der 4. Senat wies in diesem Zusammenhang auch die pauschale Argumentation der Berliner Behörden, der Regelversagungsgrund des § 7 AuslG (Sozialhilfebezug) stehe der Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis aus humanitären Gründen entgegen, zurück:

„Die Erwägung, es bestehe ein Regelversagungsgrund, beschränkt sich auf das Aufstellen einer dem Beschluss entgegenstehenden Behauptung. Das genügt (jedenfalls angesichts der detaillierten Bemerkungen des Verwaltungsgerichts) hier nicht“.

Die Oberverwaltungsrichter monierten zum zweiten das Vorbringen der Ausländerbehörde, dass das Verwaltungsgericht die Erteilung einer Befugnis nicht im Wege der einstweiligen Anordnung hätte anordnen dürfen. Dies war zwar tatsächlich auch die Position des OVG Berlin, jedoch:

„Da keineswegs ein ‚Verbot‘ besteht, die Hauptsache vorwegzunehmen, hätte dargetan werden müssen, weshalb das Verwaltungsgericht hier irrig eine Ausnahme angenommen habe. Daran fehlt es“.

Schließlich hatte die Ausländerbehörde die Aufhebung des Beschlusses mit dem Argument beantragt, dass die Rechtssätze des Beschlusses der Befugnis-Rechtsprechung des OVG Berlin entgegen stünden. Die Richter des 4. Senats machten in diesem Zusammenhang deutlich, dass es rechtlich keinesfalls genüge, sich auf eine irgendwie geartete inhaltliche Übereinstimmung mit dem Oberverwaltungsgericht zu berufen, um die Aufhebung eines konkreten Beschlusses zu erwirken:

„Der Senat hat nicht herauszufinden, welchen Rechtssatz, welche Rechtssätze das Verwaltungsgericht aufgestellt hat, ob und inwiefern es damit von einem oder mehreren Rechtssätzen des Oberverwaltungsgerichts abgewichen ist, und, ob der Beschluss darauf beruht. Sollte der Rechtsbehelf meinen, es genüge zur Substantiierung von Divergenz die Feststellung, dass das Verwaltungsgericht die Rechtslage anders beurteilt als das Oberverwaltungsgericht (was in der Tat der Fall ist), irrte er“.

Dies ist, was allgemeinhin eine ‚schallende Ohrfeige‘ genannt wird.

Auch der 5. Senat des OVG Berlin wies die rechtsstaatswidrige Vorgehensweise der Ausländerbehörde zurück (vgl. OVG 5 L 24.96; B.v. 14.10.1996):

„Der Antragsgegner [die Ausländerbehörde; T.H.] mag den der angefochtenen Zwangsgeldandrohung zugrundeliegenden Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 8. Juli 1996 für falsch halten. [...] Allein das berechtigt ihn [...] in dessen nicht, seiner Verpflichtung aus der vollstreckbaren einstweiligen Anordnung vom 8. Juli 1996 nicht nachzukommen“ (ebd., 2).

Zumindest zwei Senate des OVG Berlin machten somit deutlich, dass sie die 35. Kammer trotz der bestehenden inhaltlichen Divergenz vor unqualifizierten, missachtenden und pauschalen ‚Angriffen‘ der Berliner Ausländerbehörde, die *nicht* juristisch begründet waren, in Schutz nehmen wollten. So sehr diese, auf die Wahrung formaler rechtsstaatlicher Standards bedachte Haltung als selbstverständlich erscheinen mag – vor dem Hintergrund der ‚vergifteten‘ Atmosphäre zwischen der 35. Kammer und dem OVG Berlin (vor allem in den Jahren 1996/97) war dies nicht der Fall. Es war auch nicht zufällig, dass es der 4. und 5. Senat und nicht etwa der 8. Senat des OVG Berlin waren, die die Ausländerbehörde in ihre rechtsstaatlichen Schranken verwiesen, denn viele Entscheidungen vor allem des 8. Senats des OVG Berlin waren ebenfalls von einer sehr zweifelhaften rechtlichen Qualität – Rechtsanwalt Peter Meyer sprach in diesem Zusammenhang von „Begründungen, [...] die keine sind“ (taz vom 24.1.1996).

Richter Kunath beklagte Anfang 1996 eine „massive Kampagne“ des Oberverwaltungsgerichts gegen seine Kammer und gegen seine Person (vgl. taz vom 24.1.1996). Der „juristische Stellungskrieg“ (taz) zwischen 35. Kammer und 8. Senat hatte zu diesem Zeitpunkt Ausmaße angenommen, die die Arbeitsfähigkeit der Justiz zu beeinträchtigen drohte. Die 35. Kammer hatte in den 1½ Jahren ihrer Tätigkeit als Spezialekammer für die Länder des ehemaligen Jugoslawien etwa 6.000 Anträge (zumeist auf Duldung bzw. Aufenthaltsbefugnis) bearbeitet (bei 2.000 offenen Verfahren), und diese schier unglaubliche Fallzahl dürfte innerhalb der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit ohne Beispiel und nur durch unzählige ‚Überstunden‘ der Richter zu bewältigen gewesen sein. Kunath war entsprechend „sauer“ (so die taz vom 24.1.1996), dass dieses „enorme Arbeitspensum der Kammer“ durch das OVG Berlin, das an seiner bundesweit isolierten Rechtsprechung festhielt, „in der Regel zunichte gemacht“ wurde.

Über das nachhaltig gestörte Verhältnis zumindest einiger SachbearbeiterInnen der Ausländerbehörde zur Rechtsstaatlichkeit und zum Gewaltenteilungsgrundsatz und über den mitunter geradezu ‚unverschämten‘ Umgang der Ausländerbehörde mit der Verwaltungsjustiz gab im Übrigen auch eine Aktennotiz beredet Zeugnis, die ein Richter der 35. Kammer im Jahr 2005 bei seiner Aktendurchsicht vorfand: Aus seinem Brief an die Ausländerbehörde vom 14.9.2005:

„In der Verwaltungsstreitsache [...] wird mit einigem Unverständnis zur Kenntnis genommen, dass gerichtliche Anfragen zur Anwendung des aktuellen Rechts (AufenthG) durch das LABO [die Ausländerbehörde; T.H.] mit den Worten ‚Gericht ... faselt von § 25 (5)‘ kommentiert werden (VV [Verwaltungsvorgang, Ausländerakte; T.H.], Bl. 137 R). Es wird daran erinnert, dass auch das Berliner LABO an Recht und Gesetz gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG)“.

‚Karriereknicks‘

Die Arbeitsüberlastung der 35. Kammer war im Übrigen auch ein gutes Beispiel dafür, dass eine inhaltliche Abweichung von Vorgaben ‚von oben‘ in der Rechtsprechung zumeist mit einem sehr hohen Arbeitsaufwand bezahlt werden muss. Richter Kunath war vermutlich auch persönlich ‚verbittert‘ (vgl. taz vom 24.1.1996), denn dem erfahrenen Richter, der bereits seit achtzehn Jahren vorwiegend im Asyl- und Ausländerrecht tätig war, war kurz zuvor die anstehende Beförderung zum Vorsitzenden Richter mit der Begründung versagt worden, er hätte sich *zu viel* – gemeint war vermutlich: *zu eigenständig* – mit Ausländerrecht beschäftigt (vgl. ebd.). Im Sommer 1995 hatte die Senatsjustizverwaltung Kunath eigentlich für den Vorsitz einer Asylkammer auserkoren⁹¹; zu diesem Zeitpunkt war die heftige Konfrontation zwischen der 35. Kammer und dem Berliner OVG jedoch noch nicht absehbar. Vor diesem Hintergrund war es meines Erachtens offenkundig, dass Richter Kunath seine von dem politischen, rechtlichen und gesellschaft-

⁹¹ RichterInnen werden in Deutschland – je nach Bundesland – von der/m JustizministerIn und / oder besonderen Richterwahlausschüssen, in denen neben dem Justizministerium ParlamentarierInnen (auch der Opposition) und RichterInnen vertreten sind, benannt. In Berlin entscheiden JustizsenatorIn und Wahlausschuss gemeinsam: Der Ausschuss entscheidet mit Mehrheit (auch über Beförderungen), der/die SenatorIn hat ein Vorschlags- und Ernennungsrecht (vgl. FR vom 6.10.2003).

Lore Maria Peschel-Gutzeit, ehemalige Justizsenatorin in Berlin und Hamburg, kritisierte in diesem Zusammenhang Alleinbenennungen durch JustizsenatorInnen: „Woher nimmt die Exekutive das Recht, über Einstellung und Beförderung von Mitgliedern der Dritten Gewalt allein zu entscheiden? Hier leistet sich eine Staatsgewalt einen schlichten Übergriff in eine andere unabhängige Gewalt [...]“ (ebd.).

lichen mainstream abweichenden Rechtsauffassungen mit einem beruflichen ‚Karriereknick‘ bezahlen musste.

Rechtsanwalt Meyer bezeichnete es als „sehr auffällig“, dass Kunath nach so vielen Jahren nicht zum Vorsitzenden Richter berufen worden war: „Das ist ein Zeichen dafür, dass seine Beurteilung von oben nicht so gut ist“ (taz vom 24.1.1996). Auch der Rechtsanwältin Arendt-Rohjan drängte „sich der Verdacht auf“, dass die Nichtbeförderung im Zusammenhang stand mit den konsequent „flüchtlingsfreundlichen“ Entscheidungen der 35. Kammer und der „politischen Dimension“ des Streits zwischen VG und OVG Berlin (ebd.).

Erst viele Jahre später wurde Kunath zum Vorsitzenden Richter der 11. Kammer berufen.

Angriffe der Politik auf die Justiz

Berlins Innenstaatssekretär Kuno Böse (CDU) unterstützte das rechtsstaatswidrige Vorgehen ‚seiner‘ Behörde gegenüber der 35. Kammer. Während PolitikerInnen sich gemeinhin in der Öffentlichkeit mit Kritik an Entscheidungen der unabhängigen Justiz zurückhalten, warf er der 35. Kammer gegenüber der Presse eine „fragwürdige Spruchpraxis“ vor und zeigte sich verwundert, „wie die Kammer an ihren umstrittenen Auffassungen festhält, obwohl sie immer wieder durch nächsthöhere Instanzen korrigiert wird“ (Berliner Morgenpost vom 11.10.1996). Dem Tagesspiegel vom 25.1.1996 zufolge sagte Innenstaatssekretär Böse, er wolle dem OVG nicht vorgreifen, aber: „Wir haben immer Recht bekommen!“ In dieser Pauschalität war der Satz natürlich falsch, er belegte aber eindrucksvoll, dass die Innenverwaltung wie auch die ihr unterstellte Ausländerbehörde von einer geradezu ‚naturwüchsigen‘ inhaltlichen Übereinstimmung mit dem Berliner Oberverwaltungsgericht ausging. Dass der Staatssekretär die RichterInnen des 8. Senats des OVG Berlin (zu Recht) auf seiner Seite wissen konnte, änderte jedoch nichts daran, dass es zu jenem Zeitpunkt völlig offen war, welche Position sich im Rechtsprechungsstreit zwischen 35. Kammer und 8. Senat letztlich durchsetzen würde.

Der Präsident des Berliner Verwaltungsgerichts, Alexander Wichmann, stellte sich angesichts der Zuspitzung des ‚Streits der Gewalten‘ vor die 35. Kammer und verwahrte sich gegen Angriffe aus der Politik: Es sei nicht ‚ehrenrührig‘, wenn VG und OVG verschiedener Meinung seien, und er verwies darauf, dass sich andere Gerichte (anderer Bundesländer) der Rechtsauffassung der 35. Kammer angeschlossen hatten (vgl. MoPo vom 11.10.1996).

Der innenpolitische Sprecher der SPD, Hans-Georg Lorenz, zeigte sich erneut „außerordentlich beunruhigt“ über das Verhalten der Berliner Ausländerbehörde und forderte das Gerichtspräsidium auf, „jeder rechtswidrigen Einflussnahme“ auf das Verwaltungsgericht eine Abfuhr zu erteilen (TSP, 26.11.1996).

Der ausländerpolitische Sprecher der Berliner CDU, Roland Gewalt, behauptete hingegen (vgl. MoPo, 11.10.1996), die 35. Kammer betreibe eine „eigene Ausländerpolitik zu Lasten Berlins“ und verwies auf die Kosten Zehntausender Gerichtsverfahren – die jedoch vor allem die Berliner Ausländerbehörde (und nicht das Verwaltungsgericht) zu verantworten hatte.

Der Vorsitzende Richter der 35. Kammer, Percy MacLean, sah sich genötigt klarzustellen, dass die Duldungsrechtsprechung seiner Kammer lediglich die „rechtlich korrekten Konsequenzen“ aus dem Verhalten der Politik zöge, denn „die Innenverwaltung drohe mit Abschiebungen, vollziehe diese aber nicht“ (laut MoPo vom 11.10.1996). Und er betonte, dass die 35. Kammer „keine einzige Abschiebung verhindert, die tatsächlich möglich und politisch beabsichtigt“ ist (SZ vom 6.11.1996).

Roland Gewalt von der CDU steigerte seine Angriffe auf die 35. Kammer jedoch noch und forderte unverhohlen eine neue Aufgabenverteilung im Berliner Verwaltungsgericht (vgl. SZ vom 23.10.1996 und TSP vom 26.11.1996), um die 35. Kammer entmachten zu können. Dieses Ansinnen – der Wechsel von Zuständigkeitsregelungen im Falle einer unbequemen Rechtsprechung – stellte einen derart skandalösen Eingriff in die Unabhängigkeit der Justiz dar, dass die Reaktion des Verwaltungsgerichtspräsidenten Wichmann eindeutig zu ‚zahm‘ ausfiel: Er lehne es ab, zu politischen Äußerungen Stellung zu nehmen, die Geschäftsverteilung des Gerichts bleibe von solchen Äußerungen unbeeinflusst (vgl. TSP vom 26.11.1996). Nur ein gutes Jahr

später wurde der politischen Forderung nach einer ‚Entmachtung‘ der 35. Kammer über den Geschäftsverteilungsplan faktisch entsprochen – dies habe ich bereits dargelegt.

Wie in der Berliner Boulevard-Presse – begleitend zum ‚Trommelfeuer‘ der Politik und umrahmt von allgegenwärtigen Missbrauchsdebatten – ‚Jagd‘ auf die Richter der 35. Kammer gemacht wurde, soll der folgende Ausschnitt aus einer Meldung der BZ vom 27.8.1996 verdeutlichen. Die Überschrift lautete:

„Flüchtlinge kosten uns jährlich 600 Mio – Diepgen bittet: ‚Kehrt heim!‘. Schweige-Streik der Bosnier: Sie wollen nicht nach Hause.“

Die Sprecherin der Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales, Gabi Lukas, wurde in dem Artikel u.a. mit folgenden unheilvollen Worten zitiert:

„Wenn die Flüchtlinge erst dann zurückkehren, wenn sie sich ins gemachte Nest setzen können, wird es große soziale Unruhen geben.“

Und schließlich folgte ein Angriff im Stakkato-Stil auf die 35. Kammer:

„Ärger um Flüchtlings-Richter. Er läßt alle rein.“

Die Ausländerbeauftragte John fuhr extra nach Bosnien, stellte fest: ‚Niemand schießt. Die Rückkehr der Flüchtlinge ist möglich.‘ Doch ein Richter sieht das anders: Es ist Norbert Kunath (49) von der 35. Kammer des Verwaltungsgerichts. Kunath: ‚Das Leiden geht weiter. Wir müssen die Leute bei uns aufnehmen.‘ In ganz Deutschland gilt: Bosnier, die nach dem Friedensabkommen (Dezember 1995) flohen, erhalten keine Aufenthaltserlaubnis. Nur wer bei Kunath klopft, bekommt sie doch. Sicherheitsstaatssekretär Böse ärgert sich: ‚Zum Glück werden seine Beschlüsse vom Oberverwaltungsgericht aufgehoben.‘ Stimmt nicht ganz: Die oberen Richter lassen Kunaths Beschlüsse immer öfter liegen, sind ratlos. Denn bis zum 1. Oktober ist keine Abschiebung möglich (dt. Flugverbindungen). Im Winter erlaubt die UNO nicht (zu kalt). Also bleiben die Jugoslawien-Flüchtlinge hier. Es sind schon 45 000 (davon 30 000 Bosnier, ansonsten Serben, Kosovo-Albaner). Und kosten.“

Auf die zahlreichen Unrichtigkeiten, Unterstellungen und Beleidigungen dieses ‚Artikels‘ einzugehen, wäre müßig. Mir kommt es an dieser Stelle vor allem auf die eindeutig ‚mobartige‘ Intention und Gesamtwirkung einer solchen Berichterstattung an, und zwar in dem doppelten Sinne: Mobilisierung des Mobs und Mobbing des Richters.

Der BZ-Artikel illustriert auch, welch enormer psychischer Druck auf den Richtern der 35. Kammer gelegen haben muss: Nicht nur, dass sie *gerichtsintern* aufgrund ihrer abweichenden Rechtsprechung und offenen Konfrontation mit dem 8. Senat, dem ansonsten *alle* Senate und Kammern des Gerichts folgten, geradezu als ‚Parias‘ angesehen wurden⁹². Auch von Außen, von Politik und Medien, sahen sie sich permanent geradezu ehrenrühriger Angriffe ausgesetzt.

⁹² Es gab auch Dienstaufsichtsbeschwerden der Ausländerbehörde gegen die 35. Kammer (mir unbekanntem Inhalt und Ausgang).

Rechtsprechungsbeispiele

Anhand einiger Rechtsprechungsbeispiele auf der Berliner Landesebene möchte ich noch einmal den *politischen* Charakter der Rechtsprechung herausarbeiten und zeigen, dass die konkrete Rechtsauslegung und Rechtsanwendung häufig nicht mit juristischen Argumenten ausgetragen und entschieden wird, sondern intentional und mit Mitteln der Macht.

Zugleich werfen die Rechtsprechungsbeispiele erneut ein dunkles Licht auf die zum Teil haarsträubende Verwaltungspraxis und auf zum Teil eindeutig rechtswidrige Ausschaffungsbemühungen der Berliner Behörden.

(Seltene) Einigkeit der Justiz: Rechtswidrige Verteilungen

Das erste Beispiel beleuchtet einen der wenigen Streitpunkte, in dem die behördenkritische Rechtsprechung der 35. Kammer vom 8. Senat des OVG Berlin bestätigt wurde. Das Beispiel illustriert zugleich eine Strategie rechtswidrigen Behördenhandels.

Infolge einer Abmachung der Innen-Staatssekretäre der Bundesländer vom 9.3.1994 wurden ab dem 1.4.1994 bosnische Flüchtlinge, die sich an die zuständigen Ausländerbehörden der Länder wandten und eine Duldung beantragten, in denjenigen Bundesländern, die eine ‚Überlast‘ zu verzeichnen hatten (also auch Berlin), an das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge verwiesen, das dann eine ‚Verteilung‘ dieser Flüchtlinge an andere Bundesländer mit unterdurchschnittlichen Aufnahmequoten vornahm.

Richter Kunath stellte mit Beschluss vom 30.1.1995 (VG 35 A 3599.94) fest, dass es für eine solche ‚Verteilung‘ weder eine Rechtsgrundlage noch eine rechtsstaatlichen Ansprüchen genügende Verteilungsentscheidung“ (a.a.O., 4) gebe. Das Ausländergesetz kenne keine Verteilungsregelung für zu dulddende de-facto-Flüchtlinge, und die Bürgerkriegsregelung des § 32 a AuslG, die eine solche Verteilung vorsehe, werde (aus Kostengründen) nicht angewandt:

„Es entspricht leider der politischen Realität in Deutschland, dass auch 19 Monate nach Einführung einer speziell für Bürgerkriegsflüchtlinge geschaffenen Regelung diese in einem der reichsten Industrieländer der Welt nicht angewendet wird, weil verschiedene Rechtsträger sich nicht über die Kosten für die Aufnahme der Flüchtlinge, deren Aufnahme sich die Bundesrepublik oft genug rühmt, [...] einigen können“ (a.a.O., 7).

Richter Kunath sprach die Vermutung aus, dass die nach § 32 a AuslG erforderliche einvernehmliche Verständigung der Innenminister zum Schutz von Bürgerkriegsflüchtlingen vorliege, jedoch „nicht offengelegt wird, um die Rechtsfolgen – Verpflichtung zur Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen [...] – zu vermeiden“ (ebd., 8). Es sei unredlich, nur die Verteilungsregelung des § 32 a AuslG anzuwenden,

„denn dies hätte im Ergebnis zur Folge, dass lediglich derjenige Teil der Regelung zur Anwendung käme, der eine Belastung der Flüchtlinge begründen würde, diese aber nicht in den Genuss der für sie günstigen Regelung – Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis – kämen“ (ebd., 9).

Der Beschluss beleuchtete zugleich den Versuch der Behörden, ihre in jeder Hinsicht rechtswidrige Vorgehensweise auch noch gegen die Kontrolltätigkeit der Verwaltungsgerichte zu immunisieren. Die rechtswidrige Verteilungspraxis war nämlich verbunden mit dem Versuch, den Betroffenen die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes gegen diese staatliche Maßnahme zu nehmen:

„Dies ergibt sich vor allem daraus, dass es keine behördlichen Entscheidungen gibt, die diese Bezeichnung verdienen und die in dem sehr sorgfältig ausgestalteten System verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes effektiv angefochten werden können. Kennzeichnend hierfür ist u.a., dass der Versuch gegenüber Flüchtlingen vorgenommen wird, Entscheidungen, für die letztlich keiner einstehen will, mit Mitteln durchzusetzen, für die die rechtliche Grundlage fehlt. Weder die Einbehaltung eines Passes noch die Vorenthaltung von Sozialhilfe [...] sind Mittel, die nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz, das die zulässigen Mittel der Verwaltungsvollstreckung abschließend regelt, vorgesehen sind, um behördliche Entscheidungen durchzusetzen“ (a.a.O., 12).

So aber waren die Behörden vorgegangen: In Berlin wurde den Flüchtlingen jegliche Unterstützung verweigert (Unterbringung und Sozialhilfe), die Pässe wurden ihnen abgenommen und an die angeblich zuständigen Behörden in anderen Bundesländern weitergeleitet und ein schriftlicher, begründeter und rechtsmittelfähiger Bescheid über die Verteilungsanordnung, gegen den

Widerspruch und Rechtsmittel hätten eingelegt werden können, wurde den Betroffenen ebenfalls verweigert; auf Familienbindungen wurde nur begrenzt Rücksicht genommen⁹³.

Das Verwaltungsgericht betrachtete die behördliche Verteilungsentscheidung insgesamt „als nichtig im Sinne von § 44 Abs. 1 VwVfG und damit unbeachtlich“ (ebd., 10), da der „besonders schwere Fehler“ des Verwaltungsaktes „bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist“ (ebd.). Richter Kunath beschrieb auch das „Verwirrspiel“ (vgl. ebd., 10 f), mit dem die beteiligten Behörden versuchten, sich gegenüber dem Verwaltungsgericht aus der Verantwortung zu ziehen: Das Asyl-Bundesamt behauptete, bei seiner Verteilungsentscheidung handle es sich nur um einen „Zuweisungsvorschlag“, der für die Flüchtlinge keinen belastenden Verwaltungsakt darstelle (und der deshalb rechtlich nicht anfechtbar sei). Die Sach- und Entscheidungskompetenz liege bei der zuständigen Ausländerbehörde. Diese wiederum hatte jedoch zuvor in demselben Verfahren erklärt, dass das Bundesamt für die Verteilung der neu eingereisten Flüchtlinge aus Bosnien-Herzegowina zuständig sei. Das Bundesinnenministerium schließlich hatte schriftlich ausgeführt, dass das Bundesamt in Amtshilfe für die zuständigen Landesbehörden tätig sei. Richter Kunath:

„Dieses Hin- und Herschieben der Verantwortung zwischen den beteiligten Verwaltungen lässt deutlich erkennen, dass die gesamte ‚Verteilung‘ und ihre Umsetzung jeglicher rechtlicher Grundlage entbehren“ (ebd., 11).

Abschließend bescheinigte der Richter dem Vertreter der Berliner Ausländerbehörde nicht weniger als einen Verstoß „gegen den Grundsatz von Treu und Glauben“ (a.a.O., 13), denn dieser hatte in dem Verfahren vorgebracht, dass es bereits an einem „Rechtsschutzbedürfnis in der Sache fehle“, da gar kein „belastender Verwaltungsakt“ vorliege (Ablehnung einer Duldung). Nach Auffassung des Gerichts war dieser Hinweis des Vertreters der Ausländerbehörde geradezu unanständig, „weil er [der Antragsgegner / die Ausländerbehörde; T.H.] in den vergangenen Monaten alles unternommen hat, damit solche Anträge [auf Duldung im Land Berlin; T.H.] unterbleiben“. Für den Richter bestand auch kein Zweifel daran, dass die Betroffene bei dem Versuch, eine Duldung zu beantragen, postwendend und ohne jeden rechtsmittelfähigen Bescheid an das Bundesamt verwiesen worden wäre – was der Vertreter der Ausländerbehörde in der mündlichen Verhandlung selbst einräumte.

Der Beschluss der 35. Kammer zeichnete insgesamt das Bild einer Verwaltung im Flüchtlingsrecht, die sich zur Durchsetzung ihrer Ziele weder an Recht und Gesetz noch an allgemeine Verwaltungsprinzipien noch an rechtsstaatliche Grundsätze oder den Grundsatz von ‚Treu und Glauben‘ gebunden fühlt.

Die rechtswidrige Verteilungspraxis der Behörden war dessen ungeachtet äußerst erfolgreich, denn die Zahl der in Berlin um Schutz nachsuchenden „jugoslawischen Kriegsflüchtlinge“ (Zugangstatistik LAsoz VI B 29 ST94 JUG vom Dezember 1994) sank im April 1994 (Einführung der Verteilungsregelung) schlagartig: Waren es im März 1994 noch 1.201 Bürgerkriegsflüchtlinge, die in Berlin neu registriert wurden, sank ihre Zahl im Folgemonat auf nur noch 188 Personen (vermutlich enge Familienangehörige von bereits in Berlin lebenden BosnierInnen).

Das Beispiel zeigt somit, dass staatliche Behörden versucht sein können, Rechtsbrüche *bewusst* in Kauf zu nehmen, um ihre Ziele zu erreichen, zumal es für die Betroffenen gerade im Flüchtlingsbereich äußerst schwierig ist, sich gegen rechtswidrige Behördenmaßnahmen wirksam zur Wehr zu setzen: Denn natürlich folgten die allermeisten Flüchtlinge notgedrungen dem staatlichen Zuweisungsbescheid in dem Glauben, dass dieser rechtmäßig sei – ihnen blieb faktisch ja auch gar nichts anderes übrig, denn in Berlin wurde ihnen jegliche Unterkunft und überlebensnotwendige Hilfsleistungen schlicht verweigert! Und nur weil wenige Flüchtlinge, die sich rechtlich hatten beraten lassen und zugleich die Möglichkeit besaßen, bei Verwandten in Berlin zumindest vorläufig unterzukommen, geklagt hatten, ließ sich die grundsätzliche Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Innenstaatssekretäre und der beteiligten Behörden überhaupt gerichtlich feststellen! Alle anderen Flüchtlinge konnten von dieser rechtlichen Bewertung jedoch nicht

⁹³ Die in dem Verfahren konkret betroffene Bosnierin hatte in Berlin enge Verwandte (ihren Sohn und ihre Nichte); sie sollte dennoch nach Halberstadt (Sachsen-Anhalt) verteilt werden (a.a.O., 2).

profitieren, da nur diejenigen, die Rechtsmittel eingelegt hatten und der behördlichen Anweisung nicht gefolgt waren, einen entsprechenden Anspruch geltend machen konnten⁹⁴.

Der Beschluss der 35. Kammer wurde am 5.4.1995 durch einen Beschluss des 8. Senats des Berliner Oberverwaltungsgerichts (OVG 8 S 577.94; in: InfAuslR 1995, 258) voll bestätigt. Die Wortwahl der OberverwaltungsrichterInnen war zwar etwas zurückhaltender, in der Sache stellten jedoch auch die ObergerichterInnen klar, dass es kein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes gebe. Eine Verteilungsregelung, die einen belastenden Verwaltungsakt mit erheblichen Eingriffen in die Bewegungsfreiheit darstelle, bedürfe einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage und nicht nur einer einfachen Absprache auf ministerieller Ebene. Dass auch der als restriktiv bekannte 8. Senat zu einem derart klaren Ergebnis kam, machte die Schwere des offenkundigen Rechtsbruchs der Exekutive deutlich.

Vor allem in formaljuristischen Detailfragen konnte der 8. Senat durchaus zu klaren rechtlichen Wertungen kommen. Ein gutes Beispiel hierfür war noch eine andere Grundsatzentscheidung des 8. Senats (zu einem späteren Zeitpunkt und in einer etwas anderen personellen Besetzung), mit der die RichterInnen der herrschenden Rechtsprechung nahezu aller übrigen Oberverwaltungsgerichte in Deutschland in einer abstrakt-verfahrensrechtlichen Frage widersprachen – die allerdings von enormer praktischer Bedeutung war (vgl.: OVG 8 SN 199.00, B.v. 25.7.2000; in: InfAuslR 11-12/2000, 508 ff).

Es ging (vereinfacht gesagt) um die Frage, inwieweit im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes Fragen von grundsätzlicher Bedeutung eine Beschwerde gegen eine erstinstanzliche Entscheidung rechtfertigen können. Die Mehrheit der Oberverwaltungsgerichte wollte solche Grundsatzfragen überwiegend nur im Hauptsacheverfahren (Berufungen) geklärt wissen.

Das Berliner Oberverwaltungsgericht machte demgegenüber jedoch geltend, dass eine (vorläufige) Klärung von Grundsatzfragen auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich möglich sein müsse, u.a. weil andernfalls der verfassungsrechtliche Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes verletzt würde. Angesichts der Tatsache eines (über die Instanzen hinweg) zumeist Jahre andauernden Hauptsacheverfahrens sei es unzumutbar, in rechtlichen Streitsachen, die per definitionem *eilbedürftig* seien, den Zugang zur Beschwerdeinstanz in Grundsatzfragen zu verwehren, zumal Grundsatzentscheidungen in Rechtsgebieten, in denen Eilbedürftigkeit die Rechtsprechung präge, sonst regelmäßig zu spät kämen (vgl. a.a.O., 509 f).

Bemerkenswert an dieser Entscheidung war weniger, dass sie sich ausdrücklich der Mehrheitsmeinung in der Rechtsprechung widersetzte, sondern vielmehr die Art und Weise der Begründung: Diese war nämlich für den 8. Senat außergewöhnlich solide, nachvollziehbar und kenntnisreich begründet, gespickt mit genauen Hinweisen auf die Rechtsprechung im gesamten Bundesgebiet und die Kommentarliteratur und versehen mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu grundsätzlichen Fragen. Auch abweichende Positionen wurden in der Begründung berücksichtigt und in die Argumentation mit einbezogen, und all dies im Rahmen der ‚summarischen Prüfung‘ im vorläufigen Rechtsschutzverfahren! Natürlich sollte es idealerweise auch genauso sein – doch leider blieb diese Entscheidung eine absolute Ausnahme in der Rechtsprechungspraxis vor allem des Berliner OVG.

Mit dem oben dargestellten Beschluss stärkte das Berliner Oberverwaltungsgericht das einstweilige Rechtsschutzverfahren insgesamt, zumal die RichterInnen (eher zustimmend) aus der Kommentarliteratur zitierten, wonach die Auffassung, im Eilverfahren finde nur eine ‚summarische Prüfung‘ statt, ‚dogmatisch überholt‘ sei (Schoch, a.a.O., 509). Bemerkenswert war dies schon deshalb, weil zuvor bereits die 35. Kammer versucht hatte, die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens aufzuwerten (vgl. B.v. 20.7.1998; VG 35 A 212/96; Befugniserteilung für Traumatisierte); damals jedoch am Widerstand des OVG Berlin bei genau dieser Frage gescheitert war.

Erneut rechtswidrige Verteilungen 1999

1999 erwies sich, wie wenig selbst eine in zwei Instanzen *eindeutige* Rechtsprechung gegen die vor allem am Ergebnis (der Abweisung) – und nicht am Recht – orientierte Exekutive auszurichten vermochte: Die Innenminister der Länder vereinbarten mit Beschluss vom 11.6.1999 *erneut* eine Verteilungsregelung für geduldete Flüchtlinge (entsprechend des im Asylverfahren geltenden

⁹⁴ Die verteilten Flüchtlinge ‚profitierten‘ allenfalls indirekt und Jahre später, denn sie waren nicht von der besonders restriktiven Berliner Ausschaffungspolitik betroffen.

Schlüssels), die „illegal“ eingereiste *albanische* Flüchtlinge aus dem Kosovo (*nicht* hingegen serbische Volkszugehörige, Roma usw.⁹⁵) betraf. Trotz der eindeutigen Vorgaben der (Ober-) Verwaltungsgerichtsbarkeit aus dem Jahr 1995 setzten die Berliner Behörden diese rechtswidrige Absprache der Innenminister ohne Skrupel um⁹⁶.

Anders als 1994/95 erteilte die Berliner Ausländerbehörde im Jahr 1999 immerhin schriftliche Ablehnungsbescheide, die jedoch als ein Musterbeispiel für inhaltslose bürokratische Textbaustein-Bescheide bezeichnet werden müssen: Jede inhaltliche Auseinandersetzung mit dem individuellen Vorbringen wurde dabei ausgespart; lapidar hieß es lediglich:

„(,) Ihrem Antrag auf Duldung allein im Land Berlin vom ____ wird nicht entsprochen. [als Rechtsgrundlage wurde benannt: § 55 Abs. AuslG; T.H.]

Ihr Aufenthalt im Land Berlin wird lediglich für die Dauer von 4 Tagen, mithin bis zum ____ geduldet. [Rechtsgrundlage; s.o.; T.H.].

Sie haben keinen Anspruch auf eine längerfristige Duldung allein im Land Berlin. Unser Ermessen üben wir dahingehend aus, dass wir Ihr Interesse an einer Duldung gerade im Land Berlin für geringer erachten, als das Interesse Berlins, durch weitere Aufnahme von illegal eingereisten Albanern aus dem Kosovo gegenüber anderen Bundesländern nicht überproportional belastet zu werden.

[...]“

Diese Verteilungs- bzw. Ablehnungsbescheide waren so dürftig bzw. überhaupt nicht begründet wie es angesichts der offensichtlichen Rechtswidrigkeit des behördlichen Vorgehens auch gar nicht anders erwartet werden konnte. Der Rechtsverweis auf § 55 Abs. 2 AuslG etwa war in keiner Weise nachvollziehbar und völlig inhaltsleer, weil dort lediglich geregelt ist, *dass* eine Duldung erteilt *wird*, solange eine Abschiebung rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist – keinesfalls sieht diese Norm die Erteilung einer Duldung für nur vier Tage oder nach vorheriger Verteilung in ein bestimmtes Bundesland vor!

Den Bescheiden war auch noch folgender „Hinweis“ angefügt:

„Kommen Sie der oben genannten Auflage [sich in einem anderen Bundesland zu melden; T.H.] nicht nach, handeln Sie gem. § 93 Abs. 3 Nr. 1 AuslG ordnungswidrig und können mit einer Geldbuße von bis zu 1.000 DM belegt werden. Des weiteren machen Sie sich mit Erlöschen der Duldung gem. § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG strafbar und können mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft werden.“

Diese Drohungen sollten die Betroffenen offenkundig einschüchtern und sie von einer ‚Zu widerhandlung‘ gegen die rechtswidrigen behördlichen Auflagen abhalten. Die Ausländerbehörde ordnete zudem pauschal (also ohne einzelfallbezogen individuelle und öffentliche Interessen abzuwägen) die sofortige Vollziehung ihrer Verteilungsbescheide an. Das „besondere öffentliche Interesse“ an der sofortigen Verteilung wurde etwa wie folgt begründet:

„Das Land Berlin dient in überproportional hohem Maß als Zielland für illegal eingereiste Albaner aus dem Kosovo. Eine Verteilung dieser Ausländer ist zur gerechten und solidarischen Lastentragung unter den Ländern der Bundesrepublik Deutschland dringend erforderlich. Dieser Notwendigkeit gerechter Lastenverteilung haben die Innenminister der Länder durch einen entsprechenden Beschluss vom 11.6.1999 Rechnung getragen, als dessen Ausfluss ab dem 1.7.1999 eine Verteilungsregelung praktiziert wird. Angesichts der eingeschränkten Aufnahmekapazität Berlins sowie der angespannten Haushaltslage infolge der überproportionalen Belastung hiesiger Leistungsträger duldet

⁹⁵ Bereits diese Beschränkung der Verteilungsregelung auf *albanische* Flüchtlinge war objektiv willkürlich und sachlich nicht zu rechtfertigen.

⁹⁶ Eine Anweisung der Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales vom 1.7.1999 an die Bezirksämter (V A 31) sah vor, dass eine Duldung für das Land Berlin nur für vier Tage erteilt werden sollte, danach sei unter Hinweis auf den jeweiligen Zuweisungsort jede weitere Hilfe, außer dem „Fahrkartenkauf zum Zielort“ und entsprechenden „Verpflegungs- und Reisekosten“, zu verweigern.

Diese Anweisung war zugleich eine beispielhafte Illustration bürokratischen Sprachstils: Die Innenminister hatten vereinbart, auch die bereits zwischen dem 3.4.1999 und dem 11.6.1999 (illegal) eingereisten Flüchtlinge aus dem Kosovo „zur Erreichung einer gerechten Lastenverteilung auf die Quoten“ anzurechnen. In der Weisung hieß es diesbezüglich: „Für das Land Berlin, das ausweislich der erfolgten Meldungen beim LEA in dem vorgenannten Zeitraum 507 der insgesamt 8.429 nach Deutschland illegal eingereisten Kosovo-Albaner aufgenommen hat, ergibt sich unter Abzug des davon rechnerisch auf Berlin entfallenden Anteils in Höhe von 2,2% (entspr. 186 Pers.) eine Überschreitung des Solls um 322 Personen. [...] Die Personen werden als Bestand in das Sonderverteilsystem eingegeben, woraus sich für Berlin eine Überlastquote in gleicher Höhe ergibt. In Berlin werden die zwischen dem 11.6.99 und 30.6.99 bereits vorstellig gewordenen Personen darüber hinaus als ‚Härtefälle‘ ins System eingegeben und führen zu einer entsprechenden Erhöhung der Überlastquote“.

Personen, die „als Bestand“ in ein „Sonderverteilsystem“ eingegeben werden und Teil einer „Überlastquote“ sind – die Begrifflichkeit verrät ein instrumentelles Verhältnis zum Menschen!

Ihre Verteilung keinen Aufschub. Der Ausgang eines möglichen Rechtsmittelverfahrens kann nicht abgewartet werden.“

Die Bescheide hätten insgesamt auch wesentlich kürzer begründet werden können, denn ihr Inhalt war klar: *Angesichts knapper Kassen ist uns das Recht egal.*

Im Unterschied zu 1994/95 erkannten nach entsprechenden Hinweisen von Beratungsstellen und AnwältInnen einzelne Berliner Bezirksamter, dass die Verteilungsmaßnahme und die entsprechende Anweisung der Senatssozialverwaltung rechtswidrig war. Sie gewährten den Betroffenen deshalb Hilfen über die vom Rundschreiben vorgesehene 4-Tages-Frist hinaus, sofern sie Rechtsmittel gegen ihre Verteilung eingelegt hatten.

Der erste Beschluss, mit dem erneut die Rechtswidrigkeit der ministeriellen Verteilungsregelung festgestellt wurde (es ging konkret um eine kosovo-albanische Frau und ihre minderjährigen Kinder, die mit ihrem in Berlin geduldeten Mann bzw. Vater zusammen leben wollten!), erging meiner Kenntnis nach bereits am 6.9.1999, und es war wohl kein Zufall, dass er von der 19. Kammer (VG 19 F 44.99) stammte, der als damaliger zweiter Fachkammer für die Länder des ehemaligen Jugoslawien die rechtswidrige Verteilungspraxis aus den Jahren 1994/95 und die dazugehörige Rechtsprechung wohl noch gut in Erinnerung war.

Die Ausländerbehörde hatte in dem Verfahren zur Begründung unter anderem vorgebracht, dass im „Unterschied zu dem vor einigen Jahren praktizierten Verteilungsverfahren für Flüchtlinge aus Bosnien-Herzegowina [...] jetzt Duldungen erteilt würden“ (zit. nach ebd., 4)⁹⁷ – angesichts der auf vier Tage (!) befristeten Gültigkeit dieser Duldungen war durchaus zweifelhaft, ob die Ausländerbehörde hierbei den RichterInnen den gebotenen Ernst und Respekt entgegenbrachte.

Die 19. Kammer jedenfalls stellte im Anschluss an die bereits vorliegende Rechtsprechung fest, dass eine Rechtsnorm für das Verteilungsverfahren fehle und verwies erneut auf eigentlich Selbstverständliches:

„Das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage kann durch die schlichte Einführung einer Verwaltungspraxis der Behörden nicht ersetzt werden“ (ebd., 7).

Angesichts der Rechtswidrigkeit der getroffenen Verfügung erweise sich auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung als hinfällig, denn:

„An der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes kann kein besonderes öffentliches Interesse bestehen“ (ebd., 5).

Der VGH Baden-Württemberg stellte mit Beschluss vom 26.7.2000 (13 S 3017/99) ebenfalls fest, dass es für die von der IMK vom 10./11.6.1999 beschlossene länderübergreifende Verteilung keinerlei Rechtsgrundlage gebe (vgl. InfAuslR 11-12/2000, 488). Auch der Bayrische VGH und das Niedersächsische OVG entschieden entsprechend (vgl. ebd., 489), eine abweichende obergerichtliche Entscheidung ist mir nicht bekannt.

Das Bundesland Nordrhein-Westfalen initiierte im Bundesrat im Jahr 2000 eine Gesetzesinitiative mit dem Ziel, eine Verteilungsregelung für geduldete Flüchtlinge im Ausländerrecht zu schaffen. Erst im neuen Aufenthaltsgesetz von 2005 wurde dann eine Verteilungsregelung „unerlaubt eingereister Ausländer“ gesetzlich verankert (§ 15 a AufenthG).

Der Streit um Duldungen nach § 55 AuslG

Wenn das obige Beispiel den Eindruck erweckt haben sollte, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit zumindest in rechtlich *eindeutig* gelagerten Fällen zu einer wirksamen Kontrolle der Verwaltung und einheitlichen Rechtsprechung in der Lage sei, so wird das folgende Beispiel zeigen, dass dem *nicht* so ist. Ein ausgeprägter ‚Wille zur Ausschaffung‘ bei Teilen der Berliner RichterInnenschaft führte bei der Frage der Duldungserteilung dazu, dass selbst *eindeutige* Gesetzesregelungen ergebnisorientiert und sinnwidrig ausgelegt und im Rahmen einer unzulässigen Rechtsfortbildung am zuständigen Gesetzgeber vorbei nach der Maßgabe eigener Wertvorstellungen umgedeutet wurden.

⁹⁷ Auch Staatssekretär Böse behauptete in seiner Antwort vom 22.7.1999 auf die Kl. Anf. Nr. 13/5099, dass das gewählte Verteilungsverfahren sich von dem Verfahren unterscheide, das bei den bosnischen Flüchtlingen angewandt und vom OVG Berlin als rechtswidrig beurteilt worden war – jedoch ohne zu benennen, *worin* seiner Auffassung nach ein substantieller Unterschied bestanden haben sollte.

Die Norm, an der sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin entzweite, ist an sich klar und eindeutig formuliert, so dass es zunächst verwundern mag, dass es diesbezüglich überhaupt zu einem Auslegungstreit mit diametral entgegengesetzten Positionen kommen konnte. In § 55 Abs. 2 AuslG heißt es:

„Einem Ausländer wird eine Duldung erteilt, solange seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder nach § 53 Abs. 6 [Gefahren für Leib und Leben; T.H.] oder § 54 AuslG [Abschiebungsstopp; T.H.] ausgesetzt werden soll.“

Die Vorschrift enthält durch die Formulierung „*wird ... erteilt*“ einen eindeutigen Gesetzesbefehl, der der Behörde bzw. der Rechtsprechung keinen Ermessens- oder Auslegungsspielraum eröffnet. Liegt also ein rechtliches Abschiebungshindernis vor oder ist eine Abschiebung aus *tatsächlichen* Gründen, d.h. *faktisch* unmöglich (fehlende Flugverbindungen, fehlende Rücknahmebereitschaft des Herkunftsstaates, fehlende Ausweis- oder Reisepapiere usw.), *muss* eine Duldung erteilt werden. Die Duldung stellt wohlgemerkt auch keinen rechtmäßigen Aufenthaltstitel dar, sondern sie dokumentiert lediglich, dass eine *an sich* beabsichtigte Abschiebung zeitweilig ausgesetzt wird.

Entgegen des eindeutigen Gesetzeswortlautes und entgegen einer Klarstellung des BVerwG⁹⁸ entschied der 8. Senat des Berliner Oberverwaltungsgerichts ab April 1994 in ständiger Rechtsprechung (vgl.: OVG 8 B 44.95, U.v. 27.6.1995, S. 5), dass eine Duldung aus tatsächlichen Gründen dann *nicht* erteilt werden *dürfe*, wenn eine *freiwillige Rückkehr* möglich sei. Die Begründung für diese grundlegende Umdeutung und Ergänzung des Duldungsparagrafen 55 Abs. 2 AuslG lässt sich am besten der Begründung zum Grundsatzurteil OVG 8 B 44.95 vom 27.6.1995 entnehmen.

Grundsatzurteil des 8. Senats OVG Berlin: OVG 8 B 44.95

Zunächst bejahte der 8. Senat – im Einklang mit dem Schrifttum – einen Rechtsanspruch auf Duldung in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen tatsächlich unmöglicher Abschiebungen (a.a.O., S. 4). Eine solche Duldung sei, so wurde aus der Gesetzesbegründung zitiert, kein „Recht des Ausländers, sondern lediglich faktische Folge der gegebenen tatsächlichen Verhältnisse“ (ebd.). Der 8. Senat bezeichnete Betroffene, die nicht abgeschoben werden könnten, als „nicht minder schutzwürdig als in anderen Duldungsfällen. Er [„der Ausländer“; T.H.] soll sich nicht strafbar machen“ müssen und nicht in die Gefahr geraten, in Abschiebungshaft genommen zu werden, obwohl eine Abschiebung objektiv unmöglich ist (ebd., 5).

Dieser zutreffenden Rekapitulation der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und des Zwecks der Duldungsregelung folgte in der Urteilsbegründung ein Bruch, der weder inhaltlich noch rechtlich noch logisch zu erklären war: Die RichterInnen des OVG Berlin postulierten völlig unvermittelt, dass dem Kläger keine Duldung erteilt werden *dürfe*, „da die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt“ seien (ebd.), denn: Die „Möglichkeit freiwilliger Heimreise“ stehe einer Duldungserteilung entgegen (ebd.)⁹⁹.

⁹⁸ Das Bundesverwaltungsgericht entschied mit Beschluss vom 23.11.1994 (BVerwG 1 B 175.94; in: InfAuslR 4/95, 151 f), dass eine Duldung „der Schriftform“ bedarf und dies im konkreten Fall missachtet worden sei, da der Kläger – obwohl er nicht abgeschoben wurde – keine schriftliche Duldung erhalten habe. Dem Betroffenen sei in diesem Fall, so das BVerwG, eine Duldung „faktisch gewährt worden“ (ebd., 152), dies hätte ihm jedoch schriftlich bestätigt werden müssen.

Bereits der Kommentar von Kanein / Renner aus dem Jahr 1993 befand eindeutig: „Unzulässig ist die stillschweigende Hinnahme des unrechtmäßigen Aufenthalts, der nach Ablauf der Duldung auch strafbar ist“ (ebd., 225). „Die Duldung bedarf der Schriftform“ (ebd., 226). „Damit wird verhindert, dass sich der Aus[länder], der nicht abgeschoben werden darf oder kann, rechtlich u. tatsächlich mit einer gesetzefreien Grauzone zufrieden geben muss“ (ebd., 222).

⁹⁹ Eine *freiwillige Rückkehr* ist im Prinzip natürlich nahezu *immer* möglich, denn diese kann im Regelfall auf dem Landweg erfolgen (selbst in Kriegsgebiete!), während *Abschiebungen* in fernere Länder aus organisatorischen Gründen regelmäßig nur auf dem Luftweg vollzogen werden können – und hier ergeben sich eben häufig faktische Abschiebungshindernisse. Der 8. Senat stellte bewusst *nicht* auf die Frage der *Zumutbarkeit* einer ‚freiwilligen‘ Rückkehr ab (was vielleicht noch eher hätte vertreten werden können), denn dann wäre er nicht zu dem beabsichtigten Ergebnis einer konsequenten Duldungsverweigerung gekommen.

Obwohl es für eine solche Auslegung und Erweiterung des Gesetzes keinerlei Anhaltspunkte gab, befanden die RichterInnen, denen die Fragwürdigkeit ihrer Rechtsauslegung bewusst gewesen sein muss:

„Richterlicher Rechtsfortbildung‘ [...] bedarf es zu solcher Interpretation nicht“ (ebd.).

Während in dem Urteil zunächst (richtig) davon ausgegangen worden war, dass das Gesetz auf ‚objektive‘ Umstände abziele, die einer Abschiebung entgegenstehen müssten („Mangel der Aufnahmebereitschaft des Heimatstaates“ usw.), wurde dieser Grundsatz durch das OVG im Folgenden mit ‚subjektiven‘ Erwägungen wieder außer Kraft gesetzt:

„Nicht geschützt wird jedoch derjenige, der zurückkehren muss und selbst zurückkehren kann. In solchen Fällen wird der illegale, einen Straftatbestand erfüllende Verbleib [...], nicht durch Duldung sanktioniert, der Ausländer kann die illegale Anwesenheit nicht mittels vermeintlichen Duldungsanspruchs ‚legalisieren‘, indem er seiner gesetzlichen Pflicht nicht genügt“ (a.a.O., 6).

In Verleugnung aller Umstände und Rechtssätze, die der Senat zuvor selbst noch entwickelt hatte, deuteten die RichterInnen hiermit die schriftliche Bescheinigung über die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) in einen vermeintlich ‚legalen‘ Aufenthaltsstatus um, der ein angebliches Fehlverhalten (mangelnde Ausreisebereitschaft) auch noch positiv ‚sanktioniere‘. Und obwohl das OVG zuvor festgestellt hatte, dass „der Ausländer“ sich in Fällen, in denen seine Abschiebung objektiv unmöglich ist, *nicht* strafbar machen soll, benutzte der Senat an dieser Stelle die Strafbarkeit des Aufenthaltes ohne Duldung auch noch als Druckmittel, um ausreisepflichtige Menschen, die nicht abgeschoben werden können, durch Strafandrohung und Duldungsverweigerung zur ‚freiwilligen‘ Ausreise zu zwingen!

An dieser Stelle muss noch einmal der konkrete inhaltliche Bezug zu der Gruppe hergestellt werden, um die es bei dem Rechtsprechungsstreit zur Duldungserteilung in erster Linie ging: die Kriegsflüchtlinge aus dem ehemaligen Jugoslawien. Nachdem diesen (BosnierInnen ausgenommen) ab Februar 1994 in Berlin weisungsgemäß keine Duldungen mehr erteilt wurden, gleichzeitig aber ihre Abschiebung unverändert faktisch unmöglich war, schuf der 8. Senat des OVG Berlin mit seiner Rechtsprechung die rechtliche Legitimationsbasis für die behördliche Ausschaffungsstrategie, mit der die Betroffenen durch den Entzug der Duldung – und hiermit zusammen hängenden Maßnahmen der Illegalisierung, Strafandrohung, Leistungskürzung, Festnahme usw. – unter Druck gesetzt und zur ‚freiwilligen‘ Ausreise ‚gezwungen‘ werden sollten.

In dem Grundsatzurteil ging es übrigens konkret um einen Rom aus Serbien, der geltend gemacht hatte, dass Roma dort „teilweise Pogromen ausgesetzt“ worden seien und der seine Einberufung in den bosnischen Krieg fürchtete. Der 8. Senat benötigte keine halbe Seite, um diese geltend gemachten Gefahren ‚abzuwehren‘: Die Wehrdienstentziehung sei rechtlich irrelevant und ein Einsatz im bosnischen Bürgerkrieg „irreal“ (a.a.O., 17). Der Senat erlaubte sich in diesem Zusammenhang folgende sprachliche und inhaltliche Entgleisung:

„Der Kläger hat schon nicht substantiiert, Roma zu sein [...]“ (ebd., 16).

In dem gesamten 17-seitigen Grundsatzurteil fand sich *ein einziger Satz*, mit dem versucht wurde, die Rechtsfortbildung des Senats *rechtlich* zu begründen (a.a.O., 6):

„Im übrigen bestätigt das Gesetz mittelbar an anderer Stelle, dass ein Schutz des Ausländers nicht in Betracht kommt, sofern er ausreisen muss und kann (§ 30 Abs. 3 AuslG)“.

Was die RichterInnen jedoch als „mittelbare“ Bestätigung ihrer Rechtsauffassung heranziehen wollten, erwies sich bei näherer Betrachtung als ausgesprochen rechtsunkundiges Ablenkungsmanöver: In § 30 Abs. 3 AuslG werden nämlich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthalts*befugnis* benannt, d.h. für einen tatsächlich ‚privilegierten‘ legalen Aufenthaltstitel, der im Gegensatz zur Duldung die Ausreisepflicht beseitigt und unter engen Voraussetzungen auch eine spätere ‚Aufenthaltsverfestigung‘ ermöglicht – und zu diesen Voraussetzungen gehört in *Abs. 3* tatsächlich, dass der „freiwilligen Ausreise“ und der „Abschiebung Hindernisse entgegenstehen, die [der Betroffene] nicht zu vertreten hat“. Bereits im nachfolgenden *Abs. 4* des § 30 AuslG wird jedoch ergänzend geregelt, dass eine Aufenthalts*befugnis* auch unabhängig von der Frage einer „freiwilligen“ Ausreisemöglichkeit erteilt werden kann, „es sei denn, der Ausländer weigert sich, zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses zu erfüllen“. Wieso also bei der Erteilung einer Duldung strengere Anforderungen gelten sollten als bei der Erteilung einer Aufenthalts*befugnis*, konnte das OVG Berlin nicht einmal im Ansatz begründen.

Mangels anderer substantieller Ausführungen im Urteilstext zu rechtlichen Fragen blieb als *alleiniges* Motiv und Erklärung für die Rechtsfortbildung des 8. Senats mithin der persönliche oder auch politische *Unwille* der RichterInnen, die unerwünschten Flüchtlinge noch weiter – im doppelten Wortsinn – *zu dulden*. Der Zustand der Nicht-Duldung sollte den Betroffenen nicht nur ihre Unerwünschtheit deutlich vor Augen führen, sondern sie auch in einen rechtlosen, beinahe ‚vogelfreien‘ Status überführen, in dem sie unter anderem der permanenten Gefahr einer Verhaftung und Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts ausgesetzt waren.

So wenig überzeugend die Grundsatzentscheidung des 8. Senats war, so ausgiebig machten andere Senate des OVG Berlin von ihr Gebrauch! Dass es keiner der anderen Berliner Senate wagte, der krassen Fehlentscheidung des 8. Senats entgegenzutreten, war ein erschreckender Beleg für die mangelhafte Qualität der Rechtsprechung in Berlin und für die zu diesem Zeitpunkt noch überragende ‚Leitwolf-Funktion‘ des 8. Senats. Ob sich die RichterInnen der anderen Senate überhaupt die Mühe machten, sich eigenständig in die Rechtsgrundlagen, die Gesetzesmaterialien, die Rechtsprechung usw. einzuarbeiten oder ob sie ‚blind‘ oder gar wider besseren Wissens den Vorgaben des 8. Senats folgten oder ob sie schließlich die politischen Motive der Rechtsprechung des 8. Senats (Ausschaffung der Flüchtlinge) teilten und *deshalb* das Recht diesem Zweck unterordneten, kann ich nicht beurteilen – denn eine eigenständige Begründung für ihre Rechtsprechung gaben die anderen Senate des Berliner Oberverwaltungsgerichts *nicht!*

Nachdem die Grundsatzentscheidung des 8. Senats gefallen war, schlossen sich sukzessive alle anderen Senate dieser Rechtsprechung an, und sie taten dies (zumindest der 4. bis 7. Senat) auf eine geradezu schamlose Art und Weise: Sie legten ihren negativen Beschlüssen einfach zur weiteren Begründung einen kopierten Auszug aus dem Grundsatzurteil des 8. Senats bei¹⁰⁰ und verwiesen hierauf – so, als handelte es sich bei den (unhaltbaren) Ausführungen des 8. Senats um eine geheiligte Schrift und als seien sie durch ein ‚Machtwort von oben‘ von ihrer Pflicht zur gewissenhaften und eigenständigen Urteilsfindung enthoben worden! Diese Art der unterwürfigen Rechtsprechung war für BeobachterInnen des Geschehens geradezu unfassbar, da nicht einmal mehr der *Eindruck* richterlicher Unabhängigkeit gewahrt wurde. In Insiderkreisen wurde dieser Vorgang der schamlos voneinander ‚abschreibenden‘ Senate mit dem Begriff eines ‚Zitierkartells‘ belegt.

Eine kleine Variation in der Begründung nahm immerhin der 4. Senat des OVG Berlin vor (vgl. OVG 4 S 274.95; B.v. 30.8.1995), indem er unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OVG NRW argumentierte, dass die Beanspruchung einer Duldung trotz gegebener Ausreisemöglichkeit *rechtsmissbräuchlich* sei (ebd., 2).

Um die Figur eines ‚Rechtsmissbrauchs‘ verwenden zu können, hätte der 4. Senat sich jedoch genauer mit den Motiven der ‚Ausreiseverweigerung‘ der Betroffenen auseinandersetzen müssen. Denn diese konnten gute *subjektive* Gründe benennen, warum sie – entgegen der gesetzlichen Ausreisepflicht – nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren wollten (etwa wegen der realen Gefahr einer Bestrafung infolge einer Desertion, wegen schwelender Kriegsgefahren, wegen der Gefahr einer Grenzabweisung und Verelendung in einem Drittland usw.). Diese Überlegungen zeigten, dass ihre Verweigerung einer ‚freiwilligen‘ Ausreise keineswegs als ‚Rechtsmissbrauch‘ gedeutet werden konnte¹⁰¹. Der 4. Senat versuchte in seinem Beschluss jedoch mit keinem einzigen Wort, seine Argumentation zur ‚Rechtsmiss-

¹⁰⁰ Es handelte sich um die Seiten 3 bis 14 der Entscheidung OVG 8 B 44.95, die völlig unvermittelt begannen mit den Worten, der Kläger sei Roma (was auf zahlreiche albanische Flüchtlinge bereits befremdlich wirkte!) und die mitten im Textfluss auch wieder endeten!

¹⁰¹ Die 35. Kammer wies in ihrem Beschluss VG 35 A 1140.95 vom 3.11.1995 (S. 6 f) darauf hin, dass eine Anwendung der aus dem Zivilrecht entlehnten Figur des Rechtsmissbrauchs nach den Vorgaben des BVerfG, des BGH und BVerwG nur unter äußerster Zurückhaltung in Betracht komme, nämlich wenn andernfalls ein „schlechthin untragbares Ergebnis“ die Folge wäre und die Betroffenen keinerlei schutzbedürftige Interessen verfolgen würden – was bei den jugoslawischen Minderheitenangehörigen aber gerade nicht der Fall sei.

Der VGH BW (B.v. 3.11.1995 - 13 S 2185/96, S. 7) ließ die Frage offen, ob zumindest in Fällen, in denen Flüchtlinge nach Jugoslawien zurückgekehrt und dann wieder (illegal) nach Deutschland eingereist seien, von einem Rechtsmissbrauch die Rede sein könne.

Sehr viel später, im Herbst 1997, zog auch die 35. Kammer einen möglichen Rechtsmissbrauch in Betracht, jedoch nur in solchen Fällen, in denen sich Flüchtlinge *ausschließlich* auf den Duldungsgrund der tatsächlichen Unmöglichkeit ihrer Abschiebung beriefen.

Mit dem eindeutigen Grundsatzurteil des BVerwG hatte die Figur des Rechtsmissbrauchs dann jedoch endgültig ausgedient.

bräuchlichkeit‘ nachvollziehbar zu machen, und auch er ersetzte jede eigenständige Auseinandersetzung mit den entscheidenden Rechtsfragen durch einen bloßen Verweis auf die Rechtsprechung des 8. Senates, und zwar in einer nach rein logischen Kriterien unerklärlichen Art und Weise (OVG 4 S 274.95, 2 f; Kursive von mir; T.H.):

„Denn das Gesetz verlangt objektive, d.h. vom freien Willensentschluss des Ausländers unabhängige Umstände (... OVG 8 B 32.95 [...]), die einer *Abschiebung* entgegenstehen. Daraus ist zu folgern, dass eine Duldung im obigen Sinn dann schon nicht beansprucht werden kann, wenn es dem Ausländer möglich ist, *freiwillig zurückzukehren* (so auch OVG Berlin, 8. Senat [...])“.

Das Grundsatzurteil des 8. Senates ließ noch in einer anderen Hinsicht eine deutliche Übereinstimmung mit der Politik des Berliner Senats erkennen: Die RichterInnen versuchten nämlich eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (BAFl) zu konstruieren, und zwar selbst in solchen Fällen, in denen Flüchtlinge keinen Asylantrag gestellt hatten oder stellen wollten. Dies entsprach der kommunalen behördlichen Strategie, de-facto- und Kriegsflüchtlinge selbst in Kenntnis ihrer Chancenlosigkeit im Asylverfahren durch einen Verweis auf das Bundesamt zumindest in die Verteilungsregelung des AsylVfG zu bringen, um nicht mehr für ihre Unterbringung und Versorgung zuständig sein zu müssen.

Über Abschiebungshindernisse mit politischem Hintergrund, so entschied jedenfalls der 8. Senat, habe „stets“ das Bundesamt zu entscheiden, und zwar „nicht lediglich nach Stellen eines Asylantrages“ (a.a.O., 14). Dies gelte auch angesichts des Wortlautes von § 24 Abs. 2 AsylVfG, der eine dem entgegengesetzte Interpretation nahelegt¹⁰².

Der 8. Senat konnte sich in diesem Zusammenhang zwar grundsätzlich auf die vom Gesetzgeber beabsichtigte Konzentration des Verfahrens beim BAFl berufen¹⁰³. Die konkret zu beurteilende Frage, wer bei einem Verzicht auf einen Asylantrag über drohende Gefahren für Leib und Leben, Verstöße gegen die Menschenwürde oder das Völkerrecht usw. zu entscheiden habe, beantwortete das OVG jedoch nicht¹⁰⁴.

Als Musterbeispiel unverständlicher Rechtsprechung darf in diesem Zusammenhang folgender Satz des OVG Berlin gelten:

„Nur wenn die Asylrechtsprechung, insbesondere nach Klärung durch das Bundesverwaltungsgericht, solche prinzipielle Gewährleistung [der Grundrechte; T.H.] versagen würde, muss das einfache Gesetz verfassungskonform anders interpretiert, das allgemeine Ausländerrecht für einschlägig erachtet, die Primärentscheidung der dafür nicht hinreichend mit Sachkunde verankerten Ausländerbehörde zugeordnet, längerer Verfahrensweg mit naheliegender Divergenz von Sachentscheidung um der Wahrung der Grundrechte willen in Kauf genommen werden.“ (a.a.O., 15)

Wenn ich die RichterInnen richtig verstanden habe, sollten die Ausländerbehörden aus prinzipiellen Gründen (wegen der beabsichtigten Konzentration der Prüfungsverfahren beim BAFl) solange nicht zu einer effektiven Gewährleistung des Grundrechtsschutzes im Abschiebungsverfahren verpflichtet sein, wie es keine gefestigte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu der Frage gebe, ob und inwieweit dieser Grundrechtsschutz (nur) im Asylverfahren geltend gemacht werden könne – Flüchtlinge, die keinen Asylantrag stellten, wären demnach solange vom Grundrechtsschutz ausgeschlossen worden¹⁰⁵.

¹⁰² § 24 Abs. 2 AsylVfG: „Nach Stellung eines Asylantrages obliegt dem Bundesamt auch die Entscheidung, ob Abschiebungshindernisse nach § 53 des Ausländergesetzes vorliegen“. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass in dem Fall, dass *kein* Asylantrag gestellt wurde, nicht das Bundesamt, sondern die Ausländerbehörden für die Prüfung von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG zuständig ist.

¹⁰³ Der 8. Senat kam in diesem Zusammenhang zu der wohl zutreffenden Bemerkung, dass „die Ausländerbehörde [...] nicht zur Feststellung des Tatbestandes [Gefahr der politischen Verfolgung und hiermit zusammenhängende Abschiebungshindernisse; T.H.] kompetent“ sei (a.a.O., 13).

¹⁰⁴ Denn, so das OVG, die Schutzwirkung der Grundrechte könne ja „effektiv gegenüber dem Bundesamt in Anspruch genommen werden (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG)“ (a.a.O., 15). Dem widersprach jedoch eine Entscheidung des BVerfG, auf die das OVG Berlin selbst hinwies (vgl. ebd., 13): Das BVerfG drängte hierin auf die Effektivität eines die Menschenwürde gewährleistenden Abschiebungsschutzes im ausländerrechtlichen Verfahren, d.h. auch unabhängig von z.B. rechtskräftig gewordenen Entscheidungen des BAFl.

¹⁰⁵ Ich habe in Kapitel B dargelegt, dass das Bundesverwaltungsgericht letztlich erst im Jahr 2002 (!) klarstellte, „dass der Schutzbereich dieser Vorschrift [§ 53 AuslG; T.H.] auch Gefahren umfasst, die auf politischer Verfolgung beruhen [m.w.N.]“ (BVerwG 1 C 17.01; U.v. 26.6.2002, in: Asylmagazin 11/2002, S. 29), d.h. dass die vom OVG Berlin vertretene Rechtsauffassung falsch bzw. fatal war.

Der 8. Senat gab der Ausländerbehörde im Ergebnis jedenfalls auf, sie *dürfe* dem Betroffenen keine Duldung wegen rechtlicher Abschiebungshindernisse erteilen, weil zur Überprüfung politischer Verfolgung oder „deckungsgleicher Abschiebungshindernisse“ nach „§ 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG, sofern die Gefahr durch politisch motivierte Gewalt bedingt ist“ (ebd., 14), nur das Bundesamt befugt sei (vgl. ebd., 13 f). Hier biss sich die wilde Rechtsprechungskatze allerdings in den begrifflichen Schwanz, denn in Kenntnis der restriktiven Asyl-Rechtsprechung konnte insbesondere bei Kriegsflüchtlingen grundsätzlich *nicht* davon ausgegangen werden, dass ‚politische‘ Abschiebungshindernisse vorliegen könnten, für deren Prüfung allein das Bundesamt zuständig sein könnte.

Erste ‚Auflehnung‘ der 35. Kammer: VG 35 A 153.94

Es muss wohl kaum betont werden, dass sich angesichts der geschlossenen Rechtsprechungs-Phalanx aller Senate des Berliner Oberverwaltungsgerichts auch alle erstinstanzlichen Kammern des Verwaltungsgerichts den Vorgaben des 8. Senats beugten. Alle Kammern? Nein, die 35. Kammer leistete ‚Widerstand‘ und entschied seit dem 23.3.1995 gegen die Duldungs-Rechtsprechung des OVG Berlin. Dabei war dieser erste abweichende Beschluss vom März 1995 – VG 35 A 153.94 – noch ausgesprochen moderat im Tonfall.

So sah auch die 35. Kammer auf der Grundlage der gefestigten Rechtsprechung in Deutschland kein rechtliches Abschiebungshindernis infolge der Desertion / Wehrdienstentziehung des Betroffenen und wies – wie zuvor auch der 8. Senat – darauf hin, dass der betroffene albanische Flüchtling aus dem Kosovo politische Verfolgungsgründe gegenüber dem Asyl-Bundesamt vortragen müsse (a.a.O., 3)¹⁰⁶.

Die Richter verpflichteten mit ihrem Beschluss die Ausländerbehörde jedoch, dem Flüchtling aus dem Kosovo eine Duldung zu erteilen, weil seine „Abschiebung aus tatsächlichen Gründen derzeit unmöglich ist“ (ebd., 4).

Ich habe bereits dargestellt, dass die Berliner Ausländerbehörde zu jener Zeit den Eindruck zu erwecken versuchte, *das* Abschiebungen nach Jugoslawien möglich seien (mit Hilfe trickreich inszenierter / fingierter ‚Abschiebungen‘, die in Wahrheit ‚freiwillig kontrollierte Ausreisen‘ nach Bulgarien und Ungarn waren; vgl. ebd., 5; genauer noch in: VG 35 A 238.94 u. 3469.94, B.v. 15.5.1995, S. 5 f). Die 35. Kammer ließ sich hiervon nicht täuschen und stellte – u.a. unter Bezugnahme auf Angaben des BGS – fest, dass etwa seit Anfang November 1994 im Luftverkehr nach Belgrad ein „faktischer Abschiebestopp“ bestehe (VG 35 A 153.94, S. 4), der von den jugoslawischen Behörden auch schriftlich bestätigt worden sei (ebd., 5; Ausnahme: „Straftäter“). Auch die Überführungsstelle der Berliner Polizei hatte bezeugt, dass es „in den vergangenen Monaten keine einzige Abschiebung nach Belgrad“ gegeben habe (ebd.); Abschiebungen scheiterten bereits an der Weigerung der jugoslawischen Botschaft, Passersatzpapiere an abgelehnte Flüchtlinge zu erteilen (ebd., 5).

Während sich die 35. Kammer bei der Feststellung, dass *grundsätzlich keine Abschiebungen* nach Jugoslawien möglich seien, mit dem 8. Senat in Übereinstimmung befand¹⁰⁷, kam es hinsichtlich der Frage, ob dementsgegen eine ‚freiwillige‘ Ausreise nach Jugoslawien möglich sei, zur Entzweiung. Die 35. Kammer versuchte sogar noch, dem 8. Senat eine argumentative Brücke zu bauen, um ihm einen Rückzug ‚ohne Gesichtsverlust‘ aus seiner ‚verrannnten‘ Rechtsprechung zu ermöglichen, denn sie legte im Detail dar, dass selbst eine „freiwillige Ausreise“ „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ von den jugoslawischen Behörden verweigert werden würde (vgl. ebd., 6 f), so dass auch aus diesem Grunde Duldungen erteilt werden müssten.

Die 35. Kammer war als Fachkammer für das ehemalige Jugoslawien umfassend informiert und betrieb eine sehr genaue und detaillierte Recherche- und Aufklärungsarbeit. Der 8. Senat hätte gut daran getan, sich dieses Wissen zu nutze zu machen, statt die Sachkenntnis der Kammer mit einer höchst selektiven Informationsauswertung und -beschaffung geradezu ‚zwanghaft‘ hinterfragen und widerlegen zu wollen. Die Einreiseverweigerungspolitik der jugosla-

¹⁰⁶ Die 35. Kammer behauptete jedoch, anders als der 8. Senat, keine *ausschließliche* Prüfungscompetenz des Bundesamtes hinsichtlich der Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG.

¹⁰⁷ In dem Urteil OVG 8 B 44.95 hieß es auf Seite 11 zunächst, dass „*im Einzelfall* Abschiebungen nach Serbien“ gelängen (Kursive von mir; T.H.); diese Einschätzung beruhte auf Auskünften des Auswärtigen Amtes, die sich jedoch ausschließlich auf einzelne Abschiebungen von ‚StraftäterInnen‘ im Einverständnis mit den jugoslawischen Behörden bezogen; vgl. Auskunft des AA vom 15.11.1995). Die Frage, ob „Serbien jedoch *prinzipiell* seine Staatsbürger nicht im Wege der Abschiebung zurücknimmt“ (Kursive von mir; T.H.), bedürfe keiner Erörterung, denn nach der Auffassung des Senats handele es sich hierbei um „unstrittig in die Praxis umgesetzte offizielle Verlautbarungen“ – er bestätigte also die *prinzipielle* Unmöglichkeit einer Abschiebung nach Jugoslawien (ebenso: OVG 1 S 2.95 und OVG 7 S 54.95 und einige Kammern des VG Berlin).

wischen Behörden entsprach offiziellen Verlautbarungen und war somit eigentlich unstrittig. Zwar gelang es *einzelnen* Flüchtlingen offenkundig immer wieder, diese offizielle Einreisepolitik zu umgehen (durch Täuschung, Bestechung, illegalen Grenzübertritt usw.), doch konnte kein Zweifel daran bestehen, dass die jugoslawischen Grenzbeamten *grundsätzlich* ihren dienstlichen Anweisungen folgten und zurückkehrenden, abgelehnten Flüchtlingen aus Deutschland die Einreise *regelmäßig* verweigerten – über solche Zurückweisungen berichtete entsprechend der BGS (vgl. ebd.).

Die Kammer argumentierte, den Betroffenen könne

„die Weigerung [...], das Bundesgebiet freiwillig zu verlassen, [...] – wenn man überhaupt die Vorschrift des § 55 Abs. 2 AuslG um dieses Tatbestandsmerkmal erweitern darf – allenfalls dann entgegengehalten werden, wenn die Einreisemöglichkeit im Regelfall gegeben ist. Versuche, die Grenzkontrollen zu umgehen, erscheinen demgegenüber nicht zumutbar“ (ebd., 7).

Die sich hieran anschließende Passage las sich geradezu wie ein verzweifelter Appell an die Vernunft des 8. Senats, von seiner Duldungsrechtsprechung abzulassen:

„Wenn nach den vorstehenden Ausführungen grundsätzlich an Flüchtlinge aus Serbien/Montenegro unabhängig von ihrem persönlichen Schicksal Duldungen erteilt werden müssen, so folgt dies letztlich aus einem völkerrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen den Regierungen in Belgrad und Bonn, das nur über die derzeit laufenden Verhandlungen gelöst werden kann, nicht jedoch durch das Abdrängen tausender Flüchtlinge in einen Zustand strafbarer Illegalität.“ (ebd., 7)

Die Kammer wies darauf hin, dass eine überwiegende Mehrheit der anderen Bundesländer genau aus diesem Grunde grundsätzlich Duldungen an jugoslawische Flüchtlinge erteilte¹⁰⁸.

Der Tatsachenstreit um die Einreisepolitik

Der 8. Senat schlug das frühe Angebot der 35. Kammer zur ‚gütlichen‘ Beilegung des Rechtsstreits aus. Es kam in der Folgezeit zum ‚Nebenstreit‘ um die Tatsachenfrage, ob den jugoslawischen Flüchtlingen eine ‚freiwillige‘ Rückkehr möglich sei oder nicht (in der ‚Hauptsache‘ ging es weiterhin um die rechtliche Frage der Zulässigkeit der Erweiterung des § 55 Abs. 2 AuslG um das Kriterium der freiwilligen Ausreise).

In einem Urteil vom 4.4.1995 (OVG 8 B 4.95; zit. in: OVG 8 B 44.95, S. 6 ff) behauptete der 8. Senat, dass es „gerichtsbekannt“ „seit langem wieder Flugverkehr mit Serbien“ gebe und auch der Landweg, selbst zu Zeiten des UN-Embargos, „prinzipiell offen“ (gewesen) sei. „Serbien“ stelle zudem „neue Reisedokumente“ aus.

An dieser Stelle muss auf sprachliche Ungenauigkeiten des 8. Senats hingewiesen werden. Immer wieder war in Urteilen und Beschlüssen des 8. Senats von „Serbien“ die Rede, obwohl es um die (zu jenem Zeitpunkt international nicht anerkannte) Bundesrepublik Jugoslawien (BRJ) ging, also um das Staatengebilde der ehemaligen Teilrepubliken Serbien und Montenegro. Wenn in dem Urteil OVG 8 B 4.95 immer wieder von „Serben“ die Rede war, die problemlos nach „Serbien“ einreisen könnten, musste angesichts dieser grundfalschen Bezeichnungen der Verdacht aufkommen, dass die RichterInnen des 8. Senats nicht zu differenzieren imstande oder Willens waren. Denn natürlich handelte es sich bei den von der Einreiseverweigerungspolitik betroffenen Menschen in der Mehrheit gerade *nicht* um „Serben“, sondern um Minderheitenangehörige des Landes (d.h. um Kosovo-AlbanerInnen, Muslime aus dem Sandschak, Roma).

Und wenn der 8. Senat von einem regen Reiseverkehr oder einer guten Auslastung der Flugzeuge nach „Serbien“ sprach, war unklar, ob den RichterInnen bewusst war, dass es sich hierbei um die Reisebewegungen so genannter ‚GastarbeiterInnen‘ aus Deutschland und deren Familienangehörige handelte – und eben *nicht* um abgelehnte de-facto-Flüchtlinge, um die es eigentlich ging¹⁰⁹.

Hinsichtlich der umstrittenen Frage, ob Minderheiten-Flüchtlinge auf dem Weg in ihr Herkunftsland überhaupt die entsprechenden Drittstaaten visumsfrei durchqueren konnten, hielt sich der 8. Senat an die „Darstellung des Landes-einwohneramtes vom 31. März 1995, an der zu zweifeln wegen dessen einschlägiger praktischer Erfahrung kein Grund besteht“ (a.a.O., 7). Diese Formulierung war bemerkenswert, denn die Darstellungen der prozessbeteiligten

¹⁰⁸ Die Dokumentation einer entsprechenden Anfrage der 35. Kammer vom 29.1.1997 an die Innenministerien der Länder (und der z.T. höchst aufschlussreichen Antworten) ist enthalten in: Stenger 1997, 119 ff. Bis auf Bayern und Thüringen erhielten jugoslawische Flüchtlinge bis zum Zeitpunkt einer tatsächlich möglichen Abschiebung generell Duldungen, in Schleswig-Holstein in Einzelfällen (unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 4 AuslG) sogar Aufenthaltsbefugnisse.

¹⁰⁹ Eine Erklärung des jugoslawischen Transportministeriums vom 16.11.1994 differenzierte zwischen Flüchtlingen und abgelehnten AsylbewerberInnen, denen die Einreise nicht mehr erlaubt werden sollte, und JugoslawInnen, die über eine gültige Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis in Deutschland verfügten, und TouristInnen. Zumindest müsse die „Echtheit“ des jugoslawischen Passes von der Botschaft bestätigt werden (was Minderheiten-Flüchtlingen jedoch grundsätzlich verweigert wurde).

Ausländerbehörde zielten vor allem darauf ab, die Öffentlichkeit und die Justiz zu des-informieren, um ihre Praxis der kontrolliert-freiwilligen Ausreisen weiter betreiben zu können.

Die Argumentation des 8. Senats war *in sich* inkonsequent und brüchig, zudem waren die Ausführungen sprachlich und gedanklich nur schwer nachvollziehbar: Hinter dem juristischen Wortgeklingel verbarg sich bei näherer Betrachtung kaum mehr als juristisches Imponiergehabe und eine kaum verhüllte politische Verweigerungshaltung. Folgende Detailausführungen sollen dies verdeutlichen (OVG 8 B 4.95; zit. nach OVG 8 B 44.95; S. 7 f):

Der 8. Senat behauptete, die offiziell verkündete Einreiseverweigerungspolitik der jugoslawischen Behörden richte sich „nur gegen sog. Massen-Abschiebungen von Asylbewerbern. Darum geht es hier nicht [...]“ (zit. a.a.O., 7; tatsächlich hatten die jugoslawischen Behörden die von einigen westeuropäischen Ländern angekündigten Massenabschiebungen zum *Anlass* für ihre restriktive Einreisepolitik genommen; sie betraf jedoch *alle* abgelehnten Flüchtlinge). „Anzeichen dafür, es solle generell die Rückkehr serbischer Staatsangehöriger [...] verhindert werden, gibt es nicht im hinreichenden Maß. Im Gegenteil steht derzeit fest, dass zumindest ein sehr erheblicher Teil der abstrakt Betroffenen, den Anschein nach das Gros der dazu Bereiten in die Heimat reisen kann, und zwar ohne die serbischen Grenzeinrichtungen zu umgehen“, führen die RichterInnen fort, ohne dem widersprechende Erklärungen und Tatsachenfeststellungen (u.a. des BGS!) auch nur in Betracht zu ziehen.

Die RichterInnen drehten einfach den ‚Beweisspieß‘ um und behaupteten, es fehle an Belegen für die Annahme einer *prinzipiell unmöglichen* Rückkehr:

„Für eine solche Vermutung fehlt es an der Grundlage, diese wäre sonst erschüttert [so im Original; T.H.]. Nach Ansicht des Senats steht das Gegenteil fest. ‚Tatsächliche Vermutung‘ setzt, die in der Literatur zum Teil geäußerten Zweifel an der Legalität des Instituts [...] beiseite gelassen, jedenfalls Faktoren voraus, die nach der Lebenserfahrung einen entsprechenden Schluss zulassen, vor allem einen typischen Geschehensablauf [...]. Solche Basis für den Schluss, freiwillige Rückkehr werde nicht hingenommen, bietet die (mehrfach wiederholte) Ankündigung und weithin umgesetzte Praxis Serbiens, (völkerrechtswidrig) Staatsbürger nicht aufgrund Abschiebung zurückzunehmen, keineswegs. In diesem Feld gibt es weder typischen Geschehensablauf noch sonstige Lebenserfahrung“ (a.a.O., 8).

In anderen Worten: Es lägen zu wenig Beweise dafür vor, dass die jugoslawischen Behörden ihre offiziellen Ankündigungen auch wahr machten: „Maßgebend sind nicht theoretische Äußerungen, sondern ist die tatsächliche Praxis“ (a.a.O., S. 10).

Hinsichtlich dieser Praxis an den jugoslawischen Grenzen gab es tatsächlich nur wenige Erkenntnisse. Der 8. Senat nahm zur Begründung seiner Position hilfsweise Bezug auf eine Angabe der DRK-Rückkehrberatung in Berlin, wonach (in den Worten des Senats) von Mai 1994 bis Februar 1995 mit ihrer Hilfe „398 Serben über Mazedonien, 279 Serben über Ungarn und 4 Serben direkt mit dem Flugzeug nach Belgrad bzw. in ihre Heimat Serbien zurückgekehrt“ seien – wobei sich die Zahlen „zuletzt verringert haben sollten“, wie die RichterInnen einräumten (a.a.O., 9). Von der irreführenden Redeweise der „Serben“ einmal abgesehen war bereits die Unterstellung des 8. Senats problematisch, wonach diese nahezu ausschließlich über den Landweg aus Deutschland *ausgereisten* Personen auch tatsächlich in die BRJ *eingereist* seien – denn in der Sache ging es ja gerade um diese Frage der Einreisemöglichkeit, zu der die Zahlen des DRK aber keinerlei Auskunft gaben. Die DRK-Beratungsstelle bestätigte entsprechend kurz darauf auf Nachfrage der 35. Kammer, dass eine Rückkehr nach Belgrad in nur drei (!) konkreten Ausnahmefällen belegt sei und dass viele der ausreisewilligen Roma und AlbanerInnen aus dem Kosovo ihnen gegenüber erklärt hätten, dass sie damit rechneten, im Falle einer gescheiterten Einreise in die BRJ in Drittländern zu verbleiben oder aber einen illegalen Einreiseweg suchen zu müssen (vgl. VG 35 A 238.94, S. 9). Das OVG Berlin bezeichnete diese Erklärungen („von Serben“, so die RichterInnen) in einer späteren Entscheidung als „unsubstantiiert“ (OVG 8 B 44.95, 11).

Ein ähnlicher Interpretationsstreit ergab sich hinsichtlich einer Darstellung der Grenzpolizeistation Bad Reichenhall vom 23.1.1995, auf die sich der 8. Senat ebenfalls zu stützen versuchte (a.a.O., 9). Diese besagte, dass regelmäßig so genannte ‚Gastarbeiterbusse‘ in das ehemalige Jugoslawien führen, welche vereinzelt auch von AsylbewerberInnen genutzt worden seien. Was der Senat jedoch zu bemerken ‚vergaß‘ war, dass auch die Grenzpolizei nur Angaben zur *Ausreise* aus Bayern und nicht etwa zur *Einreise* in die BRJ machen konnte und dass sie ausdrücklich betont hatte, dass im Rahmen solcher Reisen viele „Zweit- und Falschpässe“ zum Einsatz kämen – was im Umkehrschluss bedeutete, dass für die jugoslawischen Grenzbehörden eben nicht erkennbar war, dass es sich um abgelehnte Flüchtlinge handelte, die von der Einreisesperre betroffen waren, d.h. dass die Einreiseverweigerungspolitik von Einzelnen ‚trickreich‘ umgangen werden musste¹¹⁰.

¹¹⁰ Auch der 4. Senat OVG – 4 S 274.95 – unterstellte wie der 8. Senat implizit, dass mit einer *Ausreise* aus Deutschland bereits eine gelungene *Einreise* in die BR Jugoslawien verbunden sei und behauptete somit, was zu beweisen gewesen wäre: „Dass die Einreise in die Bundesrepublik Jugoslawien [...] im Regelfall auch tatsächlich möglich sein dürfte, kann mit den bekannten Zahlen von freiwilligen Rückkehrern aus dem Land Berlin und von auf Betreiben des Antragsgegners [der Ausländerbehörde; T.H.] über Drittländer ausgereisten Personen belegt werden“ (ebd., 3) – letzteres war eine elegante Umschreibung der ‚erzwungen-freiwilligen‘ Ausreisen / fingierten ‚Abschiebungen‘ in unbeteiligte Drittstaaten.

Das OVG Berlin legte den Betroffenen im Ergebnis nahe, sie sollten durch illegale Mittel (Passfälschungen usw.) und Täuschungsversuche die offizielle Einreiseverweigerungspolitik der BRJ umgehen und stellte sie faktisch vor die Alternative, entweder ‚illegal‘ in die BRJ einzureisen oder ‚illegal‘ in Deutschland zu verbleiben.

Die 35. Kammer trat den Ausführungen des 8. Senats mit Beschluss vom 15.5.1995 (VG 35 A 238.94 u. 3469.94) entgegen. Es komme nicht auf die Frage an, ob *generell* Flugverkehr oder Landverbindungen mit der BR Jugoslawien bestünden, denn entscheidungserheblich sei die Frage, ob abgelehnte Flüchtlinge entgegen der offiziell verkündeten Einreiseverweigerungspolitik dennoch einreisen dürften, wofür es aber keinerlei Hinweise gebe¹¹¹. Auch sei es unzulässig, von den Betroffenen eine illegale Einreise in die BRJ oder die Bestechung oder Täuschung der jugoslawischen Grenzbehörden zu verlangen (vgl. VG 35 A 239.94, 9).

Der Tatsachenstreit zwischen der 35. Kammer und dem 8. Senat des Berliner (Ober-) Verwaltungsgerichts um die Frage einer ‚freiwilligen‘ Rückkehrmöglichkeit war im Wesentlichen auch einer um die Frage der Beweislast (vgl.: VG 35 A 822/95, B.v. 18.8.95, S. 10 und ausführlich: VG 35 A 1395.95, B.v. 2.2.1996, 9 f). Die 35. Kammer vertrat die Ansicht, dass es keine vernünftigen Zweifel daran geben könne, dass die jugoslawischen Behörden ihre offiziell verkündete Einreise(verweigerungs)politik auch in der Praxis durchzusetzen versuchen würden, zumal die jugoslawische Seite mit dieser Politik konkrete politische Ziele verfolgte (völkerrechtliche Anerkennung, finanzielle Hilfen, Verhinderung einer Minderheiten-Rückkehr usw.). Dementgegen behauptete der 8. Senat, dass es bewiesen werden müsse, dass die tatsächliche Einreisepolitik an den jugoslawischen Grenzen auch den politischen Vorgaben entsprach.

Der 4. Senat des OVG Berlin legte mit seinem Beschluss OVG 4 S 274.95 vom 30.8.1995 die Beweislast indirekt sogar den Flüchtlingsberatungsstellen auf, und zwar in einer Art und Weise und mit einem Unterton, der als pures Ressentiment gewertet werden muss:

„Wären Einreisen für den Regelfall ausgeschlossen, wäre dies angesichts des hohen Niveaus der Beratung der betroffenen Personen durch Ausländer betreuende Institutionen sowie der bestehenden Kommunikationsmöglichkeiten zu belegen (Direktwahl im Telefonverkehr nach Deutschland aus den an die Bundesrepublik Jugoslawien angrenzenden Staaten Ungarn, Bulgarien und Rumänien)“.

Die RichterInnen unterstellten also, an der Grenze zu Jugoslawien abgewiesene Flüchtlinge hätten in Ungarn, Bulgarien und Rumänien nichts besseres zu tun, als eine Beratungsstelle in Berlin anzurufen, um von ihrer Zurückweisung an der Grenze zu berichten! Ohne große Mühen ließ sich die zitierte Passage deshalb dahingehend interpretieren, dass das den Beratungsstellen bescheinigte „hohe Niveau“ nicht etwa als Kompliment gemeint war (zumal von einem ‚hohen Niveau‘ angesichts der faktischen Überforderung der Beratungsstellen zu jener Zeit nicht die Rede sein konnte), sondern eher als Vorwurf, dass nämlich die Beratungsstellen mit den ‚Ausländern‘ eng zusammen arbeiten und ihnen bei der vermeintlich unrechtmäßigen ‚Erschleichung‘ von Duldungen helfen würden.

Der erste und der fünfte Senat des OVG Berlin (vgl. hierzu: VG 35 A 1395.95, B.v. 2.2.1996, 10) verlangten von Flüchtlingen, denen eine Duldung verweigert worden war, *sie* müssten *nachweisen*, dass eine freiwillige Rückreise in die BRJ *generell* unmöglich sei. Die 35. Kammer merkte hierzu an:

„Ein solcher Beweis ist im übrigen – selbst wenn der Sachverhalt objektiv zuträfe – positiv in dieser Allgemeinheit grundsätzlich nicht führbar und kann schon aus diesem Grunde niemandem abverlangt werden“ (a.a.O.).

Divergierende Rechtsprechung zu § 55 Abs. 2 AuslG

Es blieb der 35. Kammer angesichts des im Detail ‚verbissenen‘ Tatsachenstreits im Sommer 1995 nichts anderes übrig, als der Duldungsrechtsprechung des OVG Berlin *grundsätzlich* zu widersprechen. Die Kammer wandte sich am 18.8.1995 mit ihrem Beschluss VG 35 A 822/95 erstmals offen gegen die vom 8. Senat entwickelte Interpretation des § 55 Abs. 2 AuslG, wonach in Fällen der Duldung wegen tatsächlicher Abschiebungshindernisse auch eine *freiwillige Rückkehr* unmöglich sein müsse: „Einer solchen Auslegung ist § 55 Abs. 2 [...] AuslG nicht zugänglich“ (a.a.O., 7), stellte die Kammer fest. Das Gesetz knüpfte *allein* an die aus tatsächlichen Gründen

¹¹¹ Die Botschaft der BRJ hatte mit Verbalnote vom 18.1.1995 definitiv erklärt, keine ‚Heimreisescheine‘ bis zum Abschluss eines Rückübernahmeabkommens ausstellen zu wollen. Das Auswärtige Amt informierte mit Schreiben vom 8.2.1995 die Berliner Innenverwaltung, dass angesichts dessen „jegliches Insistieren [...] nicht sinnvoll“ sei – diese Dokumente lagen auch dem 8. Senat vor, denn sie wurden in seinen Begründungen ausdrücklich erwähnt.

unmögliche *Abschiebung* der Betroffenen an, was in den Fällen objektiver Abschiebungshindernisse einen subjektiven Rechtsanspruch auf Duldung nach sich zöge.

An dieser Stelle muss an die enorme politische Bedeutung des juristischen Streits um die Duldung jugoslawischer Flüchtlinge in Berlin erinnert werden. Am 22.6.1995 hatte das Berliner Abgeordnetenhaus mit einem Mehrheitsbeschluss den Berliner Senat aufgefordert, Duldungen an jugoslawische Flüchtlinge wegen der tatsächlichen Unmöglichkeit ihrer Abschiebung zu erteilen. Der Innensenator verweigerte sich diesem Parlamentsauftrag, weil die Rechtsprechung des OVG Berlin dem entgegen stünde.

Die unhaltbaren Folgen dieser Praxis – die Illegalisierung tausender Flüchtlinge – mögen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zunehmend bewusst geworden sein, sie konnte sich jedoch nicht aus dem Bann der Rechtsprechung des 8. Senats lösen. Stattdessen appellierten einzelne RichterInnen vor allem des OVG Berlin an den Berliner Senat, den Betroffenen Duldungen „aus humanitären Gründen“ zu erteilen (vgl. Tagesspiegel vom 14.9.1995, S. 14; auch: VG 35 A 1140.95, S. 8¹¹²). Diese Appelle an die Politik waren angesichts der Tatsache, dass der Schlüssel zur Duldungserteilung in den Händen der Justiz lag, höchst fragwürdig. Den OberverwaltungsrichterInnen ging es bei ihren Appellen vermutlich auch nicht um das Schicksal und die Probleme der von ihnen und den Behörden illegalisierten Menschen, sondern darum, dass das OVG Berlin geradezu ‚ertränkt‘ worden war in Beschwerden der Ausländerbehörde gegen die zahlreichen Duldungsbeschlüsse der 35. Kammer und die OberrichterInnen weder willens noch in der Lage waren, dem enormen Arbeitspensum der 35. Kammer etwas entgegenzusetzen.

Die 35. Kammer warf dem 8. Senat in diesem Zusammenhang nicht weniger als eine verfassungswidrige richterliche Rechtsfortbildung¹¹³ vor, da der Wortlaut des § 55 Abs. 2 AuslG eindeutig und „die Vorschrift auch nach ihrer Systematik und ihrem Sinn abschließend gestaltet“ (ebd., 7) sei. Nach der Logik des Ausländergesetzes setze vielmehr „der Duldungstatbestand des § 55 Abs. 2 AuslG [...] systematisch die Verweigerung der freiwilligen Ausreise voraus“ (ebd.), denn Abschiebungen seien rechtlich erst dann vorgesehen, wenn es an der Bereitschaft, freiwillig auszureisen, fehle. Mithin könne es nur in diesen Fällen überhaupt zu Situationen kommen, in denen einer rechtlich möglichen Abschiebung faktische Abschiebungshindernisse entgegenstünden, so dass eine Duldung aus tatsächlichen Gründen erteilt werden müsse.

Die Kammer wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Duldungsvorschrift vor allem (auch) den Zweck habe, „die Ausländerbehörde von ihrer gesetzlichen Abschiebungspflicht zu entbinden [...], weil es systemwidrig wäre, eine Verpflichtung zur Vornahme einer tatsächlich unmöglichen Handlung zu normieren“ (ebd., 8). Die Duldung sei mithin „lediglich faktische Folge der gegebenen Verhältnisse“ und schaffe auch keinerlei begünstigende aufenthaltsrechtliche Sachverhalte. Die Richter der 35. Kammer verwahrten sich ausdrücklich gegen die Behauptung des 8. Senats, „illegale Anwesenheit“ würde „mittels vermeintlichem Duldungsanspruchs ‚legalisiert‘“ (zit. nach ebd., 8). Die Duldungsregelung sei vielmehr auch „rechtspolitisch sinnvoll“, weil mit dem „dauerhaft illegalen Aufenthalt zahlreicher Ausländer“ „erhebliche Nachteile für die Gesellschaft“ verbunden seien (ebd.).

Die 35. Kammer wies den 8. Senat in ihrer Grundsatzentscheidung schließlich noch darauf hin – dies habe ich bereits ausgeführt –, dass auch die Bezugnahme auf die Befugnisregelung des § 30 Abs. 3 AuslG rechtlich unzulässig sei.

Diese von den Richtern der 35. Kammer überzeugend und umfassend vorgetragene Argumente waren angesichts des eindeutigen Wortlautes und der Systematik des Gesetzes eigentlich *zwingend* – alle nachfolgenden Entscheidungen mussten sich an diesem Vortrag messen lassen. Der Rechtsprechungsstreit am Berliner Verwaltungsgericht hatte sich allerdings längst zu einer ‚Prestige-‘ und Machtfrage entwickelt, bei der ein Nachgeben in der Sache als ‚Gesichtsverlust‘ gewertet

¹¹² Der Vize-Präsident des OVG Berlin (und Mitglied des 8. Senats) hatte in einem Brief an den Berliner Innensenator angedeutet, dass der Verbleib der Flüchtlinge in Berlin „auf nicht absehbare Zeit“ ohnehin feststehe und die Gerichte deshalb dauerhaft mit deren Anträgen zu tun hätten, „ohne die Problematik im Ansatz zu lösen oder Rechtsfrieden herbeizuführen“ (zit. nach: TSP vom 14.9.1995, S. 14). Der 7. Senat argumentierte in einem Beschluss (OVG 7 S 94.95 vom 16.8.1995) damit, dass auch das öffentliche Interesse „an der Vermeidung unnötigen Verwaltungsaufwands“ bei einer Duldungserteilung aus humanitären / politischen Gründen durch die Senatsinnenverwaltung berücksichtigt werden könne.

¹¹³ Eine richterliche Rechtsfortbildung im Wege der Analogie, d.h. der Übertragung einer bestehenden Rechtsnorm auf einen vergleichbaren aber gesetzlich (noch) unregulierten Sachverhalt, ist nur dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn die Gerichte im einfachen Recht eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigte „Gesetzeslücke“ feststellen (vgl. hierzu z.B.: VGH BW – 13 S 3017/99, B.v. 26.7.2000, in: InfAuslR 11-12/2000, 489, m.w.N.). Eine Änderung und Ergänzung bestehender Gesetze, die sich z.B. durch spätere Entwicklungen als unzureichend oder ungenügend erweisen, bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten.

worden wäre. Ein Austausch der *rechtlichen* Argumente und eine *inhaltlich* solide geführte Auseinandersetzung mit dem Grundsatzbeschluss der 35. Kammer fand deshalb innerhalb der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit *nicht* statt – dies war ein eindrucksvoller Beleg der These, dass die Vorstellung eines interessensfreien und rationalen Rechtsprechungsdiskurses illusionär ist.

Als Beispiel hierfür kann ein Beschluss der 15. Kammer vom 25.8.1995 (VG 15 A 296.94) gelten, der insgesamt ganze drei Seiten umfasste und in dem die komplexe rechtliche Frage einer Duldungserteilung wegen tatsächlicher Abschiebungshindernisse auf gerade einmal einer halben Seite (!) abgehandelt wurde. Die ‚Begründung‘ bestand im Kern aus dem einzigen Satz:

„Denn ein Ausländer verdient nicht den Schutz einer Duldung, der freiwillig in seinen Heimatstaat zurückreisen kann (im Anschluss an das Urteil des OVG Berlin vom 27. Juni 1995 – OVG 8 B 44.95)“ (a.a.O., 3).

Auch bei der Frage der „freiwilligen Ausreisemöglichkeit“ nach Jugoslawien beschränkte sich die 15. Kammer auf eine unselbständige Übernahme der ‚Begründung‘ des 8. Senats. Die Gegenargumente der 35. Kammer, die immerhin zum Teil auf offiziellen Verlautbarungen und Auskünften des Auswärtigen Amtes basierten, wurden mit dem folgendem, inhaltlich nicht weiter begründeten Satz für praktisch irrelevant erklärt:

„Die verschiedentlich geäußerten Zweifel an der Möglichkeit der freiwilligen Rückreise nach Serbien veranlassen nicht zu einer teilweisen Vorwegnahme der Hauptsache“ (ebd., 3)¹¹⁴.

Fortsetzung des Tatsachenstreits

Parallel zur Auseinandersetzung um die Rechtsfortbildung des 8. Senates wurde auch der Tatsachenstreit fortgeführt, ob eine ‚freiwillige Ausreise‘ in die BRJ für Minderheitenflüchtlinge überhaupt möglich sei.

Am 20.9.1995 kam es in diesem Zusammenhang zu einem obskur zu nennenden Beschluss des 8. Senats (OVG 8 S 338.95). Nachdem die 35. Kammer immer mehr Hinweise dafür zu Tage befördert hatte, dass aus Berlin *ausgereiste* jugoslawische Flüchtlinge wegen der Einreiseverweigerungspolitik der BRJ in Drittstaaten ‚hängenblieben‘¹¹⁵, erklärte der 8. Senat mehr oder weniger eindeutig seinen Unwillen, sich mit dieser Sachfrage, die er selbst als entscheidungserheblich in die Debatte eingebracht hatte, überhaupt noch weiter beschäftigen zu wollen (a.a.O., 2; Kursive von mir, T.H.):

„Die Annahme [der 35. Kammer; T.H.] des Verwaltungsgerichts, gegebenenfalls zur freiwilligen Ausreise bereite Serben [sic!] aus Rest-Jugoslawien [so im Original; T.H.] würden in Nachbarstaaten ‚hängenbleiben‘, ihr Zielland nicht erreichen, ist tatsächlich nicht verifiziert worden, *auch nicht verifizierbar*, was prozessural zu Lasten des Antragstellers geht [...]“.

Warum eine zuvor noch breit diskutierte Tatsachenfrage auf einmal generell nicht mehr ‚verifizierbar‘ sein sollte, begründeten die RichterInnen des 8. Senats indes nicht. Ersichtlich wurde nur, dass sich der 8. Senat offenkundig nicht mehr mit den inhaltlich fundierten Ausführungen der ‚aufmüpfigen‘ 35. Kammer auseinandersetzen wollte – zumal den OberverwaltungsrichterInnen vermutlich bewusst wurde, dass sie auf ‚verlorenem Posten‘ standen. An die Stelle des Arguments trat deshalb das bloße Machtwort, das der 35. Kammer signalisieren sollte: *Bringt uns so viele Beweise wie ihr wollt, für uns ist die Sache entschieden!*

Doch trotz der angeblich nicht verifizierbaren Fragestellung kam es in der Folge weiterhin zu umfangreichen Beweiserhebungen, und zwar sowohl durch die 35. Kammer als auch durch den 8. Senat.

Die Beweiserhebung der 35. Kammer (vgl. Niederschrift der öffentlichen Sitzung vom 22.9.1995 in dem Verfahren VG 35 A 785.95) ergab dabei folgendes Bild¹¹⁶:

- Der Leiter der Bonner Mission der IOM (International Organisation for Migration), die vom OVG Berlin zuvor stets mit der Auskunft zitiert worden war, dass eine Weiterreise von Mazedonien nach Jugoslawien „problemlos“ möglich sei (so z.B. in: OVG 8 B 44.95, 11 und OVG 4 S 274.95, 4), stellte klar, dass er über die entsprechende

¹¹⁴ Denn (vgl. ebd., 3 f): Einer Bestrafung wegen ‚illegalen Aufenthalts‘ ohne Duldung stünde – in dem Fall, dass eine Rückreise tatsächlich unmöglich sein sollte –, „die etwaige Unmöglichkeit normgerechten Verhaltens“ entgegen. Diese Einschätzung widersprach allerdings der damaligen Rechtsprechung des Berliner Kammergerichts.

¹¹⁵ U.a. gab es einen Erlebnisbericht einer Mitarbeiterin einer Beratungsstelle, die in Bulgarien zahlreiche BettlerInnen jugoslawischer Herkunft angetroffen hatte, die wegen der Einreiseverweigerungspolitik nicht in ihr Heimatland hatten zurückkehren können (vgl. VG 35 A 1140.95, S. 11).

¹¹⁶ Ich bitte um Verständnis für die teilweise sehr ausführliche und detaillierte Darstellung, jedoch ist der Nachweis, dass eine *politische* Rechtsprechung vorliegt, zumeist nur dadurch zu führen, dass alle vorgegebenen rechtlichen und inhaltlichen Begründungsaspekte in der Sache unhaltbar sind.

Auskunft einer Mitarbeiterin „sehr unglücklich“ sei, da diese hierzu „weder ermächtigt gewesen sei noch die fachliche Kompetenz für eine solche Beurteilung gehabt habe“ (vgl. Niederschrift a.a.O., 2). IOM werde nur organisatorisch tätig und verfüge über keine Kontakte zu Betroffenen oder Rückmeldungen über den Erfolg einer Einreise nach Jugoslawien.

- Ein Flüchtling berichtete als Zeuge detailliert von ihm bekannten (insgesamt vier) Fällen von Zurückweisungen an der jugoslawischen Grenze. Die Betroffenen (albanische Flüchtlinge aus dem Kosovo) kenne er überwiegend persönlich (namentlich), und sie hätten ihm zumeist selbst am Telefon von ihren Erfahrungen berichtet. Den Ausreisen der Betroffenen sei in der Regel der Entzug der Duldung vorausgegangen. Der Zeuge berichtete von erheblichen Misshandlungen im Zusammenhang mit den Grenzabweisungen, aber auch von Festnahmen und Misshandlungen kurz nach einer geglückten Einreise (bleibender Nierenschaden, seitdem Dialysebehandlung; tödlicher Infarkt der Frau eines Misshandelten drei Tage nach den Ereignissen). Zwei der Betroffenen seien nach der Grenzabweisung in Mazedonien ‚hängengeblieben‘, die zwei anderen seien in Haft geraten.
- Ein zweiter Zeuge berichtete im Rahmen der Beweisaufnahme ausführlich und glaubhaft (vgl. a.a.O., 5 ff) von seiner Zurückweisung an der jugoslawisch-mazedonischen Grenze und von den unwürdigen Umständen der deshalb erforderlichen erneuten (illegalen) Einreise nach Deutschland (Berlin).
- Daraufhin wurde Herr Dendl, Beamter der Grenzpolizeistation Bad Reichenhall, von der 35. Kammer vernommen – dies war die zweite wesentliche ‚Quelle‘, auf die sich die Berliner Oberverwaltungsgerichte bislang berufen hatten (vgl. z.B. OVG 8 B 44.95, 9 und OVG 4 S 274.95, 4). Herr Dendl erklärte, dass zwar auch Personen, die sich ohne Aufenthaltstitel (illegal) oder im Rahmen eines Asylverfahrens in Deutschland aufgehalten hatten, in einem so genannten ‚Gastarbeiterbus‘ an der (deutschen) Grenze angetroffen worden seien (vgl. a.a.O., 9 ff). Er erklärte jedoch zugleich, dass diese Schlepper bezahlt hätten, um „ohne Grenzkontrollen“ nach Jugoslawien kommen zu können! Es würden häufig Zweit- oder Falschpässe eingesetzt, um nach Jugoslawien einreisen zu können, weil so die jugoslawischen Grenzstellen nicht erkennen könnten, dass es sich bei den Betroffenen um aus Deutschland kommende (abgelehnte) Flüchtlinge handele.
- Dr. Martin Kuhlmann vom BGS Koblenz bestätigte ebenfalls, dass mit Hilfe von „Zweit- und Falschdokumenten [...] insbesondere sehr viele Rückkehrer auf diese Weise an der Grenze nicht als aus Deutschland kommend erkannt werden und entgegen der offiziellen Linie der serbischen Grenzbehörden, wonach eine Einreise generell untersagt wurde, den einzelnen Beamten durchrutschen“ (a.a.O., 13).
- Ein Vertreter der DRK-Beratungsstelle für Rückkehrhilfen, auf deren Zahlen und Auskünfte sich das Berliner OVG immer noch zu stützen versuchte, erklärte (erneut), dass generell keine Erfahrungen über *Einreisen* nach Jugoslawien vorlägen. Es seien jedoch vier Fälle von Minderheiten-Angehörigen bekannt geworden, denen zwar eine (illegale) Einreise zunächst gelungen war, die dann aber verhaftet, misshandelt und verhört worden – und deshalb nach Berlin zurückkehrt seien (a.a.O., 14). Die meisten Flüchtlinge aus dem Kosovo, die mit Hilfe des DRK nach Mazedonien ausflogen, hätten erklärt, in Mazedonien bleiben zu wollen, da sich auch ihre aus dem Kosovo vertriebenen Familien dort aufhielten. Der Vertreter des DRK bestätigte, dass jugoslawische Flüchtlinge, insbesondere Minderheiten-Angehörige, keine Pässe oder Ausweisersatz-Papiere erhielten (nur in einem Ausnahmefall einer Sterbenskranken sei dies gelungen).

An dieser Stelle ist in dem Protokoll der öffentlichen Sitzung vermerkt, dass der Vertreter der Ausländerbehörde fünf Fälle präsentierte, in denen die jugoslawische Botschaft in letzter Zeit Pässe ausgestellt habe. Ob es sich dabei um Minderheiten-Angehörige handelte, welche Umstände im jeweiligen Einzelfall gegeben waren und welchen aufenthaltsrechtlichen Status die Betroffenen hatten, ging aus den Akten jedoch nicht hervor. Zumindest in einem Fall handelte es sich allerdings um einen *serbischen* Volkszugehörigen – und selbst wenn es sich in den übrigen vier Fällen um Minderheitenangehörige gehandelt hätte, wäre diese geringe Zahl angesichts tausender Betroffener kaum besonders aussagekräftig gewesen!

Das Berliner OVG blieb jedoch ‚stur‘ und behauptete weiterhin pauschal, dass jugoslawische Pässe ausgestellt würden (vgl. z.B. OVG 8 S 20.96, S. 4; B.v. 5.2.1996) – und zwar auch, nachdem selbst das Auswärtige Amt am 3.7.1995 das Gegenteil bestätigt hatte und RechtsanwältInnen und Beratungsstellen in mühevoller Kleinarbeit unzählige Eidesstattliche Versicherungen von Betroffenen zusammengetragen hatten, die belegten, dass Flüchtlingen (insbesondere aus dem Kosovo und dem Sandschak sowie Roma) von der jugoslawischen Botschaft in Berlin generell Reisepässe bzw. Heimreisepapiere verweigert wurden.

Dabei war besonders absurd, dass die Berliner Ausländerbehörde die (alten) Pässe der Betroffenen eingezogen hatte und diese auch nicht für Vorsprachen bei der Botschaft zum Zweck der Passbeantragung wieder ausgehändigt: Damit waren aber Passanträge entsprechend der Vorgaben der Botschaft *von vornherein* zum Scheitern verurteilt! Erst viel später händigte die Ausländerbehörde den Betroffenen zumindest beglaubigte *Kopien* der einbehaltenen Reisepässe aus – die jugoslawische Botschaft hatte zu diesem Zeitpunkt allerdings bereits mehrfach schriftlich erklärt, Passanträge nur bei Vorlage der abgelaufenen *Original*-Pässe bearbeiten zu wollen! Es war mithin die Ausländerbehörde selbst, die es verhinderte, dass die Betroffenen ihren ‚Mitwirkungspflichten‘ nachkommen konnten.

Das Ergebnis der Beweisaufnahme der 35. Kammer war eindeutig: Alle vom Berliner OVG vorgebrachten Belege dafür, dass die jugoslawischen Grenzbehörden die offizielle Einreiseverweigerungspolitik nicht (im Rahmen ihrer Möglichkeiten) in die Praxis umsetzten, hatten sich als haltlos oder nicht aussagekräftig erwiesen. Diese Erkenntnisse flossen in die ständige Recht-

sprechung der 35. Kammer ein, und konkrete Berichte über Zurückweisungen und Misshandlungen an den jugoslawischen Grenzen häuften sich im weiteren Verlauf der Zeit. Die Begründung des Beschlusses VG 35 A 1140.95 vom 3.11.1995 war infolge des Bemühens der Kammer um eine argumentative Überzeugung der anderen RichterInnen am VG / OVG Berlin auf immerhin 13 Seiten angeschwollen.

Anfang 1996 sah sich der 8. Senat derart in Bedrängnis geraten, dass er ebenfalls begann, zu der seiner Auffassung nach angeblich ohnehin „nicht verifizierbaren“ Frage Auskünfte einzuholen. So kam es zu einer Beweisaufnahme in dem Verfahren OVG 8 B 150.95.

Erneut wurde Dr. Kuhlmann, Polizeidirektor der Grenzschutzdirektion Koblenz, als Zeuge vernommen. Dieser bestätigte, dass nur noch StraftäterInnen nach Jugoslawien abgeschoben werden könnten: „Eine normale erfolgreiche Abschiebung eines Ausreisepflichtigen aus letzter Zeit ist mir nicht bekannt“. Die Ausländerbehörden hätten „keine Chance [...], Ausreisepflichtige abzuschieben“ (zit. nach dem Protokoll der öffentlichen Sitzung vom 19.3.1996 in dem Verfahren OVG 8 B 150.95). Der Zeuge berichtete weiterhin davon, dass mit dem Flugzeug reisende „jugoslawische Staatsangehörige ohne Aufenthaltstitel [...] fast nahezu alle wieder zurückgekommen“, d.h. von den jugoslawischen Grenzbehörden in Belgrad abgewiesen worden seien. Über Zurückweisungen von Kosovo-AlbanerInnen an den Landesgrenzen konnte Dr. Kuhlmann keine „klare Aussage“ machen (vgl. ebd.).

In demselben Verfahren bat das Berliner OVG mit Beweisbeschluss vom 29.3.1996 das Auswärtige Amt um eine Präzisierung seiner Angaben. Dieses hatte in seinem Lagebericht vom 27.2.1996 eindeutig festgestellt, dass „freiwillige Rückkehrer [...] nur dann eine Aussicht auf Einreisegestattung der jug. Grenzorgane“ hätten, wenn „aus ihrem Pass nicht ersichtlich ist, dass sie ein Asylverfahren durchlaufen haben. Eine Duldung im Pass ist für die jugoslawischen Grenzbehörden ein Indiz für ein vorangegangenes Asylverfahren“. Der 8. Senat des OVG Berlin, sonst nicht darum verlegen, sich auf Angaben des Auswärtigen Amtes nahezu ‚blind‘ zu stützen, stellte also lieber diese offizielle und eindeutige Erkenntnislage in Frage, als die Unhaltbarkeit seiner Rechtsprechung endlich einzuräumen!

In dieser Phase, als also der 8. Senat längst mit dem Rücken zur Wand stand¹¹⁷, erging der Beschluss OVG 8 S 20.96 vom 5.2.1996: Das Ergebnis der eigenen Beweisaufnahme schien für die RichterInnen anscheinend bereits vor dessen Abschluss festzustehen – bereits dies war rechtsstaatlich unannehmbar! –, denn in dem Beschluss wurde lapidar behauptet:

„Die freiwillige Rückkehr ist möglich“ (a.a.O., 4).

Die ‚Begründung‘ hierfür war bemerkenswert, denn sie erschöpfte sich in dem Verweis auf die eigene Rechtsprechung und die der anderen Senate, die allesamt vom 8. Senat ‚abgeschrieben‘ hatten:

„Es ist in einer erheblichen Zahl von Fällen dokumentiert, dass die serbische Botschaft Pässe ausstellt, und, dass die Heimatbehörden die Heimreise zulassen. Bloße frühere, abstrakte offizielle Erklärungen werden nicht, zumindest nicht annähernd realisiert (st. Rspr. des 1., 4., 5., 6., 7. und des beschließenden Senats). Das hat der Senat vielfach eingehend dargestellt“ (ebd.).

Mit den zahlreichen konkreten Widerlegungen eben dieser Darstellung des 8. Senats durch die 35. Kammer befassten sich die RichterInnen nicht einmal mehr – sie waren offenkundig der Auffassung, dass etwas nur oft genug wiederholt werden musste, um ‚Recht‘ behalten zu können. Der Beschluss OVG 8 S 20.96 war insgesamt in einem ‚Stakkato-Ton‘ formuliert, der wohl auch den Ärger der OberverwaltungsrichterInnen zum Ausdruck brachte, sich mit diesen ‚unerquicklichen Duldungsgeschichten‘ und den unerwünschten Flüchtlingen aus dem ehemaligen Jugoslawien immer noch befassen zu müssen, obwohl die Sache rein ‚machttechnisch‘ doch eindeutig gelagert zu sein schien (sechs Senate des OVG Berlin gegen eine Kammer des Verwaltungsgerichts). Der Unmut der RichterInnen war vermutlich umso größer, als sie zu diesem Zeitpunkt ahnen mussten, dass sie mit ihrer Rechtsprechung scheitern würden.

Nicht zum ersten Mal hielten die RichterInnen des 8. Senats den Betroffenen (einem kosovo-albanischen Ehepaar) im Rahmen einer Begründung sogar vor, ihre ‚Volkszugehörigkeit‘ nicht ‚bewiesen‘ zu haben:

„Sie haben zudem nicht glaubhaft gemacht, albanische Volkszugehörige zu sein“ (a.a.O., 4).

Letztlich stellten sie hiermit ihre eigene ablehnende und grundsätzlich misstrauische Haltung gegenüber Flüchtlingen unter Beweis (die albanische Volkszugehörigkeit der Betroffenen war

¹¹⁷ Auch der VGH Baden-Württemberg hatte zu diesem Zeitpunkt die Rechtsprechung des Berliner OVG ‚in Bausch und Bogen‘ verworfen; hierzu später.

bereits an deren Namen zu erkennen; offizielle Nachweise über eine ‚albanische Volkszugehörigkeit‘ gibt es selbstverständlich nicht).

Die Betroffenen hatten gegenüber der Ausländerbehörde als Duldungsgrund unter anderem vorgetragen, dass die Frau im siebten Monat schwanger und deswegen reiseunfähig sei; eine Kopie des Mutterpasses mit dem errechneten Entbindungstermin (21.10.1995) war der Behörde vorgelegt worden, so der 8. Senat in seinem Beschluss vom 5.2.1996 (die RichterInnen entschieden also kurz nach Ablauf der gesetzlich geschützten Mutter- und somit auch Abschiebeschutzfristen). Die RichterInnen ergänzten den Sachverhalt mit Ausführungen, die aufgrund ihrer Kürze kaum verständlich waren:

„Geburt des Kindes ist weder vorgetragen noch ersichtlich. [...] Duldung aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen [...] scheidet tatbestandsmäßig schon deshalb aus, weil der Entbindungstermin längst verstrichen, Geburt des Kindes nicht behauptet und belegt ist. Dass sie auch sonst schwerlich in Betracht käme, bedarf keiner Erörterung“ (a.a.O., 3).

Was verleitete die RichterInnen dazu, selbst noch die durch einen Mutterpass belegte Schwangerschaft bzw. Geburt eines Kindes mit den üblichen argwöhnenden Termini knurrig in Zweifel zu ziehen? Warum bemaßen sie der Frage, ob die hochschwangere Frau ihr Kind tatsächlich zum berechneten Geburtstermin geboren hatte, überhaupt eine rechtliche Bedeutung bei? Und wenn sie dies taten, warum fragten sie bei den Betroffenen nicht einfach nach, ob und wann das Kind geboren und ob es gesund sei? Die mögliche Antwort auf diese Fragen kann meines Erachtens nur in einem geradezu grenzenlosen Misstrauen und der persönlichen Abneigung der RichterInnen gegenüber den Betroffenen gefunden werden.

Den Inhalt des Beschlusses der 35. Kammer, der mit der Entscheidung des 8. Senats aufgehoben wurde, fasste das OVG in ebenfalls geradezu ‚ungebührlicher‘ Kürze zusammen:

„Das Verwaltungsgericht hat den Anträgen durch Beschluss vom 3. Januar 1996 stattgegeben, weil die Abschiebung tatsächlich unmöglich, im übrigen auch freiwillige Rückkehr, auf die es rechtlich nicht ankomme, nicht machbar sei“ (ebd.).

Eine *inhaltliche* Auseinandersetzung mit den Argumenten und der umfangreichen Beweiserhebung der 35. Kammer unterließen die RichterInnen, stattdessen fand sich zur ‚Begründung‘ unter anderem folgender kryptischer Hinweis:

„Nach dem unwidersprochenen, substantiierten Vortrag der Beschwerde [der Ausländerbehörde; T.H.], der sich in der Tendenz mit den Auskünften des Auswärtigen Amtes deckt, sind Abschiebungen (direkt/auf dem Luftweg) in das sog. Restjugoslawien bzw. Serbien [gemeint war die Bundesrepublik Jugoslawien; T.H.] wieder möglich, jedenfalls [!] die von Straftätern. Das bedarf jedoch keiner Erörterung“ (a.a.O., 3 f).

Diese Sentenz war für die ‚irrationale Selbstgenügsamkeit‘ der Rechtsprechung des 8. Senats geradezu typisch: Die äußerst fragwürdige Behauptung der Ausländerbehörde tatsächlich möglicher Abschiebungen blieb in der Sache unbelegt und wurde von den RichterInnen unkritisch und ungeprüft übernommen. Dabei war der angeblich ‚substantiierte Vortrag‘ der Ausländerbehörde eindeutig falsch und entsprach auch nicht den aktuellen Auskünften des Auswärtigen Amtes – im Rahmen seiner Beweiserhebung in dem Verfahren OVG 8 B 150.95 wird der 8. Senat dies nur kurz später von der Ausländerbehörde selbst bestätigt bekommen¹¹⁸! Da es sich bei den konkret in dem Verfahren Betroffenen aber gerade *nicht* um ‚StraftäterInnen‘ handelte, die eventuell trotz der generellen Einreiseverweigerungs politik der BRJ hätten abgeschoben werden können, blieb völlig unklar, welchen Erklärungswert die zitierte Passage überhaupt haben sollte – zumal der Senat seine Ausführungen dann selbst nicht einmal der weiteren ‚Erörterung‘ für würdig erachtete.

¹¹⁸ Vgl. Schreiben der Berliner Ausländerbehörde vom 13.3.1996 an den 8. Senat: In dem Zeitraum 1.1.1995 bis 11.3.1996 seien gerade einmal neun Personen, unter ihnen vier Minderheitenangehörige, auf dem Luftweg nach Belgrad abgeschoben worden – drei von ihnen wurden allerdings zurückgewiesen! Ob es sich bei den sechs ‚erfolgreich‘ Abgeschobenen (bis auf einen vermutlich ausschließlich serbische (!) Volkszugehörige) um ‚StraftäterInnen‘ handelte, die von der Einreiseperrre ohnehin ausgenommen waren, ging aus dem Schreiben der Ausländerbehörde nicht hervor.

Persönliche Eindrücke: Verhandlung des 8. Senats

Am 14.11.1995 nahm ich persönlich an einer öffentlichen Sitzung des OVG Berlin in dem Verfahren OVG 8 B 61.95 teil und musste erleben, wie befangen und geradezu ‚feindlich‘ gesonnen die RichterInnen des 8. Senats dem betroffenen Flüchtling gegenüber auftraten. Den kargen Ablehnungsfloskeln ihrer Beschlüsse entsprach eine im Gerichtssaal spürbare persönliche Ablehnung. Die RichterInnen setzten den Kosovo-Albaner, der anwaltlich nicht vertreten war und somit der ‚Phalanx der schwarzen Roben‘ alleine gegenüberstand, in der Verhandlung massiv unter Druck. Sie unterstellten ihm eine generelle Unglaubwürdigkeit, und es wirkte fast so, als handele es sich um einen ‚Angeklagten‘ – und nicht um jemanden, der sein ‚gutes Recht‘ einzuklagen versuchte.

Die RichterInnen bedrängten den Betroffenen mehrfach und hartnäckig, er solle doch einfach einen Asylantrag stellen und suggerierten, dass dies auch besser für ihn sei (es war offenkundig, dass die RichterInnen die Sache auf diese Weise ‚vom Tisch‘ bekommen wollten, ohne inhaltlich entscheiden zu müssen). Er sei bisher schlecht beraten gewesen, eine Duldung zu beantragen, so die RichterInnen, nun rate ihm das Gericht etwas anderes. Das Bundesamt sei nämlich für ihn zuständig, und wenn er einen Asylantrag gestellt habe, würde er auch sofort eine Aufenthaltsgestattung, eine Wohnung und soziale Versorgung bekommen. Die RichterInnen orakelten noch, der Betroffene müsse ja wohl seine Gründe haben, wenn er nicht zum Bundesamt gehen wolle – was dieser, inzwischen eingeschüchtert, leise verneinte.

Noch in einem weiteren Punkt wurde die Feindseligkeit der RichterInnen deutlich: Nachdem der Kosovo-Albaner geschildert hatte, dass er sich zweimal vergeblich bei der jugoslawischen Botschaft um einen Pass bemüht habe, fielen folgende Bemerkungen aus den Reihen der RichterInnenschaft: „Was hat das denn mit dem Asylverfahren zu tun?“ und: „Pässe sind aber doch nach der Akte da“, und nach kurzem Blättern in der Akte: „Na, mit Pässen sind Sie doch bestens ausgestattet, hier sind zwei Pässe in der Akte“ (dies war falsch, es handelte sich um einen Personalausweis und einen Ausweisersatz).

Der Betroffene trotzte dessen ungeachtet dem richterlichen Druck und erklärte standhaft, er wolle lieber eine Duldung haben, wie er sie bereits in der Vergangenheit erhalten habe, weil er nach einer Beendigung des Krieges auch wieder zurück in seine Heimat zurück wolle (er fürchtete, nach einer Asylantragstellung von den jugoslawischen Behörden nicht mehr zurückgelassen zu werden).

Indem die RichterInnen den anwaltlich nicht vertretenen Flüchtling gegen seinen erklärten Willen fortwährend zu einer Rücknahme seines Rechtsgesuchs drängten, überstiegen sie den Rahmen einer zulässigen Rechtsberatung während einer mündlichen Verhandlung bei Weitem und missbrauchten ihre Amtsautorität: Nachdem der Betroffene dreimal erklärt hatte, er wolle weiterhin eine Duldung beantragen, und darauf verwies, dass er dies auch schon vorgebracht habe, wurde er vom Vorsitzenden Richter geradezu ‚angeraunt‘: „Was mich jetzt interessiert, ist nicht der Vortrag, sondern was will er jetzt“.

Die Sitzung wurde schließlich vertagt.

Von dem verheerenden Verlauf der Verhandlung war ich, und auch manche andere BeobachterInnen, geradezu ‚geschockt‘: *Diese* RichterInnen sollten *die* Rechtsprechungsinstanz im Flüchtlings- und Ausländerrecht in der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit repräsentieren? Von der beinahe unverhohlenen persönlichen Abwehrhaltung der RichterInnen dem Betroffenen gegenüber einmal ganz abgesehen¹¹⁹, war es vor allem die anhand der Fragen der RichterInnen deutlich werdende Unkenntnis der Lage im ehemaligen Jugoslawien, die schockierte. Viele ihrer Fragen blieben einfach unverständlich und es war auch nicht ersichtlich, was sie überhaupt zur Sachaufklärung beitragen sollten, so abwegig war ihr Inhalt bzw. die Fragerichtung. Manche Bemerkungen wiederum wirkten auch einfach nur überheblich oder sollten den Betroffenen in einem schlechten Licht erscheinen lassen. Einzelne RichterInnen des 8. Senats machten wiederum einen gänzlich abwesenden und unbeteiligten Eindruck. Eine ernsthafte Aufklärung des Sachverhalts war jedenfalls nicht zu erkennen – der Anhörungstermin war offenkundig nur zu dem Zweck einberufen worden, um den Betroffenen zu einer Asylantragstellung zu drängen, um das Verfahren auf diese Weise beenden zu können.

Persönliche Eindrücke: Verhandlungen der 35. Kammer

Obwohl mündliche Verhandlungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren eine absolute Ausnahme darstellen, setzte die 35. Kammer zu jener Zeit in zahlreichen Fällen solche Verhandlungen an, um sich einen persönlichen Eindruck von den Betroffenen verschaffen zu können –

¹¹⁹ Das Auftreten der RichterInnen verdeutlichte, was InsiderInnen meinten, wenn sie davon sprachen, dass der 8. Senat die „fleischgewordene Ausländerfeindlichkeit“ verkörpere.

aber auch, weil wegen des Organisationschaos der Berliner Ausländerbehörde eine umfassende Sachverhaltsermittlung ohne mündliche Verhandlung vielfach nicht möglich war.

Am 2.3.1998 konnte ich einen gesamten Verhandlungstag der 35. Kammer mit mehreren öffentlichen Sitzungen unter der Leitung von Richter Kunath persönlich verfolgen.

Der erste und zugleich etwas befremdliche Eindruck war das ‚Blätterrauschen‘ in den Akten: Ständig wurde routiniert in Ausländerakten nachgeblättert und nachgelesen, wurden Schriftstücke (Schreiben, ‚Aktenreste‘, in der Akte fehlende Papiere usw.) zwischen den Beteiligten hin- und hergereicht (die gesamten an diesem Verfahrenstag benötigten Akten hätten aufeinandergestapelt sicherlich den Richter überragt).

Die ‚Sache an sich‘, d.h. die Menschen und deren Flüchtlingsschicksale, um die es eigentlich ging, verblasste geradezu in Anbetracht dieser bürokratischen ‚Zwangsarbeit‘, die von den Prozessbeteiligten zu verrichten war. Die Betroffenen selbst konnten ersichtlich nur schwer nachvollziehen, worum es in dieser ‚Papierschlacht‘ im Detail überhaupt ging – trotz einer versierten Gerichtsdolmetscherin und trotz der großen Mühen, die sich der Richter gab, um die Betroffenen in das Verfahren mit einzubeziehen und sie zu beteiligen. Immerhin machte es die sensible und vertrauensvolle Prozessführung möglich, dass die Betroffenen ihre Sicht der Dinge unbefangen darstellen und unter Umständen auch ihre Gefühle zeigen konnten (mehrere brachen in Tränen aus, als sie Details ihrer Fluchtgeschichte erzählten).

Der tiefere Grund für die aktenbewehrte ‚Materialschlacht‘ im Gerichtssaal war, dass die RichterInnen infolge des mangelhaften Verwaltungsverfahrens der Ausländerbehörde und infolge der unvollständigen Aktenführung faktisch zu ‚Hilfs-SachbearbeiterInnen‘ der Ausländerbehörde degradiert worden waren und sie eine Arbeit verrichten mussten, die eigentlich der Behörde zukam (Ermittlung und Dokumentation des Sachverhalts), um überhaupt eine sachkundige Entscheidung treffen zu können.

Bereits am 3.3.1997 hatte Richter Kunath dem Vertreter der Ausländerbehörde in einer mündlichen Verhandlung vorgehalten, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz in Berlin im Flüchtlingsbereich eine Illusion sei: Es erfolge keine Amtsermittlung, keine Anhörung, keine Beratung der Betroffenen, die behördliche Sorgfaltspflicht und das rechtliche Gehör werde verletzt. Nichts stehe in den Akten, alles müsse vom Gericht selbst ermittelt werden (Krankheiten, Verwandtschaftsverhältnisse usw.). Ablehnungen – wenn überhaupt Bescheide erlassen würden – erfolgten nur formularmäßig und ohne jede einzelfallbezogene Begründung. Es handele sich insgesamt um ein Verwaltungsverfahren, das diesen Namen nicht verdiene, so Kunath (eigene Aufzeichnung).

Der Eindruck einer mangelhaften Aktenführung durch die Ausländerbehörde wurde noch an weiteren Verhandlungstagen, an denen ich teilnahm, bestätigt.

Am 15.6.1998 beispielsweise wurde in dem ersten verhandelten Verfahren die Ausländerakte erst sieben Monate, nachdem sie vom Gericht angefordert worden war, übersandt – und dann fehlten immer noch entscheidende ‚Aktenreste‘. Der Sachverhalt konnte deshalb erst im Rahmen der mündliche Verhandlung aufgeklärt werden.

In einem weiteren Verfahren ergab sich, dass in der dem Gericht übersandten Akte entscheidende Informationen fehlten, die der Behörde allerdings bereits zwei Monate vor der Übersendung bekannt waren.

Am Verhandlungstag des 14.9.1998 häuften sich solche Mängel im Behördenverfahren und im Umgang mit dem Gericht in geradezu grotesker Weise:

In dem ersten Fall lag seit vier Monaten eine Zustimmung zur Rückübernahme vor, ohne dass diese Eingang in die Ausländerakte gefunden hätte, die unmittelbar vor der Verhandlung dem Gericht übersandt worden war.

In dem zweiten verhandelten Fall lagen dem Richter zwar so genannte ‚Restvorgänge‘ vor – die Akte selbst fehlte jedoch.

Im dritten Fall war die mündliche Verhandlung angesetzt worden, weil die Kammer sieben Monate lang vergeblich auf die angeforderte Akte gewartet hatte!

Im vierten Fall war die Ausländerakte durch die Behörde seit neun Monaten nicht auffindbar!

Im fünften Fall musste der Richter dem Vertreter der Ausländerbehörde Schriftsätze seiner eigenen Behörde überreichen, weil diese für ihn weder „im Computer“ noch in der Ausländerakte auffindbar waren.

Die Rechtsprechung anderer Bundesländer

Im Rechtsprechungsstreit wurde die in Berlin völlig isolierte Position der 35. Kammer vor allem durch Entscheidungen von Gerichten *anderer Bundesländer* unterstützt.

Der VGH Baden-Württemberg etwa kam im November 1995 sowohl inhaltlich (Unmöglichkeit der Abschiebung und Einreise in die BRJ) als auch hinsichtlich der systematischen Ausdeutung des § 55 Abs. 2 AuslG zum gleichen Ergebnis wie die 35. Kammer (vgl. VGH BW, B.v. 3.11.1995; 13 S 2185/95). Die Argumentation des VGH BW zu § 55 Abs. AuslG (vgl. a.a.O., insb. 4 ff) war sowohl in der Begrifflichkeit als auch im Argumentationsgang nahezu deckungsgleich mit den Ausführungen der 35. Kammer, so dass vermutet werden konnte, dass sich die RichterInnen im Süden Deutschlands der sorgfältig ausgearbeiteten und überzeugenden Begründung der 35. Kammer einfach angeschlossen hatten. Allerdings wurde in der umfangreichen und mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen versehenen Beschlussbegründung des VGH BW an keiner Stelle Bezug genommen auf die Rechtsprechung in Berlin, so dass noch eine zweite Erklärung für die weitgehende Übereinstimmung in der Begründung in Betracht gezogen werden muss: Der Wortlaut und die Systematik des Gesetzes, die Materialien zur Entstehungsgeschichte und Gesetzesbegründung und die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts waren schlicht und ergreifend *so eindeutig*, dass *eigentlich* gar keine andere Auslegung und Anwendung des § 55 Abs. 2 AuslG als die von der 35. Kammer und dem VGH BW vorgenommene juristisch überhaupt denkbar war. Dass dennoch nahezu die gesamte Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin sich dieser juristisch eigentlich *zwingenden* Ausdeutung des Gesetzes aus politischen, persönlichen oder karrieristischen Gründen verweigerte, markiert in meinen Augen einen handfesten Rechtsprechungsskandal.

Verfassungswidrige Prozessführung des OVG Berlin

Dass es den Berliner OberverwaltungsrichterInnen nicht um einen sachlichen und mit Argumenten ausgetragenen Rechtsprechungsstreit ging, zeigte sich auch darin, dass sie sich in Einzelfällen sogar über verfassungsrechtliche Mindeststandards eines fairen Verfahrens hinwegsetzten. Ein Beispiel:

Am 2.2.1996 wurde die Berliner Ausländerbehörde mit Beschluss der 35. Kammer zur Erteilung einer Duldung verpflichtet (VG 35 A 895.95). Mit Schreiben vom 26.2.1996 unterrichtete das OVG Berlin (8. Senat) die Betroffenen darüber, dass eine Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt worden sei. Nicht nur die Beschwerdeschrift wurde übermittelt, sondern es wurde auch auf eine Dokumentation mit entscheidungserheblichen Materialien hingewiesen, die in der Geschäftsstelle des 8. Senats einzusehen sei – diese Dokumentation umfasste mehrere hundert (!) Stellungnahmen zum Thema! Es wurde um eine „umgehende Abgabe der Gegenerklärung“ gebeten.

Dieses Schreiben wurde den Betroffenen am 29.2.1996 zugestellt. Nachdem der Vorsitzende Richter des 8. Senats eine Wiedervorlage der Verfahrensakte in 5 Wochen notiert hatte, änderte der zuständige Berichterstatter diese Vorgabe in 7 Tage um – mit der Folge, dass der 8. Senat der Beschwerde der Ausländerbehörde bereits am 6.3.1996 per Beschluss stattgab und darin anmerkte, die Antragsteller hätten „sich nicht geäußert“. Deren am 14.3.1996 bei Gericht eingehende ausführliche Stellungnahme wurde nur noch zu den Akten genommen.

Die Verletzung des Grundsatzes auf rechtliches Gehör war offenkundig: Die rechts- und sprachkundigen Flüchtlinge hatten in Anbetracht des zeitlichen Ablaufs keine Chance, die von ihnen erbetene Gegen-Stellungnahme in der Kürze der Zeit abzugeben, geschweige denn, innerhalb der (unbestimmten!) Frist die umfangreiche Materialiensammlung des 8. Senats auch nur ansatzweise zu sichten oder zu bewerten. Der zeitliche Ablauf und die Änderung der Wiedervorlage-Frist durch den Berichterstatter machten vor allem eines deutlich: Die RichterInnen hätten ohnehin gegen die Betroffenen entschieden – was auch immer sie inhaltlich vorgetragen hätten.

Wie eine im Informationsbrief Ausländerrecht dokumentierte Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofs zeigt (VerfGH 27/94, B.v. 16.8.1995, in: InfAuslR 3/96, 93 ff), war das oben geschilderte Vorgehen des Berliner OVG kein Einzelfall. Der konkrete Verfahrensablauf dieses Falles ist zu kompliziert, um ihn hier angemessen darstellen zu können, doch Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke beschied dem OVG Berlin im Ergebnis (ebd., 99 ff), dass maßgebliche Gesichtspunkte „im ausländerbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren schlicht ignoriert“ worden seien und dass „Innenverwaltung und Verwaltungsgerichte – anscheinend vor dem Hintergrund eines entsprechenden ordnungspolitischen Klimas“ – gesicherte rechtliche Standards und Erkenntnisse einfach „über Bord werfen“ würden (ebd., 101). Er monierte insbesondere, dass häufig rein „nach Aktenlage“ entschieden und hierbei die behördlichen Angaben von den Gerichten geradezu als „unfehlbar“ angesehen würden (ebd.).

Auch die bereits dargestellten ‚Zitierkartell‘-Beschlüsse der OVG-Senate dürften samt und sonders verfassungswidrig gewesen sein, denn die Begründungen, die im Wesentlichen trotz der umstrittenen Rechts- und Tatsachenfragen lediglich auf die „st. Rechtsprechung“ anderer Senate verwiesen, basierten auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG, zumindest soweit es um die Frage ging, ob freiwillige Ausreisen nach Jugoslawien möglich waren

oder nicht, denn, so das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, B.v. 6.7.1993 – 2 BvR 514/93 –, zit. nach Ausländer- und Asylrecht 1993, 249, Leitsätze der Redaktion):

„Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird verletzt, wenn das Gericht als Beleg für tatsächliche Feststellungen lediglich eigene Urteile in anderen Verfahren oder Urteile anderer Gerichte in den Entscheidungsgründen zitiert, ohne diese zuvor ordnungsgemäß in das Verfahren eingeführt zu haben. Die pauschale Einführung einer über 300 Unterlagen umfassenden Erkenntnismittelliste in das Verfahren beinhaltet keine ausreichende Gewährung rechtlichen Gehörs.“

Letzteres betrifft auch die weiter oben dargestellte Versendung pauschaler Erkenntnismittellisten mit hunderten von Stellungnahmen durch den 8. Senat: Das Bundesverfassungsgericht hatte moniert (vgl. ebd., 250 f), dass die Erkenntnismittelliste nicht einmal thematisch aufgeschlüsselt worden sei und teilweise keine Aktenzeichen oder Fundstellen aufwies. In der gerichtlichen Entscheidungsbegründung wiederum sei eine inhaltliche Wiedergabe der Entscheidungen, auf die Bezug genommen worden war, unterblieben, „insbesondere hinsichtlich der zugrunde gelegten Erkenntnismittel, der hierauf aufbauenden Tatsachenfeststellungen und der hieraus gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen“ (ebd.). Bei der pauschalen Einführung von 300 Erkenntnismitteln gebiete es der Grundsatz rechtlichen Gehörs, den Beteiligten vor einer Entscheidung kenntlich zu machen, auf welche dieser Erkenntnismittel sich das Gericht bei seiner Entscheidung stützen wolle¹²⁰.

Gegen all diese verfassungsrichterlichen Vorgaben verstieß das Berliner OVG geradezu regelmäßig.

Mit einem weiteren Beschluss des Berliner Verfassungsgerichtshofs (VerfGH 11/96, vom 17.6.1996) wurde auch das verfassungswidrige Vorgehen des 1. Senats des Berliner OVG festgestellt. In diesem Fall rügte ein Kosovo-Albaner erfolgreich, dass das OVG Berlin seine Entscheidung auf Erkenntnismaterial gestützt habe, ohne dieses zuvor in die Verhandlung eingeführt und zum Gegenstand des Verfahrens gemacht zu haben (vgl. ebd., 5).

Dem Verfassungsgerichtshof-Beschluss zufolge (a.a.O., 4) bestand die Begründung des OVG im Wesentlichen aus den üblichen Verweisen auf die gleichlautende Rechtsprechung der jeweils anderen Senate und der pauschalen Behauptung, aus dem Erkenntnismaterial, das dieser Rechtsprechung zugrunde liege, lasse sich keine Unmöglichkeit der freiwilligen Rückreise begründen.

Die VerfassungsrichterInnen stellen einen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs fest (a.a.O., 7 ff), denn dieser beinhaltet, dass Verfahrensbeteiligte zu entscheidungserheblichen Tatsachen Stellung nehmen und sachdienliche Anträge stellen können müssten, um die gerichtliche Entscheidung substantiell beeinflussen zu können. Ein Gericht dürfe seine Entscheidung deswegen auch nur auf solche Tatsachen stützen, die formell in das Verfahren eingeführt wurden und zu denen die Beteiligten Gelegenheit hatten, sich zu äußern. Dies sei dem Betroffenen vom OVG Berlin augenscheinlich verwehrt worden.

Die VerfassungsrichterInnen formulierten, dass es „nicht auszuschließen“ sei, dass der 1. Senat sich angesichts einer „derartig komplexen Materie“ bei einem überzeugenden Vortrag des Betroffenen womöglich doch anders entschieden und sich z.B. in Kenntnis der Beweisaufnahmen der 35. Kammer und des 8. Senats „im Ergebnis der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg angeschlossen hätte“ (a.a.O., 10 f). Dies war salomonisch ausgedrückt, entsprach jedoch *nicht* den Realitäten: Der 1. Senat kannte natürlich alle vorliegenden Beweismaterialien und die Rechtsprechung des VGH BW, doch es ging bei dem verhärteten Rechtsprechungsstreit in Berlin längst nicht mehr um das ‚bessere‘ Argument...

Ungeachtet der klaren verfassungsgerichtlichen Vorgaben kam es zwei Jahre später (im Zusammenhang mit Abschiebungen nach Bosnien-Herzegowina) erneut zu verfassungsrechtlich zweifelhaften Entscheidungen des Berliner OVG.

¹²⁰ Auch „der pauschale Hinweis auf die allgemeine Lageerkenntnis ohne Angabe von Erkenntnisquellen oder die allein dem Gericht vorliegenden Auskünfte genügt nicht den Anforderungen des Art. 103 Abs. 1 GG“, befand das BVerfG mit Beschluss vom 18.7.2001 – 2 BvR 982/00 (zit. in: Asylmagazin 9/2001, 47).

Mit dem Beschluss VG 35 A 342.97 vom 27.2.1998 wagte die 35. Kammer in diesem Zusammenhang einen offenen Affront gegenüber dem 6. Senat des Berliner OVG, denn sie verbot im Rahmen einer Zwischenverfügung (erneut) die Abschiebung eines kosovo-albanischen Flüchtlings nach Bosnien¹²¹, obwohl der 6. Senat dies mit seiner Entscheidung OVG 6 SN 333.97 nur wenige Tage zuvor (am 18.2.1998) ausdrücklich zugelassen hatte.

Die Kammer wies darauf hin, dass mit dem Beschluss des OVG vermutlich bereits der Grundsatz rechtlichen Gehörs verletzt worden sei, denn der Senat hatte eine Liste mit 108 Dokumenten (ohne thematische Aufschlüsselung, wie vom BVerfG gefordert), die in der Geschäftsstelle eingesehen werden könnten, in das Verfahren eingeführt und den Beteiligten aufgegeben, sich innerhalb *einer Woche* zu diesen Materialien zu äußern. Der anwaltlich nicht vertretene Flüchtling beantragte daraufhin mit Hilfe einer Beratungsstelle eine Fristverlängerung um zwei Wochen, da es ihm unmöglich sei, die auf insgesamt neun Seiten aufgeführten Dokumente in so kurzer Frist einzusehen, zu bewerten und in einer Stellungnahme zu berücksichtigen. Er benötige mangels eigener Sprachkenntnisse außerdem sowohl für Lesen als auch für das Verfassen von Schriftstücken in deutscher Sprache die Hilfe Dritter. Der 6. Senat entschied jedoch in kürzester Zeit und behauptete, er „habe ohne die [...] erbetene Fristverlängerung entscheiden können, weil [der Betroffene; T.H.] hinreichend Gelegenheit gehabt habe, die aufgelisteten Unterlagen [...] einzusehen“ (so der Sachverhalt nach: VG 35 A 342.97, S. 2). Pikantes Detail am Rande: Als eine zur Akteneinsicht bevollmächtigte Mitarbeiterin einer Beratungsstelle in der Geschäftsstelle des 6. Senats zur Akteneinsicht erschien, waren nicht einmal alle 108 aufgeführten Dokumente vorhanden, d.h. nicht einsehbar!

Die 35. Kammer stellte fest, dass eine Auskunft des Auswärtigen Amtes, auf die sich der 6. Senat bei seiner Entscheidung dann maßgeblich stützte, überholt und veraltet sei und dass die zweite zur Begründung herangezogene Auskunft (ein wenig aussagekräftiger Zeitungsbericht) sich gar nicht auf der zuvor eingeführten Erkenntnismittelliste befand! Darüber hinaus waren wesentliche Gesichtspunkte vom 6. Senat nicht berücksichtigt worden (Gefahr einer dauerhaften Familientrennung usw., vgl. ebd., 4).

Auch im Zusammenhang der Ausweisung eines so genannten ‚Hasspredigers‘ im Jahr 2004/05 ließen sich das VG und OVG Berlin – vermutlich infolge der ‚erhitzten‘ öffentlichen Debatte – zu eindeutigen Verfassungsbrüchen im Verfahren hinreißen, wie das Bundesverfassungsgericht ihnen bescheinigte (vgl. BVerfG 2 BvR 485/05; B.v. 13.6.2005, in: InfAuslR 9/2005, 372 ff).

Die Gerichte hätten die „grundrechtliche Bedeutung des Rechtsschutzbegehrens“ verkannt (ebd., 372), indem sie eine Gefährlichkeit des Betroffenen „lediglich behauptet“ hätten (ebd., 373) bzw. „bloße Vermutungen“ hierzu angestellt hätten, die dem eingeholten Sachverständigengutachten sogar eindeutig widersprachen (ebd.).

Das Bundesverfassungsgericht monierte in dem konkreten Fall das holzschnittartige handwerkliche juristische Vorgehen und die mangelhafte Ermittlungs- und Begründungsarbeit der RichterInnen; eine Rüge, die beinahe als allgemeines Merkmal der Rechtsprechung vor allem des Berliner OVG im Flüchtlingsrecht angesehen werden könnte:

„Hier fehlt es jedoch schon an der erforderlichen Aufbereitung der Ermächtigungsgrundlage und ihrer tatbestandlichen Einzelemente. Demgemäß bleibt die Rechtsanwendung des Oberverwaltungsgerichts unscharf und ermangelt der auch im summarischen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes unentbehrlichen Zuordnung von Fakten zu den einzelnen Merkmalen der Befugnisnorm“ (ebd., 373 f).

Aussetzung der Entscheidungen

Die ‚Warnschüsse‘ des Berliner Verfassungsgerichtshofs, aber auch die inhaltlich verfahrenreife Lage, in die sich der 8. Senat hineinmanövriert hatte, führten dazu, dass das Berliner OVG Entscheidungen zu Duldungserteilungen bei jugoslawischen Flüchtlingen im Frühjahr 1996 praktisch nicht mehr fällte¹²². Die OberverwaltungsrichterInnen taten dies bemerkenswerterweise zu einem Zeitpunkt, als auch im Rahmen der Beweiserhebungen des 8. Senats alles darauf hindeutete, dass den jugoslawischen Flüchtlingen im Regelfall nicht einmal die Möglichkeit der ‚freiwilligen‘ Rückkehr offen stand (so dass selbst nach der strengen Rechtsprechung des Berliner OVG Duldungen hätten erteilt werden müssen).

¹²¹ Es handelte sich um einen der vielen Fälle, in denen Familienangehörige / EhepartnerInnen über formell unterschiedliche Staatsangehörigkeiten verfügten. Dem Kosovo-Albaner war ein bosnischer Pass erteilt worden, weil er über Jahre in Bosnien gearbeitet und dort gewohnt hatte.

¹²² Offiziell wurde die Nicht-Bearbeitung von Beschwerden durch das Berliner OVG dementiert (vgl. Antwort der Justizsenatorin Peschel-Gutzeit vom 24.10.1996 auf die Anfrage Nr. 1253, Drs. 13/1004, S. 50, Frage Nr. 3). Die effektive ‚Rechtsverweigerung‘ des OVG Berlin funktionierte auch ‚anders herum‘, etwa, wenn über eine Beschwerde im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gegen einen die Duldung versagenden Beschluss nach fast zwei Jahren immer noch nicht entschieden worden war (so z.B. in dem Verfahren OVG 4 S 370.94).

Doch statt endlich ‚nachzugeben‘, verweigerte der 8. Senat von nun an trotz jeder Entscheidung, d.h. Beschwerden gegen die Beschlüsse der 35. Kammer wurden zwar nach wie vor in großer Zahl von der Ausländerbehörde erhoben und gingen dem 8. Senat auch zu. Sie wurden aber einfach nicht mehr bearbeitet, d.h. ‚lieengelassen‘, und nach Ablauf der sechsmonatigen Duldung wurden die Beteiligten dann regelmäßig aufgefordert, das Beschwerdeverfahren für erledigt zu erklären. Dies war ein geradezu irrsinniges und höchst arbeitsaufwändiges Verfahren¹²³.

Die Rechtsprechungsfrent bröckelt

Ab dem Frühjahr 1996 waren zugleich erste vorsichtige ‚Absetzbewegungen‘ der anderen Senate am Berliner OVG feststellbar: Vor allem die Entscheidung des VGH BW, mit der die Linie der 35. Kammer bestätigt worden war, dürfte zumindest einige RichterInnen zum Nachdenken gebracht haben.

Den Anfang machte mit einem Beschluss vom 14.3.1996 der 7. Senat (OVG 7 S 118.95) – was angesichts der zuvor hermetisch geschlossenen Ablehnungsfrent des OVG als ‚kleine Sensation‘ gewertet wurde. Zwar wurde auch in diesem Verfahren keine Entscheidung in der Sache getroffen, weil es nach Ablauf der Duldung für erledigt erklärt wurde. Im Rahmen eines Beschlusses über die *Kosten* des Verfahrens stellte die Richterin Citron-Piorkowski jedoch fest, dass diese *beiden* Seiten aufzuerlegen seien, „weil der Ausgang des Rechtsstreits offen war“ (a.a.O., 2). Sie begründete diese Abkehr von der eigenen früheren Rechtsprechung des 7. *Senats* damit, dass neue Ermittlungen zur Frage der Möglichkeit einer freiwilligen Einreise erforderlich seien – „ganz abgesehen von der Frage, ob an der Rechtsauffassung, dass es im Rahmen des § 55 Abs. 2 AuslG auf diese Möglichkeit ankommt, festgehalten werden kann“ (ebd.), fügte sie mit Verweis auf die Rechtsprechung des VGH BW hinzu.

Auch der 5. *Senat* erklärte im Rahmen einer Kostenentscheidung (OVG 5 S 210.95) am 21.6.1996, dass die Frage einer freiwilligen Rückkehrmöglichkeit offen gewesen sei und das Oberverwaltungsgericht „zu den neueren Erkenntnissen“ diesbezüglich „noch nicht Stellung genommen“ habe (ebd., 2). Letzteres war allerdings eine euphemistische Umschreibung für den Tatbestand einer richterlicher Untätigkeit und Unwilligkeit zur Entscheidung.

Der 4. *Senat* schließlich wies mit Beschluss vom 19.7.1996 (OVG 4 L 31.96) einen jener unzähligen Anträge der Ausländerbehörde auf Aussetzung der Vollziehung eines Beschlusses der 35. Kammer u.a. mit folgendem Argument zurück: „Der Senat vermag in Übereinstimmung mit dem Verwaltungsgericht gegenwärtig nicht zu erkennen, auf welchem Wege der Antragsteller in sein Heimatland abgeschoben werden oder er dorthin freiwillig zurückkehren könnte“ (ebd., 2). Der Senat betonte in diesem Zusammenhang, dass die Beschwerdeschrift der Ausländerbehörde „bislang eine Auseinandersetzung mit den die Beschlüsse [...] tragenden Gründen vermissen“ lasse (ebd.) und kritisierte damit vermutlich erstmalig das ignorante und arrogante Verhalten der Ausländerbehörde gegenüber Beschlüssen der 35. Kammer, das darin bestand, routinemäßig und ohne substantielle Begründung in die Beschwerde zu gehen, in der (bislang: *berechtigten*) Erwartung, bereits die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Berliner OVG genüge, um eine Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung erreichen zu können.

Auch die 19. *Kammer*, und somit die zweite ‚Fachkammer‘ zu Jugoslawien, setzte sich im Frühjahr 1996 vorsichtig vom 8. Senat des Berliner OVG ab (vgl.: VG 19 A 319.95; B.v. 1.4.1996)¹²⁴. Zwar hielt die Kammer immer noch an der Rechtsfortbildung zu § 55 Abs. 2 AuslG fest (vgl. ebd., 3) – wobei bemerkenswert war, dass die Kammer mit keinem einzigen Wort auf die bereits drei Monate alte Grundsatzentscheidung des VGH Baden-Württemberg einging, stattdessen aber u.a. auf eine Entscheidung des 7. *Senats* (ebd., 3), der jedoch nur zwei Wochen zuvor seine Recht-

¹²³ Es wurde kolportiert, dass es diesbezüglich auch zu Auseinandersetzungen und Unstimmigkeiten zwischen den RichterInnen des 8. *Senats* gekommen sei.

¹²⁴ Die 11. Kammer des VG Berlin ging im Verlauf des Jahres 1996 (dies kann aus dem Beschluss VG 35 A 2492.96 vom 30.1.1997 geschlossen werden) ebenfalls zur Anordnung von Duldungen aufgrund tatsächlicher Abschiebungshindernisse über.

sprechung bereits selbst in Frage gestellt hatte! Dennoch war auch die 19. Kammer nun offenkundig nicht mehr dazu bereit, den eigenen Kopf noch länger für die ‚Sturheit‘ des 8. Senat hinzuhalten und entschied unter Bezugnahme auf die Ergebnisse der Beweisaufnahmen der 35. Kammer und des 8. Senats, dass „Abschiebungen von Kosovo-Albanern [...] objektiv unmöglich“ seien (ebd., 3) und dass es „unter den gegebenen besonderen Umständen [...] nicht verlangt werden [könne], einen entsprechenden Versuch [der freiwilligen Rückkehr; T.H.] zu unternehmen“ (ebd.). Die Kammer stellte in seltener Klarheit fest:

„Ein deutsches Gericht ist ungeachtet der Völkerrechtswidrigkeit des Verhaltens der Bundesrepublik Jugoslawien nicht befugt, einem Ausländer anzuhängen, sich gefälschte Pässe zu beschaffen oder sonst illegal in das Land seiner Staatsangehörigkeit einzureisen, weil es damit zu Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten auffordern würde“ (VG 19 A 319.95, 4).

Dies gelte insbesondere angesichts des „ständigen, latenten Vertreibungsdrucks in allen Lebensbereichen“ im Kosovo (vgl. ebd.).

Es hätte der 19. Kammer allerdings gut zu Gesicht gestanden, bereits zu einem früheren Zeitpunkt auf die Lage der Betroffenen im Herkunftsland und die Gründe für ihre fehlende ‚freiwillige‘ Rückkehrbereitschaft einzugehen, statt sie über einen langen Zeitraum hinweg aufenthaltsrechtlich zu illegalisieren mit dem Argument, sie könnten ja ‚problemlos‘ wieder ausreisen. Denn selbst im Rahmen der Rechtsfortbildung des OVG wäre es eigentlich zwingend gewesen, die *Zumutbarkeit* der von den Flüchtlingen geforderten ‚freiwilligen‘ Rückkehr in ihr Herkunftsland zu prüfen. Doch damit hätten die Probleme der RechtsanwenderInnen erst begonnen, denn der Begriff der ‚Zumutbarkeit‘ enthält ein subjektives Moment, d.h. eine Ausreise kann auch dann als unzumutbar erscheinen, wenn ‚objektive‘ Bleiberechtsgründe im Sinne der Rechtsprechung nicht vorliegen mögen. Angesichts der offiziellen Einreiseverweigerungspolitik gegenüber den Minderheiten des Landes und der erheblichen Gefahr einer Grenzabweisung, Misshandlung und Festnahme konnte von der ‚Zumutbarkeit‘ einer Ausreise nach Jugoslawien jedenfalls keine Rede sein.

Eine Asylkammer des Berliner Verwaltungsgerichts, die 37. Kammer, kam im Juni 1996 sogar zu dem Schluss, dass die Verweigerung der Wiedereinreise durch die jugoslawischen Behörden aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Minderheitengruppe womöglich sogar den Tatbestand einer politischen Verfolgung darstelle und deswegen z.B. Kosovo-AlbanerInnen unter diesem Aspekt ein zweites Asylprüfungsverfahren eingeräumt werden müsse (vgl. VG 37 X 1207.96, FR vom 26.6.1996).

Erster ‚Schuss vor den Bug‘ durch das Bundesverwaltungsgericht

Im Januar 1997 muss dem 8. Senat des Berliner OVG der Schreck in die Glieder gefahren sein, denn am 25.3.1996 hatte der Senat in einer Duldungssache noch machtvoll verfügt, dass eine Revision gegen seine Rechtsprechung vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht zulässig sei. Mit dem Beschluss BVerwG 1 B 99.96 vom 15.1.1997 entschieden dann jedoch drei Bundesrichter aufgrund einer hiergegen gerichteten Beschwerde des Berliner Rechtsanwalts Dieter Kierzynowski, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe und die Revision deshalb zugelassen werde:

„Das Revisionsverfahren kann zu einer Klärung der Frage beitragen, ob eine Duldung wegen einer aus tatsächlichen Gründen unmöglichen Abschiebung nach § 55 Abs. 2 AuslG voraussetzt, dass auch eine freiwillige Ausreise des Ausländers aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist“ (a.a.O., 2).

Es war eigentlich peinlich, dass die Bundesrichter die Berliner OberverwaltungsrichterInnen darüber belehren mussten, dass die Rechtsfortbildung des OVG Berlin natürlich grundsätzlich klärungsbedürftig war (im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und eine Revision deshalb auch nicht hätte verweigert werden dürfen. Der 8. Senat hatte vermutlich gehofft, durch eine Umgehung der Revisionsinstanz seine eigenwillige Rechtsprechung noch so lange wie möglich aufrecht erhalten zu können, doch spätestens von nun an war für alle Sehenswollenden klar, dass der Anfang vom Ende der Berliner Sonderrechtsprechung eingeläutet worden war.

Nach dem Abkommen – ‚Rückzugsgefechte‘

Um in der etwas kriegerischen Terminologie zu bleiben, die mir in diesem Zusammenhang jedoch angemessen zu sein scheint: Im Verlauf des Jahres 1997 kam es zu letzten ‚Rückzugsgefechten‘ des Berliner OVG, denn mit dem (vorläufigen) Inkrafttreten des deutsch-jugoslawischen Rückübernahmeabkommens am 1.12.1996 wurden den deutschen Behörden Abschiebungswege in die BR Jugoslawien eröffnet, die über lange Jahre hinweg versperrt waren. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass sich der 8. Senat im Frühjahr 1996 in Erwartung eben dieses Rückübernahmeabkommens intern darauf verständigt hatte, Duldungs-Beschwerdeverfahren erst wieder aufzunehmen, wenn Abschiebungen im Rahmen des Abkommens möglich würden, um Duldungen dann aus diesem Grunde verweigern zu können (unabhängig von der umstrittenen Frage der ‚freiwilligen‘ Aus- bzw. Einreisemöglichkeit). Diese Vermutung wird jedenfalls vom zeitlichen Ablauf bestätigt, denn ab Dezember 1996¹²⁵, d.h. genau mit Inkrafttreten des Rückübernahmeabkommens und nachdem das OVG beinahe ein Jahr lang praktisch alle Duldungsverfahren hatte liegen lassen, ergingen wieder (negative) Beschlüsse des 8. Senats!

Mit dem Beschluss OVG 8 S 315.96 vom 22.1.1997 hoben die Richter Küster, Schrauder und Weber einen Beschluss der 19. Kammer vom August 1996 mit der Begründung auf, dass eine Abschiebung in die BR Jugoslawien *nunmehr* möglich sei.

Bemerkenswert war dabei die Formulierung der Richter, der Antrag des Kosovo-Albaners auf Duldung sei „nach aktuellem Sachstand jedenfalls unbegründet *geworden*“ und ein Duldungsanspruch sei „jedenfalls *nicht mehr* glaubhaft gemacht“ (a.a.O., 2; Kursive von mir; T.H.). Dies bedeutete im Umkehrschluss, dass *vor* dem Inkrafttreten des Rückübernahmeabkommens ein Duldungsanspruch bestand bzw. – das „jedenfalls“ berücksichtigend – bestanden haben *könnte*. Dass sich die OberverwaltungsrichterInnen über ein Jahr hinweg ihrer Aufgabe der Rechtsprechung verweigerten, um den Flüchtlingen keine Duldung zusprechen bzw. wahrscheinlich vor allem, um keine Entscheidung der ‚aufmüpfigen‘ 35. Kammer bestätigen zu müssen, räumte der 8. Senat durch die gewählte Formulierung indirekt ein. Diese Rechtsverweigerung war nicht nur mit einem enormen Arbeitsaufwand für die Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern auch mit erheblichen Kosten für die Staatskasse verbunden: Da die Betroffenen erstinstanzlich überwiegend Recht bekamen (durch die 35. Kammer ohnehin, ab dem 1.4.1996 aber auch durch die 19. Kammer), hatte das Land Berlin in tausenden Fällen die Verfahrensgebühren und entstandene Anwaltskosten (über die Prozesskostenhilfe) zu zahlen.

Der 8. Senat machte mit seinem Beschluss deutlich, dass er nach wie vor entschlossen war, im Rahmen seiner Rechtsprechung zu einer möglichst effektiven Ausschaffungspolitik beitragen zu wollen. In Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des Rückübernahmeabkommens war vereinbart worden, dass die „Rückführungen“ in die BRJ „in einer Frist nicht kürzer als drei Jahren abzuwickeln“ seien (so auch das OVG, a.a.O., 2), und dies implizierte, dass zunächst nur sehr wenige Flüchtlinge *tatsächlich* abgeschoben werden konnten – und die anderen entsprechend hätten geduldet werden müssen. Dies hielt der 8. Senat jedoch für „irrelevant“, „denn nach dem o.g. Abkommen können ausreisepflichtige Jugoslawen auch freiwillig zurückkehren“ (ebd.). Damit war der alte Sachstand wieder hergestellt: Auch wenn die Abschiebung der allermeisten Flüchtlinge nach Jugoslawien nach wie vor tatsächlich unmöglich war, stand nach der Auffassung des Berliner OVG die (angebliche) Möglichkeit einer ‚freiwilligen‘ Ausreise der Erteilung von Duldungen entgegen.

Es kam, wie es kommen musste: Die 35. Kammer widersprach der Rechtsprechung des OVG Berlin klar und deutlich. Mit Beschluss vom 30.1.1997 – VG 35 A 2492.96 – stellte die Kammer fest, dass Abschiebungen in die BR Jugoslawien auch weiterhin unmöglich seien – nach dem eindeutigen Wortlaut des Rückübernahmeabkommens jedenfalls bis zur *ausdrücklich positiven Zustimmung* der jugoslawischen Behörden (Art. 2 Abs. 4; vgl. a.a.O., 2). Der Kammer war vermutlich aufgrund der Erfahrungen aus der Vergangenheit auch bewusst, dass die jugoslawischen Behörden versuchen würden, mit Hilfe dieser Zustimmungsklausel das Tempo und den Umfang der Abschiebungen von Minderheiten-Angehörigen noch zu drosseln.

¹²⁵ Vermutlich ab dem 10.12.1996: OVG 8 S 381.96; liegt mir nicht vor.

Die 35. Kammer wies den 8. Senat darauf hin, dass im Falle einer ‚freiwilligen‘ Rückkehr zwar kein formelles Rückübernahmeersuchen gestellt werden müsse, dass aber andererseits keinerlei Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigten, Flüchtlinge aus Deutschland könnten „im Gegensatz zur bisherigen Praxis nunmehr ohne Schwierigkeiten“ in ihr Herkunftsland zurückreisen (ebd., 3). Die vertragliche Klausel über eine ‚Rückführung‘ über mindestens drei Jahre hinweg mache deutlich, so die Richter, dass die BR Jugoslawien an einer nur sehr langsamen Rückkehr von Minderheitenangehörigen interessiert sei und ihre restriktive Einreisepolitik fortsetzen würde (vgl. ebd.). Die 35. Kammer ließ offen, ob in der einheitlichen Aussetzung von Abschiebungen nach Jugoslawien durch die Bundesländer (mit Billigung des Bundesinnenministeriums, entsprechend des Abkommens) ein (impliziter) Abschiebungsstopp nach § 54 AuslG zu sehen sei und bereits deshalb Duldungen erteilt werden müssten (ebd.). Diese Auffassung war insbesondere von der 11. und 27. Kammer des VG Berlin vertreten worden (vgl. VG 11 A 1191.96, B.v. 10.12.1996; VG 27 A 443.96, B.v. 9.1.1997), zunächst in Bezug auf das deutsch-bosnische Rückübernahmeabkommen, mit Beschluss vom 11.2.1997 – VG 27 A 690.96 – dann aber auch in Bezug auf das deutsch-jugoslawische Rückübernahmeabkommen. Mit Hilfe dieser Rechtskonstruktion über den § 54 AuslG versuchten die RichterInnen vermutlich, den Betroffenen Duldungen zuzusprechen, ohne sich offen gegen die Vorgaben des OVG Berlin zu § 55 Abs. 2 AuslG stellen zu müssen.

Die 19. Kammer ordnete sich nach einem halben Jahr der ‚Abweichung‘ im Januar 1997 dann wieder den Vorgaben des 8. Senats unter: Mit Beschluss vom 30.1.1997 (VG 19 A 1384.96)¹²⁶ knüpfte die Kammer erneut an der umstrittenen Rechtsfortbildung des Berliner OVG an und stellte im Übrigen fest, dass nach Abschluss des Abkommens „weder substantiiert dargelegt noch mit der für die Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht [worden sei], dass sowohl eine Abschiebung als auch eine freiwillige Rückreise unmöglich ist“ (a.a.O., S. 2).

Diese Beweislastaufbürdung zu Lasten der Betroffenen (substantiierte Darlegung einer hohen Wahrscheinlichkeit) war höchst zweifelhaft, zumal die 19. Kammer mit Beschluss vom 1.4.1996 (VG 19 A 319.95, S. 4) selbst festgestellt hatte, dass der Sachverhalt *von Amts wegen* durch die RichterInnen eigenständig ermittelt werden müsse. Die plötzliche Beweislastumkehr war jedoch ‚erforderlich‘, um zu dem Ergebnis einer Ablehnung kommen zu können – denn es hatte sich in der Sache nichts Wesentliches geändert, was die Abkehr der 19. Kammer von ihrer zuletzt vertretenen Rechtsprechung hätte begründen können.

Auf der S. 5 ihres Beschlusses versuchte die 19. Kammer zu erklären, warum auch angesichts des mindestens drei Jahre andauernden Abschiebungszeitraums nicht

„jedenfalls einer Reihe von ausreisepflichtigen jugoslawischen Antragstellern Duldungen gem. § 55 Abs. 2 AuslG erteilt werden müssen, weil die Abschiebung aller ausreisepflichtigen jugoslawischen Staatsangehörigen zum gleichen Zeitpunkt bzw. die Nichterteilung von Duldungen gegen das Rückübernahmeabkommen verstoßen würde¹²⁷. Denn dadurch, dass dies nicht erfolgt, wird der Antragsteller jedenfalls in seinen Rechten nicht verletzt.“

In anderen Worten: Ein Recht auf Duldung bis zu ihrer Abschiebung könnten die Flüchtlinge aus dem Rückübernahmeabkommen nicht ableiten, allenfalls dem jugoslawischen Staat gegenüber seien die deutschen Behörden entsprechend des Abkommens verpflichtet. Und weiter:

„Für die Annahme, der anspruchsvermittelnde § 55 Abs. 2 AuslG wolle den Antragsteller als Teil eines normativ hinreichend deutlich abgegrenzten Personenkreises [...] gerade auch vor der Nichterteilung von Duldungen in anderen Fällen schützen, fehlt jeder Anhaltspunkt“ (a.a.O., 5).

Was die 19. Kammer mit dieser Passage ausdrücken wollte, war auf logischem Wege nicht zu erschließen – eindeutig war lediglich die Botschaft des Beschlusses: Selbst wenn weiterhin nur *wenige* Flüchtlinge tatsächlich abgeschoben werden könnten, sollte doch *niemand* aus diesem Umstand ein Recht auf Duldung ableiten können.

Der 4. Senat des OVG Berlin benötigte später weitaus weniger Worte als die 19. Kammer, um seine Auffassung wie folgt darzulegen (OVG 4 S 259.96, B.v. 7.5.1997):

„Diese Regelung [Drei-Jahres-Regelung des Abkommens; T.H.] begründet kein subjektives Recht des einzelnen Ausländers, von einer Abschiebung vorerst verschont zu bleiben“ (a.a.O., 4).

¹²⁶ Ende 1996 hatte die 19. Kammer bereits mehrfach Anträge auf Duldungen von Kosovo-AlbanerInnen mit gleich lautenden, halbseitigen Beschlüssen abgelehnt, wonach die Betroffenen nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit ihre „Identität bzw. Herkunft aus dem Kosovo“ glaubhaft gemacht hätten.

¹²⁷ Dass die Nichterteilung von Duldungen gegen das deutsch-jugoslawische Rückübernahmeabkommen verstoßen könnte, war natürlich Unsinn.

Etwas Derartiges hatte allerdings auch niemand behauptet, denn strittig waren allein die rechtlichen Konsequenzen aus dieser weiter andauernden Aussetzung der Abschiebung.

Der 4. Senat knüpfte ebenfalls erneut an die Rechtsfortbildung des Berliner OVG an, ohne diese zu problematisieren¹²⁸, und verneinte einen Duldungsanspruch wegen angeblich bestehender Rückreisemöglichkeiten (a.a.O., 4). Dem entgegen stehende Informationen wurden als unerheblich, nicht nachvollziehbar oder als bloße Einzelfälle abgetan, die keinen „Rückschluss auf eine generelle Praxis der jugoslawischen Grenzbehörden“ zuließen (vgl. a.a.O., 3)¹²⁹.

Es ist bemerkenswert, dass der 4. Senat die Materialien zu dieser wichtigen Tatsachenfrage nicht explizit zum Gegenstand des Verfahrens machte, sondern lediglich abstrakt und allgemein von „dem Senat bekannten Zeitungsartikeln und Dokumentationen“ sprach (vgl. ebd.). Durch diese verfassungswidrige Art der ‚unbestimmten Beweisführung‘ wollten die RichterInnen vermutlich der inhaltlich-argumentativen Auseinandersetzung mit der 35. Kammer aus dem Weg gehen, denn es hatte sich in der Vergangenheit gezeigt, dass diese als Spezialekammer auf dem Gebiet der Tatsachenerhebung und -bewertung dem OVG Berlin stets haushoch überlegen war: Bislang hatte die 35. Kammer noch jeden angeblichen ‚Beweis‘ des Berliner OVG durch Nachfragen und weitere Aufklärungsmaßnahmen erschüttern können!

Die 35. Kammer festigte in der Folgezeit ihre Rechtsprechung, wonach bis zu einer positiven Zustimmung im Rahmen des deutsch-jugoslawischen Abkommens eine Duldung wegen tatsächlicher Abschiebungshindernisse erteilt werden müsse, und verwies auf die bisherigen Erfahrungen mit dem Abkommen (vgl.: VG 35 A 1064.97, B.v. 16.6.1997, 2 f). Ende 1997 waren von 2.227 bundesweit gestellten Ersuchen an die jugoslawischen Behörden erst 661 (d.h. ca. 30%) beantwortet worden, etwa 75% dieser Antworten (497) waren positiv ausgefallen. Anders formuliert: In nur weniger als einem Viertel aller Rückübernahmeersuchen hatten sich die jugoslawischen Behörden zur Rückübernahme bereit erklärt. Die Kammer wies in diesem Zusammenhang auf Äußerungen der jugoslawischen Seite hin, wonach diese angesichts der Vielzahl der Rückübernahmeersuchen aus Deutschland nicht in der Lage sei, die in dem Abkommen vereinbarten Bearbeitungsfristen einzuhalten (dies entsprach einer Information des Bundesinnenministeriums vom 5.2.1997; vgl. a.a.O., 3). Besonders drastisch stellte sich die Lage in Bezug auf Berlin dar: Zum Stichtag des 22. April 1997 hatte das Land Berlin auf seine nahezu 900 Rückübernahmeersuchen **noch in keinem einzigen Fall** eine Antwort erhalten (vgl. ebd.)¹³⁰!

Die 35. Kammer führte weiterhin aus, dass die jugoslawische Seite in der Gemeinsamen Expertenkommission im Rahmen des Abkommens explizit erklärt hatte, „dass sie auch bei freiwilligen Rückkehrern dasselbe Prüfungsverfahren hinsichtlich der Staatsangehörigkeit praktiziere wie bei den Ersuchen der Ausländerbehörden“ (ebd., 4) – was durch zahlreiche Berichte gescheiterter Rückreiseversuche bestätigt würde (ebd.).

„Rückenwind“ erhielt die 35. Kammer im rechtsdogmatischen Auslegungstreit um den § 55 Abs. 2 AuslG dann erneut durch Entscheidungen zweier weiterer Obergerichtsurteile anderer Bundesländer (OVG Hamburg und OVG Lüneburg, a.a.O., 3).

Auch die 8. Kammer des Bayrischen Verwaltungsgerichts in München (M 8 K 97.3204; Urteil vom 28.7.1997) fand zu jener Zeit deutliche Worte, um die ausländerbehördliche Praxis, „die sogenannte Ausreisefrist mehrfach und über Monate hinweg“ zu verlängern, als eindeutig rechtswidrig zu charakterisieren, denn nach der klaren Gesetzeslage habe die „Ausländerbehörde generell nur zwei Möglichkeiten [...] entweder abzuschicken oder zu dulden“ (a.a.O., 5). Im konkreten Fall sollte dem Betroffenen bis zum Abschluss eines Weiterwanderungsverfahrens nur eine „Grenzübertrittsbescheinigung“ erteilt werden, und der Kammer erschien es deshalb „als möglich, dass sich [...] Behörden-

¹²⁸ Die abweichende Rechtsprechung des VGH BW erwähnte der 4. Senat in seiner Entscheidung zwar – argumentativ setzten sich die RichterInnen mit dieser Position jedoch mit keinem Wort auseinander!

¹²⁹ Eine umfangreiche Dokumentation (33 Seiten) von Zurückweisungen und Misshandlungen bei Abschiebungen und Rückreisen von Kosovo-AlbanerInnen (vor, aber vor allem auch *nach* Abschluss des Rückübernahmeabkommens) bot Stenger (1997, 69 ff). Weitere Nachweise in: VG 35 A 1064.97, B. v. 16.6.97, S. 4 f.

¹³⁰ Später (Stand: 26.5.1997) gab es bei 1.153 Ersuchen Berliner Behörden ganze vier (!) Zustimmungen zur Rückübernahme (zweier Serben und zweier Kosovo-Albaner) und zwei negative Antworten (aus einem Schreiben der Ausländerbehörde vom 2.6.1997).

angehörige [der Ausländerbehörde; T.H.] der Beihilfe zur Straftat des § 92 Abs. 2 AuslG [„illegaler“ Aufenthalt; T.H.] schuldig machen könnten“ (a.a.O., 7), indem sie dem Betroffenen die gesetzlich vorgesehene Duldung vorenthielten und ihn dadurch in einen unregulierten, strafbaren Aufenthalt zwängen!

Das Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts

Am 25. September 1997 war es schließlich soweit: Das Bundesverwaltungsgericht entschied über die Rechtmäßigkeit der Berliner Sonderrechtsprechung zu tatsächlichen Abschiebungshindernissen und Duldungsgründen nach § 55 Abs. 2 AuslG nach einer mündlichen Verhandlung (BVerwG 1 C 3.97, U.v. 25.9.1997). Von den Beratungsstellen und AnwältInnen in Berlin war diese Entscheidung des höchsten deutschen Fachgerichts seit langem herbeigesehnt und zu diesem Zeitpunkt fast schon nicht mehr für möglich gehalten worden.

In dem Grundsatzurteil ging es inhaltlich um den Antrag auf Duldung eines vietnamesischen ehemaligen DDR-Werkvertragsarbeitnehmers vom 3.12.1993 (!), den die Berliner Ausländerbehörde nicht bearbeitet hatte und der sowohl vom Verwaltungsgericht als auch vom Obergericht Berlin (OVG 8 B 9.96) als unbegründet angesehen worden war, weil der Betroffene zwar nicht abgeschoben werden, jedoch ‚freiwillig‘ ausreisen könne.

Die fünf Richter des ersten Senats des Bundesverwaltungsgerichts gaben dem Vietnamesen Recht: Eine Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG müsse erteilt werden, weil tatsächliche Abschiebungshindernisse vorlägen. Eine Abschiebung sei nur im Rahmen des deutsch-vietnamesischen Rückübernahmeabkommens möglich, die Ausländerbehörde hatte zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerwG jedoch noch nicht einmal ein Rückübernahmeersuchen gestellt, d.h. sie hatte über vier Jahre hinweg keinerlei Vorbereitungen für eine Abschiebung getroffen (a.a.O., S. 14).

Die Rechtsfortbildung des 8. Senats bzw. der gesamten Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Ausnahme der 35. Kammer wurde vom BVerwG geradezu ‚in der Luft zerpfückt‘ (vgl. a.a.O., 6 ff). Die Argumente des BVerwG muss ich an dieser Stelle nicht im Detail wiederholen, denn sie entsprachen haargenau der Argumentation und ständigen Rechtsprechung der 35. Kammer des VG Berlin: Sowohl der klare Wortlaut des § 55 Abs. 2 AuslG als auch die Funktion der Duldung, sowohl die Systematik des Ausländergesetzes als auch die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte – *alle* für eine sorgfältige Urteilsfindung maßgeblichen Gesichtspunkte also –, so befand das BVerwG, ließen eine Erweiterung der Duldungsvorschrift bei tatsächlichen *Abschiebungshindernissen* um das Kriterium einer (unmöglichen) ‚freiwilligen‘ Ausreise *nicht* zu.

Das BVerwG nutzte die Gelegenheit für weitere Klarstellungen:

„Eine Duldung ist grundsätzlich auch dann zu erteilen, wenn die Abschiebung zwar möglich ist, die Ausreisepflicht des Ausländers aber nicht ohne Verzögerung durchgesetzt werden kann [...]. Die Ausländerbehörde hat also nicht nur zu untersuchen, ob die Abschiebung des Ausländers überhaupt durchgeführt werden kann, sondern auch zu prüfen, innerhalb welchen Zeitraums dies möglich ist. Auch wenn dieser Zeitraum ungewiss ist, ist eine Duldung zu erteilen“ (a.a.O., 11).

Das BVerwG stellte fest, dass die Duldungsvorschrift ein „rechtlich geschütztes Individualinteresse“ (a.a.O., 12) beinhalte, das jederzeit einklagbar sei, etwa wenn die Ausländerbehörde den weiteren Aufenthalt lediglich *stillschweigend* dulde:

„Die tatsächliche Hinnahme des Aufenthalts außerhalb förmlicher Duldung, ohne dass die Vollstreckung der Ausreisepflicht betrieben wird, sieht das Gesetz nicht vor“ (a.a.O., 9).

Die Ausländerbehörde habe „einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entweder unverzüglich abzuschicken oder ihn zu dulden“ (a.a.O., 11).

Diese höchstrichterlichen Vorgaben ließen an Eindeutigkeit nichts zu wünschen übrig: Vor allem der von vielen Ausländerbehörden geübten Praxis der Abdrängung von de-facto-Flüchtlingen in einen unregulierten und strafbaren Aufenthaltsstatus („Grenzübertrittsbescheinigungen“ usw.) wurde jeglicher Anschein der Rechtmäßigkeit entzogen. Die behördliche Ausschaffungsstrategie der Illegalisierung, die besonders intensiv in Berlin betrieben worden war, war vielmehr selbst illegal, so das BVerwG.

Für Tausende, die unter diesen rechtswidrigen Behördenmethoden jahrelang gelitten oder sogar das Land verlassen hatten, weil sie den Druck nicht mehr aushielten, kam diese höchstrichterliche Klarstellung natürlich zu spät. Die systematische Verweigerung von Duldungen hatte zudem erhebliche sozialrechtliche Folgen, denn bis Mitte 1997 erhielten nur geduldete Flüchtlinge ungekürzte Leistungen entsprechend BSHG¹³¹, d.h. dass vor allem die Berliner Bezirksämter über Jahre hinweg aus der rechtswidrigen Praxis der Ausländerbehörde auch noch Profit geschlagen hatten.

Im Prinzip hätten die Betroffenen in den Jahren der Duldungsverweigerungspolitik nicht nur gegen die Duldungsversagung, sondern parallel hierzu auch gegen die infolge der (rechtswidrigen) Duldungsverweigerung vorgenommenen Leistungskürzungen durch die Sozialämter Rechtsmittel einlegen müssen. Den Betroffenen ging es allerdings entgegen eines allgemein verbreiteten Vorurteils nicht ums Geld, sondern in erster Linie um die rechtliche Absicherung ihres Aufenthalts. Da die Duldungsrechtsprechung des OVG Berlin über Jahre hinweg geradezu als ‚unhintergebar‘ galt, erschien der mühsame Rechtsweg in sozialrechtlicher Hinsicht aber auch ohne jede Aussicht auf Erfolg. Schließlich hätten die ohnehin überlasteten Beratungsstellen eine solche Verdoppelung und Verdreifachung ihres Arbeitsaufwandes gar nicht leisten können, und auch das Berliner Verwaltungsgericht wäre vermutlich unter der Last tausender weiterer (sozialrechtlicher) Verfahren kollabiert.

Es gibt meines Wissens nach entsprechend *keinen einzigen Fall*, in dem die sozialrechtlichen Einschränkungen infolge des rechtswidrigen Duldungsentzugs einer gerichtlichen Überprüfung bis zur letzten Instanz unterzogen worden wären.

Dass im einstweiligen Rechtsschutzverfahren keine Entscheidungen durch das Bundesverwaltungsgericht möglich sind, kann – wie das Beispiel gezeigt hat – dazu führen, dass grundsätzlich klärungsbedürftige Rechtsfragen oft über Jahre hinweg unentschieden und in der ‚Rechtsprechungshoheit‘ der Oberverwaltungsgerichte bleiben. Dies gilt insbesondere im Flüchtlingsrecht, denn hier ist eine Ablehnung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren häufig zugleich mit der faktischen ‚Erledigung‘ des Hauptsacheverfahrens verbunden, wenn nämlich die KlägerInnen zwangsweise außer Landes gebracht wurden. Wäre etwa der vietnamesische Kläger in dem oben geschilderten Grundsatzverfahren, das immerhin fast vier Jahre dauerte, ausgereist oder abgeschoben worden (oder hätte die Ausländerbehörde ihm doch noch eine Duldung erteilt), wäre auch eine Entscheidung des BVerwG in der Sache gegenstandslos geworden, d.h. eine verbindliche Auslegung des § 55 Abs. 2 AuslG hätte sich weiter verzögert.

‚Ohrfeigen‘ für den 8. Senat

Der 8. Senat des Berliner OVG musste mit der Grundsatzentscheidung des BVerwG einige ‚Ohrfeigen‘ einstecken, die seine bis dahin unangefochtene ‚Leitwolfstellung‘ nachhaltig beschädigten. Die höchstrichterliche Demontage der Duldungsrechtsprechung des 8. Senats mag dazu beigetragen haben, dass die Berliner (Ober-) Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht mehr derartig unkritisch, unreflektiert und geschlossen den Vorgaben einzelner Senate folgte – und seien diese noch so hanebüchen.

Die Bundesrichter jedenfalls bescheinigten dem 8. Senat, dass er „auf das Vollstreckungsrecht wertende Elemente [übertragen habe], die in ihm nicht angelegt sind“ (a.a.O., 9). Die Übertragung des Kriteriums der freiwilligen Ausreise von § 30 Abs. 3 (Aufenthaltsbefugnis) auf § 55 Abs. 2 AuslG (Duldung) sei nicht zu begründen:

„Es verbietet sich grundsätzlich, die für eine bestimmte Problemlage in einem Abschnitt getroffene Regelung ganz oder teilweise auf Regelungen eines anderen Abschnitts zu übertragen, wenn nicht der Gesetzgeber – etwa durch Verweisungen – dafür einen Anhalt bietet“ (a.a.O., 10).

In anderen Worten: Der 8. Senat hatte sich im Rahmen einer verfassungswidrigen Rechtsfortbildung an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt und eine eindeutige Rechtsvorschrift sinnenfremd und unter Missachtung aller Rechtsregeln restriktiv ausgelegt.

Rechtswidrige Duldungsverweigerung auch nach der BVerwG-Entscheidung

Angesichts der *eindeutigen* Vorgabe des BVerwG, die Ausländerbehörden müssten *entweder unverzüglich abschieben oder dulden*, müssen die später immer wieder vorkommenden behördlichen Ver-

¹³¹ Der 4. Senat OVG Berlin (OVG 4 S 478.94) sah entsprechend in der Kürzung des Sozialhilfebezugs auch einen Eilbedürftigkeitsgrund in einstweiligen Rechtsschutzverfahren zur Erlangung einer Duldung.

suche einer rechtswidrigen Ausschaffung und Abschreckung von Flüchtlingen durch Duldungsentzug als offener und skandalöser Rechtsbruch bezeichnet werden.

Im Verlauf des Jahres 1998 erhielten in Berlin dessen ungeachtet zahlreiche neu eingereiste Flüchtlinge aus der BR Jugoslawien weisungsgemäß regelmäßig (zunächst) nur dreimonatige Grenzübertrittsbescheinigungen statt Duldungen, obwohl feststand, dass eine Abschiebung dieser Personen in absehbarer Zeit nicht möglich sein würde (diese GÜBs wurden in Einzelfällen sogar noch über drei Monate hinaus verlängert).

Auch im Frühjahr 2000 verweigerten Ausländerbehörden (nicht nur in Berlin) Kosovo-Flüchtlingen zum Zwecke der Abschreckung und Einschüchterung pauschal weitere Duldungen, obwohl offenkundig war, dass sie in diesen tausenden von Fällen konkrete Abschiebungsmaßnahmen gar nicht vorbereitet haben konnten. Ähnlich wie den Flüchtlingen aus Bosnien-Herzegowina in den Jahren 1996/97 sollte jedoch auch den Flüchtlingen aus dem Kosovo durch diesen (rechtswidrigen) Duldungsentzug signalisiert werden, dass ihre Zeit in Deutschland abgelaufen sei. Recht wurde also zum Zweck der Ausschaffung *bewusst* gebrochen.

„Nebenschauplätze“ im „Kampf“ um die Duldung

Die Auseinandersetzung in der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit um die Frage tatsächlicher Duldungsgründe war „mit harten Bandagen“ geführt worden – in Nebenfragen wurde der eigentlich bereits entschiedene „Kampf“ dann auch noch nach der Entscheidung des BVerwG noch fortgesetzt.

Die 35. Kammer war, wie bereits geschildert, aufgrund der unzureichenden Umsetzungspraxis ihrer Beschlüsse durch die Berliner Ausländerbehörde dazu übergegangen, die Tenorierung ihrer Beschlüsse immer weiter zu präzisieren und z.B. die Erteilung einer Duldung für einen bestimmten Zeitraum oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses (etwa bis zur Zustimmung zur Rückübernahme) anzuordnen (ähnlich entschieden z.B. auch die 11. und die 27. Kammer). Sie untersagte der Ausländerbehörde auch, ein Erwerbstätigkeitsverbot auszusprechen, denn nur die von ihr gerichtlich angeordneten Duldungen wurden mit einem solchen behördlichen Verbot versehen und ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung war nicht ersichtlich: Es handelte sich offenkundig um eine willkürliche Brüskierung des Gerichts durch die Ausländerbehörde¹³².

Die 35. Kammer gab der Ausländerbehörde zeitweilig zudem vor, dass eine Duldung „ohne auflösende Bedingung“ erteilt werden müsse, da die Ausländerbehörde in Erwartung einer Aufhebung der Beschlüsse durch das OVG die Gültigkeit von nach Anordnungen der 35. Kammer erteilten Duldungen bis zum Zeitpunkt einer negativen Entscheidung im Beschwerdeverfahren begrenzt hatte (diese auflösende Bedingung war jedoch bereits deshalb problematisch, weil Beschwerde-Entscheidungen nicht förmlich zugestellt werden und deshalb die genaue Gültigkeitsdauer dieser Duldungen nicht hinreichend bestimmbar war).

¹³² Vgl. z.B.: VG 35 A 3119.96; B.v. 22.12.1997, S. 6: „Für die Verweigerung einer Arbeitserlaubnis sind vom Antragsgegner in mehreren Parallelverfahren sachliche Gründe weder dargelegt worden noch sonst erkennbar, zumal selbst bei bloßen Meldefristen etwa in einer Pässeinzugsbescheinigung auch nach Auffassung der Innenverwaltung der Erteilung einer Arbeitserlaubnis nach der AEVO nichts im Wege steht“.

In der Beschwerdeschrift der Ausländerbehörde vom 26.1.1998 gegen diesen Beschluss hieß es, dass „die Möglichkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit [...] den Bemühungen des Landes Berlin [widerspreche], die ehemaligen Bürgerkriegsflüchtlinge nunmehr zu einer freiwilligen Rückkehr in ihre Heimat zu bewegen. Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit könnte die gewünschte Ausreisewilligkeit unterlaufen und zu einer Verfestigung des Aufenthalts führen“. Dieser Passus sagte zwar einiges über die Ausschaffungsstrategie der Berliner Behörden aus, erklärte aber nicht, warum Flüchtlinge mit einer Grenzübertrittsbescheinigung arbeiten durften, Flüchtlinge mit einer Duldung, die von der 35. Kammer angeordnet worden war, hingegen nicht.

Ein jahrelanges Arbeitsverbot bei aus humanitären Gründen geduldeten de-facto-Flüchtlingen verstoße auch gegen die Grundsätze der Menschenwürde und der Verhältnismäßigkeit, befand die 35. Kammer (vgl.: VG 35 A 3314.97, B.v. 11.2.1998, S. 6) – und nahm hiermit die spätere Rechtsprechung des Berliner Landessozialgerichts vorweg.

Das OVG Berlin hob viele dieser Nebenbestimmungen auf bzw. bewertete sie als generell unzulässig¹³³. In Bezug auf konkrete Zeitvorgaben bei gerichtlichen Anordnungen verwarfen die Berliner OberverwaltungsrichterInnen hiermit ohne nachvollziehbare Begründung eine jahrzehntelange Rechtsprechung, und dies taten sie offenkundig nur, weil ihnen der Inhalt der Entscheidungen der 35. Kammer bzw. vor allem deren behördenkritische und kontrollierende Haltung nicht genehm war.

Die 35. Kammer machte sich die Mühe nachzuweisen, dass in der Vergangenheit Einigkeit innerhalb der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit bestanden habe, dass zeitliche Vorgaben in Beschlüssen „nicht nur zulässig und üblich, sondern [...] letztlich sogar zwingend geboten“ seien (VG 35 A 3314.97, B.v. 11.2.1998, S. 6). Die Kammer konnte sich dabei auf zahlreiche VG-Entscheidungen aus den 90er Jahren berufen, die allesamt vom Berliner OVG (1., 2., 4., 5., 8. Senat) bestätigt worden waren. Wenn nun der 8. Senat von seiner eigenen Rechtsprechung abweiche, ohne dies explizit kenntlich zu machen oder zu begründen, so könne dem nicht gefolgt werden. Nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 I ZPO könne das Gericht „nach freiem Ermessen [bestimmen], welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind“ (ebd., 5).

Die 35. Kammer fuhr also im Widerspruch zur Rechtsprechung des Berliner OVG fort, Präzisierungen in ihren Beschluss-Tenorierungen vorzunehmen – und auch andere Kammern des VG Berlin hielten an dieser Rechtsprechungspraxis fest, ohne allerdings, dass sie vom OVG Berlin entsprechend gemäßregelt worden wären, was zeigte, dass es sich um eine exklusive ‚Disziplinierungsmaßnahme‘ der ‚aufmüpfigen‘ Kammer handelte.

Jahre zuvor schon war es bei einer weiteren, scheinbar nebensächlichen Frage zu erheblichen Auseinandersetzungen zwischen der 35. Kammer und dem 8. Senat gekommen: Es ging um die Frage, ob ein Flüchtling tatsächliche Abschiebungshindernisse *zuvor* bei der Behörde schriftlich vorgebracht haben musste, damit das Gericht diese bei seiner Entscheidung auch berücksichtigen konnte. Der 8. Senat war der Auffassung, *dass* dies der Fall sein musste (vgl. z.B.: OVG 8 B 32.95, U.v. 6.6.1995) – obwohl *feststand*, dass die Ausländerbehörde in diesen Fällen keine Duldungen erteilen und nicht einmal schriftliche Bescheide aushändigen würde. Die 35. Kammer hielt dem entgegen, dass es sich bei tatsächlichen Abschiebungshindernissen um Duldungstatbestände handele, die genuin von der Behörde im Rahmen ihrer Abschiebungsvorbereitungen *von Amts wegen* ermittelt und berücksichtigt werden müssten – eines Antrags der Betroffenen bedürfte es deshalb nicht. Unabhängig davon sei das Verwaltungsgericht zu einer umfassenden und abschließenden Ermittlung des Sachverhalts verpflichtet und müsse alle rechtlichen und tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt seiner Entscheidung berücksichtigen (vgl.: VG 35 A 822/95, B.v. 18.8.1995, S. 4). Auch aus ‚prozessökonomischen‘ Gründen wäre es unsinnig, anhängige und entscheidungsreife Rechtsstreitsachen nicht zu entscheiden, um aus purem Formalismus die Betroffenen zu einer erneuten Antragstellung bei der Ausländerbehörde und beim Verwaltungsgericht zu zwingen, ohne dass sich hierdurch irgend etwas an den entscheidungserheblichen Umständen ändern würde.

Sogar der 6. Senat des OVG Berlin und die 19. Kammer teilten diesbezüglich ausnahmsweise einmal die Rechtsauffassung der 35. Kammer (vgl.: OVG 6 S 188.95, B.v. 30.9.1995; VG 19 A 319.95, B.v. 1.4.96), und auch der 8. Senat gab seine abweichende Haltung später stillschweigend – d.h. ohne Begründung – wieder auf¹³⁴.

Das eigentliche Motiv für die genannte Rechtsprechungsvorgabe des 8. Senates war *rechtlich* gar nicht zu begründen, denn es ging ihm vermutlich nur darum, der 35. Kammer möglichst viele

¹³³ So entschieden jedenfalls der 1., 3., 5. und 8. Senat des OVG Berlin (vgl. nur: OVG 5 S 34.98, B.v. 27.3.1998 m.w.N.). Eine nachvollziehbare inhaltliche Begründung hierfür fehlte allerdings. Es hieß lediglich, dass das Gericht dem Ermessen der Ausländerbehörde grundsätzlich nicht vorgreifen dürfe (a.a.O., 2).

¹³⁴ Die zeitweilige ‚Verwirrung‘ des 8. Senats zu diesem Punkt überraschte bereits deshalb, weil er ansonsten unterstellte, dass Anträge auf Duldung quasi implizit (mündlich) im Rahmen regelmäßiger Vorsprachen gestellt würden: „Die Umstände des Falles und die damalige Behördenpraxis sprechen dafür, dass der Kläger bei seiner Vorsprache [...] mündlich Duldung beantragt und das Landeseinwohneramt solche formlos abgelehnt hat“ (OVG 8 B 44.95, S. 3).

anhängige Rechtsstreitsachen zu entziehen! Aufgrund der anfänglichen Alleinzuständigkeit der 35. Kammer für Rechtsstreitsachen (ehemals) jugoslawischer Staatsangehöriger waren bei ihr zahlreiche unerledigte Verfahren anhängig, in denen sie Duldungen aus tatsächlichen Gründen anordnen konnte – abweichend von der Rechtsprechung des Berliner OVG. Hätten die Betroffenen die Gerichtsverfahren für erledigt erklären und neue Anträge stellen müssen, wären sie infolge des geänderten Geschäftsverteilungsplans des VG Berlin an eine andere – dem 8. Senat ‚gefügigere‘ – Kammer geraten.

Insgesamt zeigt der heftige Rechtsprechungstreit zwischen der 35. Kammer des VG Berlin und vor allem dem 8. Senat des OVG Berlin in Bezug auf die Erteilung von Duldungen aufgrund tatsächlicher Abschiebungshindernisse, wie sehr die Rechtsprechung in der Praxis geprägt sein kann von ausgesprochen machtpolitischen, karrieristischen und / oder persönlichen Motiven der Rechtsprechenden; und wie wenig sie im Gegenzug in solchen Fällen auf einer ‚wertneutralen‘, methodentreuen und auf Argumenten basierenden Rechtsausdeutung basiert.

Der Streit um Aufenthaltsbefugnisse

Anders als bei dem Auslegungstreit um Duldungen wegen tatsächlicher Abschiebungshindernisse nach § 55 Abs. 2 AuslG ging es bei dem verwaltungsjuristisch geführten Streit um die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen (nach § 30, 32, 32 a AuslG) um Gesetzesvorschriften, die nicht eindeutig formuliert waren und die den zuständigen Behörden bzw. den politischen Instanzen tatsächlich einen Ermessensspielraum eröffneten. Die gerichtliche Überprüfbarkeit solcher Entscheidungen ist erheblich eingeschränkt, denn die RichterInnen können lediglich prüfen, *ob* das gegebene Ermessen sachgerecht ausgeübt wurde¹³⁵ bzw. ob im Einzelfall *nur eine* Entscheidung rechtlich (zwingend) geboten sein kann – nur in diesen Fällen einer ‚Ermessensreduzierung auf Null‘ ist eine richterliche Anordnung in Ermessensfragen ausnahmsweise zulässig.

Vor diesem Hintergrund kann anhand der Rechtsprechung zur Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen sehr gut gezeigt werden, wie die 35. Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts versuchte, bestehende Gesetzesvorschriften ‚*flüchtlingsfreundlich*‘ auszulegen, während das Obergericht Berlin diese Entscheidungen der 35. Kammer regelmäßig aufhob und somit ausgesprochen ‚*behördenfreundlich*‘ agierte.

Auf die detaillierte Wiedergabe der jeweiligen juristischen Begründungen möchte ich an dieser Stelle weitgehend verzichten, da ich hierauf bereits im vorherigen Kapitel ausführlich eingegangen bin.

1. Versuch 1995: Befugnisse nach § 32 AuslG

Im Jahr 1995, also noch während des Krieges in Bosnien-Herzegowina, urteilte die 35. Kammer, dass Aufenthaltsbefugnisse nach § 32 AuslG an bosnische Flüchtlinge zu erteilen seien, und sie bezog sich dabei auf einen entsprechenden Beschluss der Innenminister und auf die damalige Weisungslage in Berlin (Weisung Nr. 92 vom 12. Juni 1995). Diese Übereinkunft der Länderinnenminister und des Bundesinnenministeriums von Mitte 1995 sah zwar nur vor, dass *erwerbstätige* bosnische Flüchtlinge (ohne Sozialhilfebezug) eine solche Befugnis beanspruchen könnten. Dies sei jedoch, so die Kammer, ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, denn diese Einschränkung stünde „geradezu im Widerspruch zu[m] [...] humanitären Anspruch“ der Regelung des § 32 AuslG (VG 35 A 2436/94, U.v. 31. Juli 1995, insb. S. 7)¹³⁶.

¹³⁵ In dem Urteil VG 35 A 1348/95 vom 22.12.1995 wurde beispielsweise ein Ablehnungsbescheid der Ausländerbehörde als „offenkundig rechtsfehlerhaft“ bezeichnet, da sich „die Prüfung des Tatbestandes von § 30 Abs. 4 AuslG [...] auf die Behauptung beschränkt, die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dieser Vorschrift stehe im Ermessen der Behörde, ohne jedoch darzutun, in welcher Weise hier der Tatbestand geprüft und das danach zustehende Ermessen ausgeübt worden ist“ (ebd., 4).

¹³⁶ In § 32 AuslG ist bestimmt, dass Aufenthaltsbefugnisse „Ausländern aus bestimmten Staaten oder [...] in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen“ „aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ erteilt werden können. Der Wortlaut („in sonstiger Weise bestimmte Ausländergruppen“) lässt zwar unterschiedliche Auslegungen zu; der grundsätzlich humanitäre Charakter der

Die Unverhältnismäßigkeit des IMK-Beschlusses wurde insbesondere in solchen Fällen deutlich, bei denen Menschen im Ergebnis *deshalb* keine Aufenthaltsbefugnis erteilt wurde, *weil sie in besonderer Weise* Leidtragende des Krieges waren, etwa Kriegsversehrte, die infolge ihrer Verletzungen erwerbsunfähig waren. Ein solch widersprüchliches Ergebnis einer angeblich humanitären Regelung erschien der 35. Kammer untragbar. Auch dass alle anderen unverschuldet erwerbsunfähigen Flüchtlinge (allein erziehende Mütter, Behinderte, ältere Menschen, Kinder usw.) von der Befugnisregelung nach § 32 AuslG ausgeschlossen werden sollten, war in Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes problematisch. Dies galt bereits deshalb, weil Aufenthaltsbefugnisse an erwerbstätige Flüchtlinge auch ohne gesonderten politischen Beschluss nach § 30 AuslG hätten erteilt werden können bzw. müssen.

Die 35. Kammer machte zudem darauf aufmerksam, dass die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen ausschließlich an erwerbstätige Flüchtlinge auch „unter fiskalpolitischen Gesichtspunkten unsinnig“ sei (vgl. ebd.), denn auch den erwerbslosen Flüchtlingen, die ohnehin nicht abgeschoben werden könnten, würde erst mit einer Aufenthaltsbefugnis die reelle Chance eröffnet, eine Arbeit bzw. Arbeitserlaubnis zu erhalten, um unabhängig von öffentlichen Sozialleistungen leben zu können. Die Kammer befand (a.a.O., 7), dass der von ihr zu entscheidende Fall „in krasser Weise den Widersinn einer solchen Verfahrensweise“ – die Verhinderung der Erwerbstätigkeit von Flüchtlingen durch Vorenthaltung eines Aufenthalts- bzw. Arbeitsrechts – widerspiegele.

Der Einwand der Ausländerbehörde, dass die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis zu einer „Verfestigung des Aufenthalts“ führen könne, sei „weder neu noch zutreffend“ (ebd., 8). Eine aufenthaltsrechtliche Verfestigung ergebe sich, so die Kammer, vielmehr erst in Verbindung mit einer langjährigen Dauer des Aufenthalts. Die Richter wiesen in diesem Zusammenhang auf die Entstehungsgeschichte der Befugnisregelung im Ausländergesetz und die einhellig als ungenügend kritisierte Praxis der ‚Kettenduldung‘ hin (ebd., 8 f, 5 f), und sie erinnerten die beteiligten Behörden und PolitikerInnen daran, worum es der Sache nach ging:

„Zur Gewährung humanitären Schutzes gehört jedoch nicht nur das Absehen von Abschiebung und die Versorgung mit Nahrungsmitteln zur Erhaltung der physischen Existenz. Wie bereits dargelegt, geht das AuslG 1990 davon aus, dass nach einem bestimmten Duldungszeitraum durch die Gewährung von Aufenthaltsbefugnissen eine Verbesserung des Status erfolgen kann und muss, wenn der Anspruch auf Gewährung humanitären Aufenthalts ernsthaft erhoben werden soll.

In den wenigen Wochen, in denen die Regelung über die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen inzwischen besteht, ist für das erkennende Gericht in vielen Verhandlungen erkennbar geworden, welche ungeheure Bedeutung dieser Status für Flüchtlinge inzwischen erhalten hat, wobei der psychologische Aspekt oft die materiellen Vorteile fast überlagert“ (a.a.O., 8).

Dass (auch) auf die Bedürfnisse und Interessen der Flüchtlinge Rücksicht genommen und auf den *politisch-humanitären Kern* juristischer Fragestellungen eingegangen wurde, war ein Merkmal der Rechtsprechung der 35. Kammer, das diese von der Rechtsprechung aller anderen Spruchkörper am VG / OVG Berlin deutlich unterschied. Die 35. Kammer versuchte mit ihrem ersten Befugnisurteil, die politischen Entscheidungsträger (in diesem Fall die Exekutiven der Länder) auf die *ursprüngliche innere Logik* der Gesetze zu verpflichten, die vor allem in dem populistischen und xenophoben Asyldiskurs Anfang der 90er Jahre verschüttet worden war. Dies gelang nicht, denn für die nächste Instanz war das gesetzliche Ermessen geradezu sakrosankt (der Exekutive könne im Rahmen des § 32 AuslG keine Vorgaben gemacht werden). Die Berliner OberverwaltungsrichterInnen wollten der Politik in ihrem restriktiven Handeln (dessen Ziele sie teilten) keinesfalls irgendeine (humanitären) Schranken auferlegen.

2. Versuch 1995: § 32 a AuslG – Das ‚Wiesbadener Urteil‘

Am 12.12.1995 fasste die 4. Kammer des VG Wiesbaden (4/1 E 930/94) ein Aufsehen erregendes Urteil, mit dem die RichterInnen feststellten, dass trotz einer *eindeutig fehlenden* politischen

Regelung ist jedoch offenkundig. Die „Wahrung *politischer* Interessen“ der BRD kann *nicht* mit einer Berücksichtigung der *finanziellen* Interessen der *Bundesländer* (!) ineins gesetzt werden, zumal solche Kostengesichtspunkte in Gesetzen zumeist mit dem Begriff der *öffentlichen Interessen* umschrieben werden.

Anordnung die „tatbestandlichen Voraussetzungen“ des § 32 a AuslG erfüllt seien und das Land Hessen deshalb Aufenthaltsbefugnisse an bosnische Kriegsflüchtlinge erteilen müsse (a.a.O., 14)¹³⁷.

Der Hintergrund dieser Entscheidung war folgender: Die *Stadt Frankfurt a.M.* hatte gegen das Land Hessen Klage erhoben, weil sie sich durch die Nicht-Anwendung des Bürgerkriegs-Paragrafen § 32 a AuslG (und seiner Verteilungsregelung) benachteiligt und in ihren Rechten verletzt sah (Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen; Finanzausgleichsverpflichtung; vgl. a.a.O., 8). Die Stadt machte wegen ihrer überdurchschnittlichen Aufnahme von Kriegsflüchtlingen erhebliche finanzielle Mehrbelastungen geltend¹³⁸ und wies darauf hin, dass sich alle Innenministerien der Länder darüber einig seien, dass „bei einer rein sachbezogenen Beurteilung § 32 a AuslG Anwendung finden müsse“ (ebd., 6) und dass eine solche Regelung auch „dringend geboten sei“. „Die Anwendung der Vorschrift sei bisher allein und ausschließlich an finanziellen Einwänden gescheitert“ (a.a.O., 7), wobei „sich das finanzielle Kalkül gegenüber dem ausländerrechtlichen Sachverstand durchgesetzt“ habe (ebd.). Dass die Länder aus „unsachlichen Beweggründen“ heraus die *einzig* sachgerechte Anordnung nach § 32 a AuslG verweigerten, sei „missbräuchlich und willkürlich“ (vgl. a.a.O., 7), die entsprechenden Erlasse (Abschiebestopp nach § 54 AuslG) seien „rechtlich fehlerhaft“ bzw. „nichtig“ (ebd.).

Das *Land Hessen* hatte dem entgegnet, dass die erforderliche Verständigung zur Aufnahme von Kriegsflüchtlingen nach § 32 a AuslG bislang nicht habe erreicht werden können und die Bürgerkriegsregelung deswegen auch nicht anwendbar sei. Es bestritt finanzielle Motive bzw. ließ diese unerwähnt (vgl. a.a.O., 9 f) – allerdings hatte der Bund in dem Verfahren darauf hingewiesen, dass die Anwendung des § 32 a AuslG daran scheitere, dass ein Teil der Länder ihre Zustimmung von einer hälftigen Kostenübernahme des Bundes abhängig gemacht hätten (vgl. a.a.O., 11 f). Hessen machte geltend, dass „§ 32 a Abs. 1 Satz 1 AuslG Bund und Ländern kein gerichtlich nachprüfbares Ermessen einräume, sondern lediglich eine freie politische Entscheidung normiere (vgl. a.a.O., 10). Die Anwendung des § 32 a AuslG sei auch deshalb einer gerichtlichen Überprüfung entzogen, da „eine unter bestimmten Umständen bestehende ‚Ermessensreduzierung auf Null‘ Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlingen mittelbar einen Anspruch auf Aufnahme ins Bundesgebiet einräumen“ würde (a.a.O., 10)¹³⁹.

Obwohl die Begründung des Gesetzes die Rechtsauffassung des Landes Hessen zu stützen schien – hiernach liege es in der „freien politischen Entscheidung der obersten Landesbehörden, [...] auf welcher Rechtsgrundlage (§ 32 oder § 32 a AuslG) die Aufnahme“ erfolgen soll (vgl. a.a.O., 14) – orientierte sich das VG Wiesbaden am Wortlaut des § 32 a Abs. 1 AuslG, dessen erster Satz lautet:

„Verständigen sich der Bund und die Länder einvernehmlich darüber, dass Ausländer aus Kriegs- oder Bürgerkriegsgebieten vorübergehend Schutz in der Bundesrepublik Deutschland erhalten, ordnet die oberste Landesbehörde an, dass diesen Ausländern zur vorübergehenden Aufnahme eine Aufenthaltsbefugnis erteilt und verlängert wird.“

Die RichterInnen stellten fest, dass der „eindeutige und somit maßgebliche Wortlaut des § 32 a AuslG“ (*ordnet an*) – im Gegensatz zu § 32 AuslG (*kann anordnen*) – einen „eindeutigen Gesetzesbefehl“ enthalte, der den Landesbehörden keinen „irgendwie gearteten Spielraum“ lasse (a.a.O., 15):

„Voraussetzung ist lediglich, dass sich Bund und Länder einvernehmlich darüber verständigen, dass Ausländer aus Kriegs- und Bürgerkriegsgebieten vorübergehend Schutz in der Bundesrepublik Deutschland erhalten. Entscheidend ist danach allein der einheitliche politische Wille zur zeitweiligen Schutzgewährung für bestimmte Flüchtlinge. Eine bestimmte Form der Verständigung schreibt das Gesetz ebensowenig vor wie Übereinstimmung der Motive von Bund und Ländern für die Einigung über die Aufnahme“ (a.a.O., 15).

Den politischen Willen zur Schutzgewährung für Flüchtlinge aus Bosnien-Herzegowina aber sah das VG Wiesbaden angesichts der regelmäßig verfügbaren bundeseinheitlichen Abschiebestopps als gegeben an, weshalb Aufenthaltsbefugnisse zwingend zu erteilen seien (vgl. ebd., 16).

¹³⁷ Das Urteil des VG Wiesbaden hatte in der zweiten Instanz keinen Bestand; das aufhebende Berufungsurteil liegt mir nicht vor.

¹³⁸ Als Gesamtkosten der Stadt Frankfurt a.M. wurden in diesem Zusammenhang benannt: 1993 / 94 / 95: ca. 13 / 23 / 28 Mio. DM. Innerhalb Hessens habe Frankfurt nahezu fünfmal so viele Flüchtlinge aufgenommen, wie sie nach den Regelungen für Asyl Suchende hätte aufnehmen müssen. Hessen wiederum verzeichnete innerhalb Deutschlands eine 94,6%ige ‚Soll-Überschreitung‘, gemessen am Verteilungsschlüssel des Asylverfahrens (vgl. a.a.O., 5 f). Berlin wies derselben Berechnung zufolge (vgl. ebd.) zum Stichtag 30.6.1994 eine ‚Soll-Überschreitung‘ in Höhe von 463,7% auf.

¹³⁹ Diese ‚Überflutungsphantasien‘ waren unhaltbar: Die Formulierung „Anspruch auf Aufnahme ins Bundesgebiet“ suggerierte, dass sich Bürgerkriegsflüchtlinge vom Ausland aus in die BRD ‚einklagen‘ könnten. Die Bestimmung des § 32 a AuslG reguliert jedoch in erster Linie den Aufenthaltsstatus der Betroffenen; die Aufnahme von Flüchtlingen aus dem Ausland kann nach § 32 a Abs. 10 AuslG ausdrücklich kontingentiert werden!

Obwohl sowohl der exakte Wortlaut des § 32 a AuslG als auch der ‚allgemeine Menschenverstand‘ für die Auslegung des VG Wiesbaden sprachen (humanitäre Erwägungen taten dies ohnehin), so war die ‚fremdbestimmte‘ Ableitung einer Verständigung nach § 32 a AuslG durch die hessischen RichterInnen dennoch sehr fragil begründet: Denn wenn sich der politische Wille zur Schutzgewährung bereits in Abschiebestopp-Regelungen nach § 54 AuslG dokumentiere und hieraus zwingend die Anwendung des § 32 a AuslG folgen sollte, so würde die Bestimmung des § 54 AuslG gesetzssystematisch beinahe unanwendbar. Zwar sprach das VG Wiesbaden von „ununterbrochen bestehenden, regelmäßig wiederholten jeweils sechsmonatigen Abschiebestoppregelungen“ (a.a.O., 16) im Falle der Bosnien-Flüchtlinge und machte hiermit deutlich, dass die Verkündung eines *einmaligen* Abschiebestopps wohl noch nicht genügen könne, um die Voraussetzungen des § 32 a AuslG als gegeben anzusehen. Die vermutlich tatsächlich nur *politisch* zu beantwortende Frage blieb somit bestehen, *ab wann* und unter welchen Voraussetzungen im Rahmen *politischer* Leitentscheidungen statt Duldungen (nach § 54 AuslG) Aufenthaltsbefugnisse (nach § 32 a AuslG) erteilt werden müssten (denn *rechtlich* kommt eine Aufenthaltsverbesserung auch unabhängig von politischen Leitentscheidungen nach § 30 AuslG in Betracht).

Der Auslegungsstreit um den § 32 a AuslG und die Konkurrenz verschiedener Schutzvorschriften verwies letztlich auf ein generelles Problem des Ausländergesetzes: die Komplexität der Gesetznormen, die teilweise widersprüchlich, unklar und inkongruent zueinander formuliert wurden, was der Rechtsprechung und Exekutive eine enorme Deutungs- und Anwendungshoheit verschaffte.

Das VG Wiesbaden brachte noch ein weiteres Argument des ‚gesunden Menschenverstandes‘ vor, das umso schwerer wog, als es auch im Sinne der viel beschworenen ‚öffentlichen Interessen‘ war: Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergab (vgl. a.a.O., 15), sollte die Bestimmung des § 32 a AuslG in dem Fall größerer Flüchtlingsgruppen den deutschen Behörden durch seine Verteilungsregelung als „Steuerungsinstrument“ zur Verfügung stehen und hierdurch eine „gleichmäßige Belastung der einzelnen Bundesländer“ ermöglichen. Das VG Wiesbaden hierzu:

„Vor diesem Hintergrund erscheint die Annahme nicht nachvollziehbar, im Rahmen einer freien politischen Entscheidung könne selbst ein einzelnes Bundesland – aus welchen Gründen auch immer – einen solchen Interessensausgleich verhindern und damit bestimmten Bundesländern und letztlich [...] bestimmten Kommunen völlig aus dem Rahmen fallende Belastungen auferlegen. [...] § 32 a AuslG wäre damit kaum mehr als ein unverbindlicher Programmsatz“ (a.a.O., 15).

Die Wiesbadener RichterInnen sprachen hiermit aus, was bereits die 35. Kammer des VG Berlin im Zusammenhang mit den rechtswidrig vorgenommenen Verteilungen von Bosnien-Flüchtlingen festgestellt hatte: Die Nicht-Anwendung des § 32 a AuslG war sachlich nicht nachvollziehbar und sowohl für die Aufnahmegesellschaft kontraproduktiv als auch für die Betroffenen extrem nachteilig.

Mit dem Beschluss VG 35 A 1608/95 vom 22.1.1996 schloss sich die 35. Kammer der Rechtsprechung des VG Wiesbaden an (vgl. a.a.O., insb. S. 5 ff) und stellte fest, dass in den Ländern Brandenburg und Sachsen-Anhalt entsprechende Befugnis-Regelungen nach § 32 a AuslG bereits getroffen worden seien (vgl. ebd., 7).

3. Versuch 1996: § 30 Abs. 4 AuslG und völkerrechtliche Überlegungen

Mit dem Beschluss VG 35 A 1608/95 erweiterte die 35. Kammer ihre bisherige Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von ‚Kettenduldungen‘ (vgl. ebd., insb. S. 7 ff). Ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis ergebe sich auch aus § 30 Abs. 4 AuslG, wobei dies insbesondere nach einem über zwei Jahre lang geduldeten Aufenthalt in Betracht komme (hierauf bin ich bereits im vorherigen Kapitel ausführlich eingegangen).

Die Kammer führte im Rahmen der nach § 30 AuslG vorzunehmenden Ermessensabwägungen erstmalig auch völkerrechtliche Aspekte ein (vgl. ebd., 10 ff): Das Abkommen von Dayton vom 14.12.1995, das Bundeskanzler Kohl als Zeuge unterschrieben hatte, sieht in Art. 1 ein Rückkehrrecht der Flüchtlinge in ihre angestammte Heimat vor, zudem wurde der UNHCR mit

der Ausarbeitung eines Rückführungsplans und der Koordinierung der Rückführung beauftragt. Der UNHCR hatte entsprechend am 16.1.1996 in Genf einen Rückführungsplan vorgelegt, der den Beginn einer Rückkehr der Flüchtlinge aus Deutschland erst in zwei Jahren vorsah. Die diesen Planungen entgegenstehenden deutschen Abschiebungsvorgaben (gestaffelte Abschiebungen bereits ab Mitte 1996) bezeichnete die 35. Kammer deshalb als „ermessensfehlerhaft“ (ebd., 12).

Eine „direkte völkerrechtliche Bindung“ der bundesdeutschen Behörden an die Bestimmungen des Daytoner Abkommens sah zwar auch die 35. Kammer eindeutig nicht. Eine „völkerrechtlich erhebliche Beachtlichkeit des Dayton-Abkommens“ ergab sich ihrer Auffassung nach jedoch im Bereich des völkerrechtlichen ‚soft law‘, das auch noch im Entstehen begriffene Verhaltensmuster und noch nicht ratifizierte Verträge und Entschlüsse internationaler Konferenzen umfasse (vgl. a.a.O., 13). Das Daytoner Abkommen sei aufgrund der umfassenden internationalen Beteiligung an der Beendigung des bosnischen Krieges dem ‚soft law‘ zuzurechnen und deswegen – entsprechend des Verfassungsprinzips des friedlichen Zusammenlebens der Völker (ebd., 14) – im Bereich der Ermessensausübung nach § 30 Abs. 4 AuslG zu berücksichtigen (ebd. 15).

Die Kammer ließ offen, ob es auch ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben sei, dass die BR Deutschland als Mitglied der Kontaktgruppe, die maßgeblich zum Abschluss des Dayton-Abkommens beigetragen hatte, durch forcierte Abschiebungen gegen das Daytoner Abkommen (zumindest seinem ‚Geist‘ nach) verstieß (vgl. a.a.O., 13).

Nach Abwägung aller rechtlichen Gesichtspunkte und angesichts der Unzumutbarkeit einer Rückkehr auf nicht absehbare Zeit (vgl. ebd., 15) sah das Gericht das Ermessen nach § 30 Abs. 4 AuslG „soweit reduziert, dass nur die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis [...] in Betracht kommt“ (ebd.) – und verpflichtete die Berliner Ausländerbehörde in zahlreichen Eilentscheidungen, eben solche den bosnischen Flüchtlingen zu erteilen.

Die Vorwegnahme der Hauptsachenentscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren beurteilte die 35. Kammer als zulässig, weil angesichts der jahrelangen Dauer eines Klageverfahrens andernfalls davon ausgegangen werden müsse, dass die Betroffenen „den Ausgang eines solchen Hauptsacheverfahrens in Deutschland nicht mehr erleben würden, so dass ihnen insoweit effektiver Rechtsschutz hinsichtlich ihres Begehrens auf Erlangung einer Aufenthaltsbefugnis verweigert werden würde“ (a.a.O., 16)¹⁴⁰.

Im Frühjahr 1996 waren ca. 1.000 Klagen auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis bei der 35. Kammer anhängig; etwa 50 Fälle hatte die Kammer zu diesem Zeitpunkt entschieden (vgl. FR vom 23.4.1996).

„Ablehnungsfront“ des OVG Berlin

Alle von der 35. Kammer vorgetragene Argumente, die für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis sprachen, hatten vor dem Berliner Oberverwaltungsgericht keinen Bestand.

Dies wurde zum einen mit den Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nach § 123 VwGO begründet, denn im Gegensatz zur 35. Kammer war das Berliner OVG der Auffassung, dass mit einem Verweis auf das Hauptsacheverfahren keine „schlechthin unzumutbaren Nachteile“ verbunden seien (so zuerst, entsprechend seiner ‚Leitwolf-Funktion‘, der 8. Senat: OVG 8 S 69.96; B.v. 26.4.1996; anschließend dann z.B. auch: OVG 4 S 38.96, B.v. 29.4.1996; OVG 5 S 91.96, B.v. 4.6.1996; OVG 1 S 138.96, B.v. 30.7.1996). Auch die zahlreichen Beschränkungen einer bloßen Duldung (erzwungene Heimunterbringung, Aufenthaltsbeschränkung auf Berlin, faktisches Arbeitsverbot usw.) wurden nicht als ausreichende Gründe akzeptiert, die eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren rechtfertigen könnten.

Aber auch in der Sache wurde ein Anspruch verneint, was vor allem damit zusammenhing, dass mit der Unterzeichnung des Daytoner Abkommens die Rückkehr und Abschiebung der bosnischen Flüchtlinge in greifbare Nähe gerückt schien, so dass eine aufenthaltsrechtliche Besserstellung der Betroffenen genau zu diesem Zeitpunkt von vielen EntscheidungsträgerInnen in Politik und Justiz abgelehnt wurde.

¹⁴⁰ Als weiteren Eilbedürftigkeitsgrund im konkreten Fall benannte die Kammer (a.a.O., 16), dass der betroffene Flüchtling, ein Beschäftigter des Berliner Grips-Theaters, im Rahmen seiner Berufstätigkeit darauf angewiesen sei, Berlin verlassen zu dürfen – was mit einer Duldung nicht oder nur eingeschränkt möglich sei.

So befand beispielsweise der 1. Senat (OVG 1 S 138.96, B.v. 30.7.1996), dass es

„nach Ablauf einer gewissen Zeit [...] aufgrund besonderer Umstände zwar angezeigt sein [kann], statt einer Duldung eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen. Das Ermessen der Ausländerbehörde ist jedoch nicht reduziert, wenn – wie hier – nach den gegebenen Umständen davon auszugehen ist, dass die Flüchtlinge in absehbarer Zeit in ihre Heimat zurückkehren werden“ (a.a.O., S. 4).

Ähnlich entschied der 4. Senat (OVG 4 S 220.96, B.v. 22.7.1996): Zwar sei „die Ausländerbehörde nach zwei Jahren gehalten [...], die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis zu erwägen“, sie könne diese „aber auch ablehnen und dem Fortbestehen des Abschiebungshindernisses durch Erteilung einer weiteren Duldung Rechnung tragen“, was insbesondere im Falle der bosnischen Bürgerkriegsflüchtlinge gerechtfertigt sei, da „sich als Folge des Friedensschlusses zwischen den Bürgerkriegsparteien die Möglichkeit einer ungefährdeten Rückkehr in absehbarer Zeit abzeichnet“ (a.a.O., 3).

Das OVG Berlin stützte sich bei dieser bereits aus der damaligen Sicht falschen Prognose einer baldigen Rückkehr anders als die 35. Kammer nicht auf die Einschätzungen und Empfehlungen des UNHCR, der von der Notwendigkeit eines *andauernden* Schutzes durch die internationale Gemeinschaft ausging, sondern ausschließlich auf die übereilten, unrealistischen und weltweit einmaligen Abschiebungsvorgaben der deutschen Innenminister. Eine realistische oder gar sichere Rückkehrmöglichkeit war für die allermeisten bosnischen Flüchtlinge im Sommer 1996 angesichts der völlig instabilen Lage in Bosnien-Herzegowina jedoch nicht einmal im Ansatz erkennbar¹⁴¹.

Bei den Beschlüssen des Berliner Oberverwaltungsgerichts fiel vor allem die Kürze und Oberflächlichkeit der jeweiligen Begründungen auf.

Während die 35. Kammer über mehr als 15 Seiten hinweg mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur und Rechtsprechung versuchte, ihre Auffassung argumentativ zu begründen, genügten den Senaten des OVG Berlin in der Regel weniger als drei Seiten, um diese ausführlichen Beschlüsse zurückzuweisen. Während der 1. Senat (OVG 1 S 138.96) eine Begründung im bereits problematisierten ‚Zitierkartell‘-Stil ablieferte, indem er sich affirmativ und ausschließlich auf die gleichlautende Rechtsprechung der jeweils anderen Senate berief, schaffte es der 4. Senat (OVG 4 S 220.96), sich *jeder* Bezugnahme auf die von der 35. Kammer dargelegten Rechtsprechung zu enthalten (die Begründung des 4. Senats enthielt überdies nur *einen einzigen* Verweis auf die Literatur). Es drängte sich angesichts dieser rechtsprechenden Ignoranz der Eindruck auf, dass das Berliner OVG aus prinzipiellen Gründen nicht gewillt war, in eine ernsthafte und juristisch argumentierende Auseinandersetzung mit der 35. Kammer einzusteigen und auch diesen Rechtsprechungsstreit nach dem Motto entscheiden wollte: *Wer die Macht hat, braucht nicht mehr viele Worte zu verlieren*.

In knappen Absätzen wurden die von der 35. Kammer ausführlich begründeten Argumente für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis ‚abgehakt‘: Die Anwendung des § 32 a AuslG komme nicht in Betracht, weil keine entsprechende Anordnung der obersten Landesbehörde vorliege (ich habe dargelegt, dass sich für diese Auffassung durchaus Gründe finden ließen – die OberverwaltungsrichterInnen beschränkten sich jedoch auf die bloße *Behauptung*, dass dies so sei). Die Regelung des § 30 Abs. 3 und 4 AuslG wiederum könne wegen des dort eingeräumten behördlichen Ermessens eine richterliche Anordnung nach § 123 VwGO nicht rechtfertigen (mit den Gründen, die nach Ansicht der 35. Kammer für eine ‚Ermessensreduzierung auf Null‘ sprachen, befasste sich das OVG Berlin nicht ernsthaft). Und auch einer argumentativen Auseinandersetzung zu der Problematik einer unzulässigen ‚Kettenduldung‘, bei der die 35. Kammer überzeugen konnte, entzogen sich die OberverwaltungsrichterInnen weitgehend: Während der 1. Senat (a.a.O., 4) jede eigene Begründung mit dem Hinweis auf einen Beschluss des 8. Senats

¹⁴¹ In dem Beschluss OVG 1 S 138.96 wurde beispielsweise darauf hingewiesen (S. 4), dass eine Abschiebung der Flüchtlinge, denen die 35. Kammer im konkreten Fall im April 1996 Aufenthaltsbefugnisse zugesprochen hatte, selbst nach den offiziellen Planungen nicht vor dem 1. Mai 1997 erfolgen sollte – dennoch hob das OVG die Entscheidung der 35. Kammer auf.

OVG ersetzte, argumentierte der 4. Senat (a.a.O., 3) zwar im Ansatz¹⁴², jedoch ohne jeden substantiellen Bezug zu den Ausführungen der 35. Kammer.

Die pauschalen Hinweise auf die gerichtlich (angeblich) nicht beeinflussbare behördliche Ermessenspraxis waren nicht nur Belege für die tendenzielle Verantwortungsflucht der RichterInnen, sondern sie bedeuteten auch, dass sich das Berliner OVG seiner Verpflichtung zur wirklichen und effektiven Kontrolle des Verwaltungshandelns faktisch entzog. Denn in der Praxis ignorierte die Berliner Ausländerbehörde die gesetzlichen Vorschriften, indem sie den vom Gesetzgeber bewusst geschaffenen Titel der Aufenthaltsbefugnis in den Fällen des § 30 AuslG nicht erteilte oder sogar – dies gilt für die Gruppe der Bosnienflüchtlinge – die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis per Weisungsvorgabe grundsätzlich ausschloss. Dies war eindeutig rechtswidrig, weil hiermit das behördliche Ermessen vorab negativ festgelegt wurde (so genannter ‚Ermessensausfall‘). Das Berliner Oberverwaltungsgericht kritisierte diese rechtlich zumindest fragwürdige Praxis der Ausländerbehörde meines Wissens nach niemals, sondern unterstellte vielmehr, die Behörde übe ihr Ermessen tatsächlich aus.

Die Kritik Hubert Heinholds, wonach sich die Rechtsprechung im Bereich des Ausländer- und Flüchtlingsrechts, statt ihre Kontrollfunktion wahrzunehmen, zumeist mit den „üblichen formularmäßigen Ermessensabhandlungen“ der Behörden begnüge und somit im Ergebnis toleriere, dass „bestehende Gesetze nicht angewandt werden“ (vgl. Heinhold 1996 c, 95), bestätigte sich somit eindrucksvoll am Beispiel der Berliner Rechtsprechungspraxis.

Die 35. Kammer zitierte in diesem Zusammenhang noch eine andere Stimme aus der Kommentarliteratur (vgl. VG 35 A 1608/95, S. 9: Heldmann, AuslG, 2. Aufl. 1993, § 30 Rdziff. 1), die bereits 1993 in Bezug auf die Bosnienflüchtlinge festgestellt hatte:

„Ganz offen gegen die Intention des Gesetzgebers verfährt die Verwaltung wieder mit dem dafür untauglichen Instrument der Duldung, um den aus dringenden humanitären Gründen gebotenen Aufenthalt – z.B. – bosnischer Flüchtlinge in der Bundesrepublik Deutschland zu regeln. [...] Die Verwaltung unterläuft damit den Gesetzgeber, der solche Fallgruppen gerade aus dem Status des illegalen und bloß geduldeten Aufenthalts lösen wollte“.

Diese Rechtsverweigerung der Verwaltung sollte sich (nicht nur) in Berlin noch über Jahre hinweg fortsetzen, ohne dass die Verwaltungsjustiz (von Ausnahmen abgesehen) irgendwelche wirklichen Einwände hiergegen vorgebracht hätte.

Dass die Verwaltung auch die Vorgabe des Gesetzgebers zum neuen Aufenthaltsgesetz von 2005 zur Vermeidung von ‚Kettenduldungen‘ (zunächst) missachtete, verwundert vor diesem Hintergrund einer weitgehend kontrollunwilligen Justiz nicht.

4. Versuch ab 1998/99: Aufenthaltsbefugnisse für Traumatisierte

Nachdem die 35. Kammer mit ihrer Befugnis-Rechtsprechung im Jahr 1996 an der geschlossenen Ablehnungsfront des OVG Berlin gescheitert war und auch keine entsprechenden Beschlüsse mehr erließ, unternahm sie Anfang 1998 einen neuen Versuch unter veränderten Bedingungen: Hierzu gehörte der Umstand, dass die 35. Kammer im Rechtsprechungsstreit um Duldungen nach § 55 Abs. 2 AuslG durch das BVerwG im September 1997 erheblich gestärkt worden war und alle anderen Senate und Kammern des Berliner (Ober-) Verwaltungsgerichts einen entsprechend ‚herben Dämpfer‘ hatten hinnehmen müssen: Der bislang belächelte, bekämpfte oder einfach ignorierte ‚outlaw‘ des Verwaltungsgerichts hatte den jahrelang erbittert geführten gerichtlichen Rechtsstreit haushoch ‚gewonnen‘! Die 35. Kammer konnte sich deshalb erhoffen, dass ihren Argumenten in Zukunft auch bei anderen Rechtsfragen eher gefolgt werden könnte bzw. dass diese nunmehr zumindest ernster genommen werden würden. Eine Hoffnung der Kammer war vermutlich auch, dass ihre KollegInnen nach dem grandiosen Scheitern des 8.

¹⁴² Der 4. Senat wies zutreffend darauf hin, dass § 30 Abs. 4 AuslG die wiederholte Erteilung einer Duldung voraussetze (zwei Jahre unanfechtbar bestehende Ausreisepflicht als Voraussetzung für eine Befugnis) und insofern eine ‚Kettenduldung‘ durch das AuslG *nicht grundsätzlich* ausgeschlossen sei. Der Senat unterließ es allerdings zu klären, unter welchen Umständen eine solche ‚Kettenduldung‘ rechtswidrig werden könnte – Abs. 3 des § 30 AuslG beispielsweise sieht keine zeitlichen Voraussetzungen vor, wenn eine Ausreise und Abschiebung unzumutbar ist.

Senats nicht mehr derart geschlossen, ‚blind‘ und unkritisch den Vorgaben des OVG Berlin folgen würden.

Zu den veränderten Bedingungen gehörte aber auch, dass im Jahr 1998 das Problem des Umgangs mit traumatisierten Kriegsflüchtlingen in besonderer Weise akut und bedeutsam geworden war. Für alle Sachkundigen war zu diesem Zeitpunkt ersichtlich, dass die schwer traumatisierten Menschen entgegen den ursprünglichen Erwartungen der Innenminister auf absehbare Zeit nicht würden zurückkehren können und es deshalb längerfristiger Regelungen bedurfte. Auch die Kenntnisse über posttraumatische Belastungsstörungen waren zu diesem Zeitpunkt verbreiteter, und es hatte sich in der medizinischen und therapeutischen Forschung und Behandlung insbesondere herausgestellt, dass die permanente Androhung der Abschiebung und der unsichere Aufenthaltsstatus der Duldung einer psychischen Gesundheit traumatisierter Menschen geradezu entgegenstand, d.h. dass der humanitäre Zweck einer Schutzregelung für Traumatisierte eigentlich nur in Verbindung mit der rechtlichen Absicherung ihres Aufenthalts erreicht werden kann.

Die Innenminister Deutschlands, für die es ein Leichtes gewesen wäre, aus dringenden humanitären Gründen die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen für diese besonders schutzbedürftige Flüchtlingsgruppe anzuordnen, waren im Jahr 1998 jedoch noch lange nicht so weit, diese humanitär zwingend gebotene Entscheidung zu treffen. Diesen politischen Leerraum versuchte die 35. Kammer nun abermals zu füllen und argumentativ zu besetzen.

Die Kammer verpflichtete die Berliner Ausländerbehörde mit einem 21-seitigen Urteil (VG 35 A 217.97 vom 23.2.1998, nebst entsprechender einstweiliger Anordnung vom selben Tage: VG 35 A 216.97) zur Erteilung einer zwölfmonatigen Aufenthaltsbefugnis an eine vierköpfige bosnische Familie aus Mostar.

In diesem konkreten Fall ging es allerdings nicht um eine Kriegstraumatisierung, sondern um ein unter einer seltenen und schweren Krankheit leidendes Kind (angeborene Mukoviszidose). Ich habe diesen Fall bereits im vorherigen Kapitel dargestellt; deshalb sei an dieser Stelle nur kurz zusammengefasst, dass die Ausländerbehörde trotz interner Diskussionen eine Aufenthaltsbefugnis im Einzelfall verweigerte (jedoch nicht einzelfallbegründet, sondern unter Verwendung der üblichen Textbausteine), obwohl eine Abschiebung des auf hoch wirksame Medikamente und eine gute ärztliche Betreuung angewiesenen Kindes nach Auffassung der behandelnden KrankenhausärztInnen seinen „sicheren Tod“ bedeutet hätte.

Die Kammer befand, dass das behördliche Ermessen nach § 30 Abs. 3 und 4 AuslG in diesem Fall auf Null reduziert sei (VG 35 A 217.97, S. 17 ff), weil die (Ketten-) Duldung zur längerfristigen Aufenthaltsgewährung nach der Auffassung des Gesetzgebers und der Rechtsprechung nicht das „sachgerechte Instrument“ sei; vor allem nicht, wenn eine Beendigung des Aufenthalts „nicht erkennbar“ sei (vgl. ebd. 20). *Im Prinzip* war sich die Berliner Rechtsprechung bezüglich dieser abstrakten Rechtssätze sogar einig (vgl. nur: OVG 8 S 254.96, B.v. 8.8.1996), und auch die 33. Kammer des VG Berlin hatte beispielsweise in unmissverständlicher Klarheit befunden:

„Die Aufenthaltsbefugnis wird unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 3 AuslG regelmäßig zu erteilen sein, wenn völlig ungewiss ist, ob und wann das von dem Ausländer nicht zu vertretende Abschiebungshindernis entfallen wird.“ (VG 33 X 1383.94, U.v. 3.6.1996, S. 16)¹⁴³

Es blieb jedoch der 35. Kammer vorbehalten, die faktische Suspendierung der Gesetzesvorschrift nach § 30 AuslG für die Gruppe der Bosnienflüchtlinge im Land Berlin als mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar zu brandmarken (Art. 20 Abs. 3 GG; a.a.O., S. 20)¹⁴⁴.

¹⁴³ So urteilte später, am 18.2.1999, sogar die 21. Kammer (VG 21 A 360.96), die ehemals als *die* ‚Beton-Kammer‘ am VG Berlin angesehen werden konnte: „Je weniger es jedoch absehbar ist, dass die Ausreise bzw. Abschiebungshindernisse entfallen, desto mehr spricht dafür, den Aufenthalt des Ausländers nicht lediglich zu dulden, sondern durch die Erteilung der Aufenthaltsbefugnis zu legalisieren und dem Ausländer dadurch einen gesicherten Aufenthaltsstatus zu verschaffen (so BVerwGE 104, 219 [216])“ (a.a.O., 12). Zuvor (ebd., 10 f) hatte die 21. Kammer auf die „vollstreckungsrechtliche Funktion“ der Duldung hingewiesen, da die Duldung „erklärtermaßen nicht das sachgerechte Instrument“ sei, einen „rechtmäßigen Aufenthalt zu begründen“, und eine „Daueruldung“ nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche. All dies entsprach der langjährigen Argumentation der 35. Kammer.

¹⁴⁴ Zu einem ähnlichen Ergebnis kam auch die 21. Kammer (vgl. – siehe Anmerkung zuvor – VG 21 A 360.96, U.v. 18.2.1999): „Schließlich kann und darf auch eine ständige Verwaltungspraxis und die mit ihr einhergehende Ermessensbindung nicht dazu führen, dass Ermessen völlig ausgeschlossen wird (vgl. BVerwGE 15, 196 [202 f.]);

Mit dem Beschluss VG 35 A 212/96 vom 20. Juli 1998 sprach die 35. Kammer einer Bosnierin, deren Kriegstraumatisierung von der Berliner Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales ‚bestätigt‘ worden war (vgl. a.a.O., 5), eine Aufenthaltsbefugnis zu. Auch in diesem Fall sah das Gericht das behördliche Ermessen nach § 30 Abs. 3 und 4 AuslG angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung, -systematik und Rechtsprechung ‚auf Null‘ reduziert (vgl. a.a.O., 9).

Die Kammer bezog sich unter anderem auf eine Stellungnahme der stellvertretenden Leiterin des Behandlungszentrums für Folteropfer, Frau Sibylle Rothkegel, in der ausgeführt worden war, warum aus psychologischer Sicht die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis geradezu zwingend sei, um „Menschen Heilungschancen nach Traumatisierung zu ermöglichen“ (a.a.O., 13): Die „andauernde unsichere Aufenthaltssituation“ führe „zu einer Chronifizierung der Leiden traumatisierter Menschen“; „der Aufbau von Vertrauen ist überhaupt nur auf der Basis eines sicheren Aufenthaltes möglich“ (ebd.)¹⁴⁵.

Auf die Position und Empfehlungen des UNHCR zur weiteren internationalen Schutzbedürftigkeit traumatisierter Personen, die „fraglos Langzeitlösungen außerhalb Bosnien-Herzegowinas“ benötigten (a.a.O., 12), konnten sich die Richter der 35. Kammer ohnehin stützen.

Die Kammer versuchte mit dem Beschluss VG 35 A 212/96 aber auch, den Rechtsweg des einstweiligen Rechtsschutzes im Flüchtlingsrecht insgesamt zu stärken (a.a.O., 6 ff).

In ausführlicher Auseinandersetzung mit der Literatur wurde dargelegt, dass der allgemeine Grundsatz, wonach eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht die Hauptsache vorwegnehmen dürfe, „immer häufiger durchbrochen“ werde und sich „in einem Zustand permanenter Auflösung“ befinde (ebd., 6). In verschiedensten Rechtsgebieten werde eine solche Vorwegnahme der Entscheidung zunehmend praktiziert und grundsätzlich werde dies von der Literatur auch für zulässig gehalten (ebd.). Es gebe also eine Tendenz der Verwaltungsgerichte, den einstweiligen Rechtsschutz aufzuwerten, auch um verfassungsrechtliche Bedenken wegen der langen Dauer verwaltungsgerichtlicher Klageverfahren zu entschärfen (ebd.). Einigkeit bestünde ohnehin darüber, „dass eine solche Entscheidung jedenfalls dann zugunsten des rechtssuchenden Bürgers erfolgen kann, wenn Rechtsschutz in der Hauptsache wegen langer Verfahrensdauer nicht rechtzeitig erlangt werden kann und dies für den Antragsteller zu schlechthin unzumutbaren Nachteilen führen würde, die sich auch bei einem späteren Erfolg in der Hauptsache nicht mehr ausgleichen ließen“ (a.a.O., 7; Kernsatz von Finkelnburg/Jank, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren*, 3. Aufl., Rdnr. 143).

Die 35. Kammer befand, dass der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes verletzt sei, wenn bei einer voraussichtlichen Dauer des Verwaltungs(gerichts)verfahrens bis zur endgültigen Entscheidung von etwa sechs bis acht Jahren¹⁴⁶ „eine Entscheidung zugunsten der Antragstellerin in jedem Fall zu spät“ (a.a.O., 7) käme. Mit Bezug auf das Bundesverfassungsgericht verteidigte die 35. Kammer zudem ihre umfangreichen Aufklärungsmaßnahmen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (z.B. regelmäßige mündliche Verhandlungen), die „sich vom Umfang her an derjenigen im Hauptsacheverfahren“ orientierten (a.a.O., 8).

An anderer Stelle (in einer Fachzeitschrift; vgl. Percy MacLean 2001, 109) plädierte der Vorsitzende Richter der 35. Kammer dafür, angesichts der regelmäßigen Funktion des einstweiligen

besonders gelagerte Fälle kann und muss die Behörde daraufhin überprüfen, ob sie nicht ggf. eine von der Verwaltungspraxis oder -vorschrift abweichende Entscheidung zu treffen hat“ (ebd., 9).

¹⁴⁵ Die Berliner Ausländerbehörde griff die psychologischen Sachverständigen der 35. Kammer mehrfach mit dem Argument an, es handle sich um Fragen des Ausländerrechts, zu deren Beurteilung mindestens das erste juristische Staatsexamen erforderlich sei – die 35. Kammer bezeichnete dies als „abwegig“ (vgl.: VG 35 F 85.99, U.v. 23.2.2000, S. 22), da es um die Beurteilung der psychologischen Auswirkungen des Duldungsstatus gehe.

¹⁴⁶ Die Kammer berief sich bei dieser zeitlichen Einschätzung auf den Präsidenten des VG Berlin, Alexander Wichmann, der eine Klagedauer in der ersten Instanz von bis zu vier Jahren konstatierte (a.a.O., 7, m.w.N.). Da die Ausländerbehörde gegen stattgebende Urteile der 35. Kammer „fast regelmäßig“ Rechtsmittel einlege, müssten noch zwei bis drei Jahre des nachfolgenden Berufungsverfahrens beim OVG hinzugerechnet werden (vgl. ebd., die Kammer benannte zwei entsprechende konkrete Beispiele).

Rechtsschutzverfahrens als Hauptsacheverfahren in Abschiebungsstreitsachen auch aufwändigere prozessurale Mittel (Beweisaufnahmen, ZeugInnen-Anhörungen, Sachverständigengutachten usw.), die normalerweise dem Klageverfahren vorbehalten sind, zur Sachverhaltsaufklärung anzuwenden. Dieser Vorschlag ist bereits deshalb einsichtig, weil ein negatives Ergebnis in Abschiebungsstreitsachen aufgrund der im Eilverfahren üblichen, lediglich ‚summarischen‘ Prüfung faktisch zur Folge hat, dass es *niemals* zu einer gründlichen und gewissenhaften Sachverhaltsermittlung und -aufklärung kommt, da sich mit der Abschiebung der im Schnellverfahren unterlegenen Flüchtlinge auch die formell noch anhängige Klage der Betroffenen im Regelfall ‚erledigt‘. Dies ist im Übrigen einer der Gründe dafür, warum im Flüchtlingsrecht in der Praxis mitunter ein ‚Sub-Niveau‘ der Rechtsprechung herrscht, weil manche RichterInnen die Pflicht zur gründlichen Ermittlung des Sachverhalts und zur Abwägung aller Argumente durch grobe und überschlägige Abwägungen und Wertungen ‚aus dem hohlen Bauch heraus‘ ersetzen – Fehlentscheidungen werden hierdurch massiv begünstigt.

Mit dem Urteil VG 35 A 3811.97 vom 25.2.1999 (in: InfAuslR 7-8/99, 376 ff) ‚verfeinerte‘ die 35. Kammer ihre Befugnis-Rechtsprechung hinsichtlich der traumatisierten Flüchtlinge aus Bosnien-Herzegowina noch einmal.

Die Kammer entwickelte darüber hinaus aber auch – unter Bezugnahme auf die Genfer Flüchtlingskonvention, das Handbuch des UNHCR und eine umfangreiche Rechtsprechung – den „allgemeinen Rechtsgedanken“, dass Flüchtlingen, die „aufgrund einer zuvor erlittenen Verfolgung traumatisiert sind, die Rückkehr in ihr Herkunftsland als Ort der Verfolgung [...] nicht zugemutet“ werden sollte (ebd., 377)¹⁴⁷. Auf die psychische Sondersituation traumatisierter Menschen und ihre besondere Schutzbedürftigkeit müsse nach nationalem und internationalem Recht im Rahmen von Abschiebungsandrohungen zumindest Rücksicht genommen werden. Dass selbst bei einer geänderten Situation im Herkunftsland eine Rückkehr traumatisierten Menschen oft nicht zuzumuten sei, zeigten nicht zuletzt die Erfahrungen mit Holocaust-Überlebenden, von denen viele, selbst Jahrzehnte nach den erlittenen Traumata, Deutschland nicht mehr betreten konnten oder wollten (vgl. ebd.).

Die 35. Kammer präziserte ihre Rechtsprechung zu Aufenthaltsbefugnissen bei traumatisierten Flüchtlingen in folgenden Leitsätzen (im Anschluss an Kanein / Renner, Ausländerrecht, 6. Aufl. 1993, § 30 AuslG Rdnr. 9; vgl. ebd., 376 f): Ermessenskriterien bei der Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 3 und 4 AuslG seien vor allem die *Dauer* der Abschiebungshindernisse (Dauer der Behandlungs- und Schutzbedürftigkeit), die *Art* der Duldungsgründe sowie die *Schwere* der zu erwartenden Beeinträchtigungen im Falle einer Ausreise. Eine Ermessensreduzierung auf Null komme insbesondere dann in Betracht, wenn die Dauer des Aufenthalts in Deutschland aufgrund von bürgerkriegsbedingten Traumata unabsehbar und die Erteilung eines rechtmäßigen Aufenthalts für den Erfolg einer auf mehrere Jahre angelegten Psychotherapie von Bedeutung sei (vgl. ebd.).

Das Verwaltungsgericht Hamburg – 8 VG 1961/2000, U.v. 5.4.2001 (in: InfAuslR 9/2001, 387 ff) – urteilte später:

„Ist in einem deutlich sechs Monate überschreitenden Zeitraum nicht mit einem Wegfall des Abschiebungshindernisses zu rechnen, so spricht vieles für eine Reduzierung des ausländerbehördlichen Ermessens dahin gehend, dass allein die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis rechtmäßig ist“ (a.a.O., 388).

Das VG Hamburg konnte sich dabei auf die im Jahr 2000 beschlossene allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AuslG berufen. Demnach soll eine Befugnis *nicht* erteilt werden, wenn das Abschiebungshindernis voraussichtlich innerhalb der nächsten *sechs Monate* entfällt (vgl. ebd., 390). Im Gegenschluss sei der Schluss zulässig, so die Kammer, dass bei Zeiträumen von deutlich über sechs Monaten der Aufenthalt entsprechend des Ausländergesetzes zu „legalisieren“ sei¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Ein solcher ‚Rechtsgedanke‘ muss unterschieden werden von einem verbindlichen Rechtsgrundsatz. Die von der Kammer zitierte Rechtsprechung bezog sich – soweit ersichtlich – ausschließlich auf *anerkannte* Flüchtlinge (nach der GFK bzw. nach GG); dieser Status wurde den bosnischen Kriegsflüchtlingen in Deutschland infolge der Rechtsprechung des BVerwG aber gerade verweigert. Als ein ‚humanitärer Rechtsgedanke‘ kann ein Abschiebungsverbot traumatisierter Flüchtlinge an den Ort ihrer Traumatisierung dennoch gelten.

¹⁴⁸ In dem konkreten Fall hatte die zuständige Ausländerbehörde die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis u.a. mit dem Argument abgelehnt, dass die Betroffenen stets alle Rechtsmittel ausgeschöpft hätten und sogar damit, dass

In einem späteren Urteil (VG 35 F 85.99 vom 23.2.2000) trug die 35. Kammer schließlich noch ein weiteres, aus meiner Sicht stichhaltiges Argument nach:

„Es dürfte bereits in der Natur der Sache liegen, dass eine Therapie, deren Erfolg mit der Sanktion einer gewaltsamen Verbringung in das Land der traumatisierenden Erlebnisse bedroht ist, wegen des daraus resultierenden Zielkonflikts von vornherein nicht zu einem erfolgsorientierten Abschluss gebracht werden kann, weil nämlich der Klient aus seiner subjektiven Sicht heraus trotz seines seelischen Leidens eine zwar erstrebte und dringend gebotene, aber in diesem Sinne sanktionsbedingte Heilung aus Angst vor den Folgen gar nicht zulassen darf und sich daher zumindest unerschwerlich letztlich jeder ernsthaften Therapie widersetzen muss“ (a.a.O., S. 22).

Zynische RichterInnen wandten dieses Argument allerdings gegen die Betroffenen, indem sie behaupteten, angesichts der schlechten Chancen traumatisierter Flüchtlinge auf einen abgesicherten Aufenthalt in Deutschland sei es auch aus medizinischen Gründen geradezu geboten, diese schnellstmöglich aus ihrer Unsicherheit zu ‚befreien‘, d.h. abzuschieben¹⁴⁹.

Negativbeispiel: Ein Urteil einer anderen Kammer

Neben der 35. Kammer war die 31. Kammer meines Wissens eine der wenigen Kammern in Berlin, die überhaupt ein Urteil im Hauptsacheverfahren zur Problematik der Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen nach § 30 AuslG an traumatisierte Flüchtlinge aus Bosnien-Herzegowina fällten – ich greife an dieser Stelle zeitlich ein wenig voraus, bevor ich auf die Rechtsprechung des OVG Berlin in Auseinandersetzung mit der 35. Kammer zu sprechen komme, um zu illustrieren, wie andere VerwaltungsrichterInnen mit der Thematik umgingen.

Die meisten Berliner Kammern griffen zum ‚bewährten‘ und weniger arbeitsaufwändigen Mittel des ‚Aussitzens‘, d.h. sie ließen die Klagen liegen. Im Rückblick gesehen fügten sich die Ereignisse für diese RichterInnen geradezu ideal, denn mit dem IMK-Beschluss vom November 2000 erledigten sich die meisten ihrer Verfahren, ohne dass sie inhaltlich hätten entscheiden müssen.

Dr. Seegmüller lehnte als Einzelrichter der 31. Kammer mit Gerichtsbescheid vom 25.1.2001 die Klage eines traumatisierten Bosniers und seiner Frau (Vertriebene aus der Republika Srpska) auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis ab (VG 31 F 26.99). Das Aktenzeichen aus dem Jahr 1999 und der Entscheidungszeitpunkt Anfang des Jahres 2001 deuteten bereits darauf hin, dass dem Richter persönlich daran gelegen sein musste, die Klage der Betroffenen eigenhändig zurückzuweisen, denn eigentlich hätte er abwarten können, ob die Ausländerbehörde im konkreten Fall entsprechend des IMK-Beschlusses vom 24.11.2000 eine Aufenthaltsbefugnis erteilen würde oder nicht. Aber auch die inhaltliche Begründung des Urteils ließ auf einen gewissen ‚Willen zur Ablehnung‘ schließen – so mangelhaft war sie in rechtlicher Hinsicht ausgefallen.

Bei der Sachverhaltsdarstellung (a.a.O., S. 2-4) fiel auf, dass das wesentliche von den Betroffenen vorgebrachte rechtliche Argument vom Richter einfach unterschlagen worden war und unbeannt blieb.

In ihrem Antrag gegenüber der Behörde hatten die Betroffenen vor allem darauf hingewiesen, dass eine Beendigung ihres Aufenthalts wegen der notwendigen Behandlung nicht absehbar sei und deswegen entsprechend der Systematik des Gesetzes, entsprechend des Willens des Gesetzgebers und auch entsprechend der Rechtsprechung der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden müsse. Diese Rechtsprechung wurde auch genau

Eltern und LehrerInnen eine Härtefall-Petition für den Verbleib der Familie an das Parlament gerichtet hätten. Eine derartige Ausnutzung des ‚Gastrechts‘, so die Behörde, dürfe nicht mit der Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis ‚belohnt‘ werden. Die Hamburger RichterInnen wiesen diese Wertungen als ‚verfehlt‘ zurück (vgl. a.a.O., 390). Das Gericht ließ auch das Argument, Deutschland sei kein Einwanderungsland, nicht gelten, denn wenn eine Abschiebung ohnehin auf absehbare Zeit nicht möglich sei, stelle sich diese Frage nicht (vgl. a.a.O., 391).

¹⁴⁹ Hierfür habe ich im vorherigen Kapitel bereits Beispiele benannt. Das VG Kassel (U.v. 9.9.2003 - 6 E 166/02.A) hielt einem traumatisierten Türken entgegen, dass er eine Gesprächstherapie in Deutschland infolge von Verständigungsschwierigkeiten nicht erreichen könne. Zudem sei nach AsylbLG nur die Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände möglich, eine langfristig angelegte Psychotherapie sei deshalb nicht zu finanzieren. Zudem sei den ärztlichen Berichten zu entnehmen, dass für eine Genesung die Klärung des Aufenthaltsrechts bedeutsam sei. Ein gesichertes Aufenthaltsrecht in Deutschland könne der Betroffene aber gerade nicht erlangen, da er allenfalls Duldungen für die Dauer von drei Monaten erhalten könne. Ein gesicherter Aufenthaltsstatus sei selbst bei Zuerkennung eines Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 AuslG in Deutschland unerreichbar, und ein Therapieerfolg im Sinne einer Heilung in Deutschland deshalb nicht zu erwarten. Selbst wenn Therapiemöglichkeiten in der Türkei fehlten, würde sich daraus keine gegenüber der jetzigen Situation ungünstigere Konstellation ergeben.

bezeichnet, doch dem Richter war es vermutlich zu aufwändig, sie im Einzelnen nachzulesen, nachzuvollziehen und auf den konkreten Fall anzuwenden¹⁵⁰.

Die Argumentation des ablehnenden Bescheides der Ausländerbehörde wurde dementsprechend in allen Punkten, also auch den unbedeutenden und falschen¹⁵¹, vom Richter wiedergegeben (vgl. ebd., 3). Die umfangreiche Entgegnung der Betroffenen hierauf im Widerspruchsverfahren wurde von Einzelrichter Dr. Seegmüller in seiner schriftlichen Zusammenfassung des Tatbestandes dann wiederum mit keinem Wort erwähnt (vgl. ebd., 4).

Bereits diese ‚handwerklich‘ inakzeptable, tendenziöse und extrem lückenhafte Darstellung des Sachverhalts ließ Zweifel an der Neutralität und Sorgfalt des Richters aufkommen, denn schließlich soll die schriftliche Begründung eines Urteils (auch) dazu dienen, dass sich der/die RichterIn der eigenen Rechtsauffassung vergewissert und sicherstellt, die wesentlichen vorgebrachten Argumente aller Beteiligten bei der eigenen Urteilsfindung berücksichtigt zu haben. Die eklatanten Lücken in der Darstellung der von den Flüchtlingen vorgebrachten Argumente ließen entweder auf eine mangelhafte Wahrnehmung derselben schließen oder aber auf den Unwillen des Richters, sich mit diesen umfassend begründeten Argumenten, die seiner persönlichen Auffassung widersprachen, überhaupt auseinanderzusetzen. Beides widerspräche fundamentalen Grundsätzen der Rechtsfindung und Rechtsprechung.

Zweifel an der richterlichen Neutralität ergaben sich auch dadurch, dass der Richter formulierte, die Betroffenen hätten auf ein ärztliches Attest hingewiesen, „wonach der Kläger [...] *angeblich* traumatisiert sei“ (ebd., 2 f; Kursive von mir; T.H.). Eine Begründung für diese verbale In-Zweifel-Ziehung des Krankheitswertes gab der Richter dann allerdings nicht – das vorgelegte Attest enthielt die eindeutige Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung.

Im rechtlichen Teil der Begründung bestritt der Richter bereits, dass eine Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG erteilt worden sei (eine Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis), denn es sei nichts dafür ersichtlich, „dass die Abschiebung der Kläger tatsächlich oder rechtlich unmöglich“ sei „oder aber nach § 53 Abs. 6 oder § 54 ausgesetzt werden soll“ (a.a.O., 5). Der Richter unterstellte vielmehr, dass die Ausländerbehörde lediglich aus Kapazitätsgründen nicht dazu in der Lage sei, die Betroffenen abzuschicken. Diese Annahme war unhaltbar, denn nach geltender Weisungslage wurden die Betroffenen geduldet, weil von unzureichenden Behandlungsmöglichkeiten für Traumatisierte in Bosnien ausgegangen wurde, und bereits der Anspruch auf Erteilung einer Duldung im Rahmen von Weisungsregelungen (wie hier entsprechend der ‚Traumatisierten-Regelung‘) stellt ein rechtliches Abschiebungshindernis dar (Grundsatz der Gleichbehandlung). Der Richter verengte die rechtliche Problematik jedoch unzulässigerweise auf die ‚sehenden-Auges-in-den-Tod‘-Rechtsprechung des BVerwG, um die Voraussetzungen einer Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG zu bestreiten: Eine „konkrete Lebensgefährdung“ bei einer Abschiebung bestünde nicht (ebd., 6) – auch dies blieb allerdings unbegründet, der behandelnde Facharzt hatte auf die erhebliche Gefahr einer Re-Traumatisierung im Falle einer Abschiebung hingewiesen.

Doch *selbst wenn* eine Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG vorliegen sollte, so führte der Richter – in Kenntnis oder Ahnung seiner falschen Eingangsvoraussetzung!? – weiter aus, sei die ablehnende Entscheidung der Ausländerbehörde ermessensfehlerfrei, denn sie habe „mit rechtlich nicht zu beanstandenden Erwägungen dem Interesse der Bundesrepublik Deutschland an der Vermeidung der Verfestigung des Aufenthalts der Kläger den Vorzug vor deren persönlichen Interessen an

¹⁵⁰ Bereits der Umstand, dass die 31. Kammer die Entscheidung einem Einzelrichter übertragen hatte und die Sache dann ohne mündliche Verhandlung per Gerichtsbescheid entschieden wurde, war erklärungsbedürftig. Ein solches Vorgehen ist nach § 84 Abs. 1 VwGO bzw. § 6 Abs.1 VwGO nur dann zulässig, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist, der Sachverhalt geklärt ist und die Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung hat.

¹⁵¹ Die Behörde hatte entsprechend ihrer üblichen Textbausteine u.a. (fälschlich) behauptet, es liege kein Abschiebungshindernis vor und die Betroffenen könnten ‚freiwillig‘ ausreisen – was sich der Richter später zu eigen machte. Weiterhin war in dem Bescheid irreführend von einer „Verbesserung des Gesundheitssystems“ die Rede, obwohl dies zumindest für die Gruppe der Traumatisierten unstrittig nicht der Fall war.

der Erlangung einer Aufenthaltsbefugnis gegeben“ (a.a.O., 6). Diese nationalstaatliche Generalklausel verwandte der Richter wohlgemerkt zu einem Zeitpunkt, als (sogar) die Innenminister in Deutschland beschlossen hatten, dass sehr wohl ein öffentliches Interesse an der Gewährung eines dauerhaften Schutzes für traumatisierte bosnische Kriegsflüchtlinge bestand!

Richter Dr. Seegmüller wehrte auch den Vortrag der Betroffenen einer „verbesserten Heilungschance“ der „angeblichen“ (!) Traumatisierung im Falle eines „sichereren Aufenthaltsrechts“ (ebd., 6) ab, weil eine Aufenthaltsbefugnis gegenüber einer Duldung „eine größere Aufenthaltsicherheit [...] allenfalls am Rande“ biete (ebd., 6). Denn eine Befugnis habe, wie die Duldung auch, „grundsätzlich nur so lange Bestand [...], wie auch die tatsächlichen Gründe für ihre Erteilung vorliegen“ (ebd.).

Diese ebenso schlichte wie realitätsferne Argumentation ging nicht nur über den grundlegenden Unterschied zwischen einem rechtmäßigen Aufenthaltsstatus (für ein bis zwei Jahre) und der nur kurzfristigen (höchstens sechsmonatigen) Aussetzung der Abschiebung bei andauernder Ausreisepflicht hinweg. Der Richter ignorierte auch das eigens in das Verfahren eingeführte Gutachten der stellvertretenden Leiterin des Behandlungszentrums für Folteropfer, Sibylle Rothkegel, das die immense Bedeutung eines sichereren Aufenthaltstitels für die Heilungschancen von Traumatisierten eindrucksvoll belegte. Dieses Gutachten befand sich zwar in der Gerichtsakte, wie aus Seite 4 der Begründung ausdrücklich hervorging, doch dass der Richter es gelesen hatte, muss bezweifelt werden, denn es fehlte in der Urteilsbegründung (vgl. ebd., 6) *jede* ernsthafte Auseinandersetzung mit dem Gutachten¹⁵².

Die insgesamt zwei Seiten der rechtlichen ‚Begründung‘ beschränkten sich im Wesentlichen auf nichtssagende Allgemeinplätze. Nur an zwei Stellen bezog sich der Richter überhaupt auf die Kommentar-Literatur (jeweils auf Hailbronner, bei dem die staatstragende Sicht im Zweifelsfall immer mit enthalten ist), allerdings zu nebensächlichen Punkten (vgl. a.a.O., 5 f). Ansonsten fehlte in der Begründung jeder Bezug zur Rechtsprechung, zur Gesetzesbegründung und Entstehungsgeschichte des Befugnisparagrafen usw. – ein Urteil, wie es nicht sein sollte.

Erneute Zurückweisung durch den 8. Senat

Zurück zum noch unentschiedenen Rechtsprechungsstreit des Jahres 1999: Die von der 35. Kammer vorgetragene Argumente zur Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen an traumatisierte BosnierInnen drangen beim OVG Berlin erwartungsgemäß nicht durch. Immerhin – und dies war in Anbetracht bisheriger Erfahrungen nicht selbstverständlich – gab der Beschluss des 8. Senats vom 27.7.1999 (OVG 8 S 23.98) die Argumentation der 35. Kammer ausführlich und korrekt wieder (Sachverhaltsdarstellung über fünf Seiten), und der Senat war zumindest bemüht, auf alle tragenden Argumente der erstinstanzlichen Entscheidung wenigstens im Ansatz einzugehen (auf immerhin insgesamt ca. sechs Seiten). Diese gegenüber der Vergangenheit ‚respektvollere‘ Umgangsweise mit der nach wie vor unbequemen Kammer dürfte eine Folge der verheerenden Niederlage des 8. Senats vor dem Bundesverwaltungsgericht im Duldungs-Rechtsprechungsstreit gewesen sein. Inhaltlich konnte die Argumentation des 8. Senats trotz ihrer relativen Ausführlichkeit dennoch nicht überzeugen; vor allem wirkte der Beschluss angesichts der Menschen, um die es ging, kleinlich und engherzig.

Der Versuch der 35. Kammer, das einstweilige Rechtsschutzverfahren aufzuwerten, stieß auf Ablehnung beim 8. Senat (so bereits der 4. Senat: OVG 4 S 161.98, B.v. 23.11.1998, zit. nach OVG 8 S 23.98, 7) – eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den von der Kammer vorgebrachten Argumenten und Literaturhinweisen fehlte jedoch.

¹⁵² Der Richter wies lediglich (zu Recht) darauf hin, dass eine Befugnis nicht zwingend erforderlich sei, um legal arbeiten zu können (ebd., 6) – allerdings ignorierte er hierbei, dass es bei der Erteilung der erforderlichen Arbeitserlaubnis durch das Arbeitsamt trotz einer Sonderregelung für traumatisierte Flüchtlinge in der Praxis erhebliche Probleme gab. Auch ging es bei den fast 60-jährigen KlägerInnen offenkundig weniger um einen legalen Zugang zum Arbeitsmarkt, sondern vielmehr um den Aspekt des subjektiven Sicherheitsgefühls.

Als besonders gravierenden oder unzumutbaren Nachteil, der ausnahmsweise eine Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigen könne, wollte der 8. Senat jedenfalls „nicht schon [den] mit einem etwa über mehrere Instanzen geführten Hauptsacheverfahren zwangsläufig verbundene[n] Nachteil eines entsprechenden Zeitverlustes“ sehen (a.a.O., 7)¹⁵³, denn die Vereitelung eines möglichen Rechtsanspruchs auf Befugnis „durch vorzeitige zwangsweise Aufenthaltsbeendigung“ sei wegen der Duldungsregelung für traumatisierte Flüchtlinge „gegenwärtig nicht zu befürchten“ (ebd.). Der 8. Senat behauptete, dass hierdurch auch die „Planung und Durchführung einer Therapie [...] nicht unzumutbar beeinträchtigt“ sei (ebd.).

Was folgte, war eine Demonstration der Macht:

„Der angefochtene Beschluss [der 35. Kammer; T.H.] bleibt für seine gegenteilige These, dass die weitere Therapie eine sofortige Stabilisierung des aufenthaltsrechtlichen Status dringend erfordere, eine Duldung den dringenden aufenthaltsrechtlichen Bedürfnissen der Antragsteller hingegen in keiner Weise gerecht werde, eine eingehende Begründung schuldig“ (a.a.O., 7).

Das genaue Gegenteil war der Fall: Während die 35. Kammer unter Bezugnahme auf gutachterliche Stellungnahmen und fachliche Erkenntnisse über posttraumatische Belastungserkrankungen ihre Auffassung nachvollziehbar und eingehend begründet hatte, verweigerte der 8. Senat jedes inhaltliche Argument für seine entgegengesetzte Auffassung! An dieser Stelle drängte sich erneut der Verdacht auf, dass die RichterInnen die von der 35. Kammer herangezogenen psychologischen und fachlichen Stellungnahmen (die in der Sachverhaltsdarstellung des OVG noch aufgeführt worden waren, vgl. a.a.O., S. 5 f), nicht gelesen oder aber nicht verstanden hatten.

Geradezu böseartig und sinnentfremdend legten die OberverwaltungsrichterInnen psychologische Stellungnahmen aus, mit denen ein *gesicherter Aufenthalt* für die Betroffenen gefordert worden war:

„Die beiden die Antragsteller [...] betreffenden psychologischen Stellungnahmen [...] betonen übereinstimmend, wichtig sei ‚ein gesicherter Aufenthalt‘; ein *bestimmter* Aufenthaltstitel wird nicht verlangt“ (a.a.O., 8; Kursive von mir, T.H.).

Der 8. Senat konnte natürlich nicht erwarten, dass TherapeutInnen im Rahmen psychologischer Stellungnahmen konkrete aufenthaltsrechtliche Bewertungen oder Forderungen unter Benennung der genauen Rechtsgrundlagen usw. stellen – er würde sich im Gegenteil gegen solche aufenthaltsrechtlichen Ausführungen von MedizinerInnen auch eindeutig verwehren. Dass er darüber hinaus die psychologischen Stellungnahmen, in denen die Unzulänglichkeit des Duldungsstatus für eine erfolgreiche Therapie klar herausgestellt wurde, auch noch derartig umdeutete, dass dort angeblich „kein Mindeststatus, sondern effektiver Schutz vor Rückführung“ (vgl. a.a.O., 8) gefordert worden sei, sprach für richterliche Ignoranz und interpretatorische Mutwilligkeit. Eine Duldung jedenfalls, so lautete die formal-rechtlich vielleicht zutreffende, im zu bewertenden Zusammenhang jedoch völlig verfehlte Schlussfolgerung, schütze „nicht weniger zuverlässig als eine aus denselben tatsächlichen Gründen erteilte Aufenthaltsbefugnis“ vor Abschiebung (ebd.).

Die wesentlichen Differenzen zwischen einer Aufenthaltsbefugnis und einer Duldung, worum es im Kern des Rechtsstreits ja ging (und nicht etwa um die Frage der Zulässigkeit einer Abschiebung!), wurden vom OVG Berlin nicht weiter betrachtet¹⁵⁴. Die RichterInnen schafften es sogar, einen diesbezüglich erheblichen Unterschied zu einer vermeintlichen Übereinstimmung umzuformulieren, indem sie feststellten, dass beide Aufenthaltstitel „befristet erteilt“ würden und gegebenenfalls verlängert werden könnten; beide setzten zudem

„[...] das Bestehen eines Duldungsgrundes oder Abschiebungshindernisses voraus und sind hiervon in ihrem Fortbestand abhängig: Mit dem (zwingenden) Duldungswiderruf bei Wegfall der der Abschiebung entgegenstehenden Gründe [...] korrespondiert die (im Ermessen der Behörden stehende) nachträgliche zeitliche Beschränkbarkeit der Aufenthaltsbefugnis, wenn wesentliche Erteilungs- oder Verlängerungsvoraussetzungen – hier also etwa die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe – entfallen sind [...]“ (a.a.O., 8).

Mit der Gegenüberstellung eines *zwingenden* Widerrufs der Duldung und der in das Behörden*ermessen* gestellten nachträglichen Beschränkung einer Aufenthaltsbefugnis hatte der 8. Senat

¹⁵³ Von einem bloßen „Zeitverlust“ zu sprechen war angesichts einer voraussichtlich (mindestens) fünfjährigen Klagedauer in (mindestens) zwei Instanzen allerdings recht euphemistisch. Da eine dauerhafte Bleiberechtsregelung zum damaligen Zeitpunkt nicht in Aussicht war, kam die Versagung der Befugnis im Eilverfahren vielmehr einer effektiven Versagung gleich.

¹⁵⁴ Das Fortdauern der Ausreisepflicht und sozialrechtliche Nachteile des lediglich geduldeten Aufenthalts wurden vom OVG (a.a.O., 9 f) zwar benannt, jedoch begründe dies „keine Dringlichkeit“.

einen entscheidenden Unterschied benannt, ohne hieraus Konsequenzen zu ziehen: Während die Aufenthaltsbefugnis einen vergleichsweise sicheren und rechtmäßigen Aufenthaltstitel darstellt und der Tendenz nach auch die Möglichkeit eines dauerhaften Aufenthalts eröffnet, beinhaltet die Duldung die Permanenz der Abschiebungsandrohung und damit eine stete Unsicherheit. Wie sich dieser Unterschied auf psychisch traumatisierte Menschen subjektiv auswirkt und welche Auswirkungen dies auf die Möglichkeit ihrer Gesundung und Therapie haben kann, hatte die 35. Kammer zwar ausführlich dargestellt – die OberverwaltungsrichterInnen interessierte es jedoch offenkundig nicht.

Die folgende Passage aus dem Beschluss des OVG Berlin zeigt beinahe mustergültig, wie im Rahmen einer vermeintlich ‚objektiven‘ Rechtsprechung die Wünsche und Bedürfnisse ‚realer Subjekte‘ negiert werden, wie sie in abstrakt-juristische Kategorien eingepasst und zu bloßen Objekten herabgewürdigt werden, wie also Menschen bürokratische Gewalt angetan wird:

„Darauf, ob die sofortige Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen für die Traumabehandlung möglicherweise vorteilhaft wäre, kommt es ebensowenig an wie auf ein auf unzutreffenden Vorstellungen über die Voraussetzungen und Wirkungen von Duldung und Aufenthaltsbefugnis beruhendes subjektives Sicherheitsempfinden der Antragsteller¹⁵⁵. Objektiv schließt die erteilte Duldung eine Rückführung jedenfalls aus. Sie schützt so die traumatisierte Person vor weiterer Traumatisierung durch Rückkehr in die Umgebung, in der die traumatische Erfahrung stattgefunden hat, und eröffnet zugleich die örtliche und zeitliche Möglichkeit für therapeutische Behandlungen. Damit ist die ‚Sicherheit der Umgebung‘ objektiv gewährleistet. Wenn dem das subjektive Empfinden im konkreten Einzelfall nicht entspricht, kann das keine andere Beurteilung der Gegebenheiten rechtfertigen. Insbesondere erfordert solche subjektive Diskrepanz es nicht, eine Aufenthaltsbefugnis im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu erteilen, obwohl sie bestehende und vermeintliche Ungewissheiten objektiv nicht verringert. Auch eine Duldung kann zweckgerecht langfristig bemessen werden; eine Gewähr für die dauerhafte Anwesenheit bis zum erfolgreichen Abschluss einer u.U. sehr langfristigen Behandlung bietet andererseits auch die Aufenthaltsbefugnis nicht. – Gerade weil auch sie kein unabdingbares Bleiberecht verbrieft, könnte sie im Übrigen vor einer befürchteten Retraumatisierung im Falle miterlebter Abschiebung ehemals geduldeter Landsleute¹⁵⁶ nicht zuverlässig schützen“ (a.a.O., 9).

Der *objektive* Unterschied zwischen einer Aufenthaltsbefugnis und einer Duldung wurde in dieser Passage zum *subjektiven* ‚Differenzempfinden‘ herabgestuft, das zudem als unbegründet und unbeachtlich bezeichnet wurde. Die (berechtigten!) subjektiven Ängste der Betroffenen in Anbetracht der Unsicherheiten des Duldungsstatus erschienen aus Sicht der RichterInnen gar als ‚Irrheit‘ (als „subjektive Diskrepanz“), weil die traumatisierten Flüchtlinge unfähig seien, die (scheinbare) ‚Objektivität des Rechts‘ zu erkennen. Und *selbst wenn* die Menschen unter dem ihnen zugeordneten Aufenthaltsstatus unbestreitbar litten, daran ließen die Ausführungen des 8. Senats keinen Zweifel, wäre dies irrelevant: Denn nicht die Anpassung des Aufenthaltsstatus an die Bedürfnisse der Individuen, sondern *ihre* Einpassung in die Zwänge des Rechts, des lediglich geduldeten Aufenthalts, wurde von den RichterInnen propagiert. Die Kluft zwischen einer Welt real empfindender Menschen und der hiervon abstrahierenden rechtlich-formalistischen Sichtweise von der Welt könnte kaum größer sein!

Zu den umfangreichen Ausführungen der 35. Kammer zur Unzulässigkeit einer Kettenduldung (unter bestimmten Bedingungen) äußerte sich der 8. Senat nicht im Detail: Auf nicht einmal einer halben Seite ersetzte der Hinweis auf einen die eigene Auffassung bestätigenden Beschluss des 4.

¹⁵⁵ An späterer Stelle (a.a.O., 12) nahm der 8. Senat diese apodiktische Aussage etwas zurück bzw. milderte er die angebliche *Unerheblichkeit* des Aufenthaltstitels für eine Traumabehandlung durch die Behauptung ab, dass „die Aufenthaltsbefugnis für die Therapie zwar möglicherweise günstig, aber – wie ausgeführt – nicht unerlässlich“ sei.

¹⁵⁶ Der letzte Satz nahm Bezug auf Schilderungen von Frau Rothkegel in ihrem Gutachten (Rothkegel 1999, 4), in dem sie beschrieb, welche desaströsen Folgen und gesundheitlichen Auswirkungen das Erlebnis der Berliner Abschiebungsaktion vom Juli 1998 auf die im Behandlungszentrum für Folteropfer therapierten Menschen hatte (zur Erinnerung: auch traumatisierte Flüchtlinge bzw. Flüchtlinge, die noch im Besitz einer Duldung waren, wurden abgeschoben bzw. festgenommen). Gerade dieses Beispiel der Massenabschiebung zeigte, wie notwendig die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis zum wirksameren Schutz gewesen wäre: 1. hätten sich diejenigen, die im Besitz einer Befugnis gewesen wären, ‚in Sicherheit‘ fühlen können gegenüber denjenigen, die nur aus tatsächlichen Gründen geduldet wurden und somit prinzipiell mit einer Abschiebung rechnen mussten; 2. wurden die teilweise rechtswidrigen, überfallartigen Abschiebungen erst vor dem Hintergrund der Unsicherheiten des Duldungsstatus möglich, weil Abschiebungen ohne vorherige Abschiebungsankündigungen oder Ausreisepflichtauforderungen durchgesetzt werden konnten.

Senats OVG Berlin¹⁵⁷ eine fundierte und selbständig herausgearbeitete Begründung (vgl. a.a.O., 11). Der 8. Senat bestritt, dass die Abschiebung Traumatisierter „nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer wird ausgesetzt werden müssen“ (ebd.) – um eine solche Aussetzung der Abschiebung „auf Dauer“ ging es bei der zu entscheidenden Rechtsfrage allerdings nicht. Im Zusammenhang des § 30 AuslG ist vielmehr entscheidend, ob eine Abschiebung „in absehbarer Zeit“ möglich sein wird oder nicht, doch der 8. Senat verwandte den ungenauen / falschen Begriff „auf Dauer“ offenkundig deshalb, um zum gewünschten Ergebnis kommen zu können. Mitte 1999 war dessen ungeachtet längst offenkundig, dass die ursprüngliche politische Annahme, traumatisierte Kriegsflüchtlinge könnten – salopp formuliert – schnell noch in Deutschland therapiert werden, bevor man sie nach Bosnien zurückschickt, auf unzureichenden Erkenntnissen über posttraumatische Belastungsstörungen basierte.

Die RichterInnen des 8. Senats scheuten sich in diesem Zusammenhang nicht, den Betroffenen en passant statt der begehrten Aufenthaltsbefugnis eine baldige Abschiebung in Aussicht zu stellen! Bei der Bestimmung des zu erwartenden Zeitraums des weiteren Aufenthalts Traumatisierter käme es nämlich darauf an,

„[...] ob das Abschiebungshindernis voraussichtlich wieder entfallen wird, mithin eine Beendigung des Aufenthalts zu erwarten ist. Das lässt sich derzeit nicht ausschließen. Die Antragsteller können zurückgeführt werden, wenn die psychologische Traumabehandlung mit Erfolg abgeschlossen worden ist oder im Herkunftsland fortgeführt werden kann. Therapeutische Bemühungen lassen Besserungen erwarten; auch die Verbesserung der medizinischen Versorgung in Bosnien-Herzegowina und eine Veränderung der sonstigen maßgeblichen Verhältnisse ist denkbar“ (a.a.O., 11).

Nichts sprach zum Zeitpunkt der Entscheidung des 8. Senats für die Annahme, die gesundheitliche Versorgungslage in Bosnien könnte sich grundlegend verbessern (im Gegenteil: das Auswärtige Amt, die Deutsche Botschaft in Sarajevo, UNHCR und Behandlungsorganisationen vor Ort gaben genau gegenteilige Auskünfte); und *nichts* brachten die OberrichterInnen für ihre Annahme vor, dass therapeutische Erfolge oder gar ein Abschluss der Behandlung im konkreten Fall zu erwarten waren!

Der 8. Senat ließ es sich in seinem Beschluss schließlich auch nicht nehmen, auf den Regelversagungsgrund des § 7 Abs. 2 Nr. 2 AuslG hinzuweisen:

„Die vom Verwaltungsgericht angenommene Schrumpfung des Aufenthaltsbefugnisermessens allein auf den Fall der Erteilung kann aber vor allem wegen des Sozialhilfebezugs nicht bejaht werden“ (a.a.O., 12).

Bemerkenswert war hierbei, dass das Berliner OVG sich zwar auf den VGH Baden-Württemberg bezog, der die Nichtanwendbarkeit des § 7 Abs. 2 AuslG in atypischen Fallkonstellationen herausgearbeitet hatte. Die entscheidende Crux der Argumentation des VGH BW wurde von den RichterInnen des 8. Senats jedoch unterschlagen: Da es in den Fällen geduldeter traumatisierter Flüchtlinge ohnehin nicht um eine Entscheidung für oder gegen deren weiteren Aufenthalt, und das heißt für oder gegen die Gewährung von Sozialhilfe, ging, war die Regelung des § 7 Abs. 2 AuslG bei der Frage des angemessenen Aufenthaltstitels geradezu sinnlos. Dennoch legten die RichterInnen des 8. Senats die Kosten der Aufnahme traumatisierter Flüchtlinge als „öffentliche Belange“ *negativ* in die Waagschale des behördlichen Ermessens – statt das öffentliche Interesse an einer würdigen Aufnahme und an einem wirksamen Schutz kriegstraumatisierter Menschen herauszuarbeiten.

Insgesamt ist zu vermuten, dass die RichterInnen des Berliner OVG sich bei ihrer rigiden Befugnis-Rechtsprechung von ähnlichen Abwehrimpulsen und Überfremdungsphobien leiten ließen, die auch die Berliner Ausländerbehörde und Innenverwaltung zu ihrer hartnäckigen Verweigerungshaltung gebracht hatten: *Um jeden Preis* sollte eine ‚ungewollte Einwanderung‘ verhindert werden, und sei sie zahlenmäßig noch so gering bzw. humanitär noch so geboten. Selbst die bestehenden geringen Entscheidungsspielräume im festgezurrtten Ausländerrecht wurden von Politik, Verwaltung und Justiz aus diesen prinzipiellen Erwägungen heraus negiert, und zwar genau in dem Moment, in dem Menschen dieser Regelungen am meisten bedurften und sie unzweifelbar auch alle entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen erfüllten.

¹⁵⁷ Dieser Beschluss bezog sich allerdings nur auf einen Teilaspekt der Auseinandersetzung (vgl. Anm. 142).

Die Befugnisparagrafen des Ausländergesetzes entpuppten sich vor diesem Hintergrund als bloße *Gesetzesattrappen* (vgl. Maus 1989, 93 u. 101), die hehre Versprechungen zwar vorgaben, die in der praktischen Anwendung der Verwaltung jedoch weitgehend ungenutzt blieben. Die Berliner OberverwaltungsrichterInnen waren als Teil der gesamt-gesellschaftlichen ‚Abwehrfront‘ gegenüber Schutz Suchenden nicht gewillt, dieser behördlichen Praxis etwas entgegen zu setzen.

Rechtsprechung zu Bosnien-Herzegowina

Auf Entscheidungen der Berliner Verwaltungsjustiz zu Abschiebungen nach Bosnien-Herzegowina möchte ich an dieser Stelle nur noch kurz und chronologisch geordnet eingehen. Im Groben bestätigten sich hierbei die Argumentationslinien, Verhaltensmuster und Vorgehensweisen, die ich bereits dargelegt habe: Die 35. Kammer versuchte auf der Grundlage aufwändiger Ermittlungen, Recherchen und Begründungen zur Gefährdungssituation in Bosnien-Herzegowina die Rechtslage im Sinne der von Abschiebung bedrohten Flüchtlinge auszuloten – und ihre Entscheidungen wurde dabei im Regelfall mit dürftig begründeten Beschlüssen vom OVG Berlin wieder aufgehoben. Andere Kammern hielten sich zunächst weitgehend zurück.

Mehrfach versuchte die 35. Kammer – vergeblich –, Politik und Verwaltung zu einer praktischen Umsetzung *ihrer eigenen* Vorgaben und Versprechungen zu zwingen (etwa beim Umgang mit Flüchtlingen aus der Republika Srpska).

Beschlüsse und Urteile zum Themenkomplex Abschiebungen traumatisierter Flüchtlinge und Polizeiarztlicher Dienst habe ich bereits an anderer Stelle dargestellt und problematisiert.

Nach-Dayton-Eingereiste

Entsprechend ihrer Duldungs-Rechtsprechung zu § 55 Abs. 2 AuslG war die 35. Kammer des VG Berlin die einzige Kammer, die die Ausländerbehörde zur Erteilung von Duldungen an bosnische Flüchtlinge verpflichtete, die *nach* dem Daytoner Abkommen nach Deutschland eingereist waren und die sich somit nicht mehr auf die offiziellen Abschiebestopp-Regelungen berufen konnten. Ihre Abschiebung war dennoch mangels Flugverbindungen und mangels Rückübernahmeabkommen faktisch unmöglich. Den tatsächlichen Abschiebungshindernissen standen häufig aber auch inhaltliche Gründe zur Seite.

Dem Beschluss VG 35 A 986.96 vom 7.10.1996 ist zu entnehmen, dass die Berliner Behörden bereits für den 5.10.1996 die Abschiebung von sechs bosnischen Flüchtlingen nach Sarajevo beabsichtigten (vgl. a.a.O., 4). Dabei wurde jedoch ein Schreiben des Bundesinnenministeriums vom 29.9.1996 missachtet, in dem vor Abschiebungen außerhalb des vereinbarten Verfahrens mit den bosnischen Behörden gewarnt worden war, um den Abschluss eines Rückübernahmeabkommens nicht zu gefährden. Die Abschiebungen mussten deshalb wieder storniert werden.

Die 35. Kammer wies in dem Beschluss (a.a.O., 5 ff) auf die katastrophale Versorgungs-, Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage im Nachkriegsbosnien hin, auf andauernde Vertreibungen, auf die enorme Minengefahr, auf die desolate Wohnungs- und Unterbringungssituation und den stockenden Wiederaufbau, auf die Warnungen des UNHCR vor einer übereilten Abschiebepolitik, auf die labile Menschenrechtssituation und den andauernden Hass sowie auf die besonderen Gefahren des bevorstehenden Winters: „Alle Sachkundigen“ (ebd., 9), so appellierte die Kammer an die Vernunft der Beteiligten, warnten vor diesem Hintergrund vor einer zu „raschen Rückführung“ nach Bosnien-Herzegowina.

Die Richter stellten auch die populistische Rechtfertigungsformel für Abschiebungen nach Bosnien, die Flüchtlinge würden angeblich *jetzt* in Bosnien für den Wiederaufbau benötigt, als irreführend bloß:

„Dass sich [die Ausländerbehörde] bei der Entscheidung über die Abschiebung von bosnischen Flüchtlingen an deren Verwendbarkeit für den Aufbau orientiert, ist für das Gericht in einer Vielzahl von Verfahren bisher nicht erkennbar geworden, von denen die meisten Frauen und Kinder bzw. traumatisierte Kriegsoffer betreffen. Auch der Prozessvertreter [der Ausländerbehörde] vermochte in der mündlichen Verhandlung nicht darzulegen, welchen Beitrag zum Aufbau die 30jährige Frau mit zwei 11 und 14 Jahre alten Kinder leisten könnten, die am 5. Oktober 1996 abgeschoben werden sollten“ (a.a.O., 8).

Im konkret von der Kammer zu entscheidenden Fall sollte eine 46-jährige Frau mit ihrem 10-jährigen Sohn abgeschoben werden, die im März 1996 zu ihrer seit drei Jahren in Berlin lebenden Familie geflohen waren (zu Mann und Tochter bzw. Vater und Schwester). Bei der Familie, die durch den Krieg getrennt worden war und nun wiederum – von den deutschen Behörden – zwangsweise getrennt werden sollte, handelte es sich um eine so genannte ‚gemischt-ethnische‘ Familie (orthodox-moslemischen Glaubens) aus Banja Luka (dies erklärte vermutlich die unterschiedlichen Fluchtzeitpunkte: Die Frau war als ‚serbische Volkszugehörige‘ in Banja Luka nicht in dem selben Maße bedroht wie ihr ‚moslemischer‘ Mann). Das Gericht sah einen Duldungsanspruch auch deswegen als gegeben an, weil in Anbetracht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des besonderen grundgesetzlichen Schutzes von Ehe und Familie (Art. 6 GG) eine Trennung der Familie unzumutbar sei, zumal sei es hinsichtlich ‚gemischt-ethnischer‘ Familien fraglich, „ob überhaupt und wenn ja wohin eine Rückkehr möglich bzw. zumutbar ist“ (a.a.O., 10)¹⁵⁸. Mit dem Beschluss VG 35 A 986.96 vom 7.10.1996 setzte sich die 35. Kammer zugleich ausdrücklich von zwei vorherigen (negativen) Beschlüssen der 11. und 19. Kammer ab und machte geltend, dass diese sich „ausschließlich auf den Lagebericht des Auswärtigen Amtes, der die Situation jedoch nur unvollständig wiedergibt“ (ebd., 11), gestützt hätten und auch die „Problematik des Rückübernahmeverfahrens“ unberücksichtigt geblieben sei.

Die 19. Kammer befand, dass die (angeblich) mögliche ‚freiwillige Rückreise‘ einer Duldungserteilung wegen tatsächlicher Abschiebungshindernisse entgegen stehe (vgl. VG 19 A 1141.96, B.v. 4.11.1996). Die Kammer benötigte einen einzigen Satz, um jede Gefährdung des abschiebebedrohten Bosniers im Falle seiner Rückkehr während des harten bosnischen Winters auszuschließen: „Eine solchermaßen [sich aus § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG ergebende, T.H.] konkrete, ihm persönlich drohende Gefahr hat der Antragsteller weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht“ (a.a.O., 2)¹⁵⁹.

Winter 1996/97: Duldungen wegen faktischer Abschiebungsstopps

Nachdem die Berliner Ausländerbehörde gegenüber dem Oberverwaltungsgericht (in dem Verfahren OVG 4 S 246.96) erklärt hatte, dass sie zunächst (noch) auf Abschiebungen bosnischer Flüchtlinge (unabhängig von ihrem Einreisedatum) verzichten wolle, sah die 35. Kammer die Voraussetzungen des § 54 AuslG (Abschiebestopp) als erfüllt an (vgl. VG 35 A 1423.96, B.v. 7.11.1996).

Die 11. Kammer schwenkte Ende 1996, nachdem auch Innensenator Schönbohm öffentlich erklärt hatte, das Land Berlin werde vor dem 1.4.1997 wahrscheinlich keinen Gebrauch von Abschiebungen machen, auf die Linie der 35. Kammer ein und stellte das Vorliegen eines faktischen Abschiebestopps im Sinne des § 54 AuslG fest, so dass Duldungen erteilt werden müssten (vgl.: VG 11 A 1191.96; B.v. 10.12.1996). Die Kammer befand, dass die schriftliche Anordnung nach § 54 AuslG durch die Senatsverwaltung für Inneres zwar ausdrücklich widerrufen worden sei. Dieser Abschiebungsschutz bestehe „nach dem Willen der Senatsverwaltung [...] tatsächlich“ aber fort (a.a.O., 2):

„Ohne Belang ist, dass diese Anordnung [...] in keiner besonderen, insbesondere nicht in schriftlicher Form ergangen ist, da § 54 AuslG eine besondere Form der Anordnung nicht vorsieht“ (ebd., 4).

Die RichterInnen wiesen darauf hin, dass auch nach dem IMK-Beschluss vom 19.9.1996 Abschiebungen nur nach den Regelungen des Rückübernahmeabkommens stattfinden sollten und dass dies eine Zustimmung der bosnischen Behörden zur Übernahme voraussetze. Dieses Verfahren basiere auf dem „Motiv der Rücksichtnahme auf die Interessen des Staates Bosnien-Herzegowina“ (ebd., 4) und erfülle somit die völkerrechtlichen und humanitären Voraussetzun-

¹⁵⁸ Die 35. Kammer festigte später ihre Rechtsprechung zu ‚gemischt-nationalen‘ Familien mit Hinweisen auf Art. 8 EMRK, auf die besonderen Probleme der Kinder aus diesen ‚gemischten‘ Ehen, auf neue Lage- und Presseberichte zu besonderen Schwierigkeiten dieser Flüchtlinge im nationalistischen Bosnien und auf die Forderungen des UNHCR nach besonderen Schutzregelungen für ‚gemischt-nationale‘ Familien (vgl. z.B.: VG 35 A 3332/96; B.v. 23.6.1997).

¹⁵⁹ Der genaue Sachverhalt (die Herkunft, Volkszugehörigkeit, Familienverhältnisse des Betroffenen usw.) ergab sich aus der kargen Beschlussbegründung nicht.

gen eines Abschiebestopps. Die Dauer der zu erteilenden schriftlichen Duldung wurde „bis zu einer Zustimmung zur Übernahme gem. Art. 4 des Rückübernahmeabkommens [...]“ befristet¹⁶⁰. Obwohl die 11. Kammer im Grundsatz die Duldungs-Rechtsprechung des OVG Berlin teilte (zumindest nach Außen hin), war sie mit dem Ergebnis dieser Rechtsprechung im konkreten Fall offenkundig unzufrieden. Die Kammer umschiffte mit ihrer Rechtskonstruktion die OVG-Vorgaben zur Duldungsverweigerung, weil „die Möglichkeit einer freiwilligen Rückkehr [...] der Erteilung einer Duldung dann nicht entgegen[steht], wenn eine Anordnung der obersten Landesbehörde nach § 54 AuslG ergangen ist“ (ebd.). Es hatte absoluten Seltenheitswert zu jener Zeit und erforderte vielleicht sogar ein wenig Mut, dass sich die 11. Kammer im Zusammenhang der Notwendigkeit der Schriftform einer Duldung *positiv* auf einen Beschluss der 35. Kammer berief (vgl. ebd., 5)!

Die 27. Kammer schloss sich der Rechtsprechung der 11. Kammer mit Beschluss vom 9.1.1997 (VG 27 A 585.96) an¹⁶¹.

Die Begründung dieses Beschlusses war (weitgehend) *identisch* mit dem Beschluss VG 11 A 1191.96 vom 10.12.1996. Wie auch immer dies zustande gekommen sein mag: In rechtsstaatlicher Hinsicht war der Vorfall höchst problematisch, denn selbst wenn es eine exakte inhaltliche Übereinstimmung in der Rechtsauffassung zwischen einzelnen RichterInnen geben sollte, bedarf es doch der je individuellen Urteilsbegründung und zumindest eines offenen ‚Sich-Aufeinander-Beziehens‘ (Benennung und Zitierung des Originals usw.). Diese *formale* Erosion in der Rechtsprechung war sicherlich auch dem schlechten Vorbild der ‚Zitier-Kartelle‘ innerhalb des OVG Berlin geschuldet.

Abschiebungen von Flüchtlingen aus der Republika Srpska

Bei Minderheiten-Flüchtlingen aus der Republika Srpska (RS) sollte entsprechend einer Vereinbarung der Staatssekretäre des Inneren von Ende März 1997 (bzw. entsprechend des IMK-Beschlusses vom 6.6.1997) mit „besonderer Sorgfalt“ bzw. mit „besonderer Sensibilität“ bei der „Rückführung“ vorgegangen werden und sie sollten gegenüber anderen Flüchtlingen (etwa aus der Föderation) „im Grundsatz nachrangig“ abgeschoben werden. In Berlin wurde diese Vorgabe, dies habe ich bereits dargelegt, nicht in der Form umgesetzt, dass diese Flüchtlinge weiter geduldet oder von Abschiebungen ausgenommen worden wären¹⁶².

Der Leiter der Berliner Ausländerbehörde, Herr Bösch-Soleil, erläuterte in einem Schreiben vom 25.6.1997 an Dr. Günther vom 8. Senat des OVG Berlin, wie die IMK-Vorgabe einer nachrangigen und besonders sensiblen ‚Rückführung‘ von Minderheiten aus der Republika Srpska in die Verwaltungspraxis seiner Behörde umgesetzt werde. Prinzipiell war demnach die Abschiebung „aller BH-Staatsangehörigen¹⁶³ – unabhängig von Herkunft, Ethnie und Familienstand – möglich“; und auch Vertriebene aus der RS würden „im Einzelfall, wenn dies für gerechtfertigt gehalten wird“, abgeschoben. Hinsichtlich dieser Flüchtlinge würde jedoch ein „bestimmtes Verfahren“ beachtet:

„Danach werden Angehörige des o.a. Personenkreises nur dann abgeschoben, wenn die bosnisch-herzegowinischen Behörden einem Übernahmeersuchen gemäß Art. 4 des Rückübernahmeabkommens ausdrücklich zugestimmt

¹⁶⁰ Dies gab der Behörde den Schlüssel zur Außerkraftsetzung der Beschlüsse der 11. Kammer in die Hand, denn nach Art. 4 Abs. 3 des Rückübernahmeabkommens galt die Zustimmung drei Wochen nach Stellung eines Übernahmeersuchens als erteilt (wie auch dem Beschluss zu entnehmen war; vgl. a.a.O., 3).

¹⁶¹ In einem Beschluss vom 27.6.1996 kam das VG Regensburg – RN 2 E 96.854 – anders als die 11., 27. und 35. Kammer des VG Berlin zum Ergebnis eines absoluten Ermessens der Innenministerien: Nicht einmal elementare Grundrechtseingriffe oder Willkürverbotsüberlegungen (so wohl aber der VGH Hessen, vgl. a.a.O., 7) könnten den Erlass eines Abschiebestopps gegen den Willen der Exekutive erzwingen. Trotz der verbindlichen Erklärung des Bundesinnenministers, dass bis zum 30.9.1996 keine Abschiebungen nach Bosnien vorzunehmen seien, wollte das VG deswegen hierin keine Verlängerung des Abschiebestopps sehen.

¹⁶² Bis Ende April 1997 verzichtete die Ausländerbehörde von sich auf darauf, Rückübernahmeersuchen für Flüchtlinge aus der Republika Srpska zu stellen (unabhängig vom Einreisedatum, Darstellung nach: VG 35 A 294.97; B.v. 28.5.1997, S. 10; in dem Beschluss hieß es, dass bei der Ausländerbehörde „bisher auch noch nicht geklärt ist, wer – das Sachgebiet oder die Abschiebung[s]abteilung; T.H.] – die besondere Sorgfalt anzuwenden hat“ (a.a.O., 11).

¹⁶³ Eine Bilderbuchformulierung aus dem bürokratischen Wortschatz eines D-Staatsangehörigen!

haben. Sollte innerhalb der vorgesehenen Frist [drei Wochen; T.H.] keine Zustimmung zur Rückführung eingegangen sein, ist künftig erneut eine Nachfrage an die BH-Botschaft zu richten. Nach Ablauf dieser Frist von drei Wochen nach Zustellung dieser zweiten Anfrage können dann Rückführungsmaßnahmen eingeleitet werden, sofern keine Reaktion der BH-Stellen erfolgt ist.“ (ebd., 3)

Die Gleichsetzung einer *ausdrücklichen Zustimmung* mit einer *zweimal nicht erhaltenen Antwort* der bosnischen Behörden (Stichwort: ‚doppelte Fiktion‘) war offenkundig unseriös und sollte die Öffentlichkeit darüber täuschen, dass die politisch beschlossene Sonderregelung für vertriebene Flüchtlinge aus der RS in Berlin *nicht* umgesetzt wurde.

Es wird nicht überraschen, dass es allein die 35. Kammer war, die gegen diese Formulierungskünste und Täuschungsmanöver der Verwaltung und Politik etwas einzuwenden hatte und versuchte, sie auf ihre eigenen Versprechungen zu verpflichten und beim Wort zu nehmen: Am 28. Mai 1997 (vgl. Beschluss VG 35 A 294.97) stellte die Kammer fest, dass

„vor dem Hintergrund der vorstehend beschriebenen Situation in Bosnien-Herzegowina¹⁶⁴ [...] eine besondere Sorgfalt nach Auffassung des Gerichts nur in der Weise angewandt werden [kann], dass die ausdrückliche und nicht nur die fiktive Zustimmung der bosnischen Behörden zu verlangen ist und zwar von denjenigen Behörden in Sarajevo, die allein – anders als die Botschaft in Berlin – beurteilen können, ob die Aufnahme eines Flüchtlings [...] angesichts der Mangelsituation in Bosnien an Wohnraum erfolgen kann“ (a.a.O., 11).

Diese Auslegung entsprach auch dem ursprünglichen Sinn des Zustimmungsverfahrens im deutsch-bosnischen Rückübernahmeabkommen.

Später (vgl. z.B.: VG 35 A 2596.97, B.v. 25.11.1997 und VG 35 A 3119.96, B.v. 22.12.1997) berief sich die 35. Kammer dann auch auf den Wortlaut der Weisung selbst¹⁶⁵. Hierin wurde ja zunächst explizit eine *ausdrückliche* Zustimmung zur Rückübernahme als Voraussetzung für eine Abschiebung verlangt¹⁶⁶; die dem widersprechenden nachfolgenden Ausführungen, mit denen diese „ausdrückliche“ durch zwei fiktive ‚Zustimmungen‘ ersetzt wurden, beachtete die Kammer vor allem aufgrund folgender Erwägungen nicht: Der IMK-Beschluss einer grundsätzlich nachrangigen Rückführung der Flüchtlinge aus der RS sei in Anbetracht und in Rücksichtnahme auf die begrenzten Aufnahmekapazitäten der bosnischen Föderation getroffen worden. Nur „in begründeten Einzelfällen“ sollte es entgegen dieses Grundsatzes dennoch zu Abschiebungen kommen – so die Äußerungen u.a. von Innensenator Schönbohm und Behördenleiter Bösch-Soleil (vgl. ebd., 3 f). Die 35. Kammer schloss hieraus, dass in der Verwaltungspraxis Abschiebungen von Flüchtlingen aus der RS bis auf besondere Einzelfälle weiter ausgesetzt werden sollten. Da dieses Verfahren auch auf einer Übereinkunft der Länderinnenminister basierte, sahen die Richter die Voraussetzungen eines Abschiebungsstopps nach § 54 AuslG als gegeben an, so

¹⁶⁴ Es entspreche der allgemeinen Auffassung (des Auswärtigen Amtes, der Rechtsprechung usw.), dass eine Rückkehr von Minderheitenangehörigen in die RS weiterhin nicht möglich sei (vgl. a.a.O., 5). Aufnahmekapazitäten / Wohnraum in der Föderation gebe es für diese Vertriebenen praktisch nicht (vgl. a.a.O., insb. S. 8). Die Kammer verwies auf eine Reihe von Gerichtsentscheidungen aus anderen Bundesländern, die Abschiebungen nach Bosnien-Herzegowina als rechtlich unzulässig untersagt hatten (vgl. a.a.O., 8 f: benannt wurden acht die Abschiebung untersagende, drei die Abschiebung zulassende Gerichtsentscheidungen).

¹⁶⁵ Die zitierten widersprüchlichen Ausführungen von Herrn Bösch-Soleil, die auf einer Vorgabe der Innenverwaltung basierten, wurden praktisch unverändert in die ausländerbehördliche Weisung übernommen.

¹⁶⁶ Die Kammer führte aus, dass Zustimmungen nach dem Abkommen nicht verwechselt werden dürften mit einer „bloßen Bestätigung der Staatsangehörigkeit“ durch die bosnische Botschaft in Berlin – was von der Berliner Ausländerbehörde jedoch so gehandhabt wurde. Deren Leiter, Mirza Husic, hatte deutlich gemacht, dass angesichts von ca. 400 Berliner Ersuchen *täglich* (!) eine *inhaltliche* Abstimmung mit den Behörden früherer Wohnorte der Betroffenen in Bosnien-Herzegowina gar nicht möglich sei (vgl. a.a.O., 3). Die 35. Kammer erhielt in dieser Detailfrage Unterstützung von der 27. Kammer. Mit dem Beschluss VG 27 F 7.98 vom 28.1.1998 machte sich diese die Argumentation der 35. Kammer zu eigen (a.a.O., 2).

Zum Hintergrund: Die bosnische Seite hatte sich im Expertenausschuss des Rückübernahmeabkommens auf Druck der deutschen Delegation am 7./8.10.1997 dazu bereit erklärt, eine Ablehnung zur Rückübernahme nicht mehr mit fehlenden Unterbringungskapazitäten zu begründen (dies widersprach allerdings eindeutig dem ursprünglichen Sinn und Zweck des Abkommens).

Der Auslegungsstreit wurde übrigens in harter Form geführt: Die Innenverwaltung verweigerte der 35. Kammer in einem Schreiben vom November 1997 sogar die üblichen Höflichkeitsfloskeln („Sehr geehrter“, „mit freundlichen Grüßen“ usw.)!

dass Duldungen (bis auf besondere Einzelfälle) erteilt werden müssten (vgl. ebd., 5). Die 35. Kammer verwies darauf, dass infolge des IMK-Beschlusses in allen anderen Bundesländern (außer Bayern) ausdrückliche Duldungsregelungen für Vertriebene aus der RS erlassen worden waren (vgl. a.a.O., 5 f).

Die Richter verlangten von der Berliner Ausländerbehörde, dass sie darlegen müsse, weshalb in den Fällen geplanter Abschiebungen von Minderheitenangehörigen aus der RS „ein besonderer Einzelfall gegeben sein sollte, in dem abweichend von dem Grundsatz der ‚Nachrangigkeit‘ schon jetzt die Abschiebung als gerechtfertigt erschiene“ (a.a.O., 5) – andernfalls müssten Duldungen erteilt werden. Die Kammer präziserte (auch im Beschluss-Tenor), wann sie einen solchen Ausnahmefall als gegeben ansah:

- im Falle einer (tatsächlich) *ausdrücklichen* Zustimmung der bosnischen Behörden zur Rückübernahme (weil in diesen Fällen eine Unterbringungsmöglichkeit vor Ort bestätigt worden sei),
- wenn aufgrund einer Stellungnahme des UNHCR oder des deutschen Regierungsbeauftragten für die Flüchtlingsrückkehr feststand, dass die von der Abschiebung Betroffenen im Föderationsgebiet aufgenommen und registriert werden würden.

Viele dieser Beschlüsse der 35. Kammer mussten *im Ergebnis* durch das Berliner OVG bestätigt werden, nachdem mit der Grundsatzentscheidung des BVerwG im September 1997 feststand, dass den Betroffenen Duldungen zumindest wegen tatsächlicher Abschiebungshindernisse zustanden. Die Nebenbestimmungen der Beschlüsse hinsichtlich der Dauer und der Auflagengestaltung der Duldungen wurden vom OVG Berlin jedoch regelmäßig in der zweiten Instanz aufgehoben¹⁶⁷.

Rechtliche (Un-) Verbindlichkeit von IMK-Beschlüssen (§ 54 AuslG)

Der Versuch der 35. Kammer, Berlins Exekutive zur Einhaltung ihrer eigenen Versprechen zu zwingen, war heikel: So offenkundig unehrlich die Vorgehensweise der Berliner Verwaltung war, so offenkundig sie gegen die Vereinbarungen der Innenminister und die Empfehlungen der internationalen Staatengemeinschaft (etwa des UNHCR) verstieß und so offenkundig humanitär verfehlt schließlich auch die konkrete Auswahl der Abzuschiebenden in der Praxis war (frei nach dem Motto: *Frauen mit Kindern zuerst...*): *Justitiabel* war dieses in jeder Beziehung ungenügende Verwaltungshandeln nur bedingt.

Beschlüssen der Innenministerkonferenzen kommt *an sich* keine Gesetzeskraft zu, d.h. die ausführenden Länderexekutiven und Behörden auf die Einhaltung solcher Beschlüsse auch nicht durch die Gerichte verpflichtet werden können – es sei denn, es handelt sich um eine Übereinkunft, die auf einer gesetzlichen Grundlage basiert, also etwa um die Verkündung eines Abschiebestopps nach § 54 AuslG oder um eine Aufnahme nach § 32 (a) AuslG. Nur indirekt, als Ausfluss des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes, können Ausländerbehörden darüber hinaus auf IMK-Grundsätze (etwa: Staffellungs- und Sonderregelungen bei Abschiebungen) verpflichtet werden, weil eine Ungleichbehandlung ohne sachliche Begründung in der Praxis rechtswidrig wäre. Der entscheidende Maßstab hierbei ist allerdings *die Verwaltungspraxis selbst* (und nicht etwa öffentliche Erklärungen der Verantwortlichen), so dass es für die Gerichte darauf ankommt festzustellen, wie die Behörden *tatsächlich* vorgehen bzw. wie sie ihre Verwaltungspraxis *eigentlich* ausgestalten wollen, um rechtswidrige Abweichungen von dieser Normvorgabe ausfindig machen zu können.

Hinsichtlich der IMK-Vorgaben einer grundsätzlich nachrangigen und besonders sensiblen ‚Rückführung‘ von vertriebenen Flüchtlingen aus der RS ergab sich nun das Problem, dass unklar war, ob die politisch verantwortliche und dienstrechtlich der Ausländerbehörde vorgesetzte Berliner Innenverwaltung diesem Beschluss tatsächlich nachkommen wollte, wie sie es zumindest verbal in der Öffentlichkeit bekundete – denn dann wäre das Verwaltungsgericht befugt gewesen festzustellen, dass die Praxis der Ausländerbehörde diesen Vorgaben widersprach und somit fehlerhaft war. Oder täuschte die Berliner Innenverwaltung *bewusst* die Öffentlichkeit und wollte

¹⁶⁷ Vgl. nur: OVG 1 S 55.98, B.v. 10.3.1998 und OVG 5 S 34.98, B.v. 27.3.1998.

den IMK-Vorgaben gar nicht nachkommen – wie es der Praxis der Ausländerbehörde entsprach? Wegen des objektiven und logisch nicht auflösbaren Widerspruchs in der Berliner Weisung (*ausdrückliche* oder ‚*doppelt-fiktive*‘ Zustimmung?) war eine eindeutige Beantwortung dieser Frage durch die Justiz kaum möglich. Das Verwirrspiel war letztlich aber auch eine Folge der bereits im Ansatz widersprüchlichen Vorgaben der Innenminister, die einerseits den Abschiebungsstopp nach § 54 AuslG offiziell zum Frühjahr 1996 pauschal für beendet erklärten, andererseits jedoch differenzierte Ausnahmeregelungen beschlossen, die Anordnungen im Sinne des § 54 AuslG gleich kamen, ohne sich jedoch rechtlich auf diese Norm zu beziehen¹⁶⁸.

Später, mit Urteil vom 19.9.2000 – 1 C 19.99 –, zementierte das Bundesverwaltungsgericht den Grundsatz absoluten behördlichen Ermessens im Rahmen politischer Bleiberechtsregelungen (in: InfAuslR 2001, 70 ff). Das Urteil betraf die Frage, inwieweit Gerichte die Landesbehörden auf eine *bestimmte* Anwendung der ‚Altfallregelung‘ von 1996 (Anordnung nach § 32 AuslG) verpflichten könnten – und es engte im Ergebnis die Möglichkeiten der Justiz, IMK-Beschlüsse in der Verwaltungspraxis auch durchzusetzen, erheblich ein.

Demnach steht es jeder obersten Landesbehörde frei, ob und in welcher Form sie eine Anordnung nach § 32 AuslG trifft. Ein IMK-Beschluss, so das BVerwG, habe keine eigenständige rechtliche Relevanz, entscheidend sei die jeweilige Anordnung der Landesbehörden, die sich der richterlichen Kontrolle grundsätzlich entziehe. Die Gerichte müssten sich darauf beschränken zu kontrollieren, ob die prinzipiell Begünstigten einer solchen Regelung von der Behörde in der Praxis auch gleich behandelt würden. Nicht einmal aus dem *eindeutigen* Wortlaut einer Weisung könne ein Rechtsanspruch erwachsen, sondern nur abgeleitet aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung in der „tatsächlichen Anwendung der Anordnung“ (ebd., 71). Diese Grundsätze sind auf, ebenfalls von den Landesbehörden zu erlassende Abschiebestopp-Regelungen übertragbar.

Das OVG Bremen hatte zuvor demgegenüber mit seinem Beschluss 1 B 406/99 vom 28.1.2000 (in: InfAuslR 4/2000, 187 ff) entschieden, dass eine Anordnung nach § 32 AuslG (IMK-Beschluss) einen bindenden „Rechtssatzcharakter“ sowohl für die Landesbehörden als auch für die Gerichte habe. Diese Auslegung würde sowohl von der Kommentarliteratur „einhellig“ geteilt (vgl. Nachweise a.a.O., 188) als auch von einer Mehrheit der Oberverwaltungsgerichte (vgl. ebd.¹⁶⁹).

Das BVerwG nahm somit in einer umstrittenen Rechtsfrage erneut eine Gesetzesinterpretation vor, die eindeutig die Exekutive gegenüber der Politik und vor allem gegenüber den Betroffenen stärkte¹⁷⁰.

In Berlin führte vor allem das Zusammenkommen der rechtswidrigen Duldungsverweigerungspraxis mit der (Nicht-) Umsetzung des IMK-Beschlusses hinsichtlich der vertriebenen Flüchtlinge aus der RS im Ergebnis zu einer rechtsstaatswidrigen Illegalisierungs- und Ausschaffungspolitik mit inakzeptablen Folgen für die Betroffenen. Vielleicht hätte sich die 35. Kammer in diesem Zusammenhang noch auf eine weitere Rechtsfigur stützen sollen, die sie bereits bei den rechtswidrigen Verteilungen bosnischer Flüchtlinge in andere Bundesländer verwandt hatte, denn das Vorgehen der Berliner Behörden widersprach meines Erachtens eklatant dem Grundsatz von ‚Treu und Glauben‘: Eine besondere ‚Sensibilität‘ im Umgang mit einer besonders schutzbedürftigen Gruppe vorzugeben und dem in der Praxis zugleich *keinerlei* Rechnung zu tragen, war in meinen Augen genauso ein Verstoß gegen die ‚guten Sitten‘ wie die Behauptung einer ‚grundsätzlich nachrangigen Rückführung‘ dieser Flüchtlinge in Anbetracht der Berliner Behördenpraxis schlicht falsch war. Als Nicht-Jurist muss ich an dieser allerdings betonen, dass ich die Zulässigkeit einer Anwendung dieser Grundsätze des BGB in Hinblick auf das Vorgehen einer

¹⁶⁸ Eine Variation zum Thema bot das VG München (M 17 S 97.2623, B.v. 4.9.1997): Den Grundsatz der Nachrangigkeit der Abschiebung von Flüchtlingen aus der RS hatte das bayrische Innenministerium so ausgelegt, dass eine *ausdrückliche* Zustimmung der bosnischen Seite zur Rückübernahme vorliegen müsse. Das VG interpretierte diese Anweisung jedoch nicht als Abschiebungsstopp im Sinne von § 54 AuslG, sondern stellte fest, dass tatsächliche Abschiebungshindernisse im Sinne des § 55 Abs. 2 AuslG vorlägen, da es bis zu einer ausdrücklichen Zustimmung keinen „aufnahmebereiten Staat“ gebe (a.a.O., 4) – dies war falsch, denn Bosnien war im Rahmen des Rückübernahmeabkommens auch zur Rückübernahme nach einer nur ‚fiktiven‘ Zustimmung bereit und verpflichtet.

¹⁶⁹ Mit dem Bremer OVG waren es insgesamt fünf Oberverwaltungsgerichte, die diese Auffassung vertraten (das OVG Hamburg ließ die Frage offen, wie zum damaligen Zeitpunkt auch noch das BVerwG); allein das OVG Niedersachsen vertrat zum damaligen Zeitpunkt die Auffassung, dass die Anwendungspraxis der Landesbehörden unabhängig vom objektiven Regelungsgehalt einer Anordnung nach § 32 AuslG entscheidend sei.

¹⁷⁰ Zwar ‚legalisiert‘ das Urteil des BVerwG implizit auch Umsetzungen von IMK-Beschlüssen, die über den Wortlaut der Innenministerkonferenzen weit hinaus gehen – in der Praxis kommt eine solche (im Sinne der Flüchtlinge) *positive* Abweichung jedoch eher selten vor.

Verwaltung letztlich nicht einschätzen kann. Persönlich habe ich mich dennoch gewundert, dass die 35. Kammer bei der Bewertung der Berliner Verwaltungspraxis in diesem Zusammenhang vergleichsweise ‚zurückhaltend‘ ausfiel. Allerdings stand die Kammer zu diesem Zeitpunkt (im Sommer 1997) wegen ihrer exponiert abweichenden und am VG/OVG Berlin völlig isolierten Rechtsprechung bereits seit Jahren unter einem solch starken Druck, dass sie es wohl vorzog, leisere Töne anzuschlagen.

Nachdem die Kammer durch die BVerwG-Entscheidung im September 1997 erheblich gestärkt worden war, bezog sie sich Anfang 1998 dann doch noch auf das BGB: Das Berliner OVG versuchte, die Vereinbarungen des Rückübernahmeabkommens auf eine bloße Überprüfung der Staatsangehörigkeit zu reduzieren (vgl. Anm. 166); die 35. Kammer verwies demgegenüber auf Art. 5 des Abkommens, in dem eine phasenweise „Rückführung [...] in enger Zusammenarbeit der Vertragsparteien [...] unter Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung in Bosnien und Herzegowina“ beschlossen worden war. Das Rückübernahmeverfahren diene unter anderem der Ermittlung und Berücksichtigung des knappen Wohnraums in Bosnien und bedinge deshalb auch „die Ernsthaftigkeit des Ersuchens [deutscher Ausländerbehörden] in dem Sinne, dass innerhalb eines überschaubaren Zeitraums auch tatsächlich die in Aussicht gestellte Abschiebung durchgeführt werden soll. Davon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden. Der Antragsgegner [die Ausländerbehörde; T.H.] hat sich bemüht, in kürzester Zeit tausende von Anträgen auf Rückübernahme zu stellen; über mehrere Wochen gingen bei der Außenstelle der bosnischen Botschaft in Berlin *täglich* etwa 400 Ersuchen ein, inzwischen liegt die Zahl noch um 200. Dem stehen weniger als 200 tatsächlich erfolgte Abschiebungen im gesamten Jahr 1997 gegenüber. Angesichts dieses erheblichen Missverhältnisses können der bosnischen Seite die bislang vom Antragsgegner gestellten Rückführungsersuchen nicht als ernstlich auf tatsächliche Rückführungen gerichtete Absichtserklärungen (§ 118 BGB) erscheinen, die irgendwelche Aufnahmeaktivitäten in Gang setzen müssten; vielmehr handelt es sich nach dem erkennbaren Verständnis des Antragsgegners um ein Verfahren, das allein dazu bestimmt ist, fiktive Zustimmungen ‚auf Vorrat‘ für mehrere Jahre herbeizuführen, wodurch jedoch das nach dem Abkommen vorgesehene geordnete Rückübernahmeverfahren ‚unter Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung in Bosnien und Herzegowina‘ (Art. 5 Abs. 1 Ziff. 3) ad absurdum geführt wird“ (VG 35 A 3314.97, B.v. 11.2.1998, S. 3).

War der ‚Betrug‘ der Berliner Verwaltung gegenüber der Öffentlichkeit womöglich sogar ein ‚Betrug‘ im Sinne des BGB?

Ablehnungen nach Muster (§ 53 Abs. 6 AuslG)

Die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts zum § 53 Abs. 6 AuslG (‚sehenden Auges in den Tod‘-Rechtsprechung) machten es denjenigen Kammern einfach, die ‚kurzen Prozess‘ mit den Flüchtlingen aus Bosnien machen wollten. Das Ergebnis eines verweigerten Abschiebungsschutzes nach § 53 AuslG war anhand dieses strengen Maßstabes leicht zu erreichen, vor allem, wenn sich RichterInnen bei der Lageeinschätzung unkritisch und ausschließlich auf die offiziellen Auskünfte des Auswärtigen Amtes stützten. Einen entsprechenden Willen zur Ablehnung vorausgesetzt konnte eine negative Entscheidung praktisch unabhängig vom konkreten Einzelfall unter Verwendung universal einsetzbarer Textbausteine verfasst werden.

Ein gutes Beispiel hierfür war der Beschluss VG 31 A 491/97 vom 11.12.1997, bei dem es um eine vertriebene Flüchtlingsfamilie mit drei Kindern im Alter von 2 bis 11 Jahren (kroatischer Volkszugehörigkeit) aus dem von ‚muslimischen‘ Nationalisten beherrschten Bugojno ging. Obwohl die Familie aufgrund der politischen Verhältnisse und Gefahrenlage keinerlei reale Rückkehrmöglichkeit in Bosnien hatte, benötigten die zwei Richterinnen und ein Richter der 31. Kammer keine zwei Seiten der Begründung, um ihre Abschiebung juristisch ‚abzusegnen‘.

Die Fiktion einer Zustimmung nach dem Rückübernahmeabkommen sei gegeben; eine Grundversorgung und Registrierung sei nach Auskünften des Auswärtigen Amtes sichergestellt; Gefahren im Sinne des § 53 Abs. 6 AuslG lägen nicht vor, da die Lebensbedingungen in Bosnien alle BewohnerInnen gleichermaßen betreffen würden. Die Kammer bezog sich bei der Schlüsselfrage einer angeblich problemlos möglichen Registrierung (die Voraussetzung für eine Grundversorgung mit Wohnraum und Lebensmitteln war) auf eine Auskunft des Auswärtigen Amtes an den Bayrischen VGH vom 21.4.1997. Mir liegt diese Auskunft zwar nicht vor, das VG Göttingen (4 B 4215/97, B.v. 20.5.1997, S. 6) allerdings gab sie so wieder, dass eine Registrierung auch bei einer Aufnahme durch Verwandte oder Bekannte erfolgen könne – was im Gegenzug bedeutete, dass RückkehrerInnen *ohne* solche familiären Kontakte oder Unterkunftsmöglichkeiten eben nicht registriert würden (wie dies z.B. vom UNHCR bestätigt worden war; vgl. ebd., 4).

In ihrem warmen Amtszimmer befanden die RichterInnen schließlich noch:

„Auch ist nicht ersichtlich, dass die Erschwernisse, die naturgemäß mit der winterlichen Jahreszeit verbunden sind, von solchem Gewicht sein könnten, dass sie die oben dargestellte Gefahrenlage [*sehenden Auges in den Tod...*; T.H.] herbeiführen könnten“ (VG 31 A 491/97, S. 3).

Den existenziellen Gefährdungen, die für die Flüchtlingsfamilie mit drei kleinen Kindern mit der drohenden Obdachlosigkeit und Unterversorgung während der extrem harten Wintermonate verbunden waren, wurde diese lapidare Äußerung nicht gerecht.

Auswertung der Quellenlage – zwei Beispiele

Zwei Kammer-Entscheidungen aus dem Sommer 1998 möchte ich gegenüberstellen, um zu verdeutlichen, wie aus einem für alle RichterInnen in gleicher Weise vorliegenden Erkenntnis-material völlig konträre Schlüsse gezogen werden können.

Die **27. Kammer** (VG 27 F 36.98, B.v. 20.7.1998) hatte über die Zulässigkeit der Abschiebung einer allein stehenden Bosnierin¹⁷¹ mit einem zwei Monate alten Kind zu entscheiden. Die Kammer stützte sich auf die offiziellen Verlautbarungen und Zusicherungen, die ein „unbedingtes Recht auf Registrierung“ proklamierten (vgl. a.a.O., 5 f). Zwar werde hierfür „*in einigen Gemeinden* das Innehaben einer Unterkunft“ verlangt – was nicht gerade für ein „unbedingtes Recht“ in der Praxis spricht! –, es sei „jedoch nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass den Antragstellern diese Registrierung *landesweit* verweigert werden wird“ (a.a.O., 5; Kursive von mir; T.H.). Praktisch bedeutete dies, dass die Betroffene mit ihrem Säugling nach der Abschiebung in Bosnien quasi als ‚Bettlerin‘ umherziehen sollte, in der Hoffnung, dass sie irgendwann irgendwo schon aufgenommen werden würde. Und selbst wenn dies nirgendwo gelingen würde, läge nach Auffassung der Kammer kein Abschiebungshindernis vor:

„Aber selbst wenn die Registrierung zunächst – wovon das Gericht nach dem vorstehend Ausgeführten allerdings nicht ausgeht – ernsthaften Schwierigkeiten begegnen sollte, würde dies die Antragsteller doch noch nicht in die Lage bringen, dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausgeliefert zu sein. [...] In Bosnien und Herzegowina sind nämlich weit über hundert verschiedene humanitäre Organisationen tätig, die auch unabhängig von einer vorherigen Registrierung Hilfsmaßnahmen der verschiedensten Art durchführen und von deren Hilfe grundsätzlich jeder profitieren kann, der seine Hilfsbedürftigkeit glaubhaft darlegt [...]“ (a.a.O., 6).

Das Motto dieser Entscheidung lautete also: *Sie werden schon nicht verhungern*. Das Gericht fügte ausdrücklich hinzu:

„Allein der Umstand, dass es sich bei dem Antragsteller [...] um einen zweimonatigen – offenbar gesunden – Säugling handelt, vermag angesichts der oben geschilderten Versorgungslage hieran nichts zu ändern“ (a.a.O., 7).

Die – offenbar gesunden – RichterInnen steigerten ihren Zynismus noch, indem sie eine Auskunft des UNHCR an das VG Gießen (die mir nicht vorliegt) wie folgt wiedergaben:

„Dem entspricht es, dass selbst der UNHCR bei den Einzelpersonen, die eine besondere Betreuung brauchen und seiner Ansicht nach im Jahre 1998 noch nicht nach Bosnien und Herzegowina zurückkehren sollten, nur medizinische Fälle, behinderte oder ältere Personen und von ihren Angehörigen getrennte Kinder, nicht jedoch generell Säuglinge nennt [...]“ (a.a.O., 7).

Es war natürlich nicht so, hierauf sollte in diesem Zusammenhang vielleicht hingewiesen werden, dass sich die Kammer *ansonsten* nach Empfehlungen des UNHCR richtete, wenn dies etwa zur Folge gehabt hätte, Abschiebungen verbieten zu müssen. Die Mutter mit ihrem zwei Monate alten Kind gehörte allerdings *eindeutig* zu den Personengruppen, für die der UNHCR den Verzicht auf Abschiebungsmaßnahmen und weiteren internationalen Schutz forderte (vgl.: UNHCR-Positionspapier 1998, Punkt 3., 3 f: „humanitäre Fälle“, „Menschen, die besonderer Fürsorge bedürfen“). Als aus humanitären Gründen eingebürgerte Bosnierin aus dem Sandschak gehörte die Betroffene auch noch in einer zweiten Hinsicht zur Gruppe der besonders schutzbedürftigen Flüchtlinge (vgl. Punkt 5 des UNHCR-Positionspapiers; Menschen „mit ungeklärter Staatsbürgerschaft“).

Auch im Zusammenhang der Beurteilung so genannter ‚Kriegssteuern‘ war ein ungenauer Umgang der Kammer mit der Quellenlage festzustellen: Während UNHCR in einer Auskunft an das VG Berlin vom 16.10.1997 befand, dass *zahlreiche* Gemeinden solche rechtswidrigen ‚Gebühren‘ von RückkehrerInnen verlangten (später hieß es: „manche“

¹⁷¹ Es handelte sich um eine aus humanitären Gründen eingebürgerte Muslimin aus dem Sandschak, die keinen Vorkriegswohnsitz in Bosnien vorweisen konnte und somit bereits deshalb vermutlich von keiner Gemeinde in Bosnien-Herzegowina registriert worden wäre. Dieser Umstand blieb in dem Beschluss unberücksichtigt.

Behörden verlangen dies, „andere“ Behörden jenes usw.), gab die Kammer diese Auskunft so wieder, dass „nur ‚in manchen Gemeinden‘“ die Gewährung von Hilfsleistungen usw. von solchen ‚Steuern‘ abhängig gemacht würde (vgl. a.a.O., 6).

Als Gegenbeispiel soll an dieser Stelle ein Beschluss der **37. Kammer** aus derselben Zeit gelten (VG 37 X 92.98, B.v. 5.6.1998). Die 37. Kammer urteilte als spezialisierte ‚Asylkammer‘ (zumindest zu jener Zeit) auf einem durchgehend höheren Niveau als etwa jene Kammern, denen die ‚ungeliebten‘ Flüchtlingssachen durch die Änderung des Geschäftsverteilungsplans quasi ‚aufgedrückt‘ worden waren und die nur wenige Erfahrungen im Umgang mit Quellenmaterialien und Länderberichten usw. hatten. Dies soll nicht bedeuten, dass spezialisierte Asylkammern *per se* eine fundiertere Ermittlungs- und Begründungsarbeit leisten würden – wie der spätere Wandel der Rechtsprechung der 37. Kammer, vor allem durch personelle Veränderungen, zeigte –, zumal die berufliche Routine zu gewohnheitsmäßigen ‚Fließband-Bearbeitungen‘ verleiten kann.

Im konkreten Fall nahm die Richterin der 37. Kammer eine Bestandsaufnahme aller vorliegenden Materialien und Informationen vor, wobei offizielle Auskünfte ebenso berücksichtigt wurden wie Auskünfte des UNHCR und anderer nicht-staatlicher Hilfsorganisationen. Ohne eine Registrierung, so die Kammer im Ergebnis, sei ein (menschenwürdiges) Überleben im Nachkriegs-bosnien nicht möglich (a.a.O., 3); strittig sei jedoch, „unter welchen Voraussetzungen die örtlichen Behörden die ‚Registrierung‘ vornehmen oder versagen“ (ebd., 3 f). Hinsichtlich der Frage, ob durch die „zahlreichen Hilfsorganisationen“ in Bosnien-Herzegowina die „wirtschaftliche Existenz“ bzw. die „Versorgung mit Grundnahrungsmitteln“ von RückkehrerInnen gesichert sei, sah die Kammer „keine hinreichend verfestigte eindeutige Auskunftslage“ (ebd., 4).

Somit sei bei einer Gesamtwertung nicht gesichert, dass nach einer Abschiebung „jenes Existenzminimum gewährleistet ist, das ein menschenwürdiges Dasein ausmacht“ (ebd., 5). Die Richterin wies zudem auf die besonderen Umstände des Falles hin, wonach die Staatsangehörigkeit des Betroffenen (ein Moslem aus dem Sandschak) ungeklärt sei (ebd.)¹⁷².

Entscheidungen zu § 53 Abs. 6 AuslG in anderen Bundesländern

Viele Verwaltungs- und Obergerichtsgerichte folgten den Auskünften des Auswärtigen Amtes nicht und gingen im Zeitraum 1997/98 davon aus, dass insbesondere für Minderheitenflüchtlinge Abschiebungen nach Bosnien aufgrund mangelnder Unterbringungs- und Versorgungsmöglichkeiten mit erheblichen Gefährdungen verbunden waren. Ausgesprochen ‚neidisch‘ blickten Berliner RechtsanwältInnen und Beratungsstellen auf die Rechtsprechungspraxis in anderen Bundesländern, weil es dort regelmäßig häufiger zu ‚flüchtlingsfreundlichen‘, zumindest aber zu besser begründeten und qualitativ umfassender ermittelten Entscheidungen der Gerichte kam. Die Rechtsprechung in anderen Bundesländern erschien auch längst nicht so monolithisch, geschlossen und berechenbar wie in Berlin (von den ‚notorischen Abweichlern‘ einmal abgesehen)¹⁷³.

An dieser Stelle möchte ich kurz einige zufällig ausgewählte Entscheidungen aus anderen Bundesländern vorstellen, um zu zeigen, welch großen Entscheidungs- und Bewertungsspielraum die Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit gehabt hätte, um Duldungen nach § 53 Abs. 6 AuslG anzuordnen¹⁷⁴:

¹⁷² Bei der Entscheidung der 37. Kammer handelte es sich nicht um ein Duldungs-, sondern um ein Asylverfahren: Konkret wurde die aufschiebende Wirkung der Klage des Betroffenen gegen eine „offensichtlich unbegründet“-Ablehnung des Bundesamtes wiederhergestellt. Für diese Entscheidung reichte bereits die Feststellung des Gerichts aus, dass das „Offensichtlichkeits“-Urteil des Bundesamtes unhaltbar war, da die Auskunftslage und Rechtsprechung zu Bosnien nicht derartig eindeutig waren, dass sich die „Abweisung der Klage geradezu aufdrängt“ (vgl. a.a.O., 2).

¹⁷³ Allerdings behielt vermutlich auch in anderen Bundesländern im Ergebnis eine eher restriktive Rechtsprechung die Oberhand. Der ablehnende Beschluss des VG Regensburg (RN 2 E 96.854, B.v. 27.6.1996) zeigt jedoch beispielhaft, dass auch eine Ablehnung ‚handwerklich solide‘ begründet werden kann, d.h. mit ausführlichen Quellenangaben zur Rechtsprechung, zur Lageeinschätzung usw.

¹⁷⁴ Weitere Nachweise für solche Entscheidungen sind enthalten in: VG 35 A 294.97, B.v. 28.5.1997, S. 9.

Die RichterInnen des VG Würzburg – W 7 K 96 117, U.v. 20.1.1997 – beispielsweise begnügten sich nicht mit den Auskünften des Auswärtigen Amtes, sondern legten im Detail die Gefahrenlage für rückkehrende / abgeschobene Flüchtlinge dar und kamen zu dem Ergebnis, dass die hohe (reale) Gefahr der Obdachlosigkeit und Nicht-Registrierung, insbesondere von Minderheiten-Angehörigen und „zumindest für die Zeit der Wintermonate“ (a.a.O., 12), eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben im Sinne des § 53 Abs. 6 AuslG darstelle (konkret ging es um eine allein stehende Person aus der RS der so genannten 1. Phase; die RichterInnen nannten die bayrische Abschiebungsaktion vom 4.12.1996 „unwürdig in der Art und Weise“; ebd., 10).

Beeindruckend war die ausführlich begründete Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg 11 S 3301/96 vom 17.3.1997 (zit. in: InfAuslR 6/97, 259 ff, auch in: FR vom 4.4.1997, 10, folgende Zitate nach ebd.). Der VGH BW sah für einen serbischen Volkszugehörigen aus der RS angesichts der desolaten Bedingungen in Bosnien-Herzegowina die Voraussetzungen des § 53 Abs. 6 AuslG als erfüllt an. In dem Beschluss wurde en detail dargelegt, warum – entgegen der offiziellen Auskünfte des Auswärtigen Amtes – eine Unterbringung und Registrierung von Minderheitenangehörigen bosnienweit nicht gesichert sei und warum vor allem Rückkehrer / Abgeschobene aus Deutschland es darüber hinaus viel schwieriger hätten als Binnenvertriebene, die während des Krieges im Lande verblieben waren (warum also die Behauptung, die Gefahrenlage in Bosnien beträfe alle BewohnerInnen *gleichermaßen*, falsch war). Der Senat zeichnete „bei einer Gesamtschau der Lage in Bosnien-Herzegowina“ „ein düsteres Bild der politischen und wirtschaftlichen Lage“, vor allem in der RS herrschten „lebensbedrohende Bedingungen“ für den von der Abschiebung Bedrohten (wohlgemerkt: ein allein stehender, vermutlich gesunder Mann).

Der Senat wies auch den in der Berliner Rechtsprechung und Behördenpraxis üblichen Verweis auf eine im Notfall angeblich *immer* gegebene etwaige Unterbringungsmöglichkeit in einem Sammellager als „fraglich“ und, angesichts der menschenunwürdigen Lebensbedingungen dort, als „außerdem unzureichend“ zurück. Die RichterInnen bezogen sich bei ihrer Bewertung zwar *auch*, jedoch *nicht ausschließlich* wie in Berlin üblich auf die Auskünfte des Auswärtigen Amtes, sondern zudem auf eine Vielzahl verfügbarer sachkundiger Quellen.

Bei einem Beschluss des VG Göttingen – 4 B 4215/97 vom 20.5.1997 (es ging um einen allein stehenden Vertriebenen aus der RS) – war vor allem der Umstand bemerkenswert, dass das Gericht „aufgrund nachträglich gewonnener Erkenntnisse“ seinen eigenen, zuvor erlassenen gegenteiligen Beschluss *von sich aus* („von Amts wegen“) änderte, da es „nunmehr begründete Zweifel daran [hatte], dass der Antragsteller in seinem Heimatstaat sein Existenzminimum und damit sein Überleben sichern kann“ (a.a.O., 3). Eine solche richterliche ‚Selbstläuterung‘ und Korrektur war für Berliner Rechtsprechungsverhältnisse geradezu unvorstellbar. Ähnlich wie der VGH BW kam auch das VG Göttingen aufgrund aufwändiger Ermittlungen und der genauen Auswertung *aller* vorliegenden Informationen zu dem Ergebnis, dass wegen fehlender Unterkunfts- und Registrierungsmöglichkeiten Gefahren für Leib und Leben im Sinne des § 53 Abs. 6 AuslG bestünden¹⁷⁵.

Die Rechtsprechung des BVerwG vermutlich *zu* großzügig auslegend urteilte das VG Bremen (4 KV 32 / 97, mir liegt allerdings nur der Aufhebungs-Beschluss des OVG Bremen OVG 1 B 73/97 vom 30.7.1997 vor): Das VG Bremen sah demnach (zit. nach ebd., 3) selbst im Falle eines Bosniaken aus Sarajevo „Anhaltspunkte“ für „erhebliche Schwierigkeiten“ im Falle einer Rückkehr / Abschiebung im Sinne des § 53 Abs. 6 AuslG. Die Ausländerbehörde müsse sich vergewissern, dass ein Zugang zu einer Unterkunft und Lebensmittelversorgung nach einer Abschiebung gesichert sei. So wünschenswert eine solche Vorgehensweise und behördliche Fürsorgepflicht zweifelsohne wäre – mit den Vorgaben des BVerwG war dies sicherlich nicht vereinbar. Das OVG Bremen befand, dass trotz erheblicher Probleme bei der Registrierung zumindest hinsichtlich „gesunder“ und „leistungsfähiger Rückkehr“ keine existenziellen Gefahren im Sinne des § 53 Abs. 6 AuslG drohten (vgl. ebd., 5).

Ein gutes Jahr später, am 25.8.1998, ließ derselbe Senat des OVG Bremen dann die Beschwerde gegen einen (negativen) VG-Beschluss zu – dieses Mal unter umgekehrten Vorzeichen (vgl. OVG 1 BB 274/98): Wegen der „schwer durchschaubaren“ „tatsächlichen Umstände“ in Bosnien-Herzegowina sah der Senat weiteren Ermittlungsbedarf hinsichtlich der Frage, ob die betroffene Frau mit zwei minderjährigen Kindern im Falle einer Abschiebung „existenziellen Bedrohungen“ im Sinne des § 53 Abs. 6 AuslG ausgesetzt sein würde (a.a.O., 1). Das OVG Bremen wies in diesem Zusammenhang das VG auf seine „Pflicht“ hin, „die Beurteilungsgrundlagen im möglichen Umfang zu klären“ (ebd.) – auch dies war für Berliner Verhältnisse geradezu unvorstellbar¹⁷⁶. Der Senat sah zum damaligen Zeitpunkt die Aufnahmekapazitäten in Bosnien aufgrund einer ersten Wertung aller Auskünfte als „ausgeschöpft“ an (a.a.O., 2) und verwies zudem auf drohende „Verteilungskämpfe“ in Bosnien infolge der „forcierten Rückführung“ durch bundesdeutsche Behörden:

„Soweit die Bundesregierung die Kritik eines anderen Staates [gemeint war die USA; T.H.] an der konzentrierten Rückführung mit dem Hinweis auf die bisher geringe Zahl von Abschiebungen beantwortet, darf nicht übersehen

¹⁷⁵ Im Ergebnis entschieden so z.B. auch das VG Karlsruhe (12 K 1321/97, B.v. 21.5.1997: Vertriebener aus der RS) und das VG Bremen (4 V 324/96, B.v. 16.6.1997: Moslem aus der Föderation, aus Bihac).

¹⁷⁶ Das OVG Bremen kritisierte auch die Ausländerbehörde, die den Sofortvollzug mit „stereotypen“ Argumenten begründet habe, was auf einen „nicht fallbezogenen, routinemäßig angeordneten Sofortvollzug“ hinauslaufe, der rechtswidrig sei – solche Rügen hätten Berliner RichterInnen eigentlich in Permanenz aussprechen müssen (was sie, von der 35. Kammer abgesehen, im Regelfall nicht taten).

werden, dass der mit der Androhung der Abschiebung verbundene Druck in den meisten Fällen zur ‚freiwilligen‘ Ausreise führt, weil die Betroffenen die rechtlichen Nachteile einer Abschiebung vermeiden wollen“ (a.a.O., 2). Diese Richtigstellung regierungsamtlich gepflegter Euphemismen und die Offenlegung der Logik der bundesdeutschen Ausschaffungsstrategie (Erhöhung des Ausreisedrucks, begleitet von exemplarischen Abschiebungen) durch das Bremer Oberverwaltungsgericht hatte Seltenheitswert.

Mit dem Beschluss 10 TG 1470/99 vom 16.10.1999 stellte der Hessische VGH die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen eine Abschiebungsandrohung gegenüber einer muslimischen Bosnierin aus der Republika Srpska her, da ihr aufgrund ihres hohen Alters (68 Jahre) und mangels in Bosnien lebender Bezugspersonen eine Rückkehr nicht zumutbar sei¹⁷⁷.

An dieser Stelle ist ein Hinweis erforderlich: Bei einigen der oben benannten Beschlüsse ging es nicht um die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer direkt bevorstehenden Abschiebung, sondern um die Frage, ob die Anordnung des sofortigen Vollzugs der Abschiebungsandrohung rechtmäßig war. Dieser feine formal-juristische Unterschied ist in der Praxis erheblich: So konnte es dem OVG Bremen genügen festzustellen, dass angesichts der realen Gefahrenlage in Bosnien kein übergeordnetes öffentliches Interesse an der *sofortigen* Vollziehung der Abschiebungsandrohung bestehen könne und die rechtsstaatlich gebotene Überprüfung der behördlichen Entscheidung deshalb Vorrang vor dem Sofortvollzug der Abschiebung habe. Eine inhaltliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Abschiebung war hiermit noch nicht verbunden, in der Konsequenz bedeutete dies jedoch die faktische Aussetzung der Abschiebung für die Dauer des Prüfungsverfahrens über die Zulässigkeit der Abschiebungsandrohung. Eine solche Abwägung öffentlicher Interessen (am Sofortvollzug der Abschiebung) und individueller Interessen (an einem rechtsstaatlichen Prüfverfahren über die weitere Schutzbedürftigkeit) – dies ist, worauf ich hinweisen wollte – folgt anderen (weniger strengen!) Kriterien und Wahrscheinlichkeitsanforderungen als die Beurteilung eines absoluten Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 AuslG. Ein weiterer Beschluss des Hessischen VGH illustriert, wie auch angesichts der restriktiven Vorgaben des BVerwG zu § 53 Abs. 6 AuslG differenziert Recht gesprochen werden kann:

In dem Verfahren VGH 10 TG 4247/98 (Zulassung der Beschwerde, B.v. 18.11.1998) ging es um eine allein stehende Frau muslimischen Glaubens mit zwei minderjährigen Kindern, die zwar in Kljuc, d.h. in der Föderation, geboren war, ihren Geburtsort jedoch bereits 1977 verlassen und dann in Slowenien gelebt hatte. Der 10. Senat des VGH Hessen stellte vor allem aufgrund der Auskünfte des UNHCR fest, dass die Betroffene (genauso wie Vertriebene aus der Republika Srpska) vermutlich nicht als Vorkriegsbewohnerin Kljucs angesehen und deswegen erhebliche Probleme bei der Registrierung, Unterkunftssuche und Versorgung in Bosnien haben würde (a.a.O., 6). Der Senat bewertete es – in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung¹⁷⁸ – als „fraglich“, ob der Verweis auf Sammelunterkünfte in Bosnien ausreiche, um Gefahren im Sinne des § 53 Abs. 6 AuslG im vorliegenden Fall verneinen zu können: Angesichts der sehr schlechten Lebensbedingungen in diesen Lagern und der erheblichen Gefährdungen für die geistige Gesundheit der Betroffenen (a.a.O., 7) lägen zumindest bei „Problemgruppen“ extreme existenzielle

¹⁷⁷ Verwaltungsrichter Kannenberg des VG Frankfurt a.M. hatte dies in der ersten Instanz noch anders gesehen; seine Begründung ‚verdient‘ es, ausführlich zitiert zu werden (VG Frankfurt – 11 G 1935/98(2)): „Es bleibt Sache der erwachsenen Antragstellerin, eigenverantwortlich in ihrem Heimatland ihre Existenz zu sichern und dabei mit den Schicksalsschlägen fertig zu werden, die ihr Leben für sie bereit hält. Das schließt ein, dass die Antragstellerin mit dem Verlust von Vermögen, Wohnung und Arbeit, mit der Trennung von Familienangehörigen oder mit eigener Krankheit fertig werden muss. [...] Traurige oder bedrückende Detailschilderungen über die Auswirkungen des Krieges sind letztlich Momentaufnahmen, sie zielen letztlich auf ein aus Mitleid zu gewährendes weiteres Aufenthaltsrecht. Das Gericht ist zu einer Entscheidung aus Mitleid nicht befugt, ihm steht nach der Konzeption der Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat nur die Kompetenz zur Rechtmäßigkeitskontrolle der behördlichen Entscheidung zu“. Dass die Betroffene in Bosnien über keine Wohnung verfüge, sei „auch dann nicht entscheidungserheblich, wenn die im Inland aus öffentlichen Mitteln unterhaltene Antragstellerin zwischenzeitlich eine entsprechende Anspruchsmentalität verinnerlicht haben sollte“. Auch eine möglicherweise unzureichende Behandlung „wäre von der Antragstellerin als Schicksalsschlag hinzunehmen“. „Es bleibt der Antragstellerin auch in dieser Hinsicht überlassen, sich ggf. um ihre Gesundheitsvorsorge selbst zu kümmern, sei es etwa, indem sie sich zum Erhalt im Heimatland nicht zu erlangender ärztlicher Leistungen und Medikationen auf Reisen begibt oder Medikamente aus dem Ausland beschafft“.

¹⁷⁸ Als Gründe hierfür nannte der Senat neue Berichte und Auskünfte des UNHCR über gehäufte Fälle von Nicht-Registrierungen vertriebener Flüchtlinge aus der RS in der Föderation, entsprechende Berichte Betroffener gegenüber dem Hessischen Rückkehr-Beauftragten, kritische Äußerungen im Expertenausschuss und die zusätzlichen Belastungen durch Flüchtlinge aus dem Kosovo (a.a.O., 5 f).

Gefahren für Leib und Leben vor. Als solche Problemgruppen könnten insbesondere Alte, Kranke und allein erziehende Mütter mit Kindern¹⁷⁹ angesehen werden.

Der Überblick über – im Sinne der Betroffenen *positive* – Entscheidungen von Verwaltungsgerichten anderer Bundesländer soll nicht den Eindruck erwecken, dass es außerhalb Berlins generell eine ‚liberalere‘ Spruchpraxis gäbe.

Das Asylmagazin 5/98 bietet am Heftende (ohne Seitenangabe) eine tabellarische Übersicht von Gerichtsentscheidungen aus den Jahren 1997/98 auf der Grundlage der ZDWF-Rechtsprechungsübersicht von 1998. Soweit es sich aus dieser rudimentären Übersicht¹⁸⁰ rekonstruieren lässt, war der VGH BW das einzige OVG in Deutschland, das für (muslimische) Flüchtlinge aus der RS Abschiebungshindernisse nach § 53 Abs. 6 AuslG aufgrund fehlender Registrierungs- und Versorgungsmöglichkeiten als gegeben ansah; fünf andere Senate aus drei Bundesländern (OVG NRW, OVG Bremen, VGH Bayern) hatten dementsgegen solche Abschiebungshindernisse verneint.

Auf der Ebene der Verwaltungsgerichte der ersten Instanz verhielt es sich allerdings anders herum: Hier standen sechs VG-Entscheidungen, die Abschiebungshindernisse nach § 53 Abs. 6 AuslG verneinten, zehn Entscheidungen gegenüber, die diese im Einzelfall¹⁸¹ als gegeben ansahen – was die Vermutung bestätigt, dass das Ergebnis der Rechtsprechung tendenziell um so restriktiver ausfällt, je höher die Entscheidungsebene ist.

Der obige Überblick sollte vor allem zeigen, wie vielfältig die Entscheidungsspielräume und Begründungsmöglichkeiten der Justiz sind. Die Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit machte von diesen Möglichkeiten, trotz der besonderen Härte und Willkür im Vorgehen der Berliner Behörden, kaum Gebrauch. Dass Entscheidungen von Gerichten anderer Bundesländer tendenziell vor allem ‚handwerklich‘ besser begründet waren, habe ich dargelegt.

In Berlin rang sich – neben der 35. Kammer – nur die 11. Kammer im Winter 1997/98 zu einer Art ‚Winter-Rechtsprechung‘ für besonders gefährdete bosnische Kriegsflüchtlinge aus der RS durch (vgl.: VG 11 A 1770.97, B.v. 18.11.1997). Im konkret zu entscheidenden Fall ging es um eine Mutter mit 4½-jährigem Kind ohne familiäre Kontakte in Bosnien-Herzegowina, die sich nicht auf die üblichen Weisungsregelungen berufen konnte, weil sie am 16.12.1995, d.h. einen (!) Tag ‚zu spät‘ nach Deutschland geflohen war.

Die Kammer stellte fest, dass wegen des „geringen Lebensalters“ des Kindes und des „bevorstehenden Winters“ vor dem Hintergrund der allgemein schlechten Versorgungslage in Bosnien eine extreme Gefahrenlage und ein Leben unterhalb des Existenzminimums drohe (a.a.O., 4) – und verpflichtete die Ausländerbehörde zur Erteilung einer Duldung.

Bei dieser Entscheidung fiel auf, dass die RichterInnen das vorliegende Erkenntnismaterial über die Lage in Bosnien-Herzegowina tatsächlich *würdigten*, d.h. dass sie widersprechende Aussagen gegeneinander abwogen, konkrete Erfahrungsberichte aus der Praxis allgemeinen Versprechun-

¹⁷⁹ Die 12. Kammer des VG Berlin nahm in einem Beschluss vom 24.3.1999 (VG 12 F 11.99) ausdrücklich Bezug auf diese Entscheidung des Hessischen VGH (a.a.O., S. 3) – verneinte jedoch entsprechende Gefahren nach § 53 Abs. 6 AuslG mit dem Hinweis auf das Alter der beiden Kinder (15 und 17 Jahre).

¹⁸⁰ Der jeweilige Sachverhalt der Verfahren wird in der Tabelle nur stichwortartig erfasst, d.h. die entsprechenden Urteilsbegründungen werden nicht im Detail wiedergegeben; die Auswahl ist zudem klein und vermutlich zufällig. Während OVG-Entscheidungen wegen ihrer größeren Bedeutung eher publik werden, bleiben viele VG-Entscheidungen zumeist unbekannt. Es ist außerdem zu berücksichtigen, dass von BeraterInnen und RechtsanwältInnen in der Tendenz vermutlich eher *positive* Entscheidungen (im Sinne der Flüchtlinge) verbreitet und publiziert werden, um für die Arbeit hilfreiche Argumente und Informationen bereitstellen zu können.

¹⁸¹ Die Einzelfallbezogenheit der Entscheidungen ergibt sich bereits daraus, dass z.B. das VG Göttingen mit positiven wie negativen Entscheidungen in der Übersicht verzeichnet war.

Hinsichtlich serbischer und kroatischer Volkszugehöriger aus Bosnien-Herzegowina waren in der Übersicht ausschließlich negative Entscheidungen erfasst (insgesamt fünf, davon vier in der zweiten Instanz).

Zu bosnischen Roma waren zwei positive Entscheidungen aufgeführt (VG Göttingen, OVG Sachsen-Anhalt); bei ‚gemischt-nationalen‘ Ehen waren zwei positive Entscheidungen in erster Instanz vermerkt, wobei das VG Stuttgart (A 19 K 30427/95 v. 15.8.1996) Abschiebungshindernisse nach § 53 Abs. 4 (!) AuslG feststellte (vermutlich infolge Art. 8 EMRK – Recht auf Familienzusammenleben).

gen auf der Papierebene gegenüberstellten und hieraus dann ihre eigenständigen Schlussfolgerungen zogen – dass solche ‚Selbstverständlichkeiten‘ besonders hervorgehoben werden müssen, wirft ein bezeichnendes Licht auf das übliche Rechtsprechungs-Niveau in Berlin. Die RichterInnen befanden auf der Grundlage dieser Abwägungen, dass entgegen der Zusagen der bosnischen Regierung in der Praxis vor Ort „tatsächlich [...] die Umsetzung des Rechts auf Registrierung jedoch schwierig zu sein [scheint]“ (a.a.O., 5)¹⁸².

In ausdrücklicher Absetzung zu drei vorherigen Entscheidungen der 11. Kammer, mit denen die Abschiebung allein stehender erwachsener Personen, „von denen erwartet werden konnte, dass sie die bestehenden Schwierigkeiten unbeschadet bewältigen würden“ (a.a.O., 6), zugelassen wurde, befanden die RichterInnen nun:

„Im Hinblick auf das zuvor Ausgeführte muss davon ausgegangen werden, dass bei den vorauszusehenden erheblichen Schwierigkeiten bei der Registrierung und die sich zum Winter hin verschlechternden äußeren Lebensbedingungen der erst vierjährige Antragsteller [...] mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zumindest erheblichen Gesundheitsgefährdungen im oben ausgeführten Sinne ausgesetzt sein wird“ (a.a.O., 6).¹⁸³

Von allen anderen Kammern erhielt die Berliner Ausländerbehörde zu dieser Zeit ‚Blanko-Freibriefe‘ für ihr undifferenziertes Abschiebungsvorhaben. Die dritte Gewalt hatte sich, so schien es zumindest, in Berlin weitgehend selbst abgeschafft.

‚Ablehnungsfront‘ des OVG Berlin steht erneut

Das OVG Berlin blieb bei seiner einheitlichen und harten Ablehnungslinie gegenüber vertriebenen Flüchtlingen aus der RS.

Der **2. Senat** des OVG Berlin bestätigte mit Beschluss vom 12.12.1997 (OVG 2 SN 22.97) eine Entscheidung der 19. Kammer, mit dem die Abschiebung einer Flüchtlingsfamilie mit drei minderjährigen Kindern (16 Monate, sieben und zehn Jahre alt) in den bosnischen Winter für zulässig erachtet worden war.

Den RichterInnen reichten dabei drei Seiten der Begründung, wobei jede inhaltliche Auseinandersetzung mit der konkreten Gefahrenlage in Bosnien fehlte¹⁸⁴. Die Zurückweisung der Beschwerde wurde rein formal mit den Regelungen des Rückübernahmeabkommens und der dort kodifizierten Zuständigkeit der bosnischen Behörden für eine Aufnahme, Unterbringung und Versorgung der Menschen begründet.

Der zweite Senat stellte darüber hinaus sogar die Verbindlichkeit der Berliner Weisungsregelung zu Vertriebenen aus der RS in Abrede (ausdrückliche Zustimmung – ersatzweise ‚doppelte Fiktion‘ – als Voraussetzung für eine Abschiebung), weil sie keine Entsprechung in dem Rückübernahmeabkommen fände und deshalb nach einer Bestätigung der Staatsbürgerschaft einer „Abschiebung keine rechtlichen oder tatsächlichen Hinderungsgründe“ mehr entgegen stünden (a.a.O., 4). Diese richterliche Wertung war unhaltbar, denn eine handlungsanleitende Weisung entfaltet im Rahmen des Gleichbehandlungsgebots natürlich eine rechtliche Verbindlichkeit (dies habe ich dargelegt); sie offenbarte zugleich die ‚Geisteshaltung‘ der OberverwaltungsrichterInnen, denen selbst noch die minimalen selbst gewählten Beschränkungen im behördlichen Vorgehen zu weit zu gehen schienen. Der zweite Senat des OVG Berlin betrieb damit das genaue Gegenteil einer richterlichen Kontrolle, indem er die Ausländerbehörde (zumindest indirekt) auch noch zu einem forcierten – wenn nicht gar rechtswidrigen – Vorgehen ermunterte!

Ob der ‚Winter-Rechtsprechung‘ der 11. Kammer, auf die sich die Betroffenen berufen hatten, „grundsätzlich zu folgen wäre“ (a.a.O., 4), ließen die RichterInnen „dahingestellt“ sein, denn

¹⁸² Voraussetzung für eine Registrierung in Bosnien sei zumindest der Nachweis einer Unterkunft, wobei in vielen Gemeinden (etwa: Kanton Tuzla) dieser Weg nur VorkriegsbewohnerInnen eröffnet würde.

¹⁸³ Im Tenor des Beschlusses war die Dauer der zu erteilenden Duldung auf vier Monate begrenzt worden. Sachlich ließ sich dies zwar auch mit der Entscheidung erklären, Schutz nur für die Dauer des Winters gewähren zu wollen. In ‚Insider-Kreisen‘ wurde jedoch kolportiert, dass auch persönliche Befürchtungen der RichterInnen, eine zu ‚flüchtlingsfreundliche‘ Entscheidung könne ihr eigenes berufliches Fortkommen gefährden, hierbei eine Rolle gespielt hätten.

¹⁸⁴ Die diesbezüglichen Ausführungen des Beschlusses VG 19 A 1917.97 vom 4.12.1997, der mir nicht vorliegt, wurden einfach übernommen: „Auf die zutreffenden Ausführungen in dem Beschluss [wird] verwiesen“, a.a.O., 4).

nach Auffassung des Senats waren die „Fallgestaltungen“ „nicht vergleichbar“ (ebd.). Da sie dies nicht weiter ausführten, blieb das Argument kryptisch und unverständlich: Während die 11. Kammer über eine allein stehende Mutter mit 4½-jährigem Kind entschieden hatte, ging es hier um ein Elternpaar mit drei Kindern, von denen das jüngste 16 Monate alt war, wobei die 11. Kammer vor allem in Bezug auf das 4½-jährige Kind Abschiebungshindernisse festgestellt hatte.

Der **4. Senat** lieferte die ‚handwerklich‘ noch am besten begründete, gleichwohl ablehnende Entscheidung (OVG 4 S 65.98, Beschluss von Anfang 1998, liegt mir ohne Datum vor).

Der Senat wandte sich gegen die Argumentation der 35. Kammer, die von einem (unausgesprochenen) Abschiebestopp nach § 54 AuslG ausgegangen war, da „die fehlende Anordnung nach § 54 AuslG [...] auch unter Berücksichtigung der abweichenden Praxis anderer Bundesländer nicht vom Gericht ersetzt werden“ könne (a.a.O., 3). Eine tiefer gehende Erörterung der Problematik fehlte allerdings.

Im Folgenden schlossen sich die RichterInnen dann der Argumentation des 2. Senats an, wonach ausschließliches Kriterium bei Rücknahmeersuchen die (bosnische) Staatsangehörigkeit sei. Der 4. Senat setzte sich jedoch, anders als der 2. Senat, argumentativ mit der Gegenposition der 35. Kammer auseinander (a.a.O., 3 f), nach der sich die Ausländerbehörde mit ihrer Weisung (Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung) eine rechtlich verbindliche und gerichtlich kontrollierbare Selbstverpflichtung auferlegt habe. Diese Ausgangsposition wurde vom 4. Senat geteilt; er stellte jedoch (der zweiten Hälfte des widersprüchlichen Wortlauts der Weisung folgend) zwei erfolglose (d.h. nicht beantwortete) Rücknahmeersuchen einer ausdrücklichen Zustimmung gleich (vgl. a.a.O., 4).

In den Äußerungen des Innensenators und der Ausländerbehörde, nur „im Einzelfall, wenn dies für gerechtfertigt gehalten wird“, abschieben zu wollen, sah der 4. Senat keine weiter gehende Selbstverpflichtung der Verwaltung (a.a.O., 5). Welche Abschiebungen die Ausländerbehörde im Einzelfall entgegen der allgemeinen Vorgabe zur „Nachrangigkeit“ und besonderen „Sensibilität“ für gerechtfertigt hielt, sei allein ihre Sache und gerichtlich nicht überprüfbar, jedenfalls nicht, solange nicht andere rechtliche Gründe einer Abschiebung entgegen stünden: Der 4. Senat deklinierte in diesem Zusammenhang die Paragraphen 51 bis 53 AuslG durch und endete bei der *sehenden Auges in den Tod*-Rechtsprechung des BVerwG. Zwar könne prinzipiell „auch eine allgemeine Mangelsituation nach einem Bürgerkrieg [...] zu einer den einzelnen treffenden extremen Gefahrenlage führen“ (a.a.O., 7); es müsse aber mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ eine „erhebliche, konkrete und unmittelbare Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit drohen“ (ebd., in Anschluss an: OVG Berlin 8 S 390.96, B.v. 18.12.1997). Im konkreten Fall (vertriebene Muslime aus Bijeljina, RS) bestritt der Senat eine solche Gefahr mit dem üblichen Verweis auf eine angebliche ‚Fluchtalternative‘ in der Föderation, und er bezog sich bei dieser Einschätzung auch auf Entscheidungen anderer Gerichte (vgl. a.a.O., 7) – was für Berliner OberverwaltungsrichterInnen eher außergewöhnlich war!

Bei der Lagebeurteilung stützte sich der 4. Senat allerdings nahezu ausschließlich auf die umstrittenen Auskünfte des Auswärtigen Amtes, und soweit diesem geschöntem Bild die Realität entgegenstand, war dies für die RichterInnen nicht weiter beachtlich:

„Soweit in den dem Senat vorliegenden Dokumenten davon berichtet wird, dass einzelne Gemeinden die Registrierung von Rückkehrern ablehnen oder von der Zahlung sogenannter Kriegssteuern abhängig machen, bezieht sich dies nicht auf abgeschobene Flüchtlinge. Diese werden von den bosnischen Behörden als organisierte Rückkehrer eingestuft und haben damit einen gesetzlichen Anspruch auf Registrierung (UNHCR Sarajewo vom Mai 1997, S. 11/12, insbesondere Fußnote 21)“ (a.a.O., 8).

Was solche „gesetzlichen Ansprüche“ im Nachkriegs-Bosnien in der Praxis wert waren, muss hier nicht weiter erörtert werden. Es wäre allerdings die Pflicht der RichterInnen gewesen, sich im Rahmen ihrer Sachverhaltsermittlung nicht lediglich selektiv auf eine Fußnote in einem Bericht des UNHCR über gesetzliche Grundlagen zu stützen – nur weil es dem gewünschten Ergebnis (der Ablehnung) zu entsprechen schien.

Tatsächlich enthielt die besagte Fußnote 21 den Hinweis, dass Abgeschobene von den bosnischen Behörden formal als „organisierte Rückkehrer“ angesehen würden, denen man „hilfe“, eine Unterkunft zu finden (was nicht gleichzusetzen ist mit einer gesicherten Unterbringung oder behördlichen Registrierung!). Dieser Hinweis war allerdings keine

Tatsachenfeststellung des UNHCR, sondern die Wiedergabe einer „Auskunft des Ministeriums für zivile Angelegenheiten und Kommunikation“! Noch in derselben Fußnote stellte der UNHCR klar, dass dementsprechend „in der Praxis“ z.B. „abgeschobene bosnische Serben, die aus der Republika Srpska stammen, automatisch an den UNHCR überwiesen [werden]. Die Behörden erklären, dass diese Personen in dem Fall, dass der UNHCR nicht helfe, an einem Ort an der Entitätsgrenze ausgesetzt würden“! Und in der besagten Fußnote hieß es schließlich weiterhin, dass „die örtlichen Behörden in der Praxis nur der Rückkehr von Personen zustimmen, die entweder an ihren Vorkriegswohntort zurückkehren oder die bei Verwandten oder Freunden unterkommen können“.

Dass abgeschobene Flüchtlinge in Bosnien in der Praxis als ‚organisierte Rückkehrer‘ mit einem Recht auf Registrierung betrachtet wurden, muss aber auch deshalb bezweifelt werden, weil die in demselben UNHCR-Bericht auf den Seiten 10 ff beschriebene ‚organisierte Rückkehr‘ auf einer Übereinkunft des UNHCR und der IOM vom 26.4.1996 beruhte, die ausdrücklich die *freiwillige* Rückkehr von aus freien Stücken rückkehrwilligen Flüchtlingen und eine *vorherige* Zustimmung einer aufnahmebereiten Kommune / Behörde voraussetzte¹⁸⁵!

Die abenteuerlich zu nennende Konsequenz aus der verqueren Rechtsprechungs-Logik des 4. Senats, wonach eine Abschiebung mit einer ‚organisierten Rückkehr‘ gleichgesetzt werden könne, hätte für bosnische Flüchtlinge in Deutschland ohne Rückkehrperspektive jedenfalls nur lauten können, auf keinen Fall ‚freiwillig‘ zurückzukehren, sondern lieber abzuwarten, bis sie abgeschoben würden, weil dies angeblich mit einem ‚Rechtsanspruch‘ auf Registrierung und Unterbringung in Bosnien verbunden gewesen wäre: Eine offenkundig absurde und auch von den deutschen Behörden und RichterInnen sicherlich nicht beabsichtigte Schlussfolgerung, die allerdings auch vom UNHCR (Bericht vom Mai 1997, S. 12) bestätigt zu werden schien:

„Personen, die von den Aufnahmeländern zur Rückkehr gedrängt worden sind, ohne jedoch abgeschoben worden zu sein, werden als spontane Rückkehrer eingestuft [...], die weitestgehend auf sich selbst gestellt sind und für die weder der Staat Bosnien und Herzegowina noch die Föderation irgendeine rechtliche Verpflichtung übernimmt“.

Dass im Gegenzug eine behördliche Registrierung nach einer Abschiebung sichergestellt gewesen wäre, muss dessen ungeachtet bezweifelt werden.

Der UNHCR berichtete häufig von Registrierungsproblemen in der Praxis (vgl. nur: Auskunft des UNHCR Bonn vom 10.12.1996 an das VG Würzburg), wobei nie explizit zwischen RückkehrerInnen und Abgeschobenen differenziert wurde (vermutlich, weil die Zahl der Abgeschobenen gegenüber den zwangsweise ‚freiwillig‘ Ausgereisten kaum ins Gewicht fiel). Bereits in der genannten frühen Auskunft vom 10.12.1996 wurde betont, dass die örtlichen Verwaltungen dazu übergegangen seien, „neu hinzuziehende Personen nicht mehr zu registrieren oder die Registrierung von Bedingungen wie vorhandenem Wohnraum abhängig zu machen“ (ebd., 2). Die Registrierung sei aber „regelmäßig Voraussetzung“ für den Bezug internationaler Hilfsleistungen, auf die 80% der Bevölkerung angewiesen seien. Dies gelte „auch für die Zuteilung von Unterkünten in Sammelunterkünten“ (ebd.) – soviel zum steten Verweis deutscher Behörden und Gerichte auf die Möglichkeit einer Unterbringung in Sammelagern für den Fall aller Fälle. Der UNHCR wies zudem auf die besonderen Probleme der (vermeintlich privilegierten) RückkehrerInnen aus dem west- und nordeuropäischen Ausland hin und darauf, dass auch die kostenlose medizinische Grundversorgung von einer Registrierung abhängt.

Bärbel Bohley machte als Mitarbeiterin des Hohen Vertreters in Bosnien (OHR) und anderer Hilfsorganisationen vor Ort in dem Verfahren VG 35 A 1814/15.97 am 6.8.1997 eindrucksvolle Angaben zum Thema (vgl. Protokoll der öffentlichen Sitzung): In Bosnien herrschten ihrer Auffassung nach keinerlei rechtsstaatliche Verhältnisse, in denen sich Rechtsansprüche auch in der Praxis durchsetzen ließen. Immer weniger Gemeinden würden RückkehrerInnen überhaupt noch registrieren; auch (rechtswidrige) Kriegssteuern würden verhindern, dass RückkehrerInnen Unterkunft, Verpflegung, ärztliche Versorgung und einen Zugang zu Schulen oder Dokumenten erhielten. Vor allem Roma, die über keinen politischen Einfluss auf der örtlichen Ebene verfügten, hätten allergrößte Schwierigkeiten.

Der **6. Senat** des OVG Berlin entschied am 26.1.1998 (OVG 6 S 3.98)¹⁸⁶ über den Fall der geplanten Abschiebung einer aus der Republika Srpska vertriebenen Flüchtlingsfamilie (ein über 65 Jahre altes Ehepaar mit einem ca. 32 Jahre alten Sohn) in den bosnischen Winter.

In der Ankündigung des Innensensors, nur in besonders begründeten Einzelfällen vertriebene Flüchtlinge aus der RS abschieben zu wollen, sah auch der 6. Senat keine rechtliche Verpflichtung (nach § 54 AuslG müsse eine „bestimmte Ausländergruppe“ nach „bestimmten Kriterien zugeordnet“ werden können, vgl. a.a.O., 3).

Eine Gefahr im Sinne des § 53 Abs. 6 AuslG mochte der 6. Senat ebenfalls nicht erkennen:

¹⁸⁵ Laut Fußnote 20a wurde diese Übereinkunft allerdings gerade in Deutschland nicht angewandt, weil sie durch das Rückübernahmeabkommen ersetzt worden sei. Wie dem auch sei: All dies blieb unaufgeklärt.

¹⁸⁶ Zuvor hatten bereits am 18.12.1997 der 8. Senat - OVG 8 S 390.96 - und am 19.12.1997 der 3. Senat - OVG 3 S 3.97 - mit Beschlüssen, die mir jedoch nicht vorliegen, negativ entschieden.

„Dass eine für den bosnischen Staat nicht mehr beherrschbare Situation bereits eingetreten ist, die auch die Antragsteller nach einer Abschiebung in eine existenzielle Notlage zwänge, ist derzeit nicht erkennbar“ (a.a.O., 8). Auch die Minengefahr und illegale Kriegssteuern begründeten keine extreme Gefahrenlage (a.a.O., 7).

Nahezu alle Kammern und Senate des Berliner (Ober-) Verwaltungsgerichts spielten das Problem der illegal erhobenen Kriegssteuern mit der Bemerkung herunter, dass diese Vorgehensweise rechtswidrig sei und „die bosnischen Behörden die betreffenden Gemeinden aufgefordert [hätten], derartige Praktiken einzustellen“ (so z.B. der 6. Senat, a.a.O., 7).

Der UNHCR stellte in einer Auskunft an das VG Berlin vom 16.10.1997 demgegenüber fest (in: Asylmagazin 1/98, 38), dass zahlreiche Gemeinden oftmals willkürlich verschiedene ‚Steuern‘, ‚Gebühren‘ oder sonstige ‚Beträge‘ von RückkehrerInnen und Abgeschobenen verlangten:

„UNHCR sind keine Aktivitäten des Staates Bosnien und Herzegowina gegen die willkürliche ‚Steuer‘- oder sonstige ‚Beitragserhebung‘ bekannt“ (ebd.).

Ansonsten genügten auch den RichterInnen des 6. Senats die offiziellen Versprechungen, um jede Gefahr einer Nicht-Registrierung und existenzbedrohlichen Obdach- und Mittellosigkeit in Abrede zu stellen, denn – s.o. – Abgeschobene würden als „organisierte Rückkehrer“ angesehen und notfalls in einem Transit-Center oder Sammellager untergebracht (a.a.O., 7).

Die RichterInnen ergänzten, dass das Prinzip der freien Wohnortwahl nach Anhang 7 des Daytoner Abkommens mit Hilfe örtlicher Behörden und internationaler Hilfsorganisationen durchgesetzt werden solle und fügten an:

„Das spricht dafür, dass es den Antragstellern auf Wunsch ermöglicht werden wird, in ein Gebiet zurückzukehren, in dem Mitbürger gleicher Volkszugehörigkeit in der Mehrheit sind“ (a.a.O., 7).

Von dem Wort-Monstrum „Mitbürger gleicher Volkszugehörigkeit“ einmal abgesehen war dies die genaue Umkehrung des Prinzips der freien Rückkehr nach Annex 7 des Daytoner Abkommens! Denn demnach wurde zwar prinzipiell auch eine freiwillige Neu-Ansiedlung an einem anderen Ort als dem Vorkriegswohnort nicht ausgeschlossen – nach Art. 1 des Annex 7 sollten jedoch „alle Flüchtlinge und Vertriebenen [...] das Recht [haben], frei in ihre Heimatorte zurückzukehren“. Es ging also gerade *nicht* darum, die im Krieg Vertriebenen an ihnen fremde Orte mit „Mitbürgern gleicher Volkszugehörigkeit“ zu zwingen und damit die verbrecherischen ‚ethnischen Säuberungen‘ des Krieges auch noch zu vollenden!

Der 6. Senat billigte mit seinem Beschluss übrigens ausdrücklich die Praxis der Berliner Ausländerbehörde, Abschiebungsankündigungsfristen nach § 56 Abs. 6 Satz 2 AuslG durch zuvor rechtswidrigerweise verweigerte Duldungen als unwirksam anzusehen (zur ‚doppelten Fiktion‘ im Rückübernahmeersuchen kam mithin ein ‚doppelter Rechtsbruch‘ als Voraussetzung einer Abschiebung hinzu). *Begründen* wollte der 6. Senat diese Auffassung jedoch nicht (vgl. a.a.O., 5)!

Für den Winter 1997/98 galt somit, dass Berlin das einzige Bundesland in Deutschland war, in dem vertriebene Flüchtlingsfamilien aus der RS mangels wirksamer Sonderregelungen und mit höchstrichterlichem ‚Segen‘¹⁸⁷ mit ihrer Abschiebung ins Nichts und in die bosnische Kälte rechnen mussten.

Beispiel: Entscheidungen zu Weiterwanderungsverfahren

Auch im Zusammenhang mit Weiterwanderungsverfahren bosnischer Flüchtlinge in ein Drittland (zumeist in die USA) ergingen zahlreiche Einzelentscheidungen, die beispielhaft aufzeigten, wie unterschiedlich RichterInnen vergleichbare Fallkonstellationen bewerten können: Zum Teil wurden dem mitunter willkürlichen Verwaltungshandeln der Ausländerbehörde in Anbetracht der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze des Vertrauensschutzes, der Verhältnismäßigkeit usw.

¹⁸⁷ Auch die 21. Kammer (VG 21 A 927.97, B.v. 9.2.1998) verzichtete in dem Fall einer vierköpfigen Flüchtlingsfamilie auf jede substantielle Erörterung der drohenden Gefahrenlage in Bosnien: Die papierene Feststellung im Rahmen des so genannten ‚Expertenausschusses‘, wonach „jeder Rückkehrer Anspruch auf Registrierung“ habe (vgl. a.a.O., 5), reichte der Kammer völlig aus. Sorgfältige Ermittlungen wären im konkreten Fall jedoch um so wichtiger gewesen, da es sich um Muslime aus dem Sandschak handelte, die vermutlich nicht in Bosnien gelebt hatten und deshalb dort nirgendwo mit einer Registrierung rechnen konnten.

effektive Grenzen gesetzt, zum Teil spiegelten die ablehnenden Entscheidungen der Gerichte aber auch das tiefe Misstrauen und die ‚Hartherzigkeit‘ der Recht Sprechenden gegenüber den Betroffenen wider.

Die **3. Kammer** (VG 3 F 35.98, B.v. 23.6.1998) beispielsweise hatte nichts dagegen einzuwenden, dass eine sechsköpfige Familie mit vier minderjährigen Kindern (vermutlich Vertriebene aus der RS, in dem Beschluss fehlen jedoch jegliche Ausführungen hierzu) nach Bosnien abgeschoben werden sollte, obwohl der Familie durch eine vorläufige Bescheinigung bestätigt worden war, dass sie einen Antrag auf Weiterwanderung in die USA gestellt und dieser gute Aussichten auf Erfolg habe. Aus dem Beschluss ging hervor, dass der Familienvater als ehemaliger Lagerhäftling den humanitären Kriterien des US-Weiterwanderungsprogramms entsprach.

Entgegen der üblichen Praxis und Weisung der Ausländerbehörde¹⁸⁸ befanden die RichterInnen der 3. Kammer, dass die Bescheinigung der Betroffenen nicht für eine Duldung ausreiche, denn eine Überprüfung der Angaben des Betroffenen durch die amerikanische Einwanderungsbehörde sei noch nicht erfolgt und „aus den Ausländerakten [ergäben sich] keine Anhaltspunkte für eine ehemalige Lagerhaft“ (a.a.O., 3).

Den RichterInnen war es offenkundig zu aufwändig, den Sachverhalt aufzuklären. Ich habe den Familienvater gefragt, warum in den Akten nichts über seine Lagerhaft vermerkt sei, und seine Antwort entsprach den üblichen Erfahrungen: Die Ausländerbehörde habe ihn nie hiernach gefragt, und er habe auch gar keine Gelegenheit gehabt, seine Geschichte der Behörde zu erzählen¹⁸⁹.

Die Argumentation der Kammer, dass noch keine Überprüfung der Angaben des Betroffenen durch die US-Botschaft erfolgt sei, war unhaltbar, denn die Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses stand erst am Ende eines Weiterwanderungsverfahrens – wobei die Quote der Anerkennung weit über 90% lag (wie dargelegt)!

Eine mögliche Gefährdung der Betroffenen nach § 53 Abs. 6 AuslG im Falle einer Abschiebung (die bei einer Familie mit vier Kindern bzw. einem ehemaligen Lagerhäftling zumindest nicht auszuschließen war) wurde von den RichterInnen in dem Beschluss erst gar nicht erörtert.

Der Beschluss war aber vor allem deshalb unhaltbar, weil es in dem Verfahren um den Widerruf einer bereits erteilten Duldung ging, d.h. dass in erster Linie die öffentlichen Interessen am ‚Sofortvollzug‘ der Abschiebung mit den persönlichen Interessen der Betroffenen an ihrer weiteren Duldungen hätten abgewogen werden müssen. In Anbetracht der oben dargestellten Sachlage (eingeleitetes Weiterwanderungsverfahren mit guten Erfolgsaussichten, Duldungsanspruch nach Weisung, mögliche Gefährdungen im Falle einer Rückkehr) war ein solches besonderes öffentliches Interesse an einem Sofortvollzug des Duldungswiderrufs nicht zu begründen, zumal die Betroffenen bereits seit Ende 1992, also seit beinahe sechs Jahren, in Berlin lebten und in absehbarer Zeit mit einer hohen Wahrscheinlichkeit Deutschland auch wieder verlassen würden. Demgegenüber ging es um ein Abwarten der Behörde um zunächst lediglich sechs Wochen (!), denn so lang waren am Tag des Beschlusses die Duldungen der Betroffenen noch gültig.

Die **31. Kammer** (VG 31 F 78.98, B.v. 19.3.1999) hatte über eine (vermutlich: Roma-) Familie mit einem 16 Monate alten Kind zu urteilen; es handelte sich um so genannte ‚Rück-RückkehrerInnen‘ (vermutlich: Vertriebene aus der RS – dies ging aus dem Beschluss nicht hervor), die im Mai 1998 nach Bosnien zurückkehrt waren und vergeblich versucht hatten, zumindest in der Föderation Fuß zu fassen. Die Betroffenen hatten gegenüber dem Gericht dargelegt, dass es ihnen nirgendwo gelungen sei, sich registrieren zu lassen und behördliche Unterstützung zu erhalten; sie konnten dies teilweise sogar durch schriftliche Bestätigungen bosnischer Behörden

¹⁸⁸ In der Weisung B.54.1. der Ausländerbehörde in der Fassung von Anfang 1998 hieß es unter Punkt „V. Weiterwanderung“, dass Personen, die eine „Bescheinigung“ vorlegen, aus der hervorgeht, „dass gute Chancen für einen erfolgreichen Abschluss des Weiterwanderungsverfahrens bestehen“, geduldet werden sollen.

¹⁸⁹ Ein Schreiben in seinem Namen, das keine konkreten Angaben zum Einzelfall enthielt, sei von einem Bekannten geschrieben worden, der im Gegensatz zu ihm die deutsche Sprache beherrschte.

nachweisen¹⁹⁰. Vor allem wegen des Kleinkindes befürchteten sie aufgrund ihrer Notlage Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit während der Wintermonate, so dass sie im September 1998 nach Berlin zurückkehrten und hier – um ihre schlechten Chancen in Deutschland wissend – sofort einen Weiterwanderungsantrag in die USA stellten. Das Gericht wies den Antrag auf Duldung für die Dauer des Weiterwanderungsverfahrens zurück, und zwar obwohl nach Auskunft der Leiterin der Weiterwanderungsstelle bereits in den nächsten drei Monaten der entscheidende Anhörungstermin bei der US-Botschaft anstand und die Chancen für eine erfolgreiche Weiterwanderung als gut beurteilt wurden (a.a.O., 2 f), da die Familie nach US-Auffassung als Flüchtlinge im Sinne der GFK als besonders schutzbedürftig angesehen würden – dies sei ihr „vorbehaltlich der definitiven Entscheidung der entsprechenden Einwanderungsbehörde“ schriftlich bestätigt worden. Die Richterin beeindruckte diese Auskunft der Leiterin einer spezialisierten Weiterwanderungsstelle nicht, und sie befand – gradeso, als wenn nichts vorgetragen worden wäre:

„Ob die Antragsteller tatsächlich innerhalb der nächsten drei Monate mit einem Termin bei der Botschaft der USA rechnen können und ob sie darüber hinaus tatsächlich in das ‚Programm der USA für Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina‘ aufgenommen werden, ist durch nichts abgesichert“ (a.a.O., 3).

Gefahren nach § 53 Abs. 6 AuslG wurden von der Einzelrichterin ebenfalls verneint:

„Aus den in das Verfahren eingeführten Erkenntnissen der Kammer über die Lage von Flüchtlingen in Bosnien und Herzegowina ergibt sich jedenfalls nichts dergleichen“ (a.a.O., 3).

Konkret benannt, ausgewertet oder gar gegenübergestellt wurden die verschiedenen Quellen und Auskünfte („Erkenntnisse der Kammer“) in der Beschlussbegründung nicht. Die Ablehnung reduzierte sich vielmehr auf die nachfolgend zitierte, völlig abstrakte Behauptung, die den konkret vorgetragenen gegenteiligen Erlebnissen der Betroffenen geradezu höhnisch gegenüberstand:

„Es ist vielmehr davon auszugehen, dass bei zumutbarer Eigenanstrengung der Antragsteller durch die bosnisch-herzegowinischen Behörden und die dort tätigen internationalen Hilfsorganisationen eine zumutbare Unterbringung und Versorgung mit dem Lebensnotwendigen, einschließlich der notwendigen medizinischen Versorgung, gewährleistet ist“ (a.a.O., 3).

Andere Kammern des Berliner Verwaltungsgerichts kamen allerdings zu dem Schluss, dass eine kurz bevorstehende Weiterwanderung (ca. 3-6 Monate) aufgrund von Verhältnismäßigkeitserwägungen *zwingend* eine Duldung aus humanitären Gründen nach sich ziehen müsse – selbst wenn sich die Betroffenen als so genannte ‚StraftäterInnen‘ nicht direkt auf die entsprechende Weisungsregelung berufen konnten (vgl.: VG 5 F 71.98, B.v. 18.1.1999: Ermessensreduzierung auf Null, humanitäre Gründe nach § 55 Abs. 3 AuslG, Einzelperson aus der Föderation).

Am Beispiel des Beschlusses VG 21 F 55.99 vom 19.10.1999 wurde die geradezu unnachgiebige Härte der Berliner Ausländerbehörde im Umgang mit Flüchtlingen, die eine Weiterwanderung betrieben, deutlich: Die **21. Kammer** verhinderte mit diesem Beschluss die Abschiebung eines aus der RS vertriebenen Bosniers, der abgeschoben werden sollte, obwohl der Betroffene zusammen mit seiner Familie (eine Frau und drei gemeinsame Kinder zwischen einem und sechs Jahren) bereits als Weiterwanderer in die USA *anerkannt* worden waren und die Übersiedlung in die USA innerhalb der nächsten zwei Monate stattfinden sollte! Die Ausländerbehörde begründete dieses Vorhaben damit, dass der Betroffene ‚Straftäter‘ sei. Die 21. Kammer – wahrlich nicht verschrien als ‚Hort der Liberalität‘ – hielt dem entgegen, dass eine Duldung aufgrund dringender humanitärer bzw. persönlicher Gründe nach § 55 Abs. 3 AuslG zwingend erteilt werden müsse (Ermessensreduzierung auf Null, vgl. a.a.O., 3). Die Richter wiesen darauf hin, dass es sich bei den Straftaten des Betroffenen ‚nur‘ um Verkehrsdelikte¹⁹¹ handelte; demgegenüber eröffne

¹⁹⁰ Dies reichte der Einzelrichterin nicht aus, da der Beleg *einer* örtlichen Behörde über verweigerte Unterstützungsleistungen nichts über Hilfsverweigerungen in *anderen* Kantonen und auch nichts über den *Zeitraum* der verweigerten Hilfsleistungen aussage (a.a.O., 4) – wie viele behördliche Bescheinigungen welcher Art der Richterin als Nachweis genügt hätten, schrieb sie nicht.

¹⁹¹ Fahren unter Alkoholeinfluss bzw. Fahren ‚ohne‘, d.h. vermutlich mit (nicht-anerkanntem) bosnischem Führerschein.

sich für die Familie durch die „Anerkennung als Weiterwanderer in die USA eine einmalige Lebensperspektive, die durch die geplante Abschiebung des Antragstellers zerstört würde“ (a.a.O., 3). Es sei „auch angesichts der dem Antragsteller zur Last gelegten Straftaten unverhältnismäßig, ihn und damit auch seine Ehefrau und die drei kleinen Kinder, die im Föderationsgebiet wie in der Republika Srpska derzeit überaus schwierige Lebensverhältnisse erwarten, an der soeben eröffneten Möglichkeit eines Neuanfangs in den USA zu hindern“ (ebd.)¹⁹² – dass die Berliner Ausländerbehörde dies anders sah, war bezeichnend.

Die **34. Kammer** musste mit dem Beschluss VG 34 F 6.00 am 13.1.2000 in einem ähnlich gelagerten Fall intervenieren: Auch hier sollte ein Bosnier getrennt von seiner Lebensgefährtin und dem gemeinsamen Kind abgeschoben werden, obwohl der Anhörungstermin beim amerikanischen Konsulat in Frankfurt unmittelbar bevorstand (am 16.2.2000, die Abschiebung sollte ab dem 1.2.2000 erfolgen¹⁹³). Das Gericht hielt bereits die beabsichtigte Zwangstrennung von Vater und Sohn für unzumutbar und verfassungswidrig (a.a.O., 5 f). Vor allem aber die Verhinderung der *Chance* auf Weiterwanderung in die USA (das Ergebnis der Anhörung stand ja noch nicht fest¹⁹⁴) sei unverhältnismäßig (Duldungsanspruch nach § 55 Abs. 3 AuslG, Ermessensreduzierung auf Null, a.a.O., 3). Das mögliche öffentliche Interesse, eine Abschiebung einige Wochen früher vornehmen zu können, stünde in keinem Verhältnis zu den Folgen des durch die Abschiebung verhinderten „Projekts der Weiterwanderung der Familie“ (a.a.O., 4).

Die RichterInnen der 34. Kammer machten deutlich, dass auch die „Art und Umstände der Straftat als Anhaltspunkt für das Gewicht der Beeinträchtigung öffentlicher Belange“ berücksichtigt werden müssten (a.a.O., 4): Im vorliegenden Fall bestand die einzige Straftat des Betroffenen darin, dass er bei seiner Einreise einen verfälschten ungarischen Reisepass vorgelegt hatte (ebd., 2) – die Verurteilung zu 70 Tagessätzen stand somit nach Auffassung des Gerichts „in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Flucht und Einreise in die Bundesrepublik Deutschland und weist insofern [...] eine andere Qualität auf, als beispielsweise Verurteilungen wegen Gewaltdelikten [...]“ (a.a.O., 4).

Dass sich die Berliner VerwaltungsrichterInnen überhaupt mit solchen Fällen, in denen sich die Erteilung einer Duldung aus dringenden humanitären Gründen geradezu aufdrängte, befassen mussten, warf ein bezeichnendes Licht auf Entscheidungspraxis der Berliner Ausländerbehörde, die von ihrem gesetzlichen Ermessen keinerlei Gebrauch machte, sofern es um für die Flüchtlinge positive Regelungen ging.

Bewertung

Es ist, so hoffe ich, deutlich geworden, dass der Rechtsstaat für Flüchtlinge in Deutschland (zumindest in Berlin) oftmals eine bloße Illusion ist. Der Rechts- und Instanzenweg im Flüchtlingsrecht wurde auf gesetzgeberischem Wege extrem verkürzt und mit zahlreichen bürokratischen Hürden versehen, insbesondere für Schutz Suchende im Asylverfahren. Der Verzicht auf einen Asylantrag (und damit auf ein gesichertes, dauerhaftes Bleiberecht) eröffnet demgegenüber zwar den ‚normalen‘ Rechtsweg – überprüfbar sind auf diese Weise jedoch nur Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG (völkerrechtliche Verpflichtungen, extreme Gefahren für Leib und Leben),

¹⁹² Angesichts all dessen ließen es die Richter der 21. Kammer offen, ob die Trennung der Familie durch die Abschiebung (nur) des Mannes einen Verstoß gegen Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK bedeutet hätte (a.a.O., 2).

¹⁹³ Dem Beschluss kann indirekt etwas über den Umgang der Ausländerbehörde mit dem Berliner Verwaltungsgericht entnommen werden: Die Behörde hielt es nicht für erforderlich, trotz Aufforderung des Gerichts, einen Gegenantrag zum Rechtsschutzantrag der Betroffenen zu formulieren. In dem Beschluss hieß es hierzu trocken (a.a.O., 3): „Der Antragsgegner beantragt sinngemäß – wie sich aus der am 5. Januar 2000 ausgesprochenen Zusicherung, von der Vollziehung der Abschiebung nur noch bis zum 1. Februar 2000 abzusehen, ergibt –, den Antrag zurückzuweisen“.

¹⁹⁴ Die Kammer nahm Bezug auf einen Beschluss der 27. Kammer (VG 27 F 41.99 vom 14.7.1999), mit dem ebenfalls ein Duldungsanspruch bejaht worden war in einem Fall, wo ‚nur‘ die Antragsunterlagen vollständig vorlagen, jedoch noch kein Interviewtermin feststand (a.a.O., 5).

sowie tatsächliche und grundrechtliche Abschiebungshindernisse (Gleichbehandlung im Rahmen politischer Erlasse, enge familiäre Bindungen usw.).

Während richterliche Feststellungen und Wertungen zu Abschiebungshindernissen nach § 53 Abs. 6 AuslG eingezurrt sind in die engen Vorgaben des BVerwG, hält sich eine übergroße Mehrheit der VerwaltungsrichterInnen auch nicht für befugt, regulierend in die Umsetzung politischer Erlasse einzugreifen. Nur wenige RichterInnen versuchen konsequent, Politik und Verwaltung auf ihre eigenen Versprechen, auf völkerrechtliche Normen oder allgemeine Verwaltungs- und Verfassungsgrundsätze zu verpflichten.

Da das Flüchtlingsrecht geprägt ist von ‚weichen‘ Beurteilungs- und Bewertungsfragen und unbestimmten Rechtsbegriffen (die *so oder so* ausgelegt werden können), ist für die Betroffenen im Rechtsalltag oftmals entscheidend, an welche/n RichterIn sie geraten, d.h. ob diese den ‚Mut‘ und den Willen haben, das enge Korsett der politischen und juristischen Vorgaben aufzubrechen oder nicht.

Illusionen über den Rechtsstaat sind natürlich nicht auf das Flüchtlingsrecht beschränkt. Vorstellungen einer angeblich unabhängigen Justiz, die wertfrei, neutral und wahrheitssuchend von Außen kommende Gesetzesnormen lediglich in die alltägliche Wirklichkeit zu implementieren versucht, dürften weit verbreitet sein. Dabei ist die Rechtsprechung von zahlreichen persönlichen, politischen, psychologischen, karrieristischen usw. Motiven der Recht Sprechenden geprägt und tendenziell auch auf ein allgemeines ‚Herrschaftsinteresse‘ vereidigt (das ‚nationale Interesse‘).

Im Flüchtlingsrecht hat dies zur Folge, dass vor dem Hintergrund gesellschaftlich-politisch inszenierter Untergangsszenarien und Missbrauchsdebatten viele Recht und Schutz suchende Flüchtlinge gegen eine Mauer des Misstrauens, der Vorurteile und des Unwillens seitens vieler RichterInnen stoßen. Im Rahmen der Konfrontation *Behörde gegen Flüchtling* sind nur wenige von ihnen bereit, sich auf die Seite der ausgegrenzten und entrechteten ‚Fremden‘ zu stellen, zumal dies ‚Karriere-Knicks‘ und den Vorwurf des ‚Nestbeschmutzens‘ nach sich ziehen kann. Auch die formalen Garantien des Rechtsstaats scheinen sich in der Praxis der Flüchtlingsrechtsprechung mitunter aufzulösen, so ungenügend ist die Sachverhaltsaufklärung, so zahlreich sind die Verstöße gegen eine ‚solide‘ Entscheidungsfindung, so lückenhaft, widersprüchlich und mit Unkenntnis durchsetzt sind viele Gerichtsentscheidungen begründet. Das Niveau der Rechtsprechung im Flüchtlingsrecht (gerade in Berlin) ist erschreckend. Viele Beschlüsse gleichen ihrer Form und dem Inhalt nach eher einer willkürlichen *Aburteilung der Flüchtlinge* als einer nüchternen und alle Tatsachen und Rechtssätze abwägenden *Kontrolle der Verwaltung*.

Dass das Berliner Oberverwaltungsgericht zeitweilig sogar initiativ die Führerschaft übernahm im Kampf um die Ausschaffung und Illegalisierung der Kriegsflüchtlinge aus dem ehemaligen Jugoslawien (Duldungsrechtsprechung) – und zwar entgegen aller Regeln richterlicher Kunst und Vernunft – bezeugte eindrucksvoll den politischen Gehalt der Rechtsprechung.

Die Berliner Justiz positionierte sich mehrfach klar als ein Teil der national verbundenen Mehrheitsgesellschaft, die potenziell auch dazu bereit ist, grundlegende Normen, Rechte und Verfahrensweisen aufzugeben, wenn es um die Durchsetzung der Ziele des Ausschlusses und der Ausschaffung von ‚Nicht-Dazugehörigen‘ geht. Viele RichterInnen fühlen sich weniger den individuellen Menschenrechten, rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen oder absolut geltenden Verfassungsprinzipien verpflichtet, sondern vielmehr dem (vermeintlich) ‚nationalen Interesse‘.

Die hartnäckigen Versuche der 35. Kammer, die Politik durch richterliche Anordnungen zur Einhaltung ihrer eigenen Versprechen bzw. ‚zur Vernunft‘ zu bringen, hatten angesichts der ‚Unbelehrbarkeit‘ der Politik (gerade auf dem Gebiet des Flüchtlingsschutzes) von vornherein schlechte Erfolgsaussichten. Dass ihre Versuche einer Kontrolle und Korrektur einer zum Teil maßlos agierenden Verwaltung allerdings auch am geschlossenen Widerstand des Berliner OVG scheiterten, war durchaus ernüchternd. Es muss vor dem Hintergrund dieser Erfahrungen als Illusion bezeichnet werden, dass die Verwaltungsjustiz als ‚Hüterin‘ einer gesellschaftlich und politisch verschütteten Humanität im Bereich der Flüchtlings- und Asylpolitik angesehen werden

könnte, und wahrscheinlich ist sogar eher das Gegenteil der Fall, d.h. dass die verinnerlichte ‚Grenzwächterfunktion‘ der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Ablehnungshaltung mit sich bringt, die über die allgemeine Verhärtung der Gesellschaft noch hinausgeht.

Die Entscheidungen der 35. Kammer waren nicht nur rechtlich und inhaltlich sorgfältig begründet, sie waren auch getragen von der Sorge der Richter um die Würde und den Gesundheitszustand von Menschen, die zu Opfern eines barbarischen Krieges in Bosnien geworden waren und die ihnen nun als Opfer einer hartherzigen und inhumanen Politik und Verwaltung in Deutschland gegenübertraten. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Richter der 35. Kammer durch ihre intensive Beschäftigung mit dem Krankheitsbild einer posttraumatischen Belastungsstörung und durch ihre zahlreichen persönlichen Begegnungen mit traumatisierten Flüchtlingen (etwa im Rahmen von mündlichen Verhandlungen) sich darüber bewusst waren, dass von ihren Entscheidungen – pathetisch gesprochen – das weitere Schicksal dieser Menschen, wenn nicht gar ihr Leben abhing¹⁹⁵. Die Beschränkungen, Unsicherheiten und Belastungen des lediglich geduldeten Aufenthalts führten dazu, dass die psychisch ohnehin kranken Menschen nach und nach regelrecht ‚vor die Hunde gingen‘, dass sich ihre Leiden chronifizierten und dass sie noch kränker wurden, als sie es ohnehin schon waren. Die Sensibilität und Empathie der Richter der 35. Kammer für diese besonders hilfs- und schutzbedürftigen Menschen und die Fähigkeit, im anstrengenden Rechtsprechungsalltag den Sinn für das Wesentliche und *die ‚Sache‘ an sich* (die Menschen!) nicht verloren zu haben, muss als Ausnahmeeigenschaft von RichterInnen bezeichnet werden.

Anmerkungen zur Sozialrechtsprechung (§ 1 a AsylbLG)

Im Zusammenhang der Rechtsprechung zum § 1 a AsylbLG (Ausschluss der Sozialhilfe bei angeblich missbräuchlichen Einreisemotiven) – dies kann ich an dieser Stelle nur andeuten – entpuppte sich dann beinahe unverhohlen ein geradezu rassistischer, xenophober und zutiefst populistischer Kern der Rechtsprechung vieler RichterInnen am Berliner Verwaltungsgericht¹⁹⁶.

Da das Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung des § 1 a AsylbLG im Herbst 1998 mit der Eskalation der kriegerischen Ereignisse im Kosovo zeitlich zusammenfiel, war es vor allem die Gruppe der Flüchtlinge aus dem Kosovo, die der pauschale Missbrauchsvorwurf als erste und in voller Wucht traf. Ihnen wurde in Berlin geradezu regelmäßig von einer Mehrheit der Bezirksämter und RichterInnen unterstellt, sie seien *nur wegen des Sozialhilfebezuges* nach Deutschland geflohen und hätten deshalb auch kein Anrecht auf soziale Unterstützung und Unterbringung: Hunderte, wenn nicht gar tausende Personen, auch Familien mit Kindern, Alte und Kranke, wurden im Winter 1998/99 auf ‚rechtsstaatlich korrekte‘ Weise mittellos auf die Straße gesetzt – mit ‚richterlichem Segen‘ wohlgemerkt. Als ausreichende ‚Begründung‘ für diese existenziell einschneidende Sanktion genügte den meisten RichterInnen der Umstand, dass die Flüchtlinge ohne deutsche Sprachkenntnisse, ohne ausreichende Geldmittel oder gar schwanger nach Deutschland geflohen waren: denn all dies spreche dafür, dass sie hätten wissen *müssen*, dass sie in Deutschland

¹⁹⁵ Tatsächlich habe ich viele Menschen erlebt, die durch Entscheidungen der 35. Kammer ihren Lebensmut, ihre Lebensfreude und ein längst vergessenes Selbstbewusstsein wieder zurückerlangten.

¹⁹⁶ Ressentimentgeladene Abwehrhaltungen bei RichterInnen beschränken sich selbstredend nicht auf das Land Berlin. An dieser Stelle sei nur von einem Fall berichtet (vgl.: Pressemitteilung des Rechtsanwaltes Uwe Remus vom 5.1.2001; <http://much-magic.wiwi.uni-frankfurt.de/~amiransa/fluechtlingsrat.html>, Stand: 12.3.2001): Der Richter am VG Wiesbaden, Herr Dr. Kögel, wurde als befangen abgelöst, nachdem er in einem persönlichen Brief den Präsidenten des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge gebeten hatte, bei der ablehnenden Haltung gegenüber einer Flüchtlingsfamilie, über die er zu urteilen hatte, zu bleiben. Dr. Kögel hatte sich in seinem ablehnenden Urteil zuvor über ein psychologisches Gutachten hinweggesetzt und die Glaubwürdigkeit der Angaben zur der Art der erlittenen Folter aus dem Grunde anzweifelt, weil diese erst sehr spät von den Antragstellern bzw. Klägern vorgebracht worden seien.

Der Fall wirft zugleich ein dunkles Licht auf höchste Rechtsprechungsorgane, denn das Bundesverfassungsgericht hatte eine Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil *ohne inhaltliche Begründung* abgewiesen, und die Begründung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *kein* Hauptsacheverfahren in dem konkreten Fall zu eröffnen, zeigte ebenfalls, wie sorglos der Gerichtshof mit der Beschwerde umgegangen war: Das VG Mainz habe alle vorgebrachten Angaben sorgfältig untersucht, hieß es (vgl. a.a.O.)! Das *VG Mainz* war mit dem Fall allerdings gar nicht befasst!

keine Arbeit finden würden und somit sei offenkundig, dass sie *nur wegen des Geldes* gekommen seien, lautete die vorurteilsvoll zusammengestrickte ‚Logik‘ unzähliger Beschlüsse.

Vier von sechs sozialrechtlich zuständigen Kammern des Berliner Verwaltungsgerichts sahen einen Leistungsmissbrauch im Sinne des § 1 a AsylbLG sogar schon dann als erfüllt an, wenn die Betroffenen nicht in den Durchreiselländern verblieben, sondern nach Deutschland weitergeflüchtet waren: denn das Motiv hierfür könne angeblich *nur* der Bezug von (höheren) Sozialleistungen in Deutschland gewesen sein (und nicht etwa die Suche nach sicherem Schutz oder familiäre Bindungen in Berlin usw.). Dieses pauschale Missbrauchsverdikt der 6., 8., 18. und 32. Kammer des VG Berlin mit der Konsequenz der totalen Leistungsverweigerung bzw. -einstellung¹⁹⁷ traf nicht nur alle neu einreisenden Flüchtlinge, sondern auch Familien und Einzelpersonen, die bereits seit vielen Jahren in Berlin lebten, darunter z.B. auch traumatisierte Flüchtlinge. Dabei wurden nicht nur die Grundsätze einer gewissenhaften Sachverhaltsaufklärung und Rechtsfindung grob missachtet, denn nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers sollten lediglich *Kürzungen* (und nicht Einstellungen) der Leistungen, und zwar nur in Fällen eines *offensichtlichen* Leistungsmissbrauchs, der bei den Kosovo-Flüchtlingen gerade nicht gegeben war, erfolgen. Es wurden auch zahlreiche übergeordnete verfassungsrechtliche Grundsätze (der Verhältnismäßigkeit, der Sozialstaatlichkeit, der Menschenwürde usw.) und für selbstverständlich erachtete Grundsätze der ‚Logik‘ und des puren ‚Anstandes‘ auf eine solch leichtfertige und mutwillige Art und Weise verletzt, dass von einem beinahe totalen Ausfall der rechtsstaatlichen Kontrolle in Berlin gesprochen werden musste.

An dieser Stelle möchte ich nur ein Beispiel dafür benennen, wie solche ressentimentgeladenen und rassistisch legierten Ablehnungen im rechtsstaatlichen Gewand aussahen. Ich zitiere aus dem Beschluss VG 32 A 498.98 vom 30.10.1998 des Einzelrichters Schoof (S. 2, Hervorhebung von mir; T.H.):

„Der Antragsteller [ein Kosovo-Albaner, der im April 1998 wegen der kriegserischen Auseinandersetzungen nach Berlin geflohen war; T.H.] wusste bei seiner Einreise, er werde seinen Aufenthalt in Deutschland nicht aus eigenen, sondern ausschließlich aus öffentlichen Mitteln bestreiten können, denn er hat nach dreiwöchigem unangemeldetem Aufenthalt in Berlin am 28. April 1998 öffentliche Leistungen beantragt und angegeben, er besitze kein Geld. Die Frage, womit er seinen Lebensunterhalt nach der Einreise sicherstellen wollte, hat er wohlweislich unbeantwortet gelassen, somit auf eigene Mittel nicht verwiesen werden können. Andere bestimmende Gründe für eine Einreise nach Deutschland sind weder angegeben noch ersichtlich. Das Gericht lässt die Angabe des Antragstellers dahinstehen, er habe den Kosovo wegen der kriegserischen Auseinandersetzungen verlassen, denn dieser Gefahr war er bereits in Ungarn entronnen. Wenn er weder dort noch in der Slowakei noch Tschechien geblieben ist, wo er gleichermaßen sicher war, ist dies allein auf seine Absicht zurückzuführen, in Deutschland Sozialleistungen zu beziehen, die er in den vorgenannten Ländern nicht zu erwarten hatte. Mag seine Ausreise aus der Heimat auch auf respektable Gründe zurückzuführen sein, die Einreise nach Deutschland jedenfalls ist prägend von der Absicht bestimmt, **hier auf deutsche Kosten zu leben**“.

Die Berliner Sozialbehörden und Gerichte hatten mit diesem Ablehnungsschema – *wer ausgerechnet nach Deutschland flieht und nicht in einem durchreisten Drittland verbleibt, dem kann es nur um Geld gehen* – ohne jede legislative Kompetenz eine sozialrechtliche Drittstaatenregelung geschaffen, die in der Konsequenz zur ‚Aushungerung‘ aller de-facto-Flüchtlinge (und zwar *unabhängig* von ihren tatsächlichen Fluchtmotiven) geführt hätte – und so wurde sie ja auch zunächst umgesetzt. Allerdings stoppte der 6. Senat des Berliner OVG diese aberwitzige Behörden- und Rechtsprechungspraxis dann mit einem in dieser Beziehung eindeutigen Grundsatzbeschluss vom 4.2.1999 (OVG 6 SN 230.98); die rechtsstaatlich ebenfalls unhaltbare und vom Gesetzgeber nicht gewollte Praxis der totalen Leistungseinstellung wurde vom 6. Senat jedoch ‚abgesegnet‘, ebenso weitere unscheinbare Ablehnungsmuster (z.B. durch eine unzulässige Beweislastumkehr) und zahlreiche fragwürdige Einzelentscheidungen.

Dass selbst noch offenkundig rechtswidrige und in jeder Beziehung ungenügende Behördenbescheide, ja sogar Bescheide und Leistungseinstellungen *ohne jede Begründung* von zahlreichen

¹⁹⁷ Die 8. und 18. Kammer ordneten zeitweilig zumindest die Gewährung „unabweisbar gebotener“ Leistungen im Rahmen des § 1 a AsylbLG an (Unterkunftskosten und unbare Leistungen, ohne ‚Taschengeld‘), solange eine Ausreise etwa wegen der Ereignisse im Kosovo unzumutbar sei – für die 6. und 32. Kammer war jedoch lediglich die Übernahme der Ausreisekosten (Bus- oder Flugticket usw.) „unabweisbar geboten“.

RichterInnen regelmäßig bestätigt wurden – teilweise sogar, indem die RichterInnen selbst einen Missbrauchsvorwurf konstruierten, wenn dies die Behörde versäumt hatte –, war für mich persönlich eine geradezu schockierende Erfahrung, obwohl ich zuvor glaubte, keine Illusionen über die Praxis der Rechtsprechung mehr zu haben. Offenkundig schutzbedürftige Flüchtlinge wurden von der Flüchtlingsbürokratie mutwillig und systematisch in offenkundige SozialhilfemissbraucherInnen umgeformt. Dass diese Ausschaffungspraxis gerade jene Flüchtlinge traf, die *zugleich* als Beleg für die Notwendigkeit einer völkerrechtswidrigen militärischen Intervention zur (angeblichen) Verhinderung eines neuen ‚Auschwitz‘ herhalten mussten, belegte auf eine besonders eindrückliche Weise die Beliebigkeit und Zweckbestimmtheit der politisch-behördlich-bürokratischen Konstruktion von ‚Schutzbedürftigkeit‘ oder ‚Missbrauch‘, ‚Illegalität‘ oder ‚Berechtigung‘ zur Flucht und den machtvollen Vorgang der politisch-instrumentellen Verobjektivierung von Menschen.

Der Umstand, dass etwa zwei Drittel der zur Anwendung des § 1 a AsylbLG urteilenden Berliner RichterInnen erster Instanz elementarste Grundsätze der Rechtsfindung bereitwillig oder leichtfertig missachteten, verdeutlichte, dass es überhaupt keine Gewähr dafür gibt, dass die bundesdeutsche Justiz einem künftigen hegemonialen Unrechtsregime oder erheblichen Grundrechtseinschränkungen auch nur irgendeinen Widerstand entgegensetzen würde – im Gegenteil.

