

Rechtsgutachten

zur Frage, ob nach Unions- und Verfassungsrecht die rechtliche Einstufung von Bosnien und Herzegowina, Makedonien und Serbien zu „sicheren Herkunftsstaaten“ zulässig ist

1. Einführung

Das vorgelegte Gutachten wurde im Auftrag von Pro Asyl erstellt. Anlass hierzu gab der Koalitionsvertrag zwischen der Christlich Demokratischen Union, der Christlich Sozialen Union und der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands vom November 2013, in dem ein Gesetz angekündigt wurde, mit dem die Länder *Bosnien und Herzegowina, Makedonien und Serbien* zu „sicheren Herkunftsstaaten“ im Sinne des Art. 16 Abs. 3 Satz 1 GG erklärt werden sollen. Das Bundesinnenministerium hatte am 21. Februar 2014 den Referentenentwurf eines entsprechenden Gesetzes zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes an die Verbände zur Stellungnahme übermittelt. Gleichzeitig wurde darüber diskutiert, zusätzlich auch die Länder *Albanien* und *Montenegro* als sichere Herkunftsstaaten zu listen. Am 28. März 2014 hat das Bundesinnenministerium den Verbänden den „*Entwurf eines Gesetzes zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und geduldete Ausländer*“ zur Stellungnahme zugeleitet. Dieser Referentenentwurf ersetzt den ursprünglichen. Es ist geplant, Ende April 2014 einen Kabinettsbeschluss zur Einbringung eines auf diesem Referentenentwurf aufbauenden Gesetzentwurfs herbeizuführen. Das in der Öffentlichkeit diskutierte Vorhaben, auch *Albanien* und *Montenegro* zu listen, verwirklicht der geänderte Referentenentwurf nicht. Die konservativen Parteien setzen wohl darauf, dieses im Laufe der Gesetzesberatungen durchsetzen zu können.

Da in der Öffentlichkeit Unsicherheit über die Grundlagen der verfassungsrechtlichen Herkunftsstaatenregelung und insbesondere über die Fluchtmotive der aus den bezeichneten Ländern im Bundesgebiet um Asyl suchenden Personen vorherrscht, hat Pro Asyl ein Gutachten im Auftrag gegeben, die unions- und verfassungsrechtlichen Grundlagen des angekündigten Gesetzes darzustellen. Gegenüber der 1993 geschaffenen verfassungsrechtlichen Rechtslage, die 1996 vom Bundesverfassungsgericht bestätigt wurde, hat sich durch die Übertragung asyl- und flüchtlingsrechtlicher Kompetenzen auf die Europäische Union auf der Grundlage des Amsterdamer Vertrages von 1997 die maßgebende

Rechtslage grundlegend verändert. Deshalb sind nicht nur die verfassungsrechtlichen, sondern entsprechend dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang insbesondere die unionsrechtlichen Grundlagen darzustellen, die den Gesetzgeber bei der Listung bestimmter Staaten als „sichere Herkunftsstaaten“ binden. Das vorgelegte Gutachten soll insbesondere dem Gesetzgeber als Entscheidungshilfe dienen. Zugleich werden im Anschluss an das Gutachten ausführliche Analysen der menschenrechtlichen Situation in den bezeichneten Ländern veröffentlicht, um das Informationsdefizit in der Öffentlichkeit und im Parlament zu beheben.

2. Funktion der Herkunftsstaatenregelung

Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG Staaten bestimmt werden, bei denen auf Grund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, dass dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Einfachgesetzliche Grundlage hierfür ist § 29a AsylVfG in Verbindung mit der Anlage II zum AsylVfG. Die Vorschrift nennt als besondere Gruppe »offensichtlich unbegründeter« Asylanträge (§ 30 AsylVfG) den Asylantrag eines Antragstellers aus einem »sicheren Herkunftsstaat« (Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG). *Drittstaatenregelung* (Art. 16a Abs. 2 GG, § 26a AsylVfG), *Flughafenverfahren* (Art. 16a Abs. 4 GG, § 18a AsylVfG) und das *Konzept sicherer Herkunftsstaaten* sind zentrale Schlüsselemente der *Asylrechtsreform von 1993*. In der Praxis hat das Konzept nach anfänglicher extensiver Inanspruchnahme kaum noch Bedeutung. Das dürfte auch daran liegen, dass sich die mit der Herkunftsstaatenregelung bezweckten Ziele auch durch die Regelungen zum offensichtlich unbegründeten Asylantrag (§ 30 AsylVfG) ebenso wirksam erreichen lassen. Die Herkunftsstaatenregelung wurde vom Bundesverfassungsgericht in einem der drei Urteile vom 14. Mai 1996 überprüft und verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Dabei hat es allerdings für den Gesetzgeber zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben gemacht, an denen ein Gesetz zu messen ist.¹

Wie aus dem Wortlaut der Verfassungsnorm hervorgeht, sind die anzuwendende Kriterien für die Bestimmung eines Staates als sicherer Herkunftsstaat verfassungsunmittelbar geregelt (Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG). Gelingt dem Antragsteller aus einem sicheren Herkunftsland nicht die Widerlegung der Vermutung, wird sein Antrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt (§ 29 Abs. 1 1. Hs. AsylVfG). Zwingende Rechtsfolge ist der Erlass der Abschiebungsandrohung nach § 34 Abs. 1 AsylVfG mit einwöchiger Ausreisefrist. Will der Antragsteller sich gegen die Ausreisepflicht zur Wehr setzen, darf er es nicht bei der Klage

¹ BVerfGE 94, 115 = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

gegen den ablehnenden Statusbescheid bewenden lassen, da durch die Einstufung seines Antrags als offensichtlich unbegründet das ansonsten bestehende vorläufige Bleiberecht entfällt (§ 75 Satz 1 AsylVfG). Dies folgt daraus, dass die Klage gegen den ablehnenden Bescheid keine aufschiebende Wirkung hat. Daher muss der Antragsteller nach § 36 Abs. 3 AsylVfG in Verbindung mit § 80 Abs. 5 VwGO Eilrechtsschutz gegen die drohende Aufenthaltsbeendigung beantragen. Weist das Verwaltungsgericht den Antrag zurück, ist keine Beschwerde gegeben (§ 80 AsylVfG). Die Abschiebungsandrohung ist sofort vollziehbar. Die einwöchige Ausreisefrist war durch den Eilrechtsschutz lediglich gehemmt worden (§ 59 Abs. 1 Satz 6 AufenthG). Diese Regelungen verdeutlichen die Funktion der Herkunftsstaatenregelung: Gelingt die Widerlegung der Sicherheitsvermutung nicht, besteht unverzügliche Ausreisepflicht. Die einwöchige Ausreisefrist wurde durch den Eilrechtsschutzantrag lediglich gehemmt. Im einstufigen Eilrechtsschutzverfahren wird in aller Regel lediglich summarisch nach Aktenlage entschieden und können sich die Verwaltungsgerichte auf die behördlichen Feststellungen berufen (§ 77 Abs. 2 AsylVfG). Nach den Erfahrungen in der Vergangenheit handhaben diese das regelmäßig auch so. Im Lichte dieser gesetzlichen Regelungen trifft den Gesetzgeber daher ein hohes Maß an Verantwortung, wenn er einen bestimmten Staat listen will.

3. Rechtlicher Maßstab für das Parlamentsgesetz

a) Rechtsanwendungsvorrang des Unionsrechts

Prüfkriterien nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG sind, dass in dem Staat, der zum sicheren Herkunftsstaat bestimmt werden soll, weder „politische Verfolgung“ noch „unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung“² stattfindet. Der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt der Herkunftsstaatenregelung ist damit der *staatsfixierte Begriff der Verfolgung* und der nach der deutschen Rechtsprechung ebenso staatsfixierte Abschiebungsschutz nach Art. 3 EMRK. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist politische grundsätzlich staatliche Verfolgung.³ Dagegen ist für das unionsrechtliche Konzept sicherer Herkunftsländer der *Begriff der Verfolgungshandlung* und der *konventionsrechtliche* Begriff der Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe sowie zusätzlich maßgebend, dass im betreffenden Drittstaat keine

² BVerfGE 94, 115 (135) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

³ BVerfGE 80, 315) = NVwZ 1990, 151 = InfAuslR 1990, 21 = EZAR 201 Nr. 20; BVerfGE 83, 216) = NVwZ 1991, 109 = InfAuslR 1991, 200 = EZAR 202 Nr. 20.

willkürliche Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts zu befürchten ist (Art. 30 Abs. 2 RL 2005/85/EG in Verb. mit Anhang II Abs. 1).

Unionsrechtlich wird das Konzept sicherer Herkunftsstaaten durch Art. 23 Abs. 4 Buchst. c) i) in Verb. mit Art 29 bis 31 RL 2005/85/EG geregelt. Die Regelungen sind nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs unionsrechtskonform.⁴ Anders als nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG, der für die Bestimmung eines Staates als sicherer Herkunftsstaat ein Parlamentsgesetz voraussetzt, wird das *unionsrechtliche Konzept sicherer Herkunftsstaaten* aufgrund einer vom Rat beschlossenen „gemeinsamen Minimalliste“ nach Maßgabe der in Anhang II der Richtlinie bezeichneten Kriterien konkretisiert. Zusätzlich wird den Mitgliedstaaten nach Art. 30 RL 2005/85/EG die Befugnis übertragen, ihre nationale Konzeption sicherer Herkunftsstaaten beizubehalten oder einzuführen, sofern sie mit den Kriterien in Anhang II der Richtlinie vereinbar ist. Im Blick auf sichere Herkunftsstaaten können die Mitgliedstaaten beschleunigte Verfahren einführen (Art. 23 Abs. 4 Buchst. c) ii) RL 2005/85/EG). Spätestens zum 20. Juli 2015 ist die Änderungsrichtlinie zur Verfahrensrichtlinie umzusetzen. Art. 36 und 37 RL 2013/32/EU weichen jedoch von den bisherigen Regelungen nicht ab. Dies gilt auch für Art. 31 Abs. 8 Buchst. b) RL 2013/32/EU, der im Blick auf das Beschleunigungselement Art. 23 Abs. 4 Buchst. c) ii) RL 2005/85/EG ersetzt. In der Praxis der Mitgliedstaaten scheint die Bedeutung des Konzepts sicherer Herkunftsstaaten bislang gering zu sein.

Bislang hat die Union keine Minimalliste sicherer Herkunftsstaaten festgelegt. Dies ist darin begründet, dass der Europäische Gerichtshof Art. 29 Abs. 1 RL 2005/85/EG für nichtig erklärt hat,⁵ weil das Parlament nicht am Mitentscheidungsverfahren beteiligt worden war. In der Sache hat der Gerichtshof aber zu erkennen gegeben, dass er gegen die Regelung selbst keine inhaltlichen Bedenken hat. So hat er zur Begründung für die Einführung vorrangiger und beschleunigter Verfahren ausdrücklich auf Erwägungsgrund Nr. 17 RL 2005/85/EG hingewiesen.⁶ Danach können die Mitgliedstaaten einen Drittstaat als sicheren Herkunftsstaat betrachten. Inzwischen hat der Unionsgesetzgeber mit der Änderungsrichtlinie die doppelte Konzeption sicherer Herkunftsländer aufgegeben. Art. 36 Abs. 1 RL 2013/32/EU setzt lediglich voraus, dass ein Drittstaat nach der Richtlinie als sicherer Herkunftsstaat bestimmt werden kann, enthält aber anders als die ursprüngliche Richtlinie keine Ermächtigung an den Rat, eine für die Mitgliedstaaten verbindliche Minimalliste zu beschließen. Daneben wurde

⁴ EuGH, NVwZ-RR 2013, 334 (336) Rdn. 77 – *D. und A.*

⁵ EuGH, NVwZ 2008, 1223 (1224) Rdn. 67 – *Parlament und Kommission gegen Rat.*

⁶ EuGH, NVwZ-RR 2013, 334 (335) Rdn. 72 – *D. und A.*

aber die nationale Ermächtigung in Form einer Stillstands- und Öffnungsklausel beibehalten (Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU). Daraus folgt, dass das Europäische Parlament an der Herkunftsstaatenregelung nicht mehr beteiligt werden kann, weil es keine gemeinsame, vom Rat zu beschließende europäische Liste sicherer Herkunftsstaaten mehr gibt. Vielmehr entsteht durch Zuweisung dieser Regelungsmaterie an die Mitgliedstaaten die Gefahr einer bunten Vielfalt unterschiedlicher nationaler Herkunftsstaatenregelungen. Ob sich dieses Risiko verwirklichen wird, ist angesichts der bislang geübten Zurückhaltung der Mitgliedstaaten in dieser Frage aber offen.

Eine Vertiefung der Folgen dieser konzeptionellen Änderung des unionsrechtlichen Konzepts sicherer Herkunftsstaaten kann für die Frage des rechtlichen Maßstabs des anstehenden Gesetzesvorhabens aber dahinstehen. Sowohl die frühere Befugnis des Rates wie auch die nationalen Regelungen, die aufgrund der Freistellungs- und Öffnungsklausel beibehalten oder eingeführt werden konnten, waren stets am Begriff der Verfolgungshandlung nach Art. 9 RL 2004/83/EG und der weiteren in Anhang II bezeichneten Kriterien auszurichten (Art. 29 Abs. 2, Art. 30 Abs. 1 RL 2005/85/EG). Es bedarf auch keiner Erörterung der Frage, ob der deutsche Gesetzgeber aktuell an die ursprüngliche oder bereits an die Änderungsrichtlinie gebunden ist, wenn er neue Herkunftsstaaten bestimmt. Auch die Änderungsrichtlinie verweist in der Stillstands- und Öffnungsklausel (Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU) auf den Begriff der Verfolgungshandlung nach Art. 9 RL 2011/95/EU (Anhang I Abs. 1). Der Begriff der Verfolgungshandlung in der Änderungsrichtlinie 2011/95/EU ist identisch mit dem der ursprünglichen Richtlinie 2004/38/EG. Damit ist festzuhalten, dass der nationale Gesetzgeber einen Drittstaat, den er als sicheren Herkunftsstaat in den Blick genommen hat, nicht vorrangig am Rechtsmaßstab des Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG zu prüfen, sondern die Verfassungsnorm im Rahmen der Stillstandsklausel am Begriff der Verfolgungshandlung im Sinne von Art. 9 RL 2011/95/EU zu messen hat. Durch die unionsrechtliche Entwicklung seit 1993 hat sich damit aufgrund des Rechtsanwendungsvorrangs eine entscheidende Änderung ergeben,⁷ deren Konsequenzen nachfolgend aufgezeigt werden. Rechtlicher Bezugsrahmen für den Gesetzgeber ist nicht der Begriff der politischen Verfolgung nach Art. 16a Abs. 1 GG und der vom Bundesverfassungsgericht lediglich auf staatliche Maßnahmen zugeschnittene Schutz des Art. 3 EMRK,⁸ sondern Art. 9 und Art. 15 RL 2011/95/EU (Anhang II zur Richtlinie). Zwar ist die Änderungsrichtlinie erst spätestens mit Wirkung zum 20. Juli 2015 umzusetzen (Art. 51 Abs. 1 RL 2013/32/EU). Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie

⁷ So auch *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, Stand November 2007, II - § 29a Rdn. 54.

⁸ BVerfGE 94, 115 (136 f.) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

2011/95/EU aber bereits mit Wirkung zum 1. Dezember 2013 zum Gegenstand des Asylverfahrens gemacht (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylVfG n.F.).

b) *Verfolgungshandlung im Sinne von Art. 9 RL 2011/95/EU als rechtlicher Maßstab*

Art. 16a Abs. 3 GG ist eine Rechtsvorschrift, die die Bundesrepublik beibehalten darf (Art. 30 Abs. 1 RL 2005/85/EG und Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU). Beide Richtlinien verweisen in ihrem jeweils maßgeblichen Anhang auf den Begriff der Verfolgungshandlung im Sinne von Art. 9 RL 2004/83/EG oder RL 2011/95/EU. Dieser Begriff ist ungleich weitergehend als der Begriff der „politischen Verfolgung.“ Er ist insbesondere nicht „staatsfixiert“ und schließt auch schwerwiegende Diskriminierungen ein.

Die Definition der Verfolgungshandlung nach Art. 9 RL 2013/95/EU definiert den Verfolgungsbegriff nach Art. 1 A Nr. 2 GFK. Dieser ist Teil der in Art. 6 und 7 RL 2011/95/EU vorgegebenen Konzeption des Wegfalls des nationalen Schutzes. Dieses Konzept beruht auf der GFK und damit auf der Schutzlehre.⁹ Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht 1989 die These entwickelt, das Völkerrecht habe »seinerzeit ohne weitere Infragestellung bei den Staaten als Völkerrechtssubjekten« angeknüpft¹⁰ und hieraus die Folgerung gezogen, dass Verfolgungen grundsätzlich nur vom Staat ausgehen können. Der verfassungsrechtliche Begriff der „politischen Verfolgung“ beruht also auf der völkerrechtlichen Zurechnungslehre. Danach haben die Staaten Sorge dafür zu tragen, dass ihre innerstaatliche Rechtsordnung so ausgestaltet ist und effektiv umgesetzt werden kann, dass sie unter normalen Umständen in der Lage sind, ihren völkerrechtlichen Präventions- und Repressionspflichten gegenüber Handlungen Privater mit der nach den Umständen *angemessenen Sorgfalt* zu entsprechen. Danach ist ein Mangel an *due diligence* anzunehmen, wenn die staatliche Organisation nicht einem internationalen objektiven Standard entspricht, der prinzipiell die Erfüllung entsprechender staatlicher Verpflichtungen garantieren kann.¹¹

Während also die Zurechnungslehre für den Begriff der politischen Verfolgung an das klassische Völkerrecht anknüpft, das allein auf Staaten und internationale Organisationen als Völkerrechtssubjekte konzentriert ist, trägt die Schutzlehre dem allgemeinen Menschenrechtsschutz Rechnung. Besondere Auswirkungen hat diese Entwicklung des Völkerrechts auf das Flüchtlingsrecht. Dies zeigt sich insbesondere an der Frage, ob Verfolgungen, die nicht vom Staat ausgehen, von diesem auch nicht initiiert oder toleriert

⁹ Zum Ganzen *Marx*, Handbuch zum Flüchtlingsschutz. Erläuterungen zur Qualifikationsrichtlinie, 2. Aufl., 2012, S. 90 ff.

¹⁰ BVerfGE 80, 315 (334) = NVwZ 1990, 151 = InfAuslR 1990, 21 = EZAR 201 Nr. 20.

¹¹ *Epiney*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater, 1992, S. 223, 227, 234; *Mössner*, GYIL Bd. 24 (1981), S. 63 (73 ff.).

werden, eine Schutzbedürftigkeit nach dem Völkerrecht begründen. Dies wird nach der Zurechnungslehre verneint, nach der Schutzlehre hingegen bejaht und damit begründet, dass ein Staat, der legitime Erwartungen an seine Schutzfähigkeit nicht erfüllen kann, seine grundlegenden Verpflichtungen verfehlt. Hierdurch wird das Bedürfnis nach einem Ersatz für den fehlenden nationalen Schutz aufgeworfen. Für das Entstehen der Schutzbedürftigkeit in derartigen Situationen ist keine Absicht oder fahrlässige Inkaufnahme des Staates, den nationalen Schutz zu versagen und dadurch dem Einzelnen einen Schaden zuzufügen, erforderlich: Ob als Folge willentlichen Handelns oder Unterlassens oder von Unfähigkeit zur Schutzgewährung, entscheidend ist, dass dem Einzelnen der Zugang zu grundlegenden Schutzgarantien verweigert wird.¹²

Eine systematische Analyse der Richtlinie 2011/95/EU erweist, dass der Begriff der Verfolgungshandlung nach Art. 9 in den Kontext der Schutzlehre einzuordnen ist. Anders als die verfassungsrechtliche Zurechnungsdoktrin setzt der Begriff der Verfolgungshandlung begriffsnotwendig keinen staatlichen Akteur voraus. Art. 9 selbst lässt diese Frage offen. Hingegen bezeichnet Art. 6 im Einzelnen drei Gruppen von Verfolgungsakteuren, denen auch nichtstaatliche Akteure zugerechnet werden (Art. 6 Buchst. c) RL 2011/95/EU, § 3c Nr. 3 AsylVfG). Erst bei den Schutzakteuren (Art. 7 Abs. 1 RL 2011/95/EU, § 3d Abs. 1 AsylVfG) kommt der Staat ins Spiel, nämlich bei der Frage, welche Akteure Schutz bieten können. Dabei wird der Staat u.a. als Schutzakteur bezeichnet (Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) RL 2011/95/EU, § 3d Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG n.F.). Wie der konzeptionelle Zusammenhang von Art. 6, 7 und 9 RL 2011/95/EU belegt, erfordert die Schutzlehre anders als die verfassungsrechtliche Zurechnungslehre für die Schutzfähigkeit nicht die Verfolgungsmächtigkeit. Demgegenüber wird nach deutschem Verfassungsrecht die Schutzfähigkeit durch die Verfolgungsmächtigkeit begrenzt und hat dies zur Folge, dass bei *staatlicher Schutzunfähigkeit* grundsätzlich *keine politische Verfolgung* stattfinden kann. Das Bundesverfassungsgericht hatte diese Konsequenz auf die ebenso eingängige wie völkerrechtlich fragwürdige These zugespitzt, dass die Macht zu *schützen* die Macht, zu *verfolgen*, einschließt und die Ratio des asylrechtlichen Schutzes ganz auf die Gefahren abhebt, die *aus einem bestimmt gearteten Einsatz verfolgender Staatsgewalt* erwachsen.¹³ Einer derartigen Reduzierung des flüchtlingsrechtlichen Schutzes beugt die Richtlinie 2011/95/EU wirksam mit der Entkoppelung des Verfolgungsbegriffs in Art. 9 vom Schutzkonzept in Art. 7 vor. Zunächst ist die Verfolgungshandlung (Art. 9) unabhängig davon

¹² Hathaway, The Law of Refugee Status, 1991, S. 128.

¹³ BVerfGE 80, 315 (334) = NVwZ 1990, 151 = InfAuslR 1990, 21 = EZAR 201 Nr. 20.

zu bestimmen, von wem sie ausgeht. Erst anschließend stellt sich die Frage, ob, in welchem Umfang und von wem Schutz hiergegen gewährt wird (Art. 7). Dieser unionsrechtlichen Rechtslage trägt mit Wirkung zum 1. Dezember 2013 auch der deutsche Gesetzgeber mit der spiegelbildlichen Übernahme dieses Konzepts in § 3a und § 3d AsylVfG n.F. Rechnung. Danach setzt die Verfolgungsmächtigkeit begrifflich nicht mehr die Schutzmächtigkeit voraus. Gegenüber den 1993 maßgebenden Rechtsmaßstäben haben sich damit aufgrund der unionsrechtlich veranlassten Einfügung des Asylrechts in das Völkerrecht die für den Gesetzgeber maßgebenden Rechtsmaßstäbe bei der Listung „sicherer Herkunftsstaaten“ entscheidend verändert. Da der Richtlinie und dem AsylVfG die Schutzlehre zugrundeliegt, dürfen bei der Analyse der allgemeinen Situation des Drittstaats, der zum sicheren Herkunftsstaat bestimmt werden soll, nicht nur vom Staat ausgehende Verfolgungen in den Blick genommen werden, sondern umfasst der rechtliche Maßstab auch Verfolgungshandlungen, die von privaten Akteuren begangen werden, und ist zu prüfen, ob der Staat gegen diese wirksamen Schutz gewährt und Zugang zum nationalen Schutzsystem besteht (Art. 7 Abs. 2 letzter Hs. RL 2011/95/EU, § 3d Abs. 2 letzter Hs. AsylVfG n.F.).

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber auch *schwerwiegende Diskriminierungen* in seine Bewertung einzubeziehen: Ausgangspunkt der Verfolgungshandlung sind „*schwerwiegende Verletzungen grundlegender Menschenrechte*“ (Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) RL 2011/95/EU, § 3a Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG n.F.). Dieser auf den flüchtigen Blick eher enge Ansatz wird insbesondere durch den *Kumulationsansatz* in Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) RL 2011/95/EU (§ 3a Abs. 1 Nr. 2 AsylVfG n.F.) sowie die *Regelbeispiele* in Art. 9 Abs. 2 RL 2011/95/EU (§ 3a Abs. 2 AsylVfG n.F.) gelockert.¹⁴ Was »schwerwiegend« ist, folgt einerseits aus Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) RL 2011/95/EU und andererseits ergänzend aus dem Kumulationsansatz in Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) RL 2011/95/EU. Danach müssen die einzelnen Rechtsverletzungen nicht notwendigerweise schwerwiegend sein (Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) RL 2011/95/EU). Vielmehr reicht eine „Verletzung der Menschenrechte“ aus. Es müssen auch keine grundlegenden Menschenrechte wie bei Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) RL 2011/95/EU betroffen sein. Buchstabe b) unterscheidet sich von Buchstabe a) dadurch, dass die Verfolgung nicht eine schwerwiegende Verletzung grundlegender Menschenrechte voraussetzt. Der Kumulationsansatz ist demnach weiter gefasst als der enge Ausgangspunkt des Verfolgungsbegriffs. Er verweist auf den generellen Ansatz des Verfolgungsbegriffs, wonach die Bedrohung des Lebens oder der Freiheit aus den Gründen der Konvention stets eine Verfolgung darstellt, hingegen andere

¹⁴ Zum Ganzen Marx, Handbuch zum Flüchtlingsschutz. Erläuterungen zur Qualifikationsrichtlinie, 2. Aufl., 2012, S. 26 ff.

Verstöße gegen die Menschenrechte schwerwiegend sein müssen. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs stellt zwar nicht jede völkerrechtlich zulässige Diskriminierung aus den Gründen der Konvention notwendigerweise Verfolgung dar.¹⁵ Hiermit erkennt er aber stillschweigend an, dass Diskriminierungen konzeptionell unter bestimmten Voraussetzungen Verfolgungen darstellen können. Überholt ist damit die frühere eher oberflächliche Differenzierung in erhebliche politische Verfolgung einerseits und in unbeachtliche allgemeine Diskriminierungen andererseits. Andererseits schließt der Verfolgungsbegriff schließt zwar konzeptionell alle Menschenrechte ein. Den Flüchtlingsschutz unterscheidet aber vom Menschenrechtsschutz, dass nicht die ungehinderte größtmögliche Ausübungsfreiheit der Menschenrechte gewährt, sondern die Flüchtlingseigenschaft nur zuerkannt wird, wenn deren Verletzung ernsthaft genug ist. Es ist der Kumulationsansatz, der Diskriminierungen erst juristisch handhabbar macht. Diese dürfen daher „nicht vorschnell“ ausgeschlossen werden.¹⁶

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Rücksicht auf unionsrechtliche Bestimmungen seine bis dahin entgegenstehende Rechtsprechung geändert. Früher hatte es den Kumulationsansatz zurückgewiesen: Eingriffe, die unterschiedliche Schutzgüter mit einer jeweils nicht erheblichen Intensität betreffen, also eine »Vielzahl diskriminierender 'Nadelstiche'«, seien auch in ihrer Gesamtwirkung keine Verfolgung. Mehrere für sich genommen jeweils nicht besonders schwere Beeinträchtigungen unterschiedlicher Rechtsgüter könnten zwar in ihrer Gesamtheit zu einer Benachteiligung und Unterdrückung in verschiedenen Lebensbereichen führen. Eine derartige Situation sei aber noch keine Verfolgung.¹⁷ An diesen Grundsätzen hält das Gericht nicht mehr fest und leitet damit eine paradigmatische Änderung seiner Rechtsprechung ein. In diesem Zusammenhang verwendet es den Begriff *Eingriffshandlungen* und füllt diesen mit den Begriffen „Menschenrechtsverletzungen wie sonstigen schwerwiegenden Repressalien, Diskriminierungen, Nachteilen und Beeinträchtigungen“ aus. Diskriminierungen stehen jedoch *nicht neben* Menschenrechtsverletzungen, sondern *sind* als solche eine Menschenrechtsverletzung in jeweils unterschiedlicher Form. Entscheidend ist, dass die Vielzahl „diskriminierender Nadelstiche“ das Maß des allgemein Hinnehmbaren überschreitet, und zwar unabhängig davon, in welcher Form, ob durch Eingriff oder durch Versagung. Diskriminierungen setzen gezielte Handlungen voraus, die sich im aktiven Tun

¹⁵ EuGH, NVwZ 2013, 1612 (1614) Rdn. 61 – Y und Z, mit Anmerkung *Marx*, NVwZ 2012, 1615 = InfAusIR 2012, 444 = EZAR NF 62 Nr. 27.

¹⁶ BVerwGE 146, 67 (84) Rdn. 37 = EZAR NF 62 Nr. 28 = NVwZ 2012/3, 936 = InfAusIR 2013, 300; *Marx*, Asylmagazin 2013, 233 (235).

¹⁷ BVerwG, NVwZ-RR 1995, 607.

oder im bewussten Unterlassen¹⁸ ausdrücken können. Dem Begriff der Verfolgung ist damit wegen seiner Offenheit ein unvermeidbares *Element der Relativität* immanent.¹⁹

c) *Unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung als Rechtsmaßstab*

Nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG hat das Parlamentsgesetz auch zu berücksichtigen, ob in dem Herkunftsstaat, der als sicher bestimmt werden soll, keine unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts werden damit „staatliche Maßnahmen“ erfasst, die nicht zugleich politische Verfolgung im asylrechtlichen Sinne darstellen. Die vom Verfassungsgesetzgeber gewählte Formulierung knüpfe in Wortlaut und Inhalt erkennbar an Art. 3 EMRK an. Die von diesem in Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG geforderte Gewährleistung der Sicherheit auch vor unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung oder Behandlung gehe über den Schutzbereich des Art. 16a Abs. 1 GG hinaus und stelle sicher, dass ein solches *staatliches* Handeln in die Prüfung einbezogen und so den fließenden Übergängen zu asylrechtlich erheblichen Verfolgungsmaßnahmen Rechnung getragen werde.²⁰ Im Ausgangspunkt stimmt der verfassungsrechtliche Ansatz in diesem rechtlichen Gesichtspunkt mit Unionsrecht überein, weil die Verfahrensrichtlinie im Blick auf die den Mitgliedstaaten für die ihnen eingeräumte Befugnis, Drittstaaten zu sicheren Herkunftsstaaten zu erklären (Art. 30 Abs. 1 RL 2005/85/EG und Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU), ebenfalls an den Begriff der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe anknüpft und zusätzlich fordert, dass auch keine Bedrohung infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts zu befürchten sind (Anhang II RL 2005/85/EG und Anhang I und Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU).

Übereinstimmung zwischen verfassungs- und unionsrechtlichen Ansatz besteht auch insoweit, dass sowohl das Bundesverfassungsgericht wie auch die Richtlinie 2005/85/EG nach ihrem Erwägungsgrund Nr. 9 auf die Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen, also auch auf die EMRK abstellen. Hingegen verweist die Richtlinie 2013/32/EU in ihren Erwägungsgründen zwar nicht ausdrücklich auf völkervertragsrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Die in Anknüpfung an Anhang II der Ursprungsrichtlinie 2005/85/EG in Anhang I gewählte Formulierung „Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung“ ist jedoch mit dem Text von Art. 3 EMRK identisch. Diese Formulierung wird auch an zahlreichen Stellen der geänderten Qualifikationsrichtlinie – insbesondere in

¹⁸ BVerwGE 135, 55 (61) = EZAR NF 61 Nr. 4 = NVwZ 2009, 984;

¹⁹ *Goodwin-Gill/McAdams*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., 2007, S. 132.

²⁰ BVerfGE 94, 115 (136 f.) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

Art. 15 Buchst. b) RL 2011/95/EU – verwandt. Auch ist die Union nach Art. 6 Abs. 3 EUV an die EMRK gebunden, sodass aus Verfassungsrecht folgt, dass die Mitgliedstaaten bei der Bestimmung von Drittstaaten als sichere Herkunftsstaaten an den von der EMRK vorgegebenen Begriff der „Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung“ und insoweit insbesondere an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Auslegung und Anwendung von Art. 3 EMRK gebunden sind. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gehört Art. 3 EMRK zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, deren Einhaltung der Gerichtshof sichert. Für die Auslegung seiner Reichweite im Unionsrecht findet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Berücksichtigung.²¹

Der vom Bundesverfassungsgerichts geprägte Begriff der „Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung der Behandlung“ weicht jedoch wegen seiner Staatsfixiertheit vom unionsrechtlich maßgebenden Inhalt dieses Begriffs ab. Das Gericht knüpft auch für diesen Begriff erkennbar an seine 1989 geprägte Zurechnungsdoktrin an und verlangt insoweit, dass nur eine vom Staat ausgehende Folter oder unmenschliche Bestrafung oder Behandlung in den Blick zu nehmen ist. Das Bundesverfassungsgericht nimmt zwar die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes in Bezug.²² Diese Rechtsprechung wäre aber nur dann von Bedeutung, wenn das Bundesverfassungsgericht etwa das im Grundrechtskatalog nicht ausdrücklich erwähnte Folterverbot auszulegen hätte. Insoweit diene die Rechtsprechung des Gerichtshofs auch zur Auslegung des verfassungsrechtlichen Menschenwürdegebots von Art. 1 Abs. 1 GG, das als innerstaatliche Umsetzung des völkerrechtlichen Folterverbots (Art. 3 in Verb. mit Art. 15 Abs. 2 EMRK) zu verstehen ist.²³ Darum geht es hier jedoch nicht. Vielmehr geht es um die Auslegung einer Einschränkung des durch Art. 16a Abs. 1 GG verbürgten Grundrechts anhand eines Verfassungstextes, der erkennbar den Text von Art. 3 EMRK gewählt hat (Art. 16 Abs. 3 Satz 1 GG). Es liegt nahe, hier nicht lediglich im Sinne einer Auslegungshilfe, sondern unmittelbar auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zurückzugreifen. Die Kommentarliteratur verhält sich zu dieser Frage nicht.²⁴ Zu bedenken ist insoweit aber, dass

²¹ EuGH, InfAuslR 2009, 138 Rd n. 28 = NVwZ 2009, 705 = EZAR NF 69 Nr. 5 - *Elgafaji*.

²² BVerfGE 74, 358 (370); *Kirchhof*, EuGRZ 1994, 16 (31 f.).

²³ BV4erfGE 75, 1 (16 f.); *Herdegen*, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 97 f.

²⁴ *Hailbronner*, AuslR, B 1, Stand Oktober 1996, Art. 16a GG Rdn. 385; *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, Stand November 2007, II - § 29a Rdn. 56; *Bergmann*, in: Renner, Ausländerrecht. Kommentar, 10 Aufl., 2013,

das Bundesverfassungsgericht die staatsfixierte Auslegung von Art. 3 EMRK im Mai 1996 entwickelte und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erstmals im Dezember 1996 den Refoulementschutz auch auf nicht vom Staat ausgehende Gefahren ausweitete.²⁵

Wird die Rechtsprechung des Gerichtshofs lediglich als Orientierungshilfe herangezogen, würde ein Konflikt zwischen Verfassungs- und Unionsrecht aufgeworfen. Einen derartigen Konflikt mit Art. 3 EMRK prägte das nationale Abschiebungsverbot des § 53 Abs. 1 und 4 AuslG 1990 und § 60 Abs. 5 AufenthG, die beide an Art. 3 EMRK anknüpfen, in nahezu zwanzig Jahre währender Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Wie das Bundesverfassungsgericht hatte auch das Bundesverwaltungsgericht von Anfang an die Zurechnungsdoktrin bei der Anwendung des nationalen Abschiebungsverbots, der auf Art. 3 EMRK beruht, angewandt und ausdrücklich erklärt, dass es der entgegenstehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht folge, sondern Art. 3 EMRK eigenständig auslege.²⁶ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entwickelte – wie erwähnt - Mitte der 1990er Jahre seine Rechtsprechung, wonach der Refoulementschutzcharakter von Art. 3 EMRK nicht von einer staatlich zurechenbaren Strafe oder Behandlung abhängig ist.²⁷ Diese Rechtsprechung ist inzwischen in zahlreichen Judikaten gefestigt worden. Der Richtliniengesetzgeber ist bei der Übernahme des auf Art. 3 EMRK zurückgehenden subsidiären Schutz nach Art. 15 Buchst. b) von Anfang an der Rechtsprechung des Gerichtshofs gefolgt (Art. 18 in Verb. mit Art. 6 Buchst. c) RL 2004/83/EG). Der deutsche Gesetzgeber hat dies inzwischen für den subsidiären Schutz ausdrücklich anerkannt (§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 3 Satz 1 in Verb. mit § 3c Nr. 3 AsylVfG n.F.). Hatte das Bundesverwaltungsgericht für das nationale Abschiebungsverbot des § 60 Abs. 5 AufenthG auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 2004/83/EG zunächst noch nahezu ein Jahrzehnt an der Zurechnungslehre festgehalten, hat es diese Lehre kürzlich in einem überraschenden und eher beiläufig vollzogenen Schwenk aufgegeben und festgestellt, dass nationale Abschiebungsverbot des § 60 Abs. 5 AufenthG berücksichtige nicht nur Gefahren für Leib und Leben, die seitens des Staates oder einer staatsähnlichen Organisation drohten.²⁸

Art. 16a GG Rdn. 72; Möller, in: Hofmann/HoffmannAusländerrecht. Handkommentar, 2008, Art. 16a GG Rdn. 29; s. aber Marx, Kommentar zum AsylVfG, 7. Aufl., 2007, §29a Rdn. 48.

²⁵ EGMR, InfAuslR 1997, 279 (280) Rdn. 35 ff.= EZAR 933 Nr. 5 = NVwZ 1997, 1100 – Ahmed.; s. hierzu Marx, NVwZ 1998, 153.

²⁶ BVerwGE 99, 331 (335) = EZAR 043 Nr. 11 = NVwZ 1996, 476; BVerwGE 104, 265 (269) = EZAR 043 Nr. 21 = InfAuslR 1997, 341.

²⁷ EGMR, InfAuslR 1997, 279 (280) Rdn. 35 ff.= EZAR 933 Nr. 5 = NVwZ 1997, 1100 – Ahmed.; EGMR, InfAuslR 1997, 333 (335) Rdn. 335 = EZAR 933 Nr. 6 = NVwZ 1998, 163 – H.L.R.; EGMR, InfAuslR 1997, 381 (382) Rdn. 49 = EZAR 933 Nr. 7 = NVwZ 1997, 1100 – D; s. hierzu Marx, NVwZ 1998, 153.

²⁸ BVerwGE 147, 8 (19) Rdn. 25 = EZAR NF 51 Nr. 35.

Der Gesetzgeber hat daher beim Prüfkriterium der unmenschlichen oder erniedrigenden Bestrafung oder Behandlung auch nicht vom Staat verursachte Gefahren und Bedrohungen in den Blick zu nehmen. Maßgebend für die insoweit relevanten Umstände ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs für Menschenrechte. Dieser grenzt »unmenschliche« oder »erniedrigende« Maßnahmen von jenen, die nicht im Sinne von Art. 3 EMRK erheblich sind, anhand eines *Relativitätstests* ab.²⁹ Um eine Maßnahme als »unmenschlich« oder »erniedrigend« im Sinne von Art. 3 EMRK ansehen zu können, muss die Bestrafung oder Behandlung über das notwendigerweise mit jeder legitimen Behandlung oder Bestrafung verbundene Maß des Leidens oder der Erniedrigung hinausgehen. Ersichtlich vollzieht sich die Erfassung »unmenschlicher« oder »erniedrigender« Behandlung oder Bestrafung durch Einzelfallrechtsprechung. Der kasuistische Ansatz entzieht sich einer präzisen juristischen Definition. Dies ist dem spezifischen Charakter der Abgrenzungsaufgabe geschuldet. Einerseits empfinden Betroffene gegen sie ausgeübten Zwang als »unmenschlich« oder »erniedrigend«. Andererseits hat der Staat die Aufgabe, die Rechte der Bürger gegebenenfalls auch unter Anwendung von Zwangsmitteln gegen Personen, die diese Rechte bedrohen, zu schützen. Staatliche Zwangsmittel sind begriffsnotwendig »unmenschlich« oder »erniedrigend« für die von Zwang betroffenen Personen. Daher fordert der Gerichtshof, dass zusätzliche Faktoren festgestellt werden müssen, um Zwangsmaßnahmen im Sinne von Art. 3 EMRK als »unmenschlich« oder »erniedrigend« ansehen zu können.

d) *Ergebnis*

Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG ist im Rahmen der Stillstandsklausel des Art. 30 Abs. 1 RL 2005/85/EG (Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU) anzuwenden. Dementsprechend hat der nationale Gesetzgeber den Begriff der Verfolgungshandlung *und* der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe im Sinne der Schutzlehre und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 3 EMRK auszulegen. Die Zurechnungsdoktrin begrenzt nicht die Bandbreite der in Betracht zu ziehenden Tatsachen und Umstände. Auch das Beweismaß ist nach Unionsrecht strenger als nach Verfassungsrecht. Setzt Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG lediglich voraus, dass „*gewährleistet erscheint*“, dass weder Verfolgung noch Misshandlungen stattfinden, gilt nach Unionsrecht ein Staat nur als sicherer Herkunftsstaat, wenn sich dies „*nachweisen lässt*“ (Anhang II Abs. 1 RL 205/845/EG und Anhang I Abs. 1 RL 2013/32/EU)

²⁹ EGMR, RJD 1999-V = HRLJ 1999, 238 - *Selmouni*; EGMR, HRLJ 1999, 459 (468) - *V*; EGMR, HRLJ 2002, 378 (384) - *Kalashnikov*; s. auch EGMR, HRLJ 1990, 335 (362) = EZAR 933 Nr. 1 = NJW 1990, 2183 - *Soering*; EGMR, NVwZ 2008, 1330 (1332) Rdn. 135 - *Saadi*.

Die Prüfkriterien Verfolgung und Misshandlung stehen nach Unionsrecht gleichberechtigt nebeneinander. Demgegenüber geht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Begriff Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe über den Schutzbereich des Art. 16a Abs. 1 GG hinaus und stellt sicher, dass den *fließenden Übergängen zu asylrechtlich erheblichen Verfolgungsmaßnahmen* Rechnung getragen wird.³⁰ Zutreffend ist zwar, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen beiden Formen von Menschenrechtsverletzungen nicht möglich ist.³¹ Unzutreffend ist hingegen, dass der Schutzbereich von Art. 3 EMRK über den Begriff der Verfolgungshandlung nach Art. 9 RL 2011/95/EU hinausgeht. Vielmehr geht der subsidiäre Schutz nach Art. 15 Buchst. b) der Richtlinie nur insoweit über den Flüchtlingsschutz hinaus, als der ernsthafte Schaden nicht an Verfolgungsgründe anknüpfen muss. Andererseits ist der differenziert konzipierte Begriff der Verfolgungshandlung einschließlich erheblicher Diskriminierungen bedeutend weitergehend als der Schutzbereich von Art. 3 EMRK. Die nach 1993 einsetzende unionsrechtliche Rechtsentwicklung unter dem prägenden Einfluss der Schutzlehre und eines erhebliche Diskriminierungen einschließenden Verfolgungsbegriffs wirft andererseits die Frage auf, wie das Konzept sicherer Herkunftsländer im Lichte dieser Entwicklung seine Funktion erfüllen kann.

Die Prüfkriterien des Anhangs II RL 2005/85/EG bzw. Anhangs I RL 2013/32/EU wie auch des Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG sind von ihrer Funktion her auf die Rechtsanwendung gemünzt. Das Vordringen der Schutzlehre und des Diskriminierungsbegriffs hat jedoch dazu geführt, dass beide Prüfkriterien sich funktionell nur noch für die Rechtsanwendung im Einzelfall eignen, aber keine hinreichend zuverlässigen allgemeinen Prüfkriterien für die Aufgabe mehr darstellen, „sichere“ von „weniger sicheren“ oder gar von absolut sicheren Staaten abzugrenzen. Die Richtlinie 2005/85/EG erkennt insoweit an, dass die Bestimmung eines Drittstaats als „sicherer“ Herkunftsstaat keine „absolute Garantie“ für die Sicherheit von Staatsangehörigen dieses Landes bieten kann. Bei der dieser Bestimmung zugrunde liegenden Prüfung können naturgemäß nur die allgemeinen staatsbürgerlichen, rechtlichen und politischen Gegebenheiten in dem betreffenden Land sowie der Umstand berücksichtigt werden, ob Personen, die dort Verfolgung, Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender

³⁰ BVerfGE 94, 115 (136 f.) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

³¹ *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG, Stand November 2007, II - § 29a Rdn. 55.

Behandlung oder Strafe für schuldig befunden werden, auch tatsächlich bestraft werden (Erwägungsgrund Nr. 21 RL 2005/85/EG, so auch Erwägungsgrund Nr. 42 RL 2013/32/EU).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts decken sich die Prüfkriterien in Art. 16a Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 GG nicht inhaltlich im vollem Umfang. Sie hätten unterschiedliche Funktion, einerseits Prüfung des Einzelfalls, andererseits Beurteilung der allgemeinen Situation in einem Staat.³² Entsprechend der herangezogenen Zurechnungsdoktrin liegt der Fokus des Bundesverfassungsgerichts nicht auf der Schutzkomponente, sondern auf dem Begriff der politischen Verfolgung. Das wird auch deutlich an der Funktion, die es in diesem Zusammenhang Art. 3 EMRK beimisst, nämlich fließende Übergänge zu asylrechtlich erheblichen Verfolgungsmaßnahmen sachgerecht zu erfassen. Angesichts der aufgezeigten Rechtsentwicklung ist dieses Prüfkriterium aber für die Abgrenzungsaufgabe unscharf geworden und kann es seine Funktion als Leitlinie für den Gesetzgeber nicht mehr erfüllen, wenn es sie denn je hat erfüllen können. Demgegenüber weisen Erwägungsgrund Nr. 21 RL 2005/85/EG und Erwägungsgrund Nr. 42 RL 2013/32/EU auf die Schutzlehre hin. Maßgebend ist nicht in erster Linie eine präzise Erfassung der im Blick auf Drittstaat festgestellten Verfolgungshandlungen, Folterungen und unmenschlichen Maßnahmen, sondern wie wirksam dieser hiergegen vorgeht. Mit der wirksamen Strafverfolgung der Verantwortlichen für diese Maßnahmen beziehen beide Richtlinie sich auf die im Menschenrechtsdiskurs der 1990er Jahre entwickelte Strategie „*no impunity*“ („keine Straflosigkeit für Täter von Menschenrechtsverletzungen“), die schließlich unter maßgeblichem Einfluss nichtstaatlicher Organisationen 1993/1994³³ zunächst zur Einrichtung der Ad hoc-Tribunale zum ehemaligen Jugoslawien und zu Ruanda und 1998 zum Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs geführt haben.

Der materielle Grundrechtsschutz aufgrund von Sekundärrecht ist zwar nicht deckungsgleich mit dem verfassungsrechtlichen Asylschutz, hat jedoch im Wesentlichen die gleiche Funktion und die gleichen Rechtsfolgen.³⁴ Der europarechtliche, völkerrechtlich orientierte Flüchtlingsschutz vermittelt sogar überwiegend einen weitaus günstigeren Schutz als der verfassungsrechtliche Asylschutz, wie insbesondere die auf der Schutzlehre beruhende unionsrechtliche Konzeption sicherer Herkunftsländer erweist, die gegenüber dem nationalen

³² BVerfGE 94, 115 (134) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

³³ So *Bogdandy/ Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 101.

³⁴ BVerwGE 132, 79 (99) = AuAS 2009, 70 = NVwZ 2009, 403 (LS).

Grundrechtsschutz, der für die Einschränkung des Asylgrundrechts im Rahmen der Konzeption sicherer Herkunftsländer auf die Zurechnungsdoktrin zurückgreift. Die Frage, ob Art. 30 Abs. 1 in Verb. mit Anhang II RL 2005/85/EG (Art. 37 Abs. 1 in Verb. mit Anhang I RL 2013/32/EU) ein ausbrechender Rechtsakt darstellt, stellt sich nicht. Vermittelt Unionsrecht stärkeren Schutz als nationales Verfassungsrecht, kann nicht erkannt werden, dass hierdurch Konflikte zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht aufgeworfen werden könnten. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG fordert nicht Identität, sondern Vergleichbarkeit des Grundrechtsschutzes. Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht die Wiederaufnahme seiner Prüfungstätigkeit im Blick auf geltend gemachte Grundrechtsverletzungen durch sekundäres Unionsrecht davon abhängig gemacht, dass dargelegt wird, die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof sei unter den erforderlichen Grundrechtsstandard *abgesunken*.³⁵

4. Methodik der Bestimmung sicherer Herkunftsländer

a) Allgemeine Grundsätze

Die Bestimmung eines Staates zum sicheren Herkunftsstaat nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG ist aufgrund der *Rechtslage*, der *Rechtsanwendung* und der *allgemeinen politischen Verhältnisse* in diesem Staat zu treffen. Nach Anhang II Abs. 2 RL 2005/85/EG, der auch im Rahmen der Stillstandsklausel des Art. 30 RL 2005/85/EG zu beachten ist, gilt ein Drittstaat als sicherer Herkunftsstaat, wenn sich anhand der Rechtslage, der *Anwendung der Rechtsvorschriften* in einem demokratischen System und der *allgemeinen Lage* nachweisen lässt, dass dort generell und durchgängig weder eine Verfolgung noch Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe noch Bedrohung infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts zu befürchten sind. Art. 30 Abs. 4 RL 2005/85/EG bekräftigt diese Grundsätze für die Befugnis der Mitgliedstaaten, Herkunftsstaatenregelungen beizubehalten, nochmals mit bindender Wirkung. In Art. 37 RL 2013/32/EU fehlt diese Bestätigung, weil bereits Anhang I Abs. 1 RL 2013/32/EU bereits diese Verpflichtung für die Mitgliedstaaten enthält. In Übereinstimmung mit unionsrechtlichen Verpflichtungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur die innerstaatlichen Gesetze sowie die für das innerstaatliche Recht für verbindlich erklärten völkerrechtlichen Verträge zum Schutze der Menschenrechte in den Blick zu nehmen, sondern insbesondere auch die *Anwendung der*

³⁵ BVerfGE 102, 147 (163 ff.).

Gesetze in der Praxis vor dem Hintergrund der *allgemeinen politischen Situation* in diesem Staat. Ein besonderes Augenmerk ist bei der entsprechenden Beurteilung nach Unionsrecht darauf zu richten, inwieweit *Schutz* vor Verfolgung und Misshandlung durch die einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften gewährleistet wird (Anhang II Abs. 2 Buchst. a) RL 2005/85/EG und Anhang I Abs. 2 Buchst. a) RL 2013/32/EU).

Das Grundgesetz trifft in Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG keine Regelung für das vom Gesetzgeber anzuwendende Verfahren zur Bestimmung eines sicheren Herkunftsstaates. Eine derartige Bestimmung erfordert die Beurteilung der Verhältnisse in einem anderen Staat und - dem vorausgehend - die Erhebung der für die gesetzgeberische Feststellung erforderlichen tatsächlichen Grundlagen. Hierfür wird dem Gesetzgeber nicht von Verfassungs wegen eine bestimmte Art des Vorgehens, etwa die Einholung bestimmter Auskünfte oder die Ermittlung genau bezeichneter Tatsachen, vorgeschrieben.³⁶ Die Verfassung gibt in Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG dem Gesetzgeber lediglich bestimmte *Prüfkriterien* vor. Eine eigenständige Prüfung der Verhältnisse in dem betreffenden Staat anhand der von der Verfassung vorgegebenen Prüfkriterien wird dadurch freilich nicht ersetzt.³⁷ Dabei ist Art. 16a Abs. 3 GG darauf gerichtet, für bestimmte Staaten *im Wege einer vorweggenommenen generellen Prüfung durch den Gesetzgeber* feststellen zu lassen, dass in ihnen allgemein keine politische Verfolgung stattfindet und daher die widerlegliche Vermutung der offensichtlichen Unbegründetheit individueller Asylanträge aufgestellt werden kann.³⁸

Während die Verfassung dem Gesetzgeber vollständige Freiheit in der Wahl der Erkenntnismittel zur Untersuchung der allgemeinen Verhältnisse in dem Staat, der für sicher erklärt werden soll, sowie auch bei der Wahl der Aufklärungsmethoden gewährt, schreibt Unionsrecht für das nationale Verfahren zur Bestimmung sicherer Herkunftsländer vor, dass verschiedene Informationsquellen, insbesondere Informationen anderer Mitgliedstaaten, von UNHCR, des Europarates und anderer einschlägiger Organisationen heranzuziehen sind (Art. 30 Abs. 5 RL 2005/85/EG). Die Änderungsrichtlinie bekräftigt diesen Ansatz und bezeichnet zusätzlich EASO (Art. 37 Abs. 3 RL 2013/32/EU). Nach Erwägungsgrund Nr. 46 RL 2013/32/EU sollen die Mitgliedstaaten bei der Anwendung einzelfallbezogener Konzepte des sicheren Herkunftsstaates unter anderem die Leitlinien und Handbücher sowie die Informationen über Herkunftsländer und die Maßnahmen einschließlich der Methode für Berichte mit Informationen über Herkunftsländer des EASO sowie einschlägige UNHCR-

³⁶ BVerfGE 94, 115 (141 ff.) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

³⁷ BVerfGE 94, 115 (139) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

³⁸ BVerfGE 94, 115 (135) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

Leitlinien berücksichtigen. Neben UNHCR sind insbesondere auch Berichte des Menschenrechtszentrums der Vereinten Nationen, insbesondere die der Sonderberichterstatter zu einzelnen Ländern und zu spezifischen Themen heranzuziehen. Relevante Berichte des Europarates sind insbesondere Berichte des Hohen Kommissars für Menschenrechte sowie des Ausschusses zur Verhütung von Folter. Einschlägige Organisationen sind die zahlreichen internationalen und nationalen Nichtregierungsorganisationen und in diesem Zusammenhang insbesondere Amnesty International und Human Rights Watch.

b) *Anforderungen an das Prüfungsverfahren des Gesetzgebers*

Die Bestimmung eines Staates zum sicheren Herkunftsstaat nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG wie auch nach Unionsrecht ist aufgrund der *Rechtslage*, der *Rechtsanwendung* und der *allgemeinen politischen Verhältnisse* in diesem Staat zu treffen. Nicht nur die innerstaatlichen Gesetze sowie die für das innerstaatliche Recht für verbindlich erklärten völkerrechtlichen Verträge zum Schutze der Menschenrechte sind in den Blick zu nehmen, sondern insbesondere auch die Anwendung der Gesetze in der Praxis vor dem Hintergrund der allgemeinen politischen Situation in diesem Staat. Damit trägt der Verfassungsgesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass die praktische Wirksamkeit geschriebener Normen nicht immer schon mit ihrem Erlass gewährleistet ist.³⁹ Zwar enthält die Verfahrensrichtlinie weder in der ursprünglichen noch in der geänderten Fassung für die Befugnis der Mitgliedstaaten, Drittstaaten zu sicheren Herkunftsstaaten zu bestimmen, bestimmte Regeln zur Methodik der vorgängigen Prüfung der Sicherheit. Eine wichtige Funktion kommt hierbei jedoch Art. 7 Abs. 2 RL 2011/95/EU zu:

Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 2 RL 2011/95/EU ist generell Schutz gewährleistet, wenn der Staat geeignete Schritte einleitet, um Verfolgungen und Misshandlungen zu verhindern, beispielsweise durch wirksame Rechtsvorschriften zur Ermittlung, Strafverfolgung und Ahndung von Handlungen, die eine Verfolgung darstellen, und wenn die der Obhut des Staates unterstehenden Personen Zugang zu diesem nationalen Schutzsystem haben (so auch § 3d Abs. 2 AsylVfG n.F.). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist für die Prüfung flüchtlingsrelevanter Umstände insbesondere die *Funktionsweise der Institutionen, Behörden* und *Sicherheitskräfte* einerseits und aller Gruppen im Herkunftsland, die durch ihr Tun oder Unterlassen für Verfolgungen gegen den Einzelnen ursächlich werden können, andererseits zu berücksichtigen. Nach Art. 4 Abs. 3 RL 2011/95/EU sind insbesondere die Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Herkunftslands und die Weise, in der sie angewandt

³⁹ BVerfGE 94, 115 (141) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

werden, sowie der Umfang, in dem im Herkunftsland die Achtung der grundlegenden Menschenrechte gewährleistet ist, in den Blick zu nehmen.⁴⁰ In ihrem Vorschlag zum Entwurf der Qualifikationsrichtlinie hatte die Kommission ausgeführt, es müssten ein Schutzsystem und Mechanismen zur Ermittlung, strafrechtlichen Verfolgung und Ahndung von Verfolgungen vorhanden sein. Einen wirksamen Schutz gebe es nur, wenn der Staat in der Lage und willens sei, dieses System so zu handhaben, dass die Gefahr der Verfolgung und Misshandlung minimal sei. Zunächst sei zu ermitteln, ob der Staat geeignete Schutzvorkehrungen eingeleitet habe. Hierbei sei die allgemeine Lage zu berücksichtigen. Geprüft werden müsse ferner, ob der Staat sich an der Verfolgung beteilige, welche Politik er insoweit betreibe, ob Verfolger Einfluss auf staatliche Bedienstete nehmen würden, ob die Untätigkeit des Staates System habe und welche Maßnahmen der Staat treffe, um Verfolgungen abzuwenden.⁴¹ Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 RL 2011/95/EU muss wirksamer und dauerhaft Schutz gewährleistet sein. Wo eine solche Einschätzung erforderlich ist, bedarf es einer sorgfältigen Abwägung mehrerer Faktoren allgemeiner und konkreter Art, etwa des allgemeinen Zustands von Recht und Ordnung und der Justiz im Land und deren Durchschlagskraft, etwa auch der verfügbaren Ressourcen sowie der Fähigkeit und Bereitschaft, diese zum Schutz der Bewohner in angemessener und wirksamer Weise einzusetzen. *Verfügbarkeit* und *Hinlänglichkeit des Schutzes* durch die Behörden des Herkunftslandes gehören zum Bestandteil des Flüchtlingsbegriffs.⁴²

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich die Anforderungen an das gesetzgeberische Prüfungsverfahren aus den verschiedenen Funktionen des Prinzips der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber einerseits und Bundesamt für Migration und Flüchtlinge sowie Verwaltungsgerichte andererseits. Auf dieser baut die Widerlegungsmöglichkeit auf. Das Prinzip der Arbeitsteilung hat Auswirkungen auf die materiellen Prüfkriterien, die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht sowie auf die konkreten Feststellungsverfahren: »Art. 16a Abs. 3 GG sieht eine ›Arbeitsteilung‹ zwischen dem Gesetzgeber einerseits und den Behörden und Gerichten andererseits vor. Danach verbleibt den Behörden und Gerichten die Prüfung, ob der einzelne Asylbewerber Tatsachen vorgetragen hat, welche entgegen der Vermutung, die an seine Herkunft aus einem sicheren Staat anknüpft, die Annahme begründen, er werde dort gleichwohl politisch verfolgt.«⁴³ Danach hat also die Legislative bereits - bei der Bestimmung des sicheren

⁴⁰ EuGH, InfAusIR 2010, 188 (190) Rdn. 70 = NVwZ 2010, 505 = AuAS 2010, 150 – *Abdulla*.

⁴¹ Vorschlag der Kommission v. 12. 9. 2001, BR-Drs. 1017/01, S. 18 f.

⁴² UNHCR, Auslegung von Artikel 1 GFK, April 2001, Rdn. 14 f.

⁴³ BVerfGE 94, 115 Ls. 1b = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

Herkunftsstaates - eine *antizipierte Tatsachen- und Beweiswürdigung der generellen Verfolgungssituation* in dem jeweils betroffenen Staat vorzunehmen, an welche Behörden und Verwaltungsgerichte *im konkreten Einzelfall* grundsätzlich gebunden sind.⁴⁴ Diese Arbeitsteilung geht jedoch weniger weit als im Falle der Drittstaatenregelung nach Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG. Denn mit der Einstufung eines bestimmten Staates als sicherer Herkunftsstaat verbindet sich nicht der Anspruch einer definitiven, abschließend normativen Vergewisserung. Vielmehr handelt es sich um eine gesetzgeberische Beurteilung in Form einer antizipierten Tatsachen- und Beweiswürdigung, bei der aber die Möglichkeit der Widerlegung im Einzelfall offen bleibt.⁴⁵ Jedoch erleichtert die Vermutungsregelung Behörden und Verwaltungsgerichten die Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung im Einzelfall, da zu Lasten des Asylsuchenden eine *verfassungsrechtliche* Festlegung der *Darlegungslast* eingreift.⁴⁶

Zur Methodik des Prüfungsverfahrens selbst hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, hierfür lasse sich kein starrer, in jedem Gesetzgebungsverfahren gleichermaßen von Verfassungs wegen zu beachtender, etwa enumerativ darstellbarer Katalog von zu prüfenden Umständen ableiten. Vielmehr bestehe die gesetzgeberische Aufgabe darin, sich anhand der von Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG vorgegebenen Prüfkriterien aus einer Vielzahl einzelner Faktoren ein *Gesamturteil* über die für Verfolgungen bedeutsamen Verhältnisse im jeweiligen Staat zu bilden.⁴⁷ Mit welcher Intensität neben der Rechtslage auch die *konkrete Rechtsanwendung* in die Prüfung einbezogen werden müsse, könne nicht abstrakt und generell bestimmt werden. Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG trage dem Umstand Rechnung, dass die *praktische Wirksamkeit* geschriebener Normen nicht bereits mit ihrem Erlass gewährleistet sei. Maßgebend sei, zu welchen Ergebnissen eine Prüfung anhand der Rechtslage und der allgemeinen politischen Verhältnisse führe: Je mehr etwa rechtsstaatliche Grundsätze, die Bindung der Exekutive an die Gesetze sowie eine unabhängige Justiz⁴⁸ im jeweiligen Staat verankert seien, desto eher könne davon ausgegangen werden, dass Rechtslage und Rechtsanwendung sich *im Wesentlichen deckten*. Als *Indiz* dafür, dass ein Staat die in Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG bezeichneten Standards in der täglichen Praxis achte, könne auch seine Bereitschaft gelten, unabhängigen internationalen Organisationen zur Überwachung der Menschenrechtslage Zutritt zu seinem Hoheitsgebiet zu gewähren.⁴⁹

⁴⁴ Frowein/Zimmermann, JZ 1996, 753 (760); Göbel-Zimmermann/Masuch, InfAuslR 1996, 404 (410).

⁴⁵ Lübbe-Wolff, DVBl. 1996, 825 (834).

⁴⁶ Göbel-Zimmermann/Masuch, InfAuslR 1996, 404 (410).

⁴⁷ BVerfGE 94, 115 (139) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

⁴⁸ BVerfGE 94, 115 (138, 140) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

⁴⁹ BVerfGE 94, 115 (140) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

Schließlich hat der Gesetzgeber die allgemeinen politischen Verhältnisse in dem jeweiligen Staat zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang sind von Bedeutung: demokratische Strukturen, Mehrparteiensystem, freie Betätigungsmöglichkeit für eine Opposition, Religionsfreiheit, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit, Meinungs- und Pressefreiheit sowie Unabhängigkeit der Gerichte. Dabei kommt es nicht in erster Linie auf bestimmte - etwa deutschen Maßstäben entsprechende - Strukturen an. Im Hinblick auf die Bestimmung eines Staates zum sicheren Herkunftsstaat sind vielmehr Rechtsstaatlichkeit im Allgemeinen und Freiheitlichkeit für den Einzelnen die entscheidenden Prüfsteine. Es muss *eine gewisse Stabilität* der allgemeinen politischen Verhältnisse und *hinreichende Kontinuität* auch für *Rechtslage* und *Rechtsanwendung* im betreffenden Staat gewährleistet sein.⁵⁰ Hieraus ergeben sich besondere Anforderungen im Blick auf Staaten mit einer diktatorischen oder totalitären Vergangenheit – wie in allen drei in den Referentenentwürfen bezeichneten Staaten –, da hier besondere Zurückhaltung bei der Beurteilung der erforderlichen Stabilität der für Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG maßgebenden Verhältnisse angezeigt ist.⁵¹

Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG umschreibt die dem Bundesamt und den Gerichten bei der Bearbeitung des jeweiligen Einzelfalls im Rahmen der »Arbeitsteilung« auferlegte Aufgabe dahin, zu prüfen, ob der einzelne Asylbewerber Tatsachen vorgetragen hat, welche entgegen der Vermutung, die an seine Herkunft aus einem sicheren Staat anknüpft, die Annahme begründen, er werde dort gleichwohl verfolgt. Mit der *Beschränkung* auf diese *Prüfungsaufgabe* wird das Verfahren im Einzelfall in bestimmter Weise geprägt. Zweck der Herkunftsstaatenregelung ist es vor allem, das »Prüfprogramm« für Asylsuchende aus derartigen Staaten abweichend von den sonst zu beachtenden Anforderungen wesentlich zu verkürzen, indem die Erkenntnisse und Erfahrungen im Blick auf diese Staaten »gewissermaßen in einer gesetzgeberischen Entscheidung gebündelt werden. Andererseits bleibt eine vertiefte Nachforschung und Aufklärung des Sachverhalts und der Verhältnisse in dem »sicheren Herkunftsstaat« auch weiterhin geboten, wenn hierzu im Einzelfall Anlass besteht.«⁵² Diese Aufgabenverteilung und die daraus folgende Befugnis zur abstrakt-generellen Prüfung und Bewertung der Verhältnisse hat auch eine Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Prüfung auf eine bloße *Vertretbarkeitskontrolle* zur Folge: Die verfassungsgerichtliche Nachprüfung erstreckt sich demnach auf die Vertretbarkeit der vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung, stößt jedoch im Blick auf die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs und die Möglichkeiten sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden,

⁵⁰ BVerfGE 94, 115 (140 f.) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

⁵¹ Göbel-Zimmermann/Masuch, InfAuslR 1996, 404 (412).

⁵² Giesler/Wasser, Das neue Asylrecht, 1993, S. 42.

auf erhebliche Schwierigkeiten. Diese führen dazu, dass das BVerfG die Unvertretbarkeit der Entscheidung des Gesetzgebers, einen Staat zum sicheren Herkunftsstaat zu bestimmen, und damit die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG nur feststellen kann, wenn eine *Gesamtwürdigung* ergibt, dass der Gesetzgeber sich bei seiner Entscheidung nicht von »guten Gründen« hat leiten lassen.⁵³

Der Gesamtwürdigung geht jedoch die Tatsachenfeststellung abtrennbar voraus. An diese stellt das Bundesverfassungsgericht für den Gesetzgeber hohe Anforderungen: Schafft der Gesetzgeber mit der Herkunftstaatenregelung eine Grundlage für den Verlust des vorläufigen Bleiberechts bedingt dies „ein *bestimmtes Maß an Sorgfalt bei der Erhebung und Aufbereitung von Tatsachen*, die einer solchen feststellenden, verfassungsrechtlich vorgegebene Kriterien nachvollziehenden gesetzgeberischen Entscheidung notwendigerweise zukommt. Dieses Maß ist je nach den konkreten Gegebenheiten im jeweiligen Staat unterschiedlich. Dabei kommt dem Gesetzgeber, insbesondere hinsichtlich der dafür zu beschreitenden Wege, ein Entscheidungsspielraum zu. Er *wird* zur Ermittlung der bedeutsamen Tatsachen die zugänglichen und als bedeutsam anzusehenden Quellen heranzuziehen und auszuwerten haben.“⁵⁴ Die *Anerkennungsquote* von Asylbewerbern aus dem in Rede stehenden Land kann dabei lediglich die Funktion eines Indizes übernehmen. Die Entscheidungspraxis des Bundesamtes wie der Verwaltungsgerichte sind gleichermaßen zu berücksichtigen. Bei dem abschließenden Urteil kann zur Abrundung und Kontrolle des gefundenen Ergebnisses auch ein Vergleich mit den Anerkennungsquoten anderer europäischer Staaten hilfreich sein. Der Gesetzgeber darf freilich eine bestimmte Verwaltungspraxis nicht ohne weiteres zum Maßstab seiner Entscheidung machen. Eine eigenständige Prüfung der Verhältnisse in dem betreffenden Land anhand der von der Verfassung vorgegebenen Kriterien wird durch den Hinweis auf die Verwaltungspraxis in der Bundesrepublik oder in anderen westlichen Ländern nicht ersetzt.⁵⁵ Aus den „herangezogenen Quellen und Erkenntnismitteln muss insgesamt ein hinreichend sicheres Bild über die Verhältnisse in dem betreffenden Staat entstehen, soweit diese für die Frage erheblich sind, ob dort politische Verfolgung oder unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet oder nicht.“⁵⁶

c) *Landesweite Sicherheit für die gesamte Bevölkerung*

⁵³ BVerfGE 94, 115 (144) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

⁵⁴ BVerfGE 94, 115 (143) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

⁵⁵ BVerfGE 94, 115 (139) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

⁵⁶ BVerfGE 94, 115 (143) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

Wird in dem Staat, der für sicher erklärt werden soll, *regionale Verfolgung* ausgeübt, steht dies der Bestimmung dieses Staates zum sicheren Herkunftsstaat zwingend entgegen. Denn für die maßgebliche Beurteilung ist die dort *allgemein* herrschende Situation entscheidend. Ist eine - wenn auch nur regionale - Verfolgung feststellbar, ist nicht gewährleistet, dass in diesem Staat allgemein politische Verfolgung nicht stattfindet, worauf Art. 16a Abs. 3 GG abstellt. Sicherheit vor politischer Verfolgung muss daher *landesweit* bestehen.⁵⁷ Auch nach der gesetzlichen Begründung muss Freiheit von politischer Verfolgung grundsätzlich *landesweit* bestehen.⁵⁸

Demgegenüber dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 30 Abs. 3 RL 2005/85/EG am 1. Dezember 2005 geltende Herkunftsstaatenregelungen *beibehalten*, aufgrund deren sie einen Teil eines Staates als sicher oder einen Staat oder einen Teil eines Staates als sicher für einen bestimmten Personenkreis bestimmen können. Es handelt sich hierbei um eine klassische „*Stillhalteklausele*.“⁵⁹ Derartige Klauseln ermöglicht den Mitgliedstaaten die Beibehaltung ihrer, den sekundärrechtlichen Standard *unterschreitenden* Praxis für eine Übergangszeit. Nicht erlaubt ist die nachträgliche Einführung den Mindeststandard unterschreitender nationaler Regelungen. Dies wird bereits aus Abs. 3 der Norm deutlich, der auf die im Zeitpunkt der Verabschiedung der Richtlinie bestehenden abweichenden nationalen Regelungen verweist, und aus einem Vergleich von Abs. 3 mit Abs. 1 von Art. 30 RL 2005/85/EG. Während Abs. 1 neben der Beibehaltung auch den (nachträglichen) Erlass abweichender nationaler Bestimmungen zulässt, also sowohl den Charakter einer Stillhalte- wie auch einer Öffnungsklausel hat, erlaubt Abs. 3 nur die Beibehaltung, hat also nicht den Charakter einer Öffnungsklausel. In Art. 37 RL 2013/32/EU fehlt dementsprechend die nur für eine Übergangszeit geltende frühere Stillhalteklausele. Eine Stillhalteklausele würde dem Charakter der Änderungsrichtlinie 2013/32/EU zuwiderlaufen, das diese anders als die Richtlinie 2005/85/EG nicht lediglich *Mindestnormen*, sondern Kriterien zu *gemeinsam Verfahren* einführt (Art. 1). Die Richtlinie 2005/85/EG beruht auf Art. 63 Abs. 1 Buchst. d) EGV. Danach waren entsprechend dem durch Art. 61 Abs. 1 EGV vorgegebenen Ziel eines „*schrittweisen Aufbaus*“ eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Mindestnormen für die Feststellungsverfahren der Mitgliedstaaten zu erlassen. Demgegenüber

⁵⁷ BVerfGE 94, 115 (134f.) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691, unter Bezugnahme auf BT-Drs. 12/4152, S. 4; zustimmend *Hailbronner*, AuslR B 1 Art. 16a Rdn. 382; *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG II - § 29a Rdn. 46; *Frowein/Zimmermann*, JZ 1996, 753 (760); *Hailbronner*, NVwZ 1996, 625 (629); *Marx*, Kommentar zum AsylVf, 7. Aufl., 2009, § 2a Rdn. 29 f.; *Maaßen/de Wyl*, ZAR 1997, 9; so schon *Schoch*, DVBl. 1993, 1161 (1164); *Henkel*, NJW 1993, 2705 (2708).

⁵⁸ BT-Drs. 12/4152, S. 4.

⁵⁹ EuGH, NVwZ 2006, 1033 (1034) Rdn. 72 – *EP gegen Rat*, mit Bezug auf Art. 4 Abs. 1 letzter Unterabs. RL 2003/86/EG.

ist primärrechtliche Rechtsgrundlage der Richtlinie 2013/32/EU Art. 78 Abs. 2 Buchst. d) AUEV. Nach Art. 67 AEUV ist die Übergangsphase abgeschlossen. Nunmehr „bildet“ die Union einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Dementsprechend sind einheitliche Kriterien und Verfahren in den Mitgliedstaaten zu erlassen. Es gibt also keine sekundärrechtlichen Mindestnormen mehr, die unterschritten werden dürfen, sodass auch keine Stillhalteklausele zulässig ist. Es bedarf aber keiner Vertiefung der Frage, ob der deutsche Gesetzgeber derzeit bereits an die Vorgaben der Richtlinie 2013/32/EU gebunden ist, da Art. 16a Abs. 3 GG bereits am 30. Juni 1993 und damit vor dem 1. Dezember 2005 in Kraft getreten ist und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so auszulegen ist, dass ein Staat nicht zum sicheren Herkunftsstaat bestimmt werden darf, wenn nur in einem Teil dieses Staates Verfolgungen oder Misshandlungen vorkommen.

d) *Verfolgungen und Misshandlungen von Minderheiten*

Ebensowenig darf der Gesetzgeber einen Staat, in dem nur Angehörige einer bestimmten Minderheit, nicht hingegen andere dieser Minderheit nicht angehörende Personen verfolgt oder misshandelt werden, für sicher erklären. Anhaltspunkte dafür, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die Bestimmung eines Landes zum sicheren Herkunftsstaat auch dann vorsehen wollte, wenn zwar bestimmte Personen- und Bevölkerungsgruppen von Verfolgung oder Misshandlung nicht betroffen, eine oder mehrere andere Gruppen hingegen derartigen Maßnahmen ausgesetzt sind, lassen sich weder dem Wortlaut von Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG noch den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren entnehmen. Eine derart eingegrenzte Feststellung des Fehlens von Verfolgung oder Misshandlung würde auch Inhalt und Funktion der Herkunftsstaatenregelung widerstreiten: Art. 16a Abs. 3 GG ist darauf gerichtet, für bestimmte Staaten im Wege einer vorweggenommenen generellen Prüfung durch den Gesetzgeber feststellen zu lassen, dass in ihnen weder Verfolgungen noch Misshandlungen stattfinden und deshalb die – widerlegbare – Vermutung der offensichtlichen Unbegründetheit individueller Asylanträge aufgestellt werden kann. Dieses „Konzept gerät schon dann ins Wanken, wenn ein Staat bei genereller Betrachtung überhaupt zu politischer Verfolgung greift, sei diese auch (zur Zeit) auf eine oder einige Personen- oder Bevölkerungsgruppen begrenzt. Tut er dies, erscheint auch für die übrige Bevölkerung nicht mehr generell gewährleistet, dass sie nicht auch Opfer asylrechtlich erheblicher Maßnahmen wird.“⁶⁰

⁶⁰ BVerfGE 94, 115 (136 f.) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691; zustimmend *Hailbronner*, AuslR B 1 Art. 16a Rdn. 383; *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylVfG II - § 29a Rdn. 47; *Marx*, Kommentar zum AsylVf, 7. Aufl., 2009, § 2a Rdn. 31 ff.

Die abstrakt-generelle Regelung des Art. 16a Abs. 3 Satz 1 G spricht mithin dagegen, nach bestimmten Personengruppen zu differenzieren, um die Frage zu beurteilen, ob (für sie) der Herkunftsstaat sicher ist. Werden in einem Herkunftsstaat bestimmte Personengruppen verfolgt, darf er *generell* nicht für sicher erklärt werden. In einem derartigen Fall ist die Situation in dem Herkunftsstaat mit derart vielen Unsicherheitsfaktoren behaftet, dass eine gegen den Asylsuchenden streitende Vermutung nicht gerechtfertigt ist. Dies darf freilich nicht dahin missverstanden werden, dass erst eine regionale Verfolgung in Form der *gruppengerichteten Verfolgung*⁶¹ der Bestimmung eines Staates zum sicheren Herkunftsstaat entgegensteht. Ist der Begriff der gruppengerichteten Verfolgung entwickelt worden, um zugunsten der Gruppenangehörigen die Regelvermutung eigener Verfolgung in Anwendung zu bringen,⁶² gerät das Herkunftsstaatenkonzept dagegen schon dann ins Wanken, wenn der in Rede stehende Staat überhaupt zu Verfolgungsmaßnahmen gegen Einzelne greift.⁶³ Ein Staat ist vielmehr nur dann sicher, wenn *gewährleistet* erscheint, dass er die zum Schutze der Menschenrechte geltenden Gesetze effektiv anwendet. Verletzt er diese zuungunsten bestimmter Minderheiten und Einzelpersonen, fehlt es an dieser Voraussetzung, ohne dass es darauf ankommt, dass jeder Angehörige dieser Minderheit jederzeit Verfolgung im relevanten Verfolgungsgebiet befürchten muss.

Diese Überlegungen verdeutlichen die Gefahren, die mit der Aufstellung einer Liste sicherer Herkunftsstaaten verbunden sind. Würde man eine bestimmte Schwelle der Repressionspraxis voraussetzen, um einen Staat nicht mehr als sicher anzusehen, hätte man ein geeignetes Instrument, um Asylsuchenden mit gegen sie sprechenden Vermutungen die Durchsetzung ihres Anspruchs auf Verfolgungsschutz unzumutbar zu erschweren. Daher hat der Gesetzgeber zu differenzieren: Die Aufnahme eines bestimmten Staates in die Liste sicherer Herkunftsstaaten verbietet sich, wenn Einzelfälle politischer Verfolgung und menschenrechtswidriger Praktiken bekannt sind. Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der prognostischen Beurteilung der allgemeinen Verhältnisse des seinerzeit zur Prüfung gestellten Herkunftsstaates Ghana die »verfassungsrechtliche Tragfähigkeit« der Bestimmung zum sicheren Herkunftsstaat damit begründet, dass dort keine Anhaltspunkte für eine »systematische Verfolgung bestimmter Personengruppen« festgestellt worden seien.⁶⁴ Ob

⁶¹ BVerfGE 83, 216 = NVwZ 1991, 109 = InfAuslR 1991, 200 = EZAR 202 Nr. 20; BVerwGE 88, 367 = NVwZ 1992, 578 = InfAuslR 1991, 363 = EZAR 202 Nr. 21; BVerwGE 89, 162 = NVwZ 1992, 582 = EZAR 202 Nr. 22.

⁶² BVerwGE 67, 314 (315) = InfAuslR 1831, 326 = EZAR 203 Nr. 1; BVerwG, NVwZ 1986, 485; BVerwGE 71, 175 (176) = NVwZ 1985, 913 = InfAuslR 1985, 241 = EZAR 200 Nr. 13; BVerwG, NVwZ 1988, 637.

⁶³ BVerfGE 94, 115 (135) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

⁶⁴ BVerfGE 94, 115 (151) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

daraus geschlossen werden kann, das erst eine systematische Verfolgung der Erklärung eines Staates als sicher entgegensteht, ist offen. Einzelfälle von Verfolgung lagen dem Gericht nicht vor, sodass aus dem Hinweis auf das Fehlen einer systematischen Verfolgungspraxis nicht auf ein verbindliches Prüfkriterium geschlossen werden kann. Unionsrecht steht aber einer derartigen Interpretation entgegen, da es nach Anhang II Abs. 1 RL 2005/85/EG und Anhang I Abs. 1 RL 2013/32/EU auf den Nachweis ankommt, dass in dem betreffenden Drittstaat „generell und durchgängig“ weder eine Verfolgung noch Misshandlungen noch willkürliche Gewalt vorkommen. Weder wird eine bestimmte Quantität noch eine spezifische Qualität der Schwelle der Gefahren vorausgesetzt.

Gerät das Konzept der sicheren Herkunftsstaaten nach dem eigenen Ansatz des Bundesverfassungsgerichts bereits ins Wanken, wenn der Staat überhaupt zu Verfolgungsmaßnahmen greift, ist es nicht gerechtfertigt, die Bestimmung eines Staates als sicher erst bei »systematischer Verfolgung bestimmter Personengruppen« zu untersagen.⁶⁵ Daher ist festzuhalten, dass die Bestimmung eines Staates als sicher zu unterbleiben hat, wenn Einzelfälle von Verfolgung bekannt werden. Denn bei der gebotenen generellen Betrachtung wird die Annahme der Sicherheit vor Verfolgung in einem Staat erschüttert, wenn dieser »überhaupt zu politischer Verfolgung« greift.⁶⁶ Werden die Kriterien *eng* ausgelegt, können nur wenige Staaten in die Anlage II zu § 29a AsylVfG aufgenommen werden. Die Regelung wäre dann ebenso rechtsstaatlich wie ineffektiv. Oder aber die Kriterien werden *weit* ausgelegt. Dann können auch Staaten als sicher angesehen werden, hinsichtlich deren die Erfüllung der Kriterien nicht so sicher erscheint. In diesem Fall könnte die Regelvermutung jedoch relativ leicht entkräftet werden. In einem wie im anderen Fall hält sich der Entlastungseffekt der Herkunftsstaatenregelung sehr in Grenzen.⁶⁷ Dies ist auch wohl der Grund dafür, dass diese Regelung in der Verwaltungspraxis nahezu bedeutungslos geworden ist. Das Unionsrecht erlaubt den Mitgliedstaaten zwar für eine Übergangszeit nach Art. 30 Abs. 3 RL 2005/85/EG eine abweichende Praxis. Insoweit ist aber für Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG auf die Ausführungen zur regionalen Verfolgungen und Misshandlungen hinzuweisen. Auch insoweit gilt, dass Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG im Zeitpunkt der Verabschiedung keine Ermächtigung an den Gesetzgeber enthielt, einen bestimmten Staat bei lediglich auf bestimmte Personen oder Personengruppen bezogenen Verfolgungen oder Misshandlungen für sicher zu erklären.

⁶⁵ Funke-Kaiser, in: GK-AsylVfG, Stand November 2007, II - § 29a Rdn. 47.

⁶⁶ BVerfGE 94, 115 (135) = EZAR 207 Nr. 1 = NVwZ 1996, 691.

⁶⁷ Gusy, Jura 1993, 505 (508).

5. Anwendung der unions- und verfassungsrechtlichen Maßstäbe auf Bosnien und Herzegowina, Makedonien und Serbien

1. Vorbemerkung

Der vom Bundesinnenministerium übermittelte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes vom 21. Februar 2014 zeichnete sich durch eine souveräne Ausblendung unionsrechtlicher Vorgaben wie auch durch eine lediglich abstrakt bleibende Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aus. Es fehlte insbesondere eine sachbezogene Prüfung der Situation in den bezeichneten Ländern anhand der verfassungsrechtlichen Kriterien. Auch wurden keine Erkenntnisquellen bezeichnet, die geeignet sind, die abstrakt bleibenden Behauptungen zu stützen. Lediglich die als Indiz heranzuziehenden Anerkennungsquoten zu diesen Staaten wurden genannt. Der überarbeitete Referentenentwurf vom 28. März 2014 bleibt ebenfalls abstrakt, ohne sich mit den verfassungsrechtlichen Kriterien auseinanderzusetzen. Im Rahmen der Begründung des besonderen Teils wird zwar im Rahmen einer sachbezogenen Prüfung die Situation in den drei als „sichere Herkunftsstaaten“ zu listenden Staaten behandelt. Insgesamt erscheint die Analyse jedoch verharmlosend und irreführend und wird der unionsrechtlich relevante Rechtsmaßstab nicht berücksichtigt. Soweit auf Berichte der Kommission und internationaler Organisationen Bezug genommen wird, erfolgt dies selektiv und werden dem Gesetzesvorhaben zuwiderlaufende kritische Beschreibungen der menschenrechtlichen Situation schlichtweg unterschlagen.

Die um Stellungnahme gebetenen Verbände hatten den ursprünglichen Referentenentwurf einhellig kritisiert und insbesondere gerügt, dass lediglich eine Informationsquelle, namentlich der Lagebericht des Auswärtigen Amtes, zugrunde gelegt worden ist. Ferner wurde im Blick auf die 2012 eingeführte Praxis der Schnellverfahren für Asylsuchende aus Mazedonien und Serbien die Verlässlichkeit indizieller Schlussfolgerungen aus den Anerkennungsquoten des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge in Frage gestellt und darauf hingewiesen, dass 2011 26 serbische und sechs makedonische Asylsuchende und im zweiten und dritten Quartal 2013 insgesamt 24 Asylsuchende aus Bosnien und Herzegowina, Makedonien und Serbien als schutzbedürftig anerkannt wurden, in Belgien und der Schweiz im ersten Halbjahr 2013 eine Schutzquote von über zehn Prozent im Blick auf diese Länder, in der Union insgesamt im ersten Quartal 2013 105 Asylsuchende aus Serbien als

schutzbedürftig registriert worden sind.⁶⁸ Der überarbeitete Referentenentwurf soll nach den Behauptungen des zuständigen Fachressorts zwar die Stellungnahmen der Verbände berücksichtigt haben. Diese rügen aber in ihren Stellungnahmen zum überarbeiteten Entwurf die selektive Auswertung internationaler Quellen einerseits sowie die pauschale Indienstnahme internationaler Organisationen andererseits, ohne konkret die von diesen herangezogenen Berichte zu bezeichnen.⁶⁹ UNHCR führt in seiner Stellungnahme vom 4. April 2014 ausdrücklich Beschwerde darüber, dass die in den Berichten von UNHCR und seinen Partnerorganisationen „vorgebrachten problematischen Aspekte insbesondere in Bezug auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in den genannten Herkunftsländern gerade nicht ausreichend berücksichtigt werden.“

Nachfolgend wird deshalb abschließend summarisch die Situation in den drei Herkunftsländern anhand der im Gutachten aufgezeigten Grundsätze beleuchtet. Die summarischen Ausführungen sind den umfassenden Länderanalysen, die Pro Asyl im Zusammenhang mit diesem Gutachten vorlegt, entnommen. Maßgebend sind deshalb die dem Gutachten angefügten Länderberichte. Nachfolgend werden aus der Vielzahl der die fragile Situation in den bezeichneten Staaten beschreibenden Aspekte besonders problematische Defizite herausgegriffen, die einer Einstufung dieser Staaten als „sichere Herkunftsländer“ entgegenstehen.

2. *Bosnien und Herzegowina*

Gemessen an den im Gutachten aufgezeigten Grundsätzen kann Bosnien und Herzegowina entgegen den Feststellungen in der Begründung des Referentenentwurfs vom 28. März 2014 nicht als „sicherer Herkunftsstaat“ behandelt werden. *Übergriffe auf ethnische Minderheiten* und Rückkehrer sind Ausdruck eines seit langem bestehenden strukturellen Problems in Bosnien und Herzegowina. Der Referentenentwurf beschreibt demgegenüber gewalttätige

⁶⁸ EKD. *Der Bevollmächtigte des Rates/Kommissariat der deutschen Bischöfe. Katholisches Büro in Berlin*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes vom 28. 2. 2014; *Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wolfahrtverbände e.V.*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes vom 3. 3. 2014; *Pro Asyl*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes vom 28. 2. 2014, S. 5; *UNHCR*, Stellungnahme zum Referentenentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes“ zur Bestimmung von Staaten als „sichere Herkunftsstaaten“ vom 28. 2. 2014, S. 4.

⁶⁹ EKD. *Der Bevollmächtigte des Rates/Kommissariat der Deutschen Bischöfe. Katholisches Büro in Berlin*, EKD. Stellungnahme zum „Entwurf eines Gesetzes zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und Geduldete, April 2014, S. 2; *Jesuiten-Flüchtlingsdienst*, Stellungnahme zum „Entwurf eines Gesetzes zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und Geduldete, 4. April 2014, S. 2; *Pro Asyl*, Stellungnahme zum „Entwurf eines Gesetzes zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und Geduldete“, 4. April 2014, S. 7.

Ausschreitungen als vorübergehende Einzelercheinungen, die ihre Ursache im allgemeinen Unmut der Bevölkerung über die wirtschaftliche und soziale Lage, jedoch keinen ethnischen Hintergrund hätten. Dem widersprechen Berichte des Europarates, der Kommission, des U.S. State Department und nichtstaatlicher Organisationen.

Nach einem Bericht des ehemaligen Menschenrechtskommissars des Europarates, Thomas Hammarberg, aus dem Jahre 2011 ist die Gewalt gegen Minderheiten oft das Ergebnis ethnisch oder religiös bedingten Hasses, der in der bosnischen Gesellschaft traditionell stark verbreitet sei. Bosnische Politiker schürten weiterhin Hass und Intoleranz. Hass gegenüber anderen Gruppen werde insbesondere auch im Internet verbreitet. Auch an den Schulen komme es zu gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Schülern verschiedener Bevölkerungsgruppen.⁷⁰ Das U.S.-Department of State berichtet über Angriffe auf ethnische Minderheiten, die Schändung von Grabstätten mit Graffiti, Brandanschläge und Zerstörungen religiöser Einrichtungen. Diese richteten sich oft gegen religiöse Symbole oder Einrichtungen von Minderheiten.⁷¹ Die Kommission weist auf Berichte über Angriffe auf religiöse Einrichtungen, Priester und Gläubige hin.⁷² Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) erwähnt in ihrem Bericht zu Hassverbrechen für 2012 24 Zwischenfälle, darunter ein Angriff auf einen bosnischen Muslimen, der schwer verletzt wurde, ein Angriff auf eine serbische Familie und drei Einschüchterungsversuche gegenüber bosnischen Muslimen und Serben, zwei Übergriffe auf Roma, 18 Angriffe auf muslimische Einrichtungen und Symbole, darunter ein Vorfall, bei dem Grabsteine in einem muslimischen Friedhof herausgerissen und anschließend in Form von Kreuzen wieder aufgestellt wurden. Ferner wird über 24 Angriffe auf christliche Symbole und Einrichtungen berichtet, sowohl katholische wie auch orthodoxe, darunter ein Fall der Grabschändung auf einem orthodoxen Friedhof.⁷³ Nach dem Bericht des Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC) werden derartige Übergriffe insbesondere in Gegenden ausgeführt, in denen Flüchtlinge in eine

⁷⁰ Council of Europe/Commissioner for Human Rights: Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Bosnia and Herzegovina on 27-30 November 2010 CommDH(2011)11, Straßburg, 29.03.11, Abs. 90, S. 20.

⁷¹ U.S. Department of State/ Bureau of Democracy, Human Rights and Labor: Bosnia and Herzegovina 2013 Human Rights Report, S. 26

⁷² European Commission: Commission staff working document: Bosnia and Herzegovina 2013 progress report accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014 (SWD(2013) 415 final), Brüssel, 16.10.2013, S. 17, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/ba_rapport_2013.pdf

⁷³ OSCE/ODIHR: Hate crimes in the OSCE region: Incidents and responses. Annual report for 2012, Warschau, November 2013, S. 56, http://tandis.odihr.pl/hcr2012/pdf/Hate_Crime_Report_full_version.pdf, S. 46. 56. 69, 74.

Minderheitensituation zurückkehren. Daher seien einige Rückkehrer wieder geflüchtet. Andere seien in Gegenden geblieben, in denen ihre Volksgruppe in der Mehrheit sei.⁷⁴

Zusätzlich zum Problem offener Gewalt gegen Minderheiten wird auch über institutionelle Diskriminierung gegen Minderheiten, insbesondere gegenüber Angehörigen der Roma berichtet. Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) stellt fest, dass Rückkehrer, die einer Minderheit angehörten, in der Regel Probleme hätten, eine Arbeit zu finden, und zwar sowohl bei öffentlichen Einrichtungen, wie auch bei Privatunternehmen. Die Lage der Roma sei besonders schwerwiegend.⁷⁵ Nach einem Bericht des Ausschusses für ökonomische, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen wird der Rückkehrprozess dadurch erschwert, dass Angehörige ethnischer Minderheiten beim Zugang zu ihren ökonomischen, sozialen und kulturellen Rechten behindert würden.⁷⁶

Aus unionsrechtlicher Sicht kommt es maßgebend auf den wirksamen Schutz gegen Übergriffe, Hasskampagnen und schwerwiegende Diskriminierungen und insbesondere darauf an, dass die verantwortlichen Täter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Während der Referentenentwurf insoweit zwar einräumt, dass die Justiz nicht völlig unabhängig sei, „unmittelbare nachweisliche Einmischungen der Exekutive in die Unabhängigkeit der Justiz aus jüngster Zeit“ jedoch nicht bekannt seien, zeichnet der Fortschrittsbericht 2013 der Kommission ein grundlegend anderes Bild. In diesem wird insbesondere der fehlende Reformwillen der politisch Verantwortlichen kritisiert. Dieser sei ursächlich dafür, dass bisher kaum Fortschritte im Annäherungsprozess Bosnien Herzegowinas mit der Union festgestellt worden seien. Die Union hat deshalb ihre Hilfen teilweise eingestellt. Die Kommission kritisiert insbesondere die unzureichende Reform des bosnischen Justizwesens.⁷⁷ Unverändert werden ernsthafte Mängel im Blick auf die

⁷⁴ Internal Monitoring Displacement Centre: Stakeholder report by the Internal Monitoring Displacement Centre (IDMC) of the Norwegian Refugee Council (NRC) to the Universal Periodic Review (UPR) mechanism established by the Human Rights Council in Resolution 5/1 of 18 June 2007 for consideration at the 20th Session of the UPR Working Group (October 2014) Internal Displacement in Bosnia and Herzegovina, 14.03.14, S. 3, <http://www.internal-displacement.org/assets/library/Europe/Bosnia-and-Herzegovina/pdf/5-IDMC-UPR-BiH-2014-march.pdf>

⁷⁵ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI): ECRI report on Bosnia and Herzegovina (fourth monitoring cycle), Straßburg, 8.02.11, Abs. 79, S. 29.

⁷⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding observations on the second periodic report of Bosnia and Herzegovina (E/C.12/BiH/CO/2), 16.12.13, Abs. 11, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/BiH/CO/2&Lang=en

⁷⁷ European Commission: Commission staff working document: Bosnia and Herzegovina 2013 progress report accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014 (SWD(2013) 415 final), Brüssel, 16.10.2013, S. 20, 35, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/ba_rapport_2013.pdf

Unabhängigkeit, Effizienz, Rechenschaftspflicht und Unparteilichkeit der Justiz in Bosnien und der Herzegowina festgestellt. Die Kommission fordert die bosnischen Machthaber daher auf, sich stärker für das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zu engagieren. Ferner zeigt sie sich besorgt über das hohe Maß an Korruption. Im Kampf gegen organisierte Kriminalität und Terrorismus seien kaum Fortschritte erzielt worden. Auch rügt die Kommission, dass Bosnien die internationalen Instrumente zum Schutz der Menschenrechte nur unzureichend umgesetzt hat. Dies betreffe insbesondere die Rechte von Homo- und Transsexuellen, die vor Gewalt und Hassreden geschützt werden müssten, aber auch für die Aktionspläne zur Verbesserung der Lage Roma. Die Kommission fordert Bosnien auf, gegen Diskriminierung, insbesondere von Roma, vorzugehen. Die Aktionspläne zur Verbesserung der Roma seien nur unzureichend umgesetzt worden. In ihrem Fortschrittsbericht 2013 zeigt sich die Kommission ferner besorgt darüber, dass das bosnische Anti-Diskriminierungsgesetz zu viele Ausnahmen zulasse. Sie stellt fest, dass die Umsetzung dieses Gesetzes schwach sei und kritisiert, dass es kein umfassendes System gäbe, um Informationen über sogenannte Hassverbrechen („hate crime“) zu sammeln. Die Polizei kläre diese Verbrechen nicht ernsthaft und wirksam auf. Auch sei die Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft unzulänglich.⁷⁸

3. *Mazedonien*

Gemessen an den im Gutachten aufgezeigten Grundsätzen kann Mazedonien entgegen den Ausführungen in der Begründung des Referentenentwurfs vom 28. März 2014 nicht als „sicherer Herkunftsstaat“ behandelt werden. Der Referentenentwurf stellt ausschließlich auf staatliche Verfolgungen und Übergriffe ab und verfehlt damit den unionsrechtlich maßgebenden Rechtsmaßstab für die Einstufung eines Staates als „sicherer Herkunftsstaat“. Soweit festgestellt wird, es finde „keine Verfolgung oder sonstige systematische menschenrechtswidrige Behandlung“ statt, verfehlt er die maßgebenden verfassungs- und unionsrechtlichen Prüfkriterien. Zwar werden „Diskriminierung und soziale Ausgrenzung“, die „eine erhebliche Härte darstellen können“, eingeräumt, diese gingen jedoch selten mit Verfolgung oder ernsthaftem Schaden einher. Diskriminierungen, die zu erheblichen Härten führen, können jedoch im Rahmen des unionsrechtlich relevanten Kumulationsansatzes als solche Verfolgungsmaßnahmen darstellen.

⁷⁸ European Commission: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014 (COM(2013) 700 final), Brüssel, 16.10.2013, S. 20 f., 35 f.
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/strategy_paper_2013_en.pdf

Die Einschätzung, dass die Verhältnisse „ansonsten mit Staaten in der Region, darunter auch EU-Mitgliedstaaten, vergleichbar“ seien, wird durch Berichte internationaler und nichtstaatlicher Organisationen nicht bestätigt. In diesen wird etwa auf Berichte über gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen der mazedonischen Mehrheitsbevölkerung und *ethnischen Albanern* in den Jahren 2012 und 2013 hingewiesen. Hiergegen wurden von der Regierung keine wirksamen Schritte eingeleitet. Lediglich 14 von einer Vielzahl von Hassverbrechen sind in diesem Zusammenhang gerichtlich verfolgt worden. Die maximale Freiheitsstrafe betrug fünf Monate. Die meisten Straftäter wurden auf Bewährung entlassen.⁷⁹ Ebenso wurde über Hassverbrechen gegen Angehörige der *Roma* berichtet. Nach Berichten der *Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz* (ECRI) wie auch des *European Roma Rights Centre* (ERRC) sind Roma nach wie vor bevorzugte Opfer polizeilicher Misshandlungen Diese richten sich insbesondere gegen männliche Roma, die aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit von der Polizei kontrolliert und misshandelt werden.⁸⁰ Zwar ist die Zahl polizeilicher Misshandlungen zurück gegangen. Es fehlt aber häufig nach wie vor an wirksamen Untersuchungen.⁸¹ Generell haben Roma aufgrund von Diskriminierungen erhebliche Probleme beim Zugang zu angemessener Schulbildung, Beschäftigung, Gesundheitsversorgung und bei der Wohnungssuche.⁸² Der Kommissar für Menschenrechte des Europarates wie auch die Kommission in ihrem Fortschrittsbericht 2013 stellen fest, dass die meisten Roma auch weiterhin in einem *Kreislauf von Armut und Arbeitslosigkeit* gefangen sind und in abgelegenen Wohngebieten leben, die sich oft durch „mensenunwürdige Lebensbedingungen auszeichnen.“⁸³ Auch *Homo- und Transsexuelle* sind häufig Opfer von Gewaltverbrechen. Homophobie ist in der mazedonischen Gesellschaft weitverbreitet und hindert diese daran, ihre Sexualität frei auszuleben. Diskriminierungen und Stigmatisierungen dieser Personengruppen sind weit verbreitet und werden insbesondere dadurch verstärkt, dass Mitglieder der Regierung, andere Politiker wie auch Medien

⁷⁹ *Macedonian Helsinki Committee* : Increased number of hate crimes and incidents, in: Monthly report on human rights in the Republic of Macedonia http://www.mhc.org.mk/system/uploads/redactor_assets/documents/463/Monthly_Report_SEPTEMBER_2013.pdf .

⁸⁰ *European Commission against Racism and Intolerance*, Report on „The former Yugoslav Republic of Macedonia“, Fourth monitoring cycle (CRI (2010) 19), S. 31

⁸¹ *ERRC*, Macedonia country profile 2011-2012, S. 31 (www.errc.org/cms/upload/file/macedonia-country-profile-2011-2012.pdf).

⁸² *European Commission against Racism and Intolerance*, Report on „The former Yugoslav Republic of Macedonia“, Fourth monitoring cycle (CRI (2010) 19), S. 18-19.

⁸³ *Council of Europe/Commissioner for Human Rights*, Report by Nils Muižnieks Council of Europe Commissioner for Human Rights Following his visit to “the former Yugoslav Republic of Macedonia” from 26 to 29 November 2012 (CommDH(2013)4), Straßburg, 9.04.13, S. 3; *European Commission*. Commission staff working document. The former Yugoslav Republic of Macedonia. 2013 Progress report, Accompanying the document communication from the commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014 (SWD(2013) 413 final), Brüssel, 16. 10. 2013, S. 46.

Vorurteile gegen diese schüren.⁸⁴ Die Kommission stellt im Fortschrittsbericht 2013 fest, dass sich die Lage von Homo- und Transsexuellen in Mazedonien gegenüber dem Vorjahr weiter verschlechtert hat. Sie äußert sich besorgt über eine homosexuellenfeindliche Berichterstattung in den Medien und fordert, dass gewaltsame Übergriffe, wie die Angriffe auf das Schwulen- und Lesbenzentrum in Skopje, aufgeklärt werden müssen.⁸⁵

Aus unionsrechtlicher Sicht kommt es maßgebend auf den wirksamen Schutz gegen Übergriffe, Hasskampagnen und schwerwiegende Diskriminierungen und insbesondere darauf an, dass die verantwortlichen Täter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Insoweit kommt dem Umstand, dass die Kommission wie auch das U.S.Department of State heftige Kritik an der Funktionsweise der mazedonischen Justiz üben, besondere Bedeutung zu. Insbesondere wird kritisiert, dass die Regierung durch politischen Druck und Einschüchterung die Arbeit der Justiz beeinflusse.⁸⁶ Das mangelhafte Justizwesen wird durch die dauerhafte Korruption in Mazedonien verstärkt. Hierauf weist auch die Kommission im Fortschrittsbericht 2013 hin. Die Bürger misstrauen dem Parlament und der Justiz. Die für die Korruption Verantwortlichen werden strafrechtlich und auch sonst nicht verfolgt.⁸⁷

4. *Serbien*

Gemessen an den im Gutachten aufgezeigten Grundsätzen kann Serbien entgegen den Ausführungen in der Begründung des Referentenentwurfs vom 28. März 2014 nicht als „sicherer Herkunftsstaat“ eingestuft werden. Ebenso wie hinsichtlich Mazedonien stellt der Referentenentwurf ausschließlich auf staatliche Verfolgungen und Übergriffe ab und verfehlt damit den unionsrechtlichen Rechtsmaßstab. Dass der Entwurf ausschließlich den verfassungsrechtlichen, nicht aber den unionsrechtlichen Rechtsmaßstab bei der Beurteilung der Verhältnisse in Serbien zugrundelegt, macht insbesondere die Verwendung des Begriffs „politische Verfolgung“, den Unionsrecht nicht kennt (Art. 9 RL 2011/95/EU), deutlich.

⁸⁴ *ILGA-Europe: Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe 2013*, S. 147 – 9, www.ecoi.net/file_upload/90_1369137411_ilga-europe-annual-review-2013.pdf (zuletzt eingesehen am 14. 3. 2014)

⁸⁵ *European Commission*. Commission staff working document. The former Yugoslav Republic of Macedonia. 2013 Progress report, Accompanying the document communication from the commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014 (SWD(2013) 413 final), Brüssel, 16. 10. 2013, S. 46.

⁸⁶ *US Department of State/Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, Country Reports on Human Rights Practices for 2013: Macedonia 2013 Human rights report*, S. 6; *European Commission*. Commission, FN 39.

⁸⁷ *Transparency International Macedonia Chapter*, Corruption perceptions index vom 23. 12. 2013.

Eine Vielzahl internationaler und nationaler Berichte beschreiben die Situation der *Roma* als besonders kritisch. Diese sind häufig Opfer von Gewaltverbrechen und institutioneller Diskriminierung insbesondere im sozialen Bereich. Der Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung äußerte in seinem Staatenbericht Serbien von 2011 seine Besorgnis, dass Roma weiterhin Ausgrenzungen im Bereich der Bildung erleiden. Roma, Ashkali und Ägypter seien weiterhin von Diskriminierungen, Vorurteilen und Stigmatisierungen betroffen.⁸⁸ Das European Roma Rights Centre stellte für 2011 und 2012 fest, dass rassistische Hetze und Gewalt gegen Roma nach wie vor ein landesweites Problem in Serbien darstellen.⁸⁹ In den Berichten für 2013 werden mehrere Angriffe auf individuelle Roma wie auch auf Siedlungen von Roma genannt und Beschwerden von Opfern erwähnt, die sich darüber beklagen, dass die Polizei nicht oder nur unzulänglich und zögerlich einschreitet, teilweise sogar offen mit den Angreifern sympathisiert. Exemplarisch waren mehrtägige Demonstrationen im Belgrader Stadtteil Zemun, im November 2013, bei denen etwa 200 Personen mit Schlachtrufen, wie „*Bringt sie um, schlachtet sie, damit kein Zigeuner übrig bleibt,*“ durch die Straßen zogen. Dies wird auch durch das U.S. Department of State bestätigt. Danach sind Roma immer wieder Opfer von Polizeigewalt, gesellschaftlicher Diskriminierung, verbaler und psychischer Belästigung.⁹⁰

Eingebettet sind Übergriffe, Hasskampagnen und schwerwiegende institutionelle Diskriminierungen gegen Roma in ein im gesamten Land vorherrschendes Klima der Intoleranz und des Hasses gegen Minderheiten, von dem neben Roma und anderen ethnischen Minderheiten insbesondere auch Homosexuelle betroffen sind. So berichtet etwa das U.S.-Department of State, dass Gewalt und Diskriminierung gegen Homo- und Transsexuelle nach wie vor ein ernsthaftes Problem seien. Angriffe würden häufig aus Furcht vor weiteren Repressalien nicht gemeldet. Eine lokale Menschenrechtsorganisation habe 2013 im Monat etwa 30 Drohschreiben gegen Homo- und Transsexuelle verzeichnet.⁹¹ Vor diesem Hintergrund wirkt die Bemerkung in der Begründung des Referentenentwurfs, dass die soziale und wirtschaftliche Lage der Roma „weiterhin schwierig“ sei, jedoch eine Verfolgung nicht stattfindet, verharmlosend und irreführend. Im unionsrechtlichen Sinne stellen Hassverbrechen im Übrigen Verfolgung dar.

⁸⁸ CERD, Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the convention, CERD/C/SRB/CO/1, 10. 3. 2011, Rdn. 15 f.

⁸⁹ ERRC, Serbia. Country Profile 2011-2012, Juli 2013, S. 23.

⁹⁰ U.S. Department of State, Country Reports on Human Rights Practices for 2012 - Serbia, Executive Summary, S. 1.

⁹¹ U.S. Department of State, Country Reports on Human Rights Practices for 2013, Serbia, 27. 2. 2014, S.

Allein angesichts der Situation der Homo- und Transsexuellen, insbesondere aber der Roma, ergeben sich schwerwiegende Bedenken gegen die Bestimmung Serbiens zum sicheren Herkunftsstaat. Aus unionsrechtlicher Sicht kommt es maßgebend auf den wirksamen Schutz gegen Übergriffe, Hasskampagnen und schwerwiegende Diskriminierungen, insbesondere darauf an, dass die verantwortlichen Täter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Insoweit muss die Kommission in ihrem „Fortschrittsbericht“ 2013 einräumen, dass mehr gemacht werden müsse, um die Lage der Roma zu verbessern, wobei sie insbesondere Diskriminierungen im sozialen Bereich, aber auch internationalen Standards zuwiderlaufende Zwangsräumungen und –umsiedlungen von Romasiedlungen kritisierte. Das Justizsystem sei ineffizient und unterliege politischer Einflussnahme.⁹² Im Fortschrittsbericht 2012 hatte die Kommission Roma als die schwächste und am stärksten diskriminierte Bevölkerungsgruppe in Serbien bezeichnet, die mit vielfältigen Formen gesellschaftlicher Ausgrenzung und Hass konfrontiert sei.⁹³ Bemühungen der serbischen Regierung zur Verbesserung der Lage der Roma haben zwar 2009 eingesetzt. Gleichwohl wird es noch lange dauern, bis greifbare Verbesserungen ihrer Lage wirksam werden. In diesem Zusammenhang bedarf es auch einer effektiven Bekämpfung von Korruption und Justizwillkür. Das U.S.-Department of State kritisiert in seinem Bericht von 2013, dass Korruption innerhalb der Polizei und Straffreiheit bei Vergehen durch Polizeibeamte verbreitet seien. Es habe auch mehrere Berichte über die Misshandlung von Gefangenen durch Polizeibeamte gegeben. Untersuchungshäftlinge seien während des Verhörs misshandelt worden, um Geständnisse zu erpressen.⁹⁴ Der Europarat rügte 2011, dass Diskriminierung und Gewalt gegen ethnische Minderheiten nach wie vor üblich seien und durch Gerichte und Polizei nicht in angemessener Weise hiergegen vorgegangen werde.⁹⁵

Diese nur beispielhaft beleuchteten Defizite in der menschenrechtlichen Situation in Serbien stellen aus unionsrechtlicher wie auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ernsthafte Hindernisse gegen eine Einordnung dieses Staates in das System „sicherer“ Herkunftsländer dar. Aus der für das Unionsrecht maßgebenden Sicht der Schutzlehre ist insbesondere auf die lange Tradition institutioneller Diskriminierung von Minderheiten, insbesondere von Roma, hinzuweisen, sodass bei vernünftiger Betrachtung die Annahme nicht gerechtfertigt erscheint,

⁹² *European Commission*, Commission staff working document Serbia 2013 Progress report: Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014, COM(2013) 700 final, 16. 9. 2013, S. 39, 47.

⁹³ *European Commission*, Commission staff working document Serbia 2012 Progress report: Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, 10. 10. 2012, S. 16 und 46.

⁹⁴ *U.S. Department of State*, Country Reports on Human Rights Practices for 2013, Serbia, 27. 2. 2014, S. 1 und 6.

⁹⁵ Resolution CM/ResCMN(2011)7 on the Implementation of the Framework for the Protection of National Minorities by Serbia, 30. 3. 2011,

dass die erst 2009 eingeleiteten Strategien zur Bekämpfung von Hass und Intoleranz auf kurze Sicht greifbare Erfolge zeitigen werden. Dem steht insbesondere auch die fehlende Unabhängigkeit des Justizsystems und Korruption im Polizeisystem entgegen. Damit fehlt es derzeit an den erforderlichen Voraussetzungen, um Serbien als sicheren Herkunftsstaat bestimmen zu können.

6. Ergebnis

Dem Gesetzgeber kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar ein weiter Gestaltungsrahmen bei der Wahl der Methoden und entsprechenden Verfahren zu, wenn er einen bestimmten Staat als sicheren Herkunftsstaat bestimmen will. Er darf eine derartige Bestimmung aber nur auf der Grundlage einer *verlässlichen Tatsachenfeststellung* vornehmen. Bei der Erhebung und Aufbereitung der Tatsachen hat er ein *bestimmtes Maß an Sorgfalt* walten zu lassen. Er muss nach Erhebung und Sichtung der tatsächlichen Grundlagen insbesondere eine *antizipierte Tatsachen- und Beweiswürdigung* vornehmen. Diese Prüfungsanforderungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unerlässlich, weil die Würdigung des Gesetzgebers die Verwaltung und Gerichte bindet und nur unter diesen Voraussetzungen die Verkürzung des Prüfungsprogramms im Rahmen der Rechtsanwendung im Einzelfall gerechtfertigt ist. Wenn auch nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG die Methodik und das Verfahren offen sind, der Verpflichtung zur Erhebung, Sichtung und Würdigung der erforderlichen Tatsachen wird der Gesetzgeber dadurch nicht enthoben. Aus unionsrechtlicher Sicht ist er insbesondere verpflichtet, entsprechende Erkenntnisse von UNHCR, des Europarates und anderer einschlägiger Organisationen sowie von EASO heranzuziehen (Art. 37 Abs. 3 RL 2013/32/EU). Aus diesen zwingenden Vorgaben folgt, dass allein eine gesetzliche Begründung, die im federführenden Ministerium verfasst wurde, keine zureichende Rechtfertigung für das erforderliche gesetzgeberische Urteil darstellt.

Es ist deshalb für das weitere Gesetzgebungsverfahren dringend angezeigt, die unionsrechtlich und verfassungsrechtlich vorgegebene Methodik bei der Bestimmung sicherer Herkunftsländer in Erinnerung zu rufen. Der Gesetzgeber muss für die kommenden Beratungen einen offenen Beratungs- und Erkenntnisprozess unter größtmöglicher Beteiligung spezifischen Sachverständs aus der Zivilgesellschaft gewährleisten. Der Gesetzgeber darf sich nicht lediglich dadurch, dass er sich die ihm vorgelegte Begründung des Fachressorts zu eigen macht, sein Urteil bilden. Vielmehr hat er selbstständig das Verfahren zu bestimmen, in dem Beweis erhoben wird und sich hierbei in geeigneter Weise und in angemessenen Verfahren des größtmöglichen Sachverständs der in Betracht kommenden

Organisationen und Sachverständigen zu bedienen. Nur so kann er im Rahmen einer verfassungsgerichtlichen Vertretbarkeitskontrolle dem Einwand begegnen, die Gesamtwürdigung beruhe nicht auf guten Gründen.

Im Hinblick auf die drei in Aussicht genommenen Herkunftsstaaten ist abschließend auf einen besonders bedeutsamen Einwand hinzuweisen: Den Gesetzgeber trifft eine besondere Sorgfaltspflicht, wenn er *ehemals diktatorische* oder *totalitär regierte Staaten* zu „sicheren Herkunftsstaaten“ bestimmen will, wie dies bei allen Staaten des Westbalkans der Fall ist. Gerade die Behandlung von Minderheiten in diesen Staaten zeigt, wie fragil einerseits gesellschaftliche und staatliche Strukturen und wie langlebig andererseits gesellschaftlich überkommene und von Seiten führender Vertreter von Gesellschaft und Staat instrumentalisierte Haltungen von Intoleranz und Hass fortwirken, ja sogar weitaus wirkmächtiger sind als in früheren diktatorisch regierten Zeiten. Gerade in transitorischen Prozessen brechen durch allgemeine Verunsicherung ausgelöste Ängste im besonderen Maße aus und entladen sich in Hass, Gewalt gegen und Ausgrenzung von Minderheiten. Die Berichte des Europarates, des Ausschusses für die Beseitigung der Rassendiskriminierung und insbesondere einschlägiger nichtstaatlicher Organisationen belegen dies in vielfältiger Weise. Auch aus den Fortschrittsberichten der Kommission kann entnommen werden, dass die Übergangsphase dort noch lange nicht abgeschlossen ist. Das verfassungs- und unionsrechtlich vorgegebene Ziel der erforderlichen *antizipierten Tatsachen- und Beweiswürdigung* ist die Feststellung, dass in einem derartigen Staat eine *gewisse Stabilität und hinreichende Kontinuität* der Verhältnisse eingetreten sind und deshalb in der Rechtsanwendung aufgrund der allgemeinen politischen und gesellschaftlichen Situation weder Verfolgungshandlungen noch unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung stattfinden. Ein derartiges Gesamturteil kann während eines nicht abgeschlossenen Übergangsprozesses kaum mit der erforderlichen Zuverlässigkeit getroffen werden.

Reinhard Marx

10. April 2014