



Ausschussdrucksache 21(4)056 A
vom 30. September 2025

Schriftliche Stellungnahme

von Stefan Keßler, Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland vom 29./30. September 2025

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten durch Rechtsverordnung und Abschaffung des anwaltlichen Vertreters bei Abschiebungen und Ausreisegewahrsam

BT-Drucksache 21/780

Jesuiten-Flüchtlingsdienst (JRS) | Witzlebenstr. 30a | 14057 Berlin

Deutscher Bundestag
Innenausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

nur per E-Mail:

innenausschuss@bundestag.de

Stefan Keßler

Direktor

Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland
Witzlebenstr. 30a
14057 Berlin | Germany/Allemagne

T: +49 (0)30 3200 0161 o. 3260 2590

F: +49 (0)30 3260-2592

stefan.kessler@jrs.net

Spendenkonto: Pax Bank

IBAN: DE05370601936000401020

BIC: GENO DED1 PAX

www.jrs-germany.org

facebook.com/fluechtlinge

Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland ist
ein Werk der Deutschen Region der Jesuiten
K.d.ö.R.

Nr. im Lobbyregister des Bundestages: R000036

Berlin, den 29. September 2025

Stellungnahme

anlässlich der Anhörung im Innenausschuss am 6. Oktober 2025

**zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines Gesetzes zur
Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten durch Rechtsverordnung und zur Abschaffung
des anwaltlichen Vertreters bei Abschiebungshaft und Ausreisegewahrsam
(Bundestagsdrucksache 21/780)**

Zusammenfassung in Stichworten

1. Die vorgesehene Regelung über die Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates wäre verfassungswidrig, weil der damit verbundene Ausschluss des Bundesrates mit Art. 16a Abs. 3 Satz 1 nicht in Einklang gebracht werden könnte.
2. Eine Regelung, durch die ein Herkunftsstaat mit wesentlichen Einschränkungen für das Verwaltungs- und Gerichtsverfahren als „sicher“ qualifiziert wird, hat grundrechtsausfüllenden Charakter und kann nicht dem Ordnungsgeber überlassen werden.
3. Sie würde außerdem den Kreis der unter erheblichen Einschränkungen leidenden Schutzsuchenden unangemessen erweitern.
4. Die Regelung würde zu erheblichen Problemen in der Praxis führen und nicht zur Beschleunigung der Asylverfahren beitragen.
5. Mit der Streichung der Regelung in § 62d AufenthG über die Pflichtbeordnung anwaltlichen Beistandes in Verfahren der Abschiebungshaft würde die Notlage der betroffenen Menschen erneut verschlimmert.
6. Die Regelung des § 62d AufenthG ist zwar nicht befriedigend, sollte aber nicht ersatzlos aufgehoben, sondern neu gefasst und im FamFG verankert werden.
7. Der Gesetzentwurf sollte in der vorliegenden Fassung nicht verabschiedet werden.

Vorbemerkungen

Zu dem o. g. Gesetzentwurf hat der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland bereits mit Schreiben vom 28. August 2025 eine erste Stellungnahme übermittelt. Bei den nachfolgenden Ausführungen handelt es sich um eine erweiterte und aktualisierte Fassung.

Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst (Jesuit Refugee Service, JRS) ist eine internationale katholische Organisation, die 1980 angesichts der Not vietnamesischer Bootsflüchtlinge durch die Gesellschaft Jesu gegründet worden ist. Nach dem Selbstverständnis des Jesuitenordens gehört die Förderung der Gerechtigkeit notwendig zum Dienst am Glauben. Entsprechend diesem Auftrag begleitet der JRS Flüchtlinge und Migrantinnen und Migranten, unterstützt sie und setzt sich mit ihnen gemeinsam für ihre Rechte ein – unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit. Weltweit ist der JRS in mehr als 57 Ländern tätig. In Deutschland setzt sich der JRS als Werk der Deutschen Region der Jesuiten KdöR seit 1995 für Flüchtlinge ein, besonders für Menschen in der Abschiebungshaft, Flüchtlinge im Kirchenasyl, „Geduldete“ und Menschen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität. Außerdem hilft er im Rahmen des „Accompany-Projekts“ jungen Flüchtlingen und Migrant:innen dabei, den Weg in und durch eine Ausbildung zu finden.

Schwerpunkte seiner Arbeit sind Seelsorge, Rechtshilfe und politische Fürsprache. Zentrale Werte des JRS sind Mitgefühl, Hoffnung, Würde, Solidarität, Gastfreundschaft, Gerechtigkeit und Partizipation.

A. Zur Neuregelung der Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten

I. Grundsätzliche Bedenken gegen das Konzept der „sicheren“ Herkunftsstaaten

Wie viele andere Fachorganisationen auch lehnt der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland das Konzept der „sicheren“ Herkunftsstaaten grundsätzlich ab, da es mit dem menschenrechtlichen Anspruch auf ein faires Asylverfahren, in dem die individuellen Umstände umfassend geprüft werden, unvereinbar ist und zur Diskriminierung von Asylsuchenden aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit führt. Vor allem die verfahrensrechtlichen Konsequenzen machen den Druck auf die betroffenen Menschen unerträglich. Besonders Menschen, die unter den Folgen traumatisierender Erlebnisse leiden, sind unter diesem Druck nicht in der Lage, sachgerecht zu ihren Fluchtgründen vorzutragen. Schon aus diesen Gründen spricht sich der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland gegen eine zusätzliche Liste „sicherer“ Herkunftsländer aus.

II. Grundzüge der aktuellen Rechtslage

1. Verfassungsrecht

Art. 16a Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) ermöglicht die Einstufung eines Staates als sicherer Herkunftsstaat durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates, sofern es dort 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. Diese Regelvermutung kann nach Satz 2 für den Einzelfall durch Vortrag entsprechender Tatsachen widerlegt werden. Schutzsuchende aus sicheren Herkunftsstaaten haben gemäß Art. 16a Abs. 4 Satz 1 GG nur einen eingeschränkten Anspruch auf die Durchführung eines Asylverfahrens und auf Rechtsschutz.

2. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Die EMRK enthält kein Asyl- oder Aufenthaltsrecht von Ausländern. Die Konventionsstaaten können frei über die Einreise und den Aufenthalt sowie über die Ausweisung und Abschiebung von Ausländern entscheiden.¹ Art. 3 EMRK verbietet es allerdings, eine Person der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung zu unterwerfen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) entsteht daraus ein absolutes Verbot der Auslieferung oder Abschiebung, wenn begründete Tatsachen dafür vorliegen, dass die betreffende Person im Zielstaat „einem tatsächlichen Risiko der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung unterworfen ist.“²

3. Geltendes Unionsrecht

- a) Art. 4 EU-Grundrechtecharta (GRCh) übernimmt das Folterverbot aus Art. 3 EMRK. Inhaltlich entspricht Art. 4 GRCh ausweislich der Charta-Erläuterungen dem Recht, das durch Art. 3 EMRK garantiert ist.³ Damit ist die Rechtsprechung des EGMR zum Schutz vor Ausweisung und Abschiebung auch auf Art. 4 GRCh übertragbar. Dieser Schutz gehört somit zum Kernbestand des Flüchtlingsschutzes nach Unionsrecht.
- b) Nach Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU („Asylverfahrensrichtlinie“ – AsylVfRL) können die Mitgliedstaaten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften beibehalten oder erlassen, mit denen sie sichere Herkunftsstaaten bestimmen, sofern die in Anhang I zur Richtlinie festgelegten Kriterien erfüllt werden. Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat dazu entschieden, dass die AsylVfRL materielle Vorgaben für die Bestimmung sicherer Herkunftsländer macht, wozu vor allem die Sicherheit vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung im Sinne des Art. 3 EMRK, Art. 4 GRCh gehört. Jedoch regelt die Richtlinie nicht, ob diese Bestimmung durch ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung erfolgen muss.⁴
- c) Auch nach Art. 64 Abs. 1 der ab dem 12.6.2026 anzuwendenden Verordnung (EU) 2024/1348 (Asylverfahrensverordnung – AVVO) besteht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Rechtsvorschriften beizubehalten oder neu zu erlassen, mit denen sichere

¹ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in stRspr., vgl. nur Urt. v. 30.10.1991 – 13163/87 ua – (Vilvarayah ua), Rn. 102; s. a. Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 60.

² EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 14038/89 – (Soering), Rn. 91; seitdem bestätigt in stRspr.; s. a. Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 61 ff.

³ Vgl. Charta-Erläuterungen, ABl 2007 Nr. C 303, S. 18; s. a. Art. 52 Abs. 3 GRCh.

⁴ EuGH (GK), Urt. v. 1.8.2025 - C-758/24 u. C-759/24 -, Rn. 54 ff.

Herkunftsstaaten bestimmt werden. Zur Form dieser Vorschriften enthält die AVO keine Vorgabe.

III. Die Auswirkungen einer Einstufung als sicherer Herkunftsstaat auf die Rechtsstellung von Schutzsuchenden aus diesem Staat im Asylverfahren

Die Einstufung eines Landes als sicherer Herkunftsstaat hat vor allem gravierende Folgen für Schutzsuchende, die aus diesem Staat kommen:

1. Bei Personen aus solchen sicheren Herkunftsstaaten wird nach Art. 16a Abs. 3 Satz 2 GG vermutet, dass sie keiner Verfolgungsgefahr ausgesetzt sind. Zwar kann die gesetzliche Regelvermutung der Verfolgungsfreiheit in diesem Staat für den konkreten Einzelfall widerlegt werden. Die damit verbundenen erhöhten Anforderungen an den Vortrag der antragstellenden Person vor allem hinsichtlich des Detailreichtums, der Konsistenz und der Widerspruchsfreiheit stellen für viele Schutzsuchende jedoch enorme Hürden dar.
2. Der Asylantrag einer Person aus einem sicheren Herkunftsstaat wird als „offensichtlich unbegründet“ abgelehnt, wenn sie nicht die Regelvermutung nach Art. 16a Abs. 3 Satz 2 GG für sich widerlegen konnte. Dies hat zur Folge, dass die Frist zur Klage gegen den ablehnenden Bescheid nur eine Woche beträgt und die Klage keinen Suspensiveffekt entfaltet, so dass zusammen mit der Klage innerhalb der Wochenfrist ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt und umfassend begründet werden muss.
3. Auch die Ausreisefrist beträgt in diesen Fällen regelmäßig nur eine Woche.
4. Während des Asylverfahrens sind Schutzsuchende aus sicheren Herkunftsstaaten zur Wohnsitznahme in Erstaufnahmeeinrichtungen verpflichtet, was oftmals zu zusätzlichen Hindernissen bei Spracherwerb sowie beim Zugang zu Beratung und Integrationsmaßnahmen führt.
5. Die betroffenen Menschen unterliegen einem dauerhaften Erwerbstätigkeitsverbot.

IV. Der vorgesehene § 29b AsylG-E

Der Gesetzentwurf sieht im Wesentlichen vor, im Asylgesetz einen neuen § 29b aufzunehmen, mit dem die Bundesregierung ermächtigt wird, auf dem Verordnungswege ohne Zustimmung des Bundesrates sichere Herkunftsstaaten zu bestimmen. Bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Einstufung eines Herkunftsstaates als „sicher“ haben die Verwaltungsgerichte gemäß § 77 Abs. 5 AsylG-E die Frage dem Bundesverwaltungsgericht vorzulegen.

1. Verfassungswidriger Ausschluss des Bundesrates

Die Einführung des § 29b AsylG-E würde dazu führen, dass zwischen „großen“ sicheren Herkunftsländern, die auf dem in Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG geregelten Gesetzgebungsweg unter Beteiligung des Bundesrates festgelegt werden, und „kleinen“ per Rechtsverordnung ohne

Bundesratsmitwirkung erstellten Listen sicherer Herkunftsstaaten unterschieden werden würde. Dies würde den Vorgaben aus Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG widersprechen und wäre damit verfassungswidrig.

Denn schon der Wortlaut des Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG setzt für die Einstufung eines Herkunftsstaates als „sicher“ voraus, dass in diesem Staat keine politische Verfolgung und keine unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfinden.

Das Erfordernis fehlender politischer Verfolgung nimmt Bezug auf den Schutzbereich des Art. 16a Abs. 1 GG. Demgegenüber greift das zweite Erfordernis Art. 3 EMRK, Art. 4 GRCh und damit eine inhaltliche Vorgabe des Unionsrechts auf. Der materielle Maßstab des Art. 16a Abs. 3 GG einerseits und derjenige des Unionsrechts sind im wesentlichen deckungsgleich. Die verfahrensrechtliche Regelung des Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG mit ihrer zwingenden Beteiligung des Bundesrates an dem entsprechenden Gesetzgebungsverfahren umfasst somit alle Herkunftsstaaten, die als sicher eingestuft werden sollen. Damit unterscheidet das Grundgesetz nicht zwischen verfassungsrechtlich und in Anwendung des Unionsrechts festgelegten sicheren Herkunftsstaaten, sondern enthält die verfahrensrechtlichen Vorgaben für alle sicheren Herkunftsstaaten.⁵

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass anderenfalls die nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben erfolgte Festlegung sicherer Herkunftsstaaten in der asylrechtlichen Praxis an Bedeutung hinter die Einstufung auf dem Rechtsverordnungswege zurückträte und faktisch kaum noch eine Rolle spielte. Im ersten Halbjahr 2025 sind nach Angaben der Bundesregierung⁶ 1.608 Menschen vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge als asylberechtigt anerkannt worden, während 16.748 Flüchtlingsschutz und 2.634 subsidiären Schutz erhielten.

Ein Ausschluss des Bundesrates ist außerdem schon deshalb nicht sachgerecht, weil die Einstufung eines Herkunftslandes als „sicher“ nicht nur Auswirkungen auf das Asylverfahren beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge hat, sondern auch auf die Verfahren und damit auf die Belastung bei den Verwaltungsgerichten. Denn je mehr Staaten als sichere Herkunftsländer eingestuft werden, umso mehr Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz sind in Eilverfahren durch die Verwaltungsgerichte zu entscheiden.

Hinzu tritt, dass die Rechte von Schutzsuchenden aus sicheren Herkunftsländern massiv eingeschränkt werden (siehe oben unter III.) Dies hat große Auswirkungen auf die Situation in den von den Ländern betriebenen Aufnahmeeinrichtungen. Auch deshalb sollten die Länder über den Bundesrat an der Entscheidungsfindung beteiligt werden.

2. Rechtsverordnung statt Parlamentsgesetz

Das Grundgesetz weist die Entscheidung, sichere Herkunftsstaaten zu bestimmen, ausdrücklich dem Gesetzgeber zu und verlangt damit die besondere Legitimität eines

⁵ Wie hier mit ausführlicherer Begründung *Kingreen*, Die Reichweite der Zustimmungspflicht des Bundesrates nach Art. 16a Abs. 3 GG zu Gesetzen für die Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten gemäß Art. 37 RL 2013/32/EU. Rechtsgutachten für die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, Sept. 2021; s. a. *Zimmermann*, Wer sagt, wo es sicher ist? FAZ, 6.8.2025.

⁶ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 21/1710.

Parlamentsgesetzes. Eine Regelung, durch die ein Herkunftsstaat mit wesentlichen Einschränkungen für das Verwaltungs- und Gerichtsverfahren als „sicher“ qualifiziert wird, hat grundrechtsausfüllenden Charakter⁷ und kann auch dann nicht dem Ordnungsgeber überlassen werden, wenn es „nur“ um den internationalen Schutz nach §§ 3 und 4 AsylG gehen sollte; denn die Maßstäbe sind dieselben wie in Art. 16a Abs. 3 GG.

Einer Einstufung sicherer Herkunftsländer durch den Gesetzgeber geht zumindest eine öffentliche und demokratische Auseinandersetzung voraus, in die sich auch Sachverständige mit Kenntnissen zu den betreffenden Staaten einbringen können. Eine solche Diskussion, die nachvollziehbar machen könnte, auf welcher Grundlage die Einstufung als sicherer Herkunftsstaat erfolgt ist, würde bei der Bestimmung durch Rechtsverordnung wegfallen.

3. Mangelnde Transparenz der Entscheidungsfindung und ihrer Grundlagen

Hinzu kommt, dass § 29b Abs. 2 und 3 AsylG-E zwar bestimmte Grundsätze festlegen, die bei der Einstufung eines Staates als sicheres Herkunftsland zu beachten sind, aber keine Angaben dazu enthalten, welche Informationsquellen die Bundesregierung bei ihrer Entscheidung heranzuziehen hat. Die Grundlagen für die Entscheidung werden damit für die Betroffenen wie für die Rechtsanwender – einschließlich der Gerichte – nicht nachvollziehbar. Dies erschwert eine gerichtliche Überprüfung und führt daher dazu, dass das Recht auf effektiven Rechtsschutz untergraben werden könnte.

4. Drei Listen sicherer Herkunftsstaaten

Die Einführung des § 29b AsylG würde außerdem dazu führen, dass zukünftig im Asylverfahren *drei verschiedene Listen* sicherer Herkunftsländer zu berücksichtigen wären:

- die Liste nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG, § 29a i.V.m. Anhang II AsylG,
- die auf der Ebene der Europäischen Union gemäß Art. 62 AVVO festgelegte Liste
- sowie die Liste gemäß § 29b AsylG.

Eine Rechtsvereinfachung wäre damit nicht verbunden, sondern insbesondere für die betroffenen Menschen würde das Asylrecht noch komplizierter.

5. Problematische Pflicht zur Vorlage beim Bundesverwaltungsgericht

§ 77 Abs. 5 AsylG-E regelt die Pflicht der Verwaltungsgerichte, bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Einstufung eines Herkunftsstaates als sicher durch die vorgesehene Rechtsverordnung die Frage dem Bundesverwaltungsgericht vorzulegen. Dagegen ist schon einzuwenden, dass das Bundesverwaltungsgericht damit wesentlich stärker als schon bisher belastet werden würde.

Außerdem enthält der Gesetzentwurf keine prozessualen Regelungen für dieses Vorabentscheidungsverfahren, für das Vorschriften in der Verwaltungsgerichtsordnung fehlen. Das Bundesverwaltungsgericht könnte zwar eigene Regelungen beschließen; dies würde aber zu erheblichen verfahrensrechtlichen Unsicherheiten führen.

⁷ BVerfG, Urt. v. 14.5.1996 -- 2 BvR 1507 und 1508/93 --, BVerfGE 94, 115 <142>, Rn. 85.

Der Gesetzentwurf beantwortet auch nicht die Frage, ob eine solche Vorlagepflicht bereits in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes besteht. Bejahte man diese Frage, stünde dies in einem problematischen Spannungsverhältnis zu der in § 36 Abs. 3 Satz 5 geregelten Frist von einer Woche für die gerichtliche Entscheidung. Bestünde dagegen die Vorlagepflicht erst im Rahmen des Hauptsacheverfahrens, wären die Verwaltungsgerichte aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben⁸ dazu verpflichtet, Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung stattzugeben, um eine Vorlage an das Bundesverwaltungsgericht oder auch an den EuGH zu ermöglichen. Eine Beschleunigung der Asylverfahren wäre damit nicht verbunden.⁹

B. Zur Abschaffung der anwaltlichen Pflichtbeordnung in Verfahren der Abschiebungshaft

I. Hintergrund

In der Abschiebungshaft wird einer Person die Freiheit entzogen, ohne dass sie eine Straftat begangen hat. Die Haft sichert lediglich die Abschiebung, also den Vollzug eines Verwaltungsaktes. Jedoch löst Abschiebungshaft großes Leid aus: Je länger die Menschen sich in einem solchen Gewahrsam befinden, umso größer wird der seelische und körperliche Schaden. Sind Kinder involviert, weil etwa der Vater oder die Mutter in Abschiebungshaft genommen wurde, kann dies zudem langfristige Folgen für das körperliche und seelische Wohl der Kinder bedeuten. Auch werden immer wieder Minderjährige rechtswidrig inhaftiert, weil Alterseinschätzungen nicht gewissenhaft vorgenommen werden und in Folge fehlerhaft sind.

Mit diesem Freiheitsentzug wird massiv in die Grundrechte der betroffenen Person eingegriffen. In unserem Rechtsstaat werden deshalb an einen Haftbeschluss hohe formale und inhaltliche Anforderungen gestellt. Diesen Anforderungen wird die Praxis in der Abschiebungshaft häufig nicht gerecht. Valide Schätzungen gehen von rund fünfzig Prozent fehlerhaften Inhaftierungen aus. Bei einer derart hohen Fehlerquote drohen rechtsstaatliche Grundsätze ihre generelle Gültigkeit zu verlieren. Eine Ursache für die Fehlerquote ist, dass Betroffene, die oftmals mittellos sind und denen es an System- und Sprachkenntnissen fehlt, ohne professionellen Beistand vor Gericht keine Chance haben, ihre Grundrechte zu verteidigen. Vor diesem Hintergrund haben im Oktober 2022 mehr als fünfzig Organisationen in einem gemeinsamen Positionspapier die Einführung einer Pflichtbeordnung anwaltlichen Beistandes in Verfahren der Abschiebungshaft gefordert.¹⁰

⁸ Siehe dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 - 2 BvR 1600/19 -; Beschl. v. 13.8.2024 - 2 BvR 44/24 -.

⁹ Wie hier auch *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr. 24/2025 zum Entwurf eines Gesetzes zur Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten durch Rechtsverordnung und zur Abschaffung des anwaltlichen Vertreters bei Abschiebungshaft und Ausreisegewahrsam, Juni 2025, S. 5 f.

¹⁰ Abrufbar auf <https://www.asyl.net/view/positionspapier-einfuehrung-der-pflichtbeordnung-von-anwaeltinnen-in-der-abschiebungshaft>; siehe dazu auch *Keßler/Mock*, Pflichtanwalt bei Abschiebungshaft. NJW-aktuell 50/2022, S. 15; *Franz*, Ein Pflichtanwalt für die Abschiebungshaft? Einordnung des jüngsten Gesetzgebungsvorhabens der Bundesregierung im Migrationskontext. NVwZ 2024, S. 216; *dies.*, Von rechtswidrigen Inhaftierungen, fehlendem anwaltlichen Beistand und dringend nötigen Reformen in der Abschiebungshaft. JuWissBlog Nr. 4/2024, 16.1.2024, <https://www.juwiss.de/4-2024/>

II. Die gegenwärtige Rechtslage

Schließlich wurde im Gesetzgebungsverfahren zum „Rückführungsverbesserungsgesetz“ ein § 62d in das Aufenthaltsgesetz aufgenommen. Dieser sieht vor, dass in gerichtlichen Verfahren, in denen es um die Anordnung von Abschiebungshaft oder Ausreisegewahrsam geht, das Gericht der betroffenen Person eine anwaltliche Vertretung beiordnet, wenn sie nicht bereits anwaltlich vertreten ist. Aufgrund einer Änderung des § 2 Abs. 14 Satz 5 AufenthG gilt dies auch für die Verfahren bei Überstellungshaft im Rahmen der Dublin-III-Verordnung.

III. Die beabsichtigte Streichung

Der Gesetzentwurf sieht in Artikel 2 vor, diese Regelungen ersatzlos zu streichen. In einem neuen § 104 Abs. 20 AufenthG soll eine Übergangsvorschrift eingeführt werden, nach der § 62d AufenthG noch in den Fällen Anwendung finden soll, in denen ein anwaltlicher Vertreter in Verfahren über die Anordnung von Abschiebungshaft nach § 62, Ausreisegewahrsam nach § 62b sowie Überstellungshaft nach § 2 Absatz 14 vor dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes von Amts wegen bestellt worden ist.

IV. Auseinandersetzung mit der Kritik an § 62d AufenthG

Es ist zuzugeben, dass der Wortlaut des § 62d AufenthG, seine Stellung und die Begründung für diese Vorschrift zu zahlreichen Auslegungsproblemen geführt haben.¹¹ Gleichwohl wäre die vollständige Streichung dieser Regelung verfehlt.

Für die immer wieder vorgetragene Behauptung, § 62d AufenthG habe Abschiebungen erschwert und eine unzumutbare Mehrbelastung der Justiz erzeugt,¹² fehlt jede belastbare Evidenzgrundlage. Vielmehr bleibt die Notwendigkeit für eine solche Regelung bestehen, denn gegenüber der die Haft beantragenden Behörde sind die Betroffenen offensichtlich in einer unterlegenen Position. Ohne eine anwaltliche Vertretung sehen sie sich hilflos einem Verfahren ausgesetzt, das sie nicht verstehen und deshalb auch nicht beeinflussen können, als dessen Ergebnis die Menschen aber ihre Freiheit verlieren. Vollkommen zu Recht empfinden die Menschen das Verfahren oftmals nicht als fair und die Entscheidungen nicht als gerecht.

Die nötige Expertise in diesem Bereich bringen erfahrene Anwältinnen und Anwälte mit. Zur Wahrung des Grundsatzes der Waffengleichheit und der Verteidigungsrechte sowie der Einhaltung von grund- und menschenrechtlichen Garantien ist daher zwingend eine Pflichtbeordnung eines anwaltlichen Beistandes erforderlich.

¹¹ Siehe dazu etwa *Keßler*, Anwaltliche Vertretung in Abschiebungshaftsachen bleibt notwendig, *Asylmagazin* 2025, S. 236; *Al-Ali/Franz/Tietze*, Pflichtanwält*innen in der Abschiebungshaft: Empirische Befunde zur Rechtswirklichkeit des § 62d AufenthG, Ausschussdrucksache 21(4)053, 23.9.2025.

¹² 95. Konferenz der Justizminister und Justizminister, Herbstkonferenz, 28. November 2024 in Berlin, Beschluss zu TOP I.3: Das Verfahren über die Anordnung von Abschiebungshaft und Ausreisegewahrsam vereinfachen und beschleunigen.

Mittellose Gefangene könnten, so immer wieder das Gegenargument, Verfahrenskostenhilfe beantragen. Diese wird aber nur dann gewährt, wenn der Antrag oder die Beschwerde nach Ansicht des Gerichts Aussicht auf Erfolg hat. Mit anderen Worten: Eine Anwältin oder ein Anwalt muss erst einmal detaillierte Begründungen schreiben, ohne sicher sein zu können, jemals hierfür bezahlt zu werden. Da Anwältinnen und Anwälte von ihrer Arbeit leben, können sie sich das nur selten leisten. Gefangene, die eine Anwältin oder einen Anwalt nicht bezahlen können, wären bei der ersatzlosen Streichung des § 62d AufenthG somit nicht in der Lage, ihre Rechte effektiv wahrzunehmen. Das ist eines Rechtsstaats nicht würdig und sollte unbedingt vermieden werden.

Auch der Rückgriff auf die Bestellung von Verfahrenspflegerinnen oder Verfahrenspflegern gemäß § 419 FamFG ist hier nicht sachgerecht, denn diese Möglichkeit ist in der Regel für die Verfahren in den Fällen psychisch kranker Personen vorgesehen. Betroffene in Abschiebungshaftverfahren sind, wenngleich sie in der Wahrnehmung ihrer Rechte empfindlich eingeschränkt sind, mit diesen Personen nicht vergleichbar. Die Interessensvertretung durch eine Anwältin oder einen Anwalt ist im Übrigen umfangreicher als die Wahrnehmung von Verfahrensrechten durch eine Verfahrenspflegerin oder einen Verfahrenspfleger.

Eine Regelung über die Pflichtbeordnung von Rechtsbeiständen in Abschiebungshaftverfahren bleibt somit unverzichtbar.

V. Nicht streichen, sondern neu fassen und verankern

Wir schlagen daher vor, § 62d AufenthG nicht ersatzlos zu streichen, sondern eine neu gefasste und neu verankerte Vorschrift zu schaffen.¹³ Stichworte hierfür sind:

1. Es ist klarzustellen, dass die Regelung über die Pflichtbeordnung alle Fälle der aufenthaltsrechtlichen Freiheitsentziehung betrifft, somit auch etwa diejenigen der Zurückweisungshaft. Deshalb empfiehlt es sich auch, die Vorschrift nicht mehr im Kapitel 5 Abschnitt 2 AufenthG, sondern im 7. Buch FamFG zu verankern. Das Positionspapier vom Oktober 2022 hatte hierfür die Einfügung eines § 420a in das FamFG angeregt.
2. Es sollte außerdem gesetzlich geregelt werden, in welchem Verfahren ein beizuordnender anwaltlicher Beistand bestellt wird.
3. Dabei sollte auf geeignete Weise sichergestellt werden, dass die Bundesrechtsanwaltskammer eine Liste qualifizierter Anwältinnen und Anwälte führt. Für den Eintrag in diese Liste sollten gewisse Kompetenznachweise gefordert werden, etwa der Fachanwaltstitel Migrationsrecht oder zumindest der Nachweis der Teilnahme an einer Fortbildung zum Abschiebungshaftrecht.

¹³ Siehe dazu auch *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr. 24/2025 zum Entwurf eines Gesetzes zur Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten durch Rechtsverordnung und zur Abschaffung des anwaltlichen Vertreters bei Abschiebehaft und Ausreisegewahrsam, Juni 2025, S. 15 ff.

Aus diesen Gründen empfehlen wir, den Gesetzentwurf in der vorliegenden Fassung nicht zu beschließen.

Stefan Keßler

Direktor

**Die Reichweite der Zustimmungspflicht des Bundesrates nach Art.
16a Abs. 3 GG zu Gesetzen für die Bestimmung sicherer Herkunftss-
staaten gemäß Art. 37 RL 2013/32/EU**

Rechtsgutachten für die
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag

erstattet von

Universitätsprofessor Dr. Thorsten Kingreen*
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht
Universität Regensburg

September 2021

* Das Rechtsgutachten ist unter substantieller Mitarbeit von Frau Ass. iur. Marje Mülder entstanden.

Inhaltsübersicht

I. Ergebnisse.....	3
II. Fragestellung.....	5
III. Rechtsgutachten.....	7
1. Rechtsquellen.....	7
a) Anspruch auf Asyl, Art. 16a GG.....	8
aa) Politische Verfolgung.....	8
bb) Begrenzung und Ausgestaltung des Anspruchs, Art. 16a Abs. 2–5 GG.....	9
b) Internationaler Schutz.....	11
aa) Völkerrechtliche Grundlagen.....	11
(1) Schutz als Flüchtling i. S. d. Genfer Flüchtlingskonvention.....	11
(2) Subsidiärer Schutz, Art. 3 EMRK.....	12
bb) Konkretisierung des Anspruchs auf internationalen Schutz durch europäisches Unionsrecht.....	14
(1) Qualifikations-Richtlinie (RL 2011/95/EU).....	14
(2) Asylverfahrens-Richtlinie (RL 2013/32/EU).....	15
2. Meinungsstand in der Literatur.....	16
3. Auslegung von Art. 16a Abs. 3 GG.....	18
a) Wortlaut.....	18
aa) Politische Verfolgung.....	18
bb) Unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung.....	19
b) Systematik.....	20
aa) Art. 16a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 GG.....	21
bb) Art. 36, 37 RL 2013/32/EU.....	22
c) Historie.....	24
aa) Supra- und internationalrechtliche Einbindung von Art. 16a Abs. 3 GG.....	24
bb) Einbindung des Bundesrates.....	27
d) Telos.....	28
aa) Föderalistische Funktion des Zustimmungsvorbehalts.....	29
bb) Demokratisch-rechtsstaatliche Funktion des Zustimmungsvorbehalts.....	31

I. Ergebnisse

- 1.** Das durch Art. 16a Abs. 1 GG gewährleistete Grundrecht politisch Verfolgter auf Asyl wird durch ein unionsrechtliches Regelungsregime ergänzt, das die völkerrechtlichen Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten aus der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zum internationalen Schutz konkretisiert. Mit jedem Asylantrag wird daher nach § 13 Abs. 2 AsylG nicht nur die Anerkennung als Asylberechtigter, sondern auch internationaler Schutz beantragt.
- 2.** Der Bundesgesetzgeber darf gemäß Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG mit Zustimmung des Bundesrates sichere Herkunftsstaaten bestimmen. Bei Ausländern aus sicheren Herkunftsstaaten wird nach Art. 16a Abs. 3 S. 2 GG vermutet, dass sie nicht verfolgt werden. Sie haben zudem nur einen eingeschränkten Anspruch auf Durchführung eines Asylverfahrens und auf Rechtsschutz (Art. 16a Abs. 4 GG).
- 3.** Wegen des grundrechtsimmanenten und -schützenden Parlamentsvorbehaltes muss eine Liste sicherer Herkunftsstaaten stets durch den Bundesgesetzgeber mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen werden. Die nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG erforderliche Zustimmung des Bundesrates zu diesem Gesetz bezieht sich sowohl auf den Anspruch auf Asyl als auch auf den unionsrechtlich konkretisierten internationalen Schutz von Flüchtlingen i. S. d. der GFK und subsidiär Schutzbedürftigen nach Maßgabe von Art. 3 EMRK. Die Bestimmung sog. „kleiner“ sicherer Herkunftsstaaten für den Bereich des internationalen Schutzes wäre mit Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG unvereinbar und daher verfassungswidrig:
 - a)** Das folgt bereits aus dem Wortlaut des Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG: Danach setzt die Einordnung als sicherer Herkunftsstaat nicht nur voraus, dass keine „politische Verfolgung“ i. S. v. Art. 16a Abs. 1 GG stattfindet. Vielmehr darf in diesem Staat auch keine „unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung“ stattfinden. Diese Wendung knüpft an die Voraussetzungen für den subsidiären Schutz nach Art. 3 EMRK und den Art. 15ff. RL 2011/95/EU an, was belegt, dass der internationale Schutz von Tatbestand des Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG umfasst wird.
 - b)** Das Ergebnis wird durch die systematische Auslegung, insbesondere durch den unionsrechtlichen Kontext belegt. Gemäß den Art. 36, 37 RL 2013/32/EU legen die Mitgliedstaaten sichere Herkunftsstaaten nach Maßgabe des nationalen Rechts fest. Es gibt

also keine von Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG unabhängige Bestimmung sicherer Herkunftstaaten.

- c) Die historische Auslegung zeigt, dass Art. 16a GG als integraler Bestandteil eines europäischen Systems des Flüchtlingsschutzes verstanden worden ist, an dem der deutsche Gesetzgeber ebenso mitwirken sollte, wie er das bei der Ausgestaltung des Anspruchs auf politisches Asyl nach Art. 16a Abs. 1 GG schon immer praktiziert hat. Zudem belegen die Diskussionen im Vorfeld der Einführung von Art. 16a GG, dass die Zustimmung des Bundesrates die Mitentscheidung der Opposition im Bundestag bei der Bestimmung sicherer Herkunftstaaten sichern sollte.
- d) Auch der Sinn und Zweck von Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG spricht dafür, dass sich der Zustimmungsvorbehalt auch auf den internationalen Schutz beziehen sollte. Das ergibt sich schon aus dem Umstand, dass anderenfalls die Mitwirkung des Bundesrates weitgehend bedeutungslos wäre, weil der Anspruch auf internationalen Schutz praktisch wesentlich bedeutsamer ist als derjenige auf Asyl. Die Zustimmung des Bundesrates hat zudem die klassische bundesstaatliche Funktion, die Länderverwaltung im Bereich des Flüchtlingsrechts zu schützen; sie ist zudem ein Instrument der formalisierten Einbindung der Opposition im Bund und der rechtsstaatlichen Absicherung einer Beschränkung des Grundrechtsschutzes.

II. Fragestellung

Das nachfolgende Rechtsgutachten befasst sich mit der Reichweite der Zustimmungspflicht des Bundesrates zu Bundesgesetzen, die sichere Herkunftsstaaten bestimmen. Das sind nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG solche Staaten, 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. Gemäß Art. 16a Abs. 3 S. 2 GG wird vermutet, dass ein Ausländer aus einem solchen Staat nicht verfolgt wird, es sei denn, er trägt Tatsachen vor, die diese Vermutung widerlegen. Neben dieser materiell-rechtlichen Vermutungswirkung hat die Einstufung als sicherer Herkunftsstaat gemäß Art. 16a Abs. 4 S. 1 Hs. 1 GG auch verfahrensrechtliche Konsequenzen (Einschränkung der Aussetzung der Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen), und sie kann sich auf den gerichtlichen Prüfungsumfang auswirken (Art. 16a Abs. 4 S. 1 Hs. 2 GG).

Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode sah vor, dass grundsätzlich alle Herkunftsstaaten mit einer Anerkennungsquote von bis zu 5% als sicher eingestuft werden sollten.¹ Dieses Vorhaben konnte jedoch aufgrund der fehlenden Zustimmung des Bundesrates nicht verwirklicht werden. Daraufhin ist Ende 2019 erstmals vorgeschlagen worden, sog. „kleine sichere Herkunftsstaaten“ zu bestimmen.² Rechtsgrundlage für diese Bestimmung soll Art. 37 der sog. Asylverfahrens-Richtlinie (RL 2013/32/EU)³ sein, der die Mitgliedstaaten der EU ermächtigt, für Anträge auf internationalen Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) sichere Herkunftsstaaten zu bestimmen. Diesen Vorschlag haben CDU und CSU in ihrem gemeinsamen Wahlprogramm für die Bundestagswahl 2021 aufgegriffen.⁴ Sie gehen dabei davon aus, dass die Zustimmung des Bundesrates nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG zwar für die Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten für Rechtsansprüche aus Art. 16a Abs. 1 GG erforderlich sei, nicht aber für die aus europäischem und internationalem Recht folgenden Ansprüche auf internationalen Schutz, für die allein Art. 37 RL 2013/32/EU maßgebend sein soll.

¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 108, abrufbar z.B. unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2018-2021_Bund_final.pdf.

² Thorsten Frei, Asylsystem stärken, FAZ v. 21. 11. 2019, S. 6.

³ Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl.EU 2013, L 180, S. 60.

⁴ Vgl. CDU/CSU, Das Programm für Stabilität und Erneuerung. Gemeinsam für ein modernes Deutschland, 2021, S. 26.

Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag hat den Unterzeichner um Prüfung gebeten, ob sich die Zustimmungspflicht des Bundesrates nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG auch auf die Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten i. S. v. Art. 37 RL 2013/32/EU bezieht.

III. Rechtsgutachten

Das nachfolgende Rechtsgutachten arbeitet die Ausgangsfrage in drei Schritten auf: Es beginnt mit der Behandlung der einschlägigen Rechtsquellen (1.), skizziert anschließend die zu der Ausgangsfrage vertretenen Ansichten im Schrifttum (2.) und bestimmt schließlich anhand der klassischen Auslegungsmethoden die Reichweite der Zustimmungspflicht des Bundesrates nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG (3.):

1. Rechtsquellen

Das durch Art. 16a Abs. 1 GG gewährleistete Grundrecht politisch Verfolgter auf Asyl wird durch ein unionsrechtliches Regelungsregime ergänzt, das seinerseits völkerrechtliche Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten aus der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zum internationalen Schutz aufgreift. Daher muss unterschieden werden zwischen:

- dem Anspruch auf Asyl nach Art. 16a Abs. 1 GG (dazu a)) und
- dem Anspruch auf internationalen Schutz nach der GFK und der EMRK (dazu b)), der für die EU-Mitgliedstaaten teilweise unionsrechtlich überformt ist.

Diese beiden Regelungsregime stehen aber, was für das vorliegende Rechtsgutachten von entscheidender Bedeutung ist, nicht isoliert nebeneinander, sondern werden sowohl verfassungs- als auch einfach-rechtlich miteinander verklammert. Das Konzept sicherer Herkunftsstaaten bezieht sich nämlich nicht nur auf den Tatbestand der für das Asylrecht relevanten politischen Verfolgung, sondern auch auf die für den internationalen Schutz maßgebliche „unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung“. Dementsprechend gilt das deutsche Asylgesetz (AsylG), trotz seiner insoweit missverständlichen Bezeichnung, gemäß seinem § 1 Abs. 1 nicht nur für den Anspruch auf Asyl nach Art. 16a Abs. 1 GG, sondern auch für den Anspruch auf internationalen Schutz. Mit jedem Asylantrag wird daher nach § 13 Abs. 2 AsylG nicht nur die Anerkennung als Asylberechtigter, sondern auch internationaler Schutz beantragt.

a) Anspruch auf Asyl, Art. 16a GG

Art. 16a Abs. 1 GG vermittelt politisch Verfolgten einen schutzrechtlichen Anspruch auf Asyl, dem ein Abwehrrecht gegen alle aufenthaltsverweigernden oder aufenthaltsbeendenden Maßnahmen korrespondiert.⁵

aa) Politische Verfolgung

In Anlehnung an die Genfer Flüchtlingskonvention⁶ erfasst der Begriff der politischen Verfolgung jeden, „der wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung Verfolgungsmaßnahmen mit Gefahr für Leib und Leben oder Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit ausgesetzt ist oder solche Verfolgungsmaßnahmen begründet befürchtet“.⁷ Geschützt wird auch, wer „aufgrund unabänderlicher persönlicher Merkmale anders ist, als er nach Ansicht des Verfolgers zu sein hat“.⁸ Politische Verfolgung setzt also voraus, dass sie aus Gründen erfolgt, die allein in der politischen Überzeugung des Betroffenen, seiner religiösen Grundentscheidung oder in für ihn unverfügbaren Merkmalen liegen, die sein Anderssein prägen.⁹ Dabei kann der verfassungsrechtliche Begriff der politischen Verfolgung über den völkerrechtlichen Begriff aus der GFK hinausgehen.¹⁰

Für den vorliegenden Zusammenhang ist wichtig, dass „bei Nachteilen, die jemand aufgrund der allgemeinen Zustände in seinem Heimatstaat zu erleiden hat, wie Hunger, Naturkatastrophen, aber auch bei den allgemeinen Auswirkungen von Unruhen, Revolutionen und Kriegen“

⁵ BVerwGE 75, 304 (305); *Andreas von Arnould/Stefan Martini*, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 54; *Sina Fontana*, Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Asyl- und Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext, NVwZ 2016, 735 (736); *Klaus F. Gärditz*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 183.

⁶ BGBl. II 1953, S. 559. Dazu gleich b) aa) (1).

⁷ BVerwGE 67, 184 (186); BVerwGE 75, 304 (306); *Thomas Gnatzy*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein (Begr.), GG. Kommentar, 14. Aufl. 2018, Art. 16a Rn. 23; *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1198; krit. *Michael Selk*, Aktuelle Probleme des Asylrechts. Argumentationshilfen unter Berücksichtigung der neueren Auslegungsmethode des BVerfG, NVwZ 1990, 1133 (1135); *Klaus Stern/Michael Sachs/Johannes Dietlein*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV/1, 2006, S. 836ff.

⁸ BVerwGE 79, 143 (146).

⁹ BVerfGE 80, 315 (333f.); BVerfGE 94, 49 (103); BVerfG, NVwZ 2015, 1204 (1204).

¹⁰ BVerwGE 79, 143 (146); *Ulrike Davy*, in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans Peter Schneider/Eckehart Stein, Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 16a [2001] Rn. 12; *Jörn Axel Kämmerer/Marius Kotzur*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 16a [2020] Rn. 99; *Hans-Georg Maaßen*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 47. Ed. 2021, Art. 16a Rn. 21; *Martin Will*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 28.

keine politische Verfolgung vorliegt.¹¹ In diesen Fällen kann aber Anspruch auf internationalen Schutz bestehen.¹²

Art. 16a Abs. 1 GG begründet nicht nur den materiell-rechtlichen Anspruch auf Schutz, sondern auch einen Anspruch auf ein Verfahren, das die Realisierung dieses Anspruchs ermöglicht.¹³ Daher werden Regelungen über das Verfahren zur Anerkennung eines Flüchtlings auch an Art. 16a Abs. 1 GG gemessen.¹⁴

bb) Begrenzung und Ausgestaltung des Anspruchs, Art. 16a Abs. 2–5 GG

Seine heutige Gestalt hat Art. 16a GG durch den Asylkompromiss von 1993 erhalten.¹⁵ Mit diesem sollte zwar das Recht auf Asyl bestehen bleiben, zugleich aber so eingeschränkt werden, dass nur noch die „wirklich politisch Verfolgten“ sich hierauf berufen können.¹⁶ Dementsprechend sehen die Absätze 2 bis 4 Einschränkungen vor.

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen sicheren Drittstaaten i. S. v. Art. 16a Abs. 2 GG und sicheren Herkunftsstaaten i. S. v. Art. 16a Abs. 3 und 4 GG:

- Art. 16a Abs. 2 S. 1 GG begrenzt den Schutzbereich von Art. 16a Abs. 1 GG.¹⁷ Danach kann sich auf Abs. 1 nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft (jetzt Union) einreist.¹⁸ Zudem enthält Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG einen Gesetzesvorbehalt¹⁹, nach dem durch Gesetz Staaten bestimmt werden können, in denen die Anwendung der EMRK und der Genfer Flüchtlingskonvention sichergestellt ist. Der Gesetzgeber wird damit ermächtigt, Staaten zu bestimmen, in denen die in Abs. 2 S. 1 genannten Voraussetzungen vorliegen.²⁰ Da Deutschland sämtlich von solchen sog. sicheren Drittstaaten umgeben ist,²¹ ist eine Anerkennung von Asyl gem. Art. 16a Abs. 1

¹¹ BVerfGE 80, 315 (335).

¹² Dazu gleich b).

¹³ *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1198; vgl. dazu etwa BVerfG, NVwZ 2015, 1204 (1204f.).

¹⁴ BVerfGE 94, 166 (190ff., 200); *Martin Will*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 11f.

¹⁵ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 6. 1993, BGBl. I 1993, S. 1002.

¹⁶ BT-Drs. 12/4152, S. 3.

¹⁷ BVerfGE 94, 49 (85).

¹⁸ BVerfGE 94, 49 (85); *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1214.

¹⁹ *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1214.

²⁰ BVerfGE 94, 49 (89); *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1214.

²¹ Vgl. § 26a Abs. 2 AsylG i. V. m. Anlage I.

GG bei einer Einreise auf dem Landweg praktisch ausgeschlossen.²² Art. 16a Abs. 2 S. 3 GG eröffnet sogar die Möglichkeit, aufenthaltsbeendende (und einreiseverhindernde²³) Maßnahmen unabhängig von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf zu vollziehen. Diese Regelung hat aber keine praktische Bedeutung, weil für das Verhältnis unter den EU-Mitgliedstaaten das Zuständigkeitsregime der Art. 7ff. sog. Dublin III-Verordnung (VO[EU] 604/2013) maßgebend ist.²⁴ Geflüchtete müssen zur Klärung der Zuständigkeit zunächst einmal einreisen können; eine Zurückweisung an der Grenze (§ 18 Abs. 2 AsylG) nach § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG ist daher nicht zulässig.²⁵

- Art. 16a Abs. 3 GG betrifft hingegen die Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten. Er bezieht sich also im Gegensatz zu Art. 16a Abs. 2 GG nicht auf den Reiseweg nach Deutschland, sondern auf die Herkunft des Ausländers. Ausländer aus solchen Staaten fallen zwar – anders als beim Konzept der Einreise aus sicheren Drittstaaten – in den personalen Schutzbereich von Art. 16a Abs. 1 GG; ihre Rechte werden anders als bei Art. 16a Abs. 2 S. 1 GG nicht verfassungsunmittelbar, sondern ebenso wie bei Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG erst aufgrund eines Gesetzes beschränkt.²⁶ Anders als Abs. 2 stellt Abs. 3 auch nicht auf völkerrechtliche Regelungswerke ab,²⁷ sondern auf andere Umstände, die einen Staat als sicher erscheinen lassen. Bei Ausländern aus sicheren Herkunftsstaaten wird aber nach Art. 16a Abs. 3 S. 2 GG vermutet, dass sie nicht verfolgt werden. Sie haben zudem nur einen eingeschränkten Anspruch auf Durchführung eines Asylverfahrens und auf Rechtsschutz (Art. 16a Abs. 4 GG).²⁸ Das Bundesverfassungsgericht hält diese Regelung für verfassungskonform.²⁹

²² Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1214.

²³ BVerfGE 94, 49 (101).

²⁴ Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 6. 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl.EU 2013, L 180, S. 31.

²⁵ Klaus F. Gärditz, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 144.

²⁶ Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1218; Klaus Stern/Michael Sachs/Johannes Dietlein, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV/1, 2006, S. 861.

²⁷ Klaus F. Gärditz, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 403.

²⁸ Dazu Andreas von Arnald/Stefan Martini, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 92; Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1217; Martin Will, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 88.

²⁹ BVerfGE 94, 49 (102ff.); BVerfGE 94, 166 (195).

Abs. 5 enthält schließlich eine Öffnungsklausel, mit der die Öffnung des deutschen Asylrechts für völkerrechtliche Verträge ermöglicht wird.³⁰

b) Internationaler Schutz

Der Anspruch auf internationalen Schutz kann sich völkerrechtlich aus der Eigenschaft als Flüchtling i. S. d. GFK oder aus dem Anspruch auf subsidiären Schutz i. S. d. EMRK ergeben (dazu aa)). Für die Gewährleistung dieser völkerrechtlichen Ansprüche durch die EU-Mitgliedstaaten gilt weitgehend europäisches Unionsrecht (bb)):

aa) Völkerrechtliche Grundlagen

(1) Schutz als Flüchtling i. S. d. Genfer Flüchtlingskonvention

Die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) vom 28.7.1951 knüpft am Tatbestand des „Flüchtlings“ an. Nach Art. 1 A Nr. 2 Hs. 1 GFK ist Flüchtling eine Person, die „aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will“. Diese Definition ist auch Grundlage für die Definition der „politischen Verfolgung“ i. S. v. Art. 16a Abs. 1 GG; beide Begriffe stimmen weitgehend überein.³¹

Die GFK gewährt allerdings selbst kein Asylrecht, sondern definiert nur, wer Flüchtling ist.³² Indes normiert sie als Rechtsfolge der Flüchtlingseigenschaft u. a. das sog. Refoulement-Verbot gem. Art. 33 GFK. Danach verpflichten sich die vertragschließenden Staaten dazu, keinen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten auszuweisen oder zurückzuweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.

³⁰ *Martin Will*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 106.

³¹ BVerwGE 95, 42 (52f.). Vgl. bereits oben a) aa).

³² *Ulrich Becker*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 16a Rn. 19.

Innerstaatlich hat die GFK den Rang eines einfachen Bundesgesetzes (vgl. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG),³³ da ihre Vorschriften nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt sind, entfalten sie wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung, sind also entsprechend anwendbar.³⁴

(2) Subsidiärer Schutz, Art. 3 EMRK

Die EMRK enthält zwar keine asylspezifische Regelung,³⁵ und der für ihre Auslegung zuständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) betont in ständiger Rechtsprechung das Recht eines jeden Staates, Einreise, Aufenthalt und auch Ausweisung eigenständig zu regeln.³⁶ Allerdings hat der EGMR mit seiner Rechtsprechung zum Folterverbot des Art. 3 EMRK ein sog. „Ersatzasylrecht“³⁷ für solche Personen geschaffen, die nicht „Flüchtlinge“ i. S. d. GFK sind, denen aber ernsthafter Schaden durch die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, durch Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder durch bewaffnete Konflikte droht.³⁸ Ein Konventionsstaat der EMRK verstößt dementsprechend gegen Art. 3 EMRK, „wenn begründete Tatsachen dafür vorliegen, daß der betroffene Mensch nach seiner Auslieferung einem tatsächlichen Risiko von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung unterworfen ist.“³⁹ Droht ei-

³³ BVerfGE 74, 358 (370).

³⁴ BVerfG, NVwZ 2015, 361 (364).

³⁵ EGMR, 30. 10. 1991, *Vilvarayah u. a./Vereinigtes Königreich*, Nr. 13163/87 u. a. Rn. 102; BVerwG, NVwZ 2000, 1302 (1302); *Harald Dörig*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn. 20; *Simon Letsche/Julian Rössler*, in: Andreas Decker/Johann Bader/Peter Kothe (Hrsg.), BeckOK Migrationsrecht, 8. Ed. 2021, Art. 3 EMRK Rn. 16; *Stefan Sinner*, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Europäischen Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 3 Rn. 24.

³⁶ Statt vieler EGMR, 30. 10. 1991, *Vilvarayah u. a./Vereinigtes Königreich*, Nr. 13163/87 u. a. Rn. 102.

³⁷ *Kay Hailbronner*, Art. 3 EMRK – ein neues europäisches Konzept der Schutzgewährung?, DÖV 1999, 617 (624).

³⁸ *Klaus F. Gärditz*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 103; *Simon Letsche/Julian Rössler*, in: Andreas Decker/Johann Bader/Peter Kothe (Hrsg.), BeckOK Migrationsrecht, 8. Ed. 2021, Art. 3 EMRK Rn. 1; vgl. auch *Frank Schorkopf*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 15 Rn. 45. Eine Systematisierung der Rechtsprechung des EGMR unternehmen *Ralph Alexander Lorz/Heiko Sauer*, Wann genau steht Art. 3 EMRK einer Auslieferung oder Ausweisung entgegen?, EuGRZ 2010, 389ff.; zur Entwicklung *Christoph Gusy*, Zur Bedeutung von Art. 3 EMRK im Ausländerrecht, ZAR 1993, 63 (65f.).

³⁹ EGMR, 7. 7. 1989, *Soering/UK*, Nr. 14038/89 Rn. 91 = NJW 1990, 2183 (2185); bestätigt u. a. in EGMR, 30. 10. 1991, *Vilvarayah u. a./Vereinigtes Königreich*, Nr. 13163/87 u. a. Rn. 103 = NVwZ 1992, 869; EGMR, 28. 2. 2008, *Saadi*, Nr. 37201/06 Rn. 138 = NVwZ 2008, 1330 (1332); EGMR, 5. 11. 2019, *A. A./Schweiz*, Nr. 32218/17 Rn. 39 = NVwZ 2020, 538 (539).

ner Person in einem Staat eine solche Behandlung, dann folgt aus Art. 3 EMRK ein Auslieferungs- und Abschiebeverbot⁴⁰ (vgl. § 60 Abs. 5 AufenthG). In der Systematik des Unionsrechts⁴¹ und des daran anschließenden deutschen Rechts (§ 4 Abs. 1 AsylG) handelt es sich um den sog. subsidiären Schutz.

Die EMRK hat in Deutschland den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.⁴² Den allgemeinen Grundsätzen zur Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folgend betont das BVerfG gestützt auf den in Art. 1 Abs. 2 GG besonders verbürgten Schutz eines Kernbestands an internationalen Menschenrechten i. V. m. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG die verfassungsrechtliche Pflicht, bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die EMRK als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen und darüber hinaus das einfache Recht EMRK-konform auszulegen.⁴³ Damit zieht das BVerfG die EMRK als *Kontrollmaßstab* unmittelbar gegenüber Judikative und Exekutive und mittelbar auch gegenüber der Gesetzgebung heran und stellt sie in der Normenhierarchie über das einfache Recht. Des Weiteren entnimmt das BVerfG dem deutschen Transformationsgesetz die Pflicht, bei der Rechtsanwendung die Entscheidungen des EGMR auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zu berücksichtigen, und misst ihnen daher eine „jedenfalls faktische Orientierungs- und Leitfunktion“ bei.⁴⁴ Den auf völkerrechtlicher Ebene ergehenden Entscheidungen des EGMR kommt also dadurch innerstaatliche Bedeutung zu, dass sie den Gehalt der EMRK konkretisieren und fortentwickeln.⁴⁵ Das BVerfG verlangt aber keine „schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention“⁴⁶, sondern eine „ergebnisorientierte“ Auslegung, die der Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen diene.⁴⁷

Der Tatbestand des subsidiären Schutzes ist für die rechtsgutachtlich zu klärende Ausgangsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, weil er, anders als Art. 16a GG und die GFK, nicht auf den Tatbestand der staatlichen politischen Verfolgung abstellt, sondern auf andere Fälle, in

⁴⁰ Harald Dörig, in: ders. (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn. 22.

⁴¹ Dazu gleich bb) (1).

⁴² S. etwa BVerfGE 111, 307 (315); 128, 326 (367).

⁴³ BVerfGE 111, 307 (329); 128, 326 (367ff.); 148, 296 Rn. 130f.

⁴⁴ BVerfGE 128, 326 (368).

⁴⁵ Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 116.

⁴⁶ BVerfGE 128, 326 (366); 131, 268 (295); 134, 242 (329f. Rn. 266).

⁴⁷ BVerfGE 128, 326 (370).

denen Personen aufgrund der Umstände in ihrem Herkunftsland ernsthafter Schaden für Leben und körperliche Unversehrtheit droht.

bb) Konkretisierung des Anspruchs auf internationalen Schutz durch europäisches Unionsrecht

Das europäische Sekundärrecht knüpft an diese völkerrechtlichen Garantien an. Gestützt auf Art. 78 AEUV hat die EU die sog. Qualifikations-Richtlinie (RL 2011/95/EU)⁴⁸ erlassen, die materiell-rechtliche Vorgaben zur Anerkennung des Flüchtlingsstatus enthält (dazu (1)) sowie die Richtlinie 2013/32/EU, die verfahrensrechtliche Regelungen vorsieht ((2)). Gemeinsam überführen sie die Vorgaben der GFK und der EMRK in das Unionsrecht.

(1) Qualifikations-Richtlinie (RL 2011/95/EU)

Zentrales Regelungsinstrument oder auch „Basisrechtsakt“⁴⁹ ist die RL 2011/95/EU.⁵⁰ Sie zielt darauf ab, die „Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen, die Anspruch auf subsidiären Schutz haben, sowie für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes festzulegen“, Art. 1 RL 2011/95/EU. Es geht also darum, „die Personen zu bestimmen, die wegen besonderer Umstände tatsächlich internationalen Schutz benötigen und rechtmäßig in der Union darum ersuchen.“⁵¹ Art. 78 Abs. 1 AEUV und die RL 2011/95/EU nehmen auf die Genfer Flüchtlingskonvention Bezug,⁵² weshalb sie in deren Lichte auszulegen sind.⁵³ Der sog. internationale Schutz gilt gemäß Art. 2 lit. a) RL 2011/95/EU sowohl für Flüchtlinge i. S. d. GFK als auch für Personen, die Anspruch auf subsidiären Schutz nach Art. 3 EMRK haben:

⁴⁸ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. 12. 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anspruch auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. EU 2011 L 337, S. 9.

⁴⁹ Klaus F. Gärditz, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 119.

⁵⁰ Julia Duchrow, Flüchtlingsrecht und Zuwanderungsgesetz unter Berücksichtigung der sog. Qualifikationsrichtlinie, ZAR 2004, 339ff.; Klaus F. Gärditz, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 131; Kay Hailbronner, Die Qualifikationsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Ausländerrecht, ZAR 2008, 209ff., 265ff.; zur Entwicklung vgl. Jonas Dörschner, Vermeidungsverhalten bei religiöser Verfolgung, 2014, S. 130ff.

⁵¹ EuGH, 26. 2. 2015, ECLI:EU:C:2015:117 Rn. 32 (Shepherd).

⁵² Erwägungsgründe 4, 22–24, 29, Art. 9 Abs. 1 RL 2011/95/EU.

⁵³ Klaus F. Gärditz, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 132.

- Art. 2 lit. d) RL 2011/95/EU übernimmt die Definition des Flüchtlings aus der GFK. Der Begriff der politischen Verfolgung ergibt sich aus Art. 9 RL 2011/95/EU, der Art. 1 A GFK in Unionsrecht umsetzt. Verfolgung ist gem. Art. 9 Abs. 1 lit. a) RL 2011/95/EU eine Handlung, die so gravierend ist, dass sie „aufgrund ihrer Art oder Wiederholung [...] eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellt“. Ausdrücklich erkennt die Richtlinie die „Kumulierung unterschiedlicher Maßnahmen“, die eine Person ähnlich intensiv betreffen, als Verfolgung an, Art. 9 Abs. lit. b) RL 2011/95/EU. Hierdurch wird der Verfolgungsbegriff „potentiell weiter gefasst“ als im deutschen Recht.⁵⁴
- Art. 15 lit) b) RL 2011/95/EU übernimmt die Formulierung von Art. 3 EMRK, inkorporiert diesen damit in das Unionsrecht⁵⁵ und gewährt gemäß Art. 18 RL 2011/95/RL sog. subsidiären Schutz.⁵⁶ Subsidiären Schutz erhält danach, wer zwar kein Asylberechtigter oder Flüchtling ist, dem aber in seiner Heimat ein ernsthafter Schaden durch schwere Menschenrechtsverstöße droht.

(2) Asylverfahrens-Richtlinie (RL 2013/32/EU)

Ergänzt werden die punktuell normierten verfahrensrechtlichen Vorgaben der RL 2011/95/EU durch die RL 2013/32/EU (sog. Asylverfahrens-Richtlinie), die bestimmte grundlegende Verfahrensgarantien fordert.⁵⁷

Die Asylverfahrens-Richtlinie enthält u. a. das Konzept des sicheren Herkunftslandes. Gemäß Art. 31 Abs. 8 lit. b) RL 2013/32/EU können die Mitgliedstaaten ein beschleunigtes Prüfungsverfahren zur Berechtigung des internationalen Schutzes oder ein solches an der Grenze bzw. im Transitbereich vorsehen, wenn der Antragsteller aus einem sicheren Herkunftsstaat im Sinne der Richtlinie stammt. Die Einstufung als sicherer Herkunftsstaat bewirkt nach Art. 36 Abs. 1 RL 2013/32/EU eine widerlegbare Sicherheitsvermutung. Der Antragsteller muss

⁵⁴ Fabian Wittreck, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 58.

⁵⁵ EuGH, 17. 2. 2009, ECLI:EU:C:2009:94, Rn. 28 (Elgafaji); Constantin Hruschka/Christoph Lindner, Der internationale Schutz nach Art. 15b und c Qualifikationsrichtlinie im Lichte der Maßstäbe von Art. 3 EMRK und § 60 VII AufenthG, NVwZ 2007, 645 (645f.); Hugo Storey, in: Kay Hailbronner/Daniel Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl. 2016, Art. 15 RL 2011/95/EU Rn. 3.

⁵⁶ Vgl. nur Killian O'Brien, in: Harald Dörig (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, § 18 Rn. 11.

⁵⁷ Überblickartig bei Killian O'Brien, in: Harald Dörig (Hrsg.), Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2. Aufl. 2020, § 18 Rn. 12.

„schwergewichtige Gründe“ vorbringen, „dass der Staat in seinem speziellen Fall [...] nicht als sicherer Herkunftsstaat zu betrachten ist.“ Anlage I zur RL 2013/32/EU benennt Kriterien zur Bestimmung eines sicheren Herkunftsstaates, die Art. 37 RL 2013/32/EU den Mitgliedstaaten überlässt. Versuche, eine unionsweite Liste sicherer Herkunftsstaaten zu verabschieden, sind bisher gescheitert. So hat der EuGH eine entsprechende Liste 2008 aus kompetenzrechtlichen Gründen für nichtig erklärt.⁵⁸ Ein Entwurf der EU-Kommission zu einer Verordnung,⁵⁹ die eine solche Liste enthielt, wurde 2019 von der Kommission zurückgezogen.⁶⁰

2. Meinungsstand in der Literatur

Zu der Frage, ob sich die Zustimmungspflicht des Bundesrates zu einem Bundesgesetz zur Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG nur auf den Anspruch auf Asyl nach Art. 16a Abs. 1 GG oder auch auf den durch das Unionsrecht konkretisierten internationalen Schutz bezieht, gibt es bislang keine Rechtsprechung. Auch in der Literatur wird die Frage kaum thematisiert; wo sie angesprochen wird, sind die Ausführungen meist eher allgemein gehalten.

So führt *Klaus Ferdinand Gärditz* in seiner Kommentierung zu Art. 16a GG im Rahmen der Einordnung des Grundrechts in den transnationalen Rechtsrahmen über das Verhältnis von Unions- und mitgliedstaatlichem Recht aus:

„Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die eine EU-Richtlinie umsetzen, sind grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, sondern am Unionsrecht und damit auch den durch dieses gewährleisteten Grundrechten (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV, Art. 51 Abs. 1 GRCh) zu messen, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum überlässt,⁶¹ sondern zwingende Vorgaben macht.“^{62/63}

⁵⁸ EuGH, 6. 5. 2008, ECLI:EU:C:2008:257 Rn. 43 ff. (Parlament/Rat).

⁵⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Erstellung einer gemeinsamen EU-Liste sicherer Herkunftsstaaten für die Zwecke der Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes und zur Änderung der Richtlinie 2013/32/EU, COM/2015/0452 final - 2015/0211 (COD).

⁶⁰ ABl.EU 2019, C 210, S. 13.

⁶¹ Vgl. insoweit EuGH Urt. v. 10.7.2014 – C-198/13 (Hernández), EU:C:2014:2055 Rn. 35; ferner auch EuGH Urt. v. 6.10.2015 – C-650/13 (Delvigne), EU:C:2015:648 Rn. 27 (zitiert wie im Original, Anm. d. Verf.).

⁶² BVerfGE 142, 74 (112).

⁶³ *Klaus F. Gärditz*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 114, Nachweise entstammen dem Original, wurden aber der hiesigen Zählung angepasst.

Gärditz beschreibt damit das allgemeine Verhältnis zwischen unionalen und mitgliedstaatlichem Recht, bezieht dieses aber nicht auf die Frage, welche Zustimmungspflichten des Bundesrates aus dem nationalen Verfassungsrecht folgen.

Jan Bergmann führt zwar aus, dass Art. 16a Abs. 3 GG für den unionsrechtlichen Flüchtlingschutz nicht gelte.⁶⁴ Seiner Meinung nach könnte insoweit „auch die Exekutive – oder besser: die EU – regeln“.⁶⁵ Doch auch er bleibt dabei bei einer recht allgemeinen Beurteilung, ohne auf diese spezifische Frage einzugehen.

Harald Dörig geht davon aus, dass eine Bestimmung sicherer Dritt- und Herkunftsländer durch Entscheidung der Regierungs- oder Verwaltungsebene möglich wäre, da sich der Gesetzesvorbehalt des Grundgesetzes nur auf das Grundrecht auf Asyl beziehe.⁶⁶ Er begründet das allerdings nicht näher.

Am ausführlichsten befasst sich *Daniel Thym* mit der Frage.⁶⁷ Nach seiner Ansicht sprechen weder Wortlaut noch Systematik für eine Zustimmungspflicht des Bundesrates zu einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer. Die Zustimmungspflicht bestehe nur dort, wo Art. 16a Abs. 3 GG diese explizit anordne, sodass eine Reform „eine Option [nutze], die sich aus der – verfassungsrechtlich gewollten [...] – Europäisierung des Asylrechts“ ergebe.⁶⁸ Er zieht zudem einen Vergleich mit den „Dublin-Regeln, die funktional die deutschen Drittstaatsklauseln ersetzen“, die trotz Art. 16a Abs. 2 GG keiner Bundesratszustimmung bedurften.⁶⁹ *Thym* hält die Verabschiedung einer solchen Liste ohne Bundesratsbeteiligung grundsätzlich für verfassungsgemäß, „soweit man nicht argumentieren wollte, dass Art. 16a GG punktuell im Wege der erweiternden Auslegung fortlebt.“⁷⁰ Er sieht ein „prozessuales Restrisiko“ und verweist

⁶⁴ *Jan Bergmann*, in: ders./Klaus Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht. Kommentar*, 13. Aufl. 2020, Art. 16a GG Rn. 70.

⁶⁵ *Jan Bergmann*, in: ders./Klaus Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht. Kommentar*, 13. Aufl. 2020, Art. 16a GG Rn. 70.

⁶⁶ *Harald Dörig*, Quo vadis Migrationsrecht?, *juris – Die Monatszeitschrift (JM)* 2018, 251 (257).

⁶⁷ *Daniel Thym*, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, *ZRP* 2020, 52 (55).

⁶⁸ *Daniel Thym*, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, *ZRP* 2020, 52 (55).

⁶⁹ *Daniel Thym*, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, *ZRP* 2020, 52 (55).

⁷⁰ *Daniel Thym*, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, *ZRP* 2020, 52 (55).

dementsprechend darauf, dass die Frage letztlich nur vom Bundesverfassungsgericht „[a]ls Erstinterpret der Verfassung“ entschieden werden könne.⁷¹

3. Auslegung von Art. 16a Abs. 3 GG

Man kann damit festhalten, dass die Rechtsfrage nach der Reichweite der Zustimmungspflicht bislang nicht hinreichend geklärt ist. Daher ist Art. 16a Abs. 3 GG anhand der klassischen rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden zu interpretieren:

a) Wortlaut

Nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG setzt die Einstufung als sicherer Herkunftsstaat voraus, dass dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfinden.

aa) Politische Verfolgung

Der Begriff „politische Verfolgung“ in Abs. 3 S. 1 entspricht grundsätzlich demjenigen in Abs. 1.⁷² Zur Beurteilung der Verfolgungsfreiheit kann daher auf die hierzu entwickelten Maßstäbe zurückgegriffen werden.⁷³ Zwar „decken sich die Begriffe in Art. 16a Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 GG infolge ihrer im jeweiligen Regelungszusammenhang unterschiedlichen Funktion – einerseits Prüfung des Einzelfalls; andererseits Beurteilung der allgemeinen Situation in einem Staat – inhaltlich nicht in vollem Umfang.“⁷⁴ Weil es bei der Bestimmung nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG um die generelle Einstufung von Staaten als „sicher“ gilt, muss die Verfolgungsfreiheit landesweit und ohne Beschränkung auf bestimmte Bevölkerungsgruppen festgestellt werden.⁷⁵ Der Begriff der „politische[n] Verfolgung“ in Abs. 3 S. 1 wird also zwar „kontextbedingt modifiziert“⁷⁶, aber sachlich nicht auf Tatbestände ausgedehnt, in denen keine politische Verfolgung i. S. v. Abs. 1 vorliegt.

⁷¹ Daniel Thym, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, ZRP 2020, 52 (55).

⁷² BVerfGE 94, 115 (134).

⁷³ So auch BVerfGE 94, 115 (139).

⁷⁴ BVerfGE 94, 115 (134).

⁷⁵ BVerfGE 94, 115 (135).

⁷⁶ Andreas von Arnald/Stefan Martini, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 93; ähnlich auch BVerfGE 94, 115 (134); Andreas Zimmermann/Christian J. Tams, in: Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 16a [2007] Rn. 185.

bb) Unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung

Zur Bestimmung eines sicheren Herkunftslandes muss außerdem sichergestellt sein, dass dort keine „unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung“ stattfindet.

Der Anwendungsbereich von Abs. 3 S. 1 ist damit weiter als derjenige von Abs. 1. Abs. 3 S. 1. Er erfasst nämlich durch die Bezugnahme auf „unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung“ auch solche staatlichen Maßnahmen, „die nicht notwendig zugleich politische Verfolgung im asylrechtlichen Sinne darstellen.“⁷⁷ Er nimmt damit nach allgemeiner Meinung im Schrifttum auf den sog. subsidiären Schutz in Art. 3 EMRK Bezug.⁷⁸ Das sieht auch das Bundesverfassungsgericht so:

„Die vom Verfassungsgesetzgeber gewählte Formulierung knüpft in Wortlaut und Inhalt erkennbar an die Bestimmung von Art. 3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 (BGBl 1952 II S. 686) an [...]“.⁷⁹

Und weiter:

„Die vom Verfassungsgesetzgeber in Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG geforderte Gewährleistung der Sicherheit auch vor unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung oder Behandlung geht über den Schutzbereich des Art. 16a Abs. 1 GG hinaus. Sie stellt – in Anlehnung an die Bezugnahme auf die EMRK auch in Art. 16a Abs. 2 GG – sicher, daß ein solches staatliches Handeln in die Prüfung einbezogen und so den

⁷⁷ BVerfGE 94, 115 (136).

⁷⁸ *Andreas von Arnault/Stefan Martini*, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 93; *Ulrich Becker*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 16a Rn. 198; *Jan Bergmann*, in: ders./Klaus Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht. Kommentar, 13. Aufl. 2020, Art. 16a GG Rn. 72; *Ulrike Davy*, in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans Peter Schneider/Ekkehart Stein, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 16a [2001] Rn. 53; *Klaus F. Gärditz*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 403; *Thomas Gnatzy*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein (Begr.), GG. Kommentar, 14. Aufl. 2018, Art. 16a Rn. 16; *Ralph Göbel-Zimmermann/Alexander Eichhorn/Stephan Beichel-Benedetti*, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 2017, Rn. 98; *Kay Hailbronner*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd. V, 2013, § 123 Rn. 261; *Bertold Huber*, Das Asylrecht nach der Grundgesetzänderung, NVwZ 1993, 736 (738); *Winfried Kluth*, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), Grundrechtekommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 16a Rn. 109; *Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 16a [2020] Rn. 189; *Gerhard Leibholz/Hans-Justus Rinck*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 16a [1997] Rn. 274; *Winfried Möller*, in: Rainer M. Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 16a GG Rn. 31; *Andreas Zimmermann/Christian J. Tams*, in: Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 16a [2007] Rn. 188; wohl auch *Hans-Georg Maaßen*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 47. Ed. 2021, Art. 16a Rn. 84.

⁷⁹ BVerfGE 94, 115 (136f.).

fließenden Übergängen zu asylrechtlich erheblichen Verfolgungsmaßnahmen Rechnung getragen wird.“⁸⁰

Die Einbeziehung des subsidiären Schutzanspruchs in das Konzept der sicheren Herkunftsstaaten ist auch deshalb geboten, weil politische Verfolgung und menschenrechtliche Gefährdung nicht in jedem Fall klar voneinander abgrenzbar sind.⁸¹ Daher muss stets im Einzelfall geprüft werden, „ob eine unmenschliche Behandlung nicht letztlich doch an asylerbliche Merkmale anknüpft und damit als politische Verfolgung zu werten ist.“⁸² Sie trägt damit fließenden Übergängen von unmenschlicher Behandlung hin zu asylrechtlich erheblichen Verfolgungsmaßnahmen Rechnung.

Der Wortlaut von Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG ist also eindeutig. Deshalb ist es etwas überraschend, dass *Daniel Thym*, der sich als einziger etwas ausführlicher mit der Frage sog. „kleiner“ sicherer Herkunftsstaaten befasst, fragt, ob man die Zustimmungspflicht des Bundesrates „im Wege der erweiternden Auslegung analog auf eine Liste nach dem EU-Recht“⁸³ erstrecken kann. Denn Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG regelt die Frage explizit, so dass es keiner „Analogie“ oder „erweiternden Auslegung“ (was immer genau der methodische Unterschied zwischen diesen beiden hermeneutischen Instrumenten ist) bedarf. Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG unterscheidet nicht zwischen „großen“ und „kleinen“ sicheren Herkunftsstaaten, sondern kennt einfach nur sichere Herkunftsstaaten. Er regelt damit nicht nur den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Asyl im Falle politischer Verfolgung, sondern erfasst mit der Wendung „unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung“ insbesondere auch den subsidiären Schutz durch Art. 3 EMRK und nach den Art. 15ff. RL 2011/95/EU. Sein Anwendungsbereich ist damit nicht nur funktional, sondern auch sachlich weiter als derjenige des Abs. 1.⁸⁴

b) Systematik

Auch der Regelungskontext des Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG belegt, dass die Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten nicht nur für den Tatbestand politischer Verfolgung gilt, sondern auch für

⁸⁰ BVerfGE 94, 115 (137).

⁸¹ BVerfGE 94, 115 (137).

⁸² *Joachim Henkel*, Das neue Asylrecht, NJW 1993, 2705 (2708).

⁸³ *Daniel Thym*, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, ZRP 2020, 52 (55).

⁸⁴ Allgemeine Meinung, vgl. etwa *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1210; *Winfried Kluth*, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), Grundrechtskommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 16a Rn. 109; *Ralf Rothkegel*, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002, Art. 16a Rn. 134 („nicht spiegelbildlich“).

die Ansprüche auf internationalen Schutz, d.h. hier vor allem auf subsidiären Schutz nach Art. 3 EMRK. Regelungskontext im Sinne der systematischen Auslegung ist dabei nicht nur das nationale Verfassungsrecht (dazu aa)), sondern insbesondere auch die Normen des Völker- und Europarechts, die den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Asyl rahmen (bb)):

aa) Art. 16a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 GG

Art. 16a Abs. 3 S. 1, S. 2 und Abs. 4 GG haben unterschiedliche sachliche Anwendungsbereiche. So setzt der Tatbestand von Abs. 3 S. 1 die Abwesenheit von politischer Verfolgung *und* unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung oder Behandlung voraus, während sich die Vermutungswirkung von Abs. 3 S. 2 nur auf das Nichtvorliegen politischer Verfolgung bezieht.⁸⁵ Art. 16a Abs. 4 S. 1 GG wiederum scheint sich dem Wortlaut nach („in den Fällen des Abs. 3“) auf beide Fälle zu beziehen, also sowohl auf Fälle fehlender politischer Verfolgung als auch fehlender unmenschlicher Behandlung.

Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, warum die sachlichen Anwendungsbereiche des Tatbestands der Bestimmung in Abs. 3 S. 1 und der Rechtsfolge der Vermutung in S. 2 GG nicht kongruent sind.⁸⁶ Soweit die Frage in der Literatur überhaupt behandelt wird, sind die Erklärungen für diese Differenzierung wenig befriedigend.⁸⁷ Rechtsprechung⁸⁸ und Literatur⁸⁹ gehen zumindest davon aus, dass die in Abs. 4 geregelten, durchaus einschneiden-

⁸⁵ Allg. Meinung, vgl. nur *Ulrich Becker*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 16a Rn. 196; *Günter Renner*, Was ist vom deutschen Asylrecht geblieben?, ZAR 1996, 103 (106); *Martin Will*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 95.

⁸⁶ *Michael Wollenschläger/Alexander Schraml*, Art. 16a GG, das neue „Grundrecht“ auf Asyl?, JZ 1994, 61 (68).

⁸⁷ Vgl. etwa den Hinweis von *Andreas von Arnould/Stefan Martini*, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 97 auf BVerfGE 94, 115 (137), dass diese Diskrepanz „fließenden Übergängen zu asylrechtlich erheblichen Verfolgungsmaßnahmen Rechnung“ trage. Diese Aussage findet sich so in der zitierten Entscheidung des BVerfG nicht; auch in der Sache erschließt sich nicht, warum die „fließenden Übergänge“ eine Differenzierung bei S. 1 ermöglichen, bei S. 2 aber nicht.

⁸⁸ BVerfGE 94, 166 (191).

⁸⁹ *Andreas von Arnould/Stefan Martini*, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 100; *Ulrich Becker*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 16a Rn. 209; *Winfried Möller*, in: Rainer M. Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 16a GG Rn. 470; *Hans-Georg Maaßen*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 47. Ed. 2021, Art. 16a Rn. 96; *Winfried Möller*, in: Rainer M. Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 16a GG Rn. 37; *Marei Pelzer*, in: Andreas Decker/Johann Bader/Peter Kothe (Hrsg.), BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 8. Ed. 2021, Art. 16a Rn. 19; *Martin Will*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 16a Rn. 98f.

den prozeduralen und prozessualen Konsequenzen aus der Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten sowohl für den Tatbestand der politischen Verfolgung als auch für den Fall unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung gelten.

Für die Frage der systematischen Auslegung lassen sich aus den unterschiedlichen Anwendungsbereichen der genannten Vorschriften keine belastbaren Erkenntnisse ableiten. Es bestätigt sich lediglich das Ergebnis der grammatischen Auslegung, dass der Tatbestand der politischen Verfolgung den Status der subsidiär Schutzbedürftigen nicht erfasst, weshalb ihn Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG neben der politischen Verfolgung explizit aufgreift. Indem die allgemeine Auffassung im Schrifttum den Tatbestand der „unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung“ nicht unter das Verb „verfolgt“ in Art. 16a Abs. 3 S. 2 GG subsumiert, bestätigt sie implizit die Existenz dieser Unterscheidung.

bb) Art. 36, 37 RL 2013/32/EU

Von wesentlicher Bedeutung für die Interpretation von Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG ist der systematische Zusammenhang mit dem unionsrechtlichen Konzept sicherer Herkunftsstaaten gemäß Art. 36, 37 RL 2013/32/EU.

Ihre Initiatoren sehen in einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsstaaten offenbar einen Schritt zu einer „konsequenten Europäisierung“: Durch sie werde „das Europarecht zur zentralen Leitlinie der Asylpolitik.“⁹⁰ Zwar werden die Zusammenhänge insoweit nur angedeutet, doch scheint man davon auszugehen, dass die unionsrechtliche Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten in Art. 36, 37 RL 2013/32/EU nur den Vorgaben des Unionsrechts folgt und nicht des Grundgesetzes.

Das ist aber unzutreffend. Als Richtlinie bedarf die RL 2013/32/EU der Umsetzung in nationales Recht. Art. 288 Abs. 3 AEUV belässt den Mitgliedstaaten grundsätzlich die Wahl der Form und Mittel.⁹¹ Sofern die Richtlinie keine diesbezüglichen Vorgaben macht, richtet sich die Um-

⁹⁰ Daniel Thym, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, ZRP 2020, 52 (53).

⁹¹ Zur Umsetzung der genannten Richtlinien s. Philipp Wittmann, in: Andreas Decker/Johann Bader/Peter Kothe (Hrsg.), BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 8. Ed. 2021, Art. 1 GFK Rn. 9f.

setzung grundsätzlich nach nationalem Recht, und zwar sowohl hinsichtlich der Gesetzgebungszuständigkeit⁹² als auch hinsichtlich der Überprüfung anhand mitgliedstaatlicher Grundrechte.⁹³

Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG begründet dementsprechend eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten.⁹⁴ Auch für das Gesetzgebungsverfahren enthalten die genannten Bestimmungen der Richtlinie keine Vorgaben, so dass auch für die Frage der Bundesratsbeteiligung allein nationales Verfassungsrecht (also Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG) maßgeblich ist. Das entspricht im Übrigen auch der insoweit gemeinsamen Linie von EuGH und Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf den Grundrechtsschutz gegen unionsrechtlich veranlassenes nationales Recht (vgl. Art. 51 Abs.1 GRCh). Sofern eine Richtlinie dem deutschen Gesetzgeber Umsetzungsspielräume belässt, prüft das Bundesverfassungsgericht das umsetzende Gesetz vorwiegend an den Grundrechten des Grundgesetzes.⁹⁵ Auch der EuGH billigt für diesen Fall die Anwendung der mitgliedstaatlichen Grundrechte, wenn und soweit dadurch weder das Schutzniveau der Charta noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.⁹⁶

Das Konzept der Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten ist danach praktisch nur rudimentär unionsrechtlich präformiert. Es obliegt nach Art. 36 Abs. 2 RL 2013/32/EU den Mitgliedstaaten, in ihren nationalen Rechtsvorschriften die Regeln und Modalitäten für die Anwendung des Konzeptes des sicheren Herkunftsstaates festzulegen. Art. 37 Abs. 1 RL 2013/32/EU ergänzt, dass die Mitgliedstaaten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften *beibehalten* oder erlassen, aufgrund deren sie im Einklang mit Anhang I sichere Herkunftsstaaten bestimmen *können*. Die Mitgliedstaaten können also eine Liste sicherer Herkunftsstaaten festlegen, müssen das aber nicht, und sie können bestehende Listen auch beibehalten, müssen dies aber eben-

⁹² Matthias Ruffert, in: Christian Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 6. Aufl. 2021, Art. 288 AEUV Rn. 41. – Bemerkenswerterweise gesteht das auch Daniel Thym, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, ZRP 2020, 52 (53) ein: „auch wenn separate Herkunftslandlisten vom Europarecht nicht zwingend vorgegeben werden, weil dieses das Verfahren nicht regelt, aufgrund dessen diese innerstaatlich festgelegt werden.“

⁹³ BVerfGE 152, 152 (170ff.).

⁹⁴ Hans D. Jarass, in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 16a. Rn. 32; Fabian Wittreck, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 101, Art. 71 Rn. 6.

⁹⁵ BVerfGE 152, 152 (170ff.).

⁹⁶ EuGH, 26. 2.2013, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 29 (Åkerberg Fransson).

falls nicht. Art. 37 Abs. 2-4 RL 2013/32/EU bestimmt demgegenüber nur punktuelle prozedurale und materiell-rechtliche Vorgaben für die Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten, ohne aber die diesbezügliche Primärkompetenz der Mitgliedstaaten grundsätzlich in Frage zu stellen.

Aus der auch vom Unionsrecht vorgesehenen Primärzuständigkeit der Mitgliedstaaten folgt, dass Art. 16a Abs. 3 GG ein wesentlicher Maßstab für die Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten nach Maßgabe der Art. 36, 37 RL 2013/32/EU ist. Das gilt selbstverständlich auch für die Frage der Beteiligung des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren des Bundes. Daher ist es schon im Ansatz verfehlt, dieses unionsrechtliche Rechtsregime als *Aliud* im Verhältnis zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben anzusehen. Insbesondere verfängt daher *Daniel Thym's* Vergleich zwischen den Dublin-Regeln und der Bestimmung einer Liste sicherer Herkunftsstaaten⁹⁷ nicht: Denn die Dublin-Regeln sind als Verordnungen unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Sie bedürfen also gerade keiner Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber. Daher gibt es auch keinen Umsetzungsakt, der am Maßstab von Art. 16a GG geprüft werden könnte.

c) Historie

Die heutige Ausgestaltung von Art. 16a GG geht auf den sog. Asylkompromiss von 1993 zurück.⁹⁸ Ende der 1980er und Anfang der 1990er Jahre waren die Asylbewerber:innenzahlen insbesondere wegen der Konflikte auf dem Balkan stark angestiegen. In der Folge kam es zu einer breiten öffentlichen Diskussion über die Änderung oder gar Abschaffung des Asylgrundrechts.⁹⁹ CDU, CSU, SPD und F.D.P. einigten sich schließlich am 6. 12. 1992 auf den neuen Art. 16a GG.¹⁰⁰ Ziel der Reform war einerseits die Einschränkung des Asylrechts unter Beibehaltung des grundsätzlichen Asylrechts für die „wirklich politisch Verfolgten“¹⁰¹, andererseits aber auch die Einbindung in ein völkerrechtliches Asylsystem in Europa.¹⁰² Daher kann Art. 16a GG

⁹⁷ *Daniel Thym*, Europäisches Asylrecht auf der Überholspur – Zur Option einer Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsländer, ZRP 2020, 52 (54).

⁹⁸ Abgedruckt in: Blätter für deutsche und internationale Politik 1993, 114ff.

⁹⁹ Vgl. *Winfried Kluth*, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), Grundrechtekommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 16a Rn. 15.

¹⁰⁰ Zu vorangegangenen Gesetzesinitiativen s. *Michael Waldstein*, Das Asylgrundrecht im europäischen Kontext, 1993, S. 70 ff., sowie *Andreas Zimmermann*, Das neue Grundrecht auf Asyl, 1994, S. 23ff.

¹⁰¹ BT-Drs. 12/4152, S. 3.

¹⁰² BT-Drs. 12/4152, S. 3; BT-Drs. 12/4984 S. 2; *Thomas Gnatzy*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein (Begr.), GG. Kommentar, 14. Aufl. 2018, Art. 16a Rn. 1; *Kay Hailbronner*, Reform des Asylrechts, 1994, S. 76ff.; *Andreas Zimmermann*, Der Vertrag von Amsterdam und das deutsche Asylrecht, NVwZ 1998, 450 (454).

„nur vor dem Hintergrund dieses Kompromisses verstanden werden“.¹⁰³ Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift lassen sich zwei wesentlichen Aussagen ableiten: erstens, dass eine supra- und internationalrechtliche Einbindung von Art. 16a Abs. 3 GG gewollt war (aa)) und zweitens, dass der Bundesrat eingebunden werden sollte (bb)):

aa) Supra- und internationalrechtliche Einbindung von Art. 16a Abs. 3 GG

Die Bereitschaft der Mitgliedstaaten zur Übertragung von Kompetenzen auf die (damalige) Europäische Gemeinschaft war bis Mitte der 1990er Jahre nur schwach ausgeprägt.¹⁰⁴ Der 1993 in Kraft getretene Vertrag von Maastricht ordnete den Politikbereich Asyl der sog. dritten Säule der Europäischen Union zu, in der die Rechtsetzung intergouvernemental erfolgte. Schwerpunkt der gemeinsamen Asylpolitik war die Erarbeitung gemeinsamer Standpunkte und die Formulierung gemeinsamer Maßnahmen, die aber nicht rechtsverbindlich festgelegt wurden.¹⁰⁵ Hierzu gehörten etwa die Londoner Entschlüsse der für Einwanderungsfragen zuständigen Minister der EG-Staaten über (sichere) Aufnahmedrittländer und über offensichtlich unbegründete Asylanträge vom 30. 11. und 1. 12. 1992. Auf dieser Tagung wurden ebenfalls Schlussfolgerungen getroffen betreffend Länder, in denen im Allgemeinen keine ernstliche Verfolgungsgefahr besteht.¹⁰⁶ Diese Entschlüsse und Schlussfolgerungen enthielten u. a. das Konzept des sicheren Herkunftsstaates. Danach konnten die Mitgliedstaaten solche Staaten bestimmen, bei denen die Sicherheit widerlegbar vermutet wurde.¹⁰⁷ Dieses sowie eine entsprechende Regelung des Schweizer Asylrechts waren Vorbild für Art. 16a Abs. 3 GG.¹⁰⁸ Erst mit dem Vertrag von Amsterdam wurde 1997 der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft eine ausdrückliche geteilte Gesetzgebungskompetenz für das Asylrecht übertragen, Art. 63 EGV (jetzt: Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 lit. j), Art. 78 AEUV).¹⁰⁹

Auch wenn das aktuelle, auf den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufsetzende unionsrechtliche Regelungsregime seinerzeit noch nicht vorhanden war, war es der

¹⁰³ *Andreas Zimmermann*, Das neue Grundrecht auf Asyl, 1994, S. 30.

¹⁰⁴ *Daniel Fröhlich*, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011, S. 131.

¹⁰⁵ *Oliver Suhr*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 6. Aufl. 2021, Art. 67 AEUV Rn. 9.

¹⁰⁶ Alle drei Beschlüsse abgedruckt ZDWF-Schriftenreihe Nr. 53, Februar 1993, S. 152f., 150f., 154f.

¹⁰⁷ Vgl. *Peter Schoenemann*, Das deutsche Asylrecht im Licht der europäischen Asylrechtsharmonisierung und des nationalen Asylrechts in Westeuropa, NVwZ 1997, 1049 (1051).

¹⁰⁸ *Kay Hailbronner*, Reform des Asylrechts, 1994, S. 80; *Peter Schoenemann*, Das deutsche Asylrecht im Licht der europäischen Asylrechtsharmonisierung und des nationalen Asylrechts in Westeuropa, NVwZ 1997, 1049 (1051).

¹⁰⁹ *Daniel Fröhlich*, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011, S. 159, 160f.; *Stefanie Schmahl*, Die Vergemeinschaftung des Asyl- und Flüchtlingspolitik, ZAR 2001, 3 (8ff.).

erklärte Wille des Gesetzgebers, das Asylrecht im europarechtlichen Kontext zu regeln. Im sog. Asylkompromiss vom 6. 12. 1992 haben die beteiligten Fraktionen übereinstimmend „eine gemeinsame europäische Politik, die Fluchtursachen bekämpft und Asyl und Zuwanderung regelt,“¹¹⁰ beschlossen.

Auch die Debatten im Bundestag und Bundesrat dokumentieren dieses Anliegen. *Wolfgang Schäuble* (CDU) erklärte dazu etwa im Bundestag:

„Wir, die CDU/CSU und die F.D.P., die Koalition, haben immer gesagt [...], daß mit der Abschaffung der Binnengrenzen in Europa eine Harmonisierung des Asylrechts in Europa zwingend notwendig werden wird, die ebenfalls nicht ohne eine Grundgesetzänderung möglich ist.“¹¹¹

Gleichsinnig prognostizierte *Hans-Ulrich Klose* (SPD):

„[...] zumal die eigentliche Wirkung der Neuregelung nicht in den neuen gesetzlichen Möglichkeiten liegt, die freilich nicht geringzuschätzen sind, sondern in dem dadurch angestoßenen Prozeß einer Europäisierung des Problems.“¹¹²

In der Debatte des Bundesrates führte *Eberhard Diepgen* (CDU) aus:

„In Wirklichkeit geben wir mit der Änderung des Artikels 16 den Alleingang auf und passen uns einer europäischen Rechtswirklichkeit an. Das kann auf Dauer auch für die Gemeinschaft der Europäer von Nutzen sein.“¹¹³

Er ergänzte:

„Dieser Asylkompromiß ist aus meiner Sicht auch ein Stück europäischer Einigung. Er zeigt die Abhängigkeit und den Abstimmungsbedarf der europäischen Staaten, der über eine reine Wirtschaftsgemeinschaft weit hinaus in Richtung einer europäischen Union weist.“¹¹⁴

Ähnlich sah es auch *Herbert Schnoor* (SPD):

„Wir sind auch künftig bereit [...], uns an einer gemeinsamen europäischen Flüchtlingspolitik zu beteiligen. [...] Dazu gehört die Absicht, das Asylrecht in Europa weiter zu harmonisieren.“¹¹⁵

¹¹⁰ Ergebnisse der Verhandlungen zwischen den Fraktionen von CDU/CSU, FDP und SPD zu Asyl und Zuwanderung vom 6. Dezember 1992, Blätter für deutsche und internationale Politik 1993, 114 (114).

¹¹¹ Plenarprotokoll, 12. Legislaturperiode, 134. Sitzung, BT-Plenarprot. 12/134, S. 13505 B.

¹¹² Plenarprotokoll, 12. Legislaturperiode, 134. Sitzung, BT-Plenarprot. 12/134, S. 13510 B.

¹¹³ Plenumsprotokoll 657. Bundesratssitzung v. 28. 5. 1993, S. 200 D.

¹¹⁴ Plenumsprotokoll 657. Bundesratssitzung v. 28. 5. 1993, S. 201 C; ähnlich auch *Herbert Schnoor*, ebenda, S. 205 „an einer gemeinsamen europäischen Flüchtlingspolitik“.

¹¹⁵ Plenumsprotokoll 657. Bundesratssitzung v. 28. 5. 1993, S. 205 D, 206 B.

Diese Äußerungen dokumentieren die Einigkeit der beteiligten Fraktionen darüber, dass Art. 16a GG nicht nur den Tatbestand des Asyls wegen politischer Verfolgung regeln, sondern auch für Ansprüche auf internationalen Schutz geöffnet werden sollte, die zukünftig europarechtlich harmonisiert werden würden, wie das namentlich mit den Ansprüchen subsidiär Schutzbedürftiger passiert ist, die nunmehr in den Art. 15ff. RL 2013/32/EU geregelt sind. Art. 16a GG wurde also historisch als Baustein eines europäisierten Asylsystems konzipiert, an dem der deutsche Gesetzgeber ebenso mitwirken sollte wie er das bei der Ausgestaltung des Anspruchs auf politisches Asyl nach Art. 16a Abs. 1 GG schon immer praktiziert hat. Damit verträgt sich der hier zu begutachtende Vorschlag einer Liste „kleiner sicherer Herkunftsstaaten“ nicht. Indem er nämlich die internationalrechtlichen Schutzgewährleistungen aus dem Anwendungsbereich von Art. 16a Abs. 3 GG herausinterpretiert, koppelt er diese entgegen der Absicht des verfassungsändernden Gesetzgebers konzeptionell und prozedural vom verfassungsstaatlichen Asylrecht ab.

bb) Einbindung des Bundesrates

Die Gesetzesmaterialien sind aber auch unter dem Aspekt der hier diskutierten Beteiligung des Bundesrates an der Erstellung einer Liste sicherer Herkunftsstaaten ergiebig.

Art. 16a Abs. 3 GG ist das Ergebnis eines parteipolitischen Kompromisses, um den seinerzeit hart gerungen wurde. Da für eine Grundgesetzänderung gemäß Art. 79 Abs. 2 GG eine Zwei-Drittel-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat erforderlich ist, benötigte die Koalition aus CDU, CSU und F.D.P. zur Erreichung dieses Quorums die Unterstützung der SPD, die die Frage vor eine Zerreißprobe stellte. Dementsprechend stieß der Kompromiss dort auf zum Teil erhebliche Kritik.¹¹⁶ *Hans-Ulrich Klose* beschreibt dies in seinem Debattenbeitrag etwa so:

„Wir haben uns bei diesem Thema schwergetan, und wir tun uns immer noch schwer, besonders die deutschen Sozialdemokraten.“¹¹⁷

¹¹⁶ Siehe etwa die Abgeordneten *Detlev von Larcher*, Plenarprotokoll, 12. Legislaturperiode, 134. Sitzung, BT-Plenarprot. 12/134, S. 11615ff.; *Hans Martin Bury*, *Marlies Dobberthien*, *Konrad Elmer*, *Uwe Holtz*, Plenarprotokoll, 12. Legislaturperiode, 160. Sitzung, BT-Plenarprot. 12/160, S. 13636 (Bury), 13638ff.; *Herta Däubler-Gmelin*, in: Klaus Barwig/Gisbert Brinkmann/Bertold Huber/Klaus Lörcher/Christoph Schumacher (Hrsg.), *Asyl nach Änderung des Grundgesetzes*, 1994, 163 (164ff.); *Katrin Fuchs*, *Dietrich Sperling u. a.*, Erklärung von 87 SPD-Abgeordneten zur Abstimmung über die Änderung des Artikels 16 des Grundgesetzes am 26. Mai 1993, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1993, 891ff.

¹¹⁷ Plenarprotokoll, 12. Legislaturperiode, 134. Sitzung, BT-Plenarprot. 12/134, S. 11597 C.

Die Bedenken wogen „so schwer, daß eine nicht kleine Minderheit der sozialdemokratischen Fraktion der Grundgesetzänderung am Ende nicht zustimmen wird.“¹¹⁸

Ein wesentlicher Bestandteil des Kompromisses war die Zustimmungspflicht des Bundesrates zur Liste sicherer Herkunftsstaaten. Mit ihr wollte sich die SPD, die im Bund in der Oppositionsrolle war, aber an vielen Landesregierungen beteiligt war, „einen möglichst großen Einfluss auf die Ausgestaltung der Herkunftsstaatenregelung“ erhalten.¹¹⁹ Manchen ging sogar der Zustimmungsvorbehalt nicht weit genug. So führte beispielsweise *Konrad Elmer* von der SPD in Bezug auf die Feststellung sicherer Drittstaaten aus:

„Wenn man es dennoch tut, dürfte zumindestens der Delegierungsakt, die Feststellung eines sicheren Drittstaates, nur mit einer verfassungsändernden Mehrheit, also nur mit Zustimmung von Teilen der Opposition möglich sein. Zwar ist unsere Beteiligung im Moment durch die Mehrheit im Bundesrat gesichert, aber das kann sich ändern, und dann könnte die einfache Mehrheit — welcher Regierung auch immer — diese Feststellung weiterer sicherer Drittstaaten ohne Rücksicht auf gegenteilige Argumente der Opposition beschließen.“¹²⁰

d) Telos

Schließlich sprechen auch Sinn und Zweck der in Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG vorgesehenen Zustimmungspflicht des Bundesrates dafür, diese auf jede Liste sicherer Herkunftsstaaten zu beziehen. Das ergibt sich, unabhängig von der konkreten Funktion des Zustimmungsvorbehalts, bereits aus der Bedeutung der Ansprüche auf internationalen Schutz. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) hat 2020 über 145.071 Anträge entschieden. Lediglich 1693 Personen wurde Asyl gemäß Art. 16a GG gewährt (= 1,2%). Bei 37.818 (= 26,1%) wurde ein GFK-Flüchtlingsstatus, bei 18.950 (= 13,1%) subsidiärer Schutz und bei 5.702 (= 3,9%) ein Abschiebungsverbot festgestellt. 46.586 Anträge wurden abgelehnt (= 32,1%).¹²¹ Zwar lassen sich aus diesen Zahlen keine unmittelbaren Rückschlüsse darauf ziehen, wie sich eine Liste „kleiner“ sicherer Herkunftsstaaten auswirken würde. Deutlich wird aber, dass der Zustimmungsvorbehalt praktisch bedeutungslos würde, wenn man ihn auf das Asylgrundrecht beschränkte. Der Bundesrat hätte hingegen ausgerechnet auf die Ausgestaltung des zahlenmäßig wesentlich

¹¹⁸ Hans-Ulrich Klose, Plenarprotokoll, 12. Legislaturperiode, 134. Sitzung, BT-Plenarprot. 12/134, S. 11598 A.

¹¹⁹ Andreas Zimmermann/Christian J. Tams, in: Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 16a [2007] Rn. 181.

¹²⁰ Plenarprotokoll, 12. Legislaturperiode, 160. Sitzung, BT-Plenarprot. 12/160, S. 13640 A.

¹²¹ BAMF, Schlüsselzahlen Asyl 1. Halbjahr 2021, https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/SchlüsselzahlenAsyl/flyer-schlüsselzahlen-asyl-HJ01-2021.pdf?__blob=publicationFile&v=8.

bedeutenderen internationalen Schutzes durch die GFK und die EMRK keinen entscheidenden Einfluss mehr. Das wäre auch deshalb unverständlich, weil der Zustimmungsvorbehalt entgegen einer im Schrifttum bisweilen vertretenen Auffassung¹²² wichtige Funktionen für die föderalistische (aa)) und demokratisch-rechtsstaatliche Gewaltenbalance (bb)) bei der Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes hat:

aa) Föderalistische Funktion des Zustimmungsvorbehalts

Zustimmungsvorbehalte des Bundesrates¹²³ haben vor allem die Funktion, die Verwaltungszuständigkeiten der Länder (Art. 83ff. GG) zu schützen und diesen daher über den Bundesrat Einfluss auf entsprechende Veränderungen zu eröffnen:

„Das in Art. 84 Abs. 1 GG a. F. vorgesehene Zustimmungserfordernis für Verfahrensregelungen entsprach daher der allgemeinen Funktion der Zustimmungserfordernisse nach Art. 84 und 85 GG, einen nicht vom Willen des Bundesrates gedeckten Einbruch in die verfassungsrechtliche Verwaltungszuständigkeit der Länder und die damit verbundene Systemverschiebung im föderalen Gefüge auszuschließen [...].“¹²⁴

Die Bundesratszustimmung „soll die Grundentscheidung der Verfassung über die Verwaltungszuständigkeit der Länder zugunsten des föderativen Staatsaufbaues absichern.“¹²⁵ Sie trägt somit „der besonders gewichtigen Berührung der föderalen Ordnung und des Interessenbereichs der Länder“ Rechnung.¹²⁶ Zudem kann sich die Zustimmungsbedürftigkeit aus der Tatsache ergeben, dass Materien betroffen sind, die die Länderinteressen besonders stark berühren.¹²⁷

Man könnte aus zwei Gründen Zweifel daran äußern, ob das föderale Argument hier trägt. Erstens führte und führt das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (BAF,

¹²² Vgl. *Klaus F. Gärditz*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 16a [2018] Rn. 396; *Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 16a [2020] Rn. 185 („schwer begründbar“); *Fabian Wittreck*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 101, der jedoch zumindest eine „(schwache[...]) prozedurale[...] Sicherung des Asylgrundrechts“ erkennt; *Andreas Zimmermann/Christian J. Tams*, in: Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 16a [2007] Rn. 181.

¹²³ Auflistung etwa bei *Brun-Otto Bryde*, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 77 Rn. 32.

¹²⁴ BVerfGE 126, 77 (101 f.) unter Hinweis auf BVerfGE 48, 127 (178); 55, 274 (319); 75, 108 (150); 114, 196 (231).

¹²⁵ BVerfGE 105, 313 (331); s. a. BVerfGE 37, 363 (379f.); *Bodo Pieroth*, in: Hans D. Jarass/ders., Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 84 Rn. 2.

¹²⁶ BVerfGE 126, 77 (111); vgl. auch BVerfGE 1, 76 (79); 37, 363 (381, 383); 61, 149 (206); *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rn. 45;

¹²⁷ *Gerhard Robbers*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 50 Rn. 23.

heute BAMF) die Asylverfahren durch und entschied und entscheidet über die entsprechenden Asylanträge (heute: § 5 Abs. 1 S. 1 AsylG). Es handelt sich insoweit um eine Bundesverwaltung nach Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG; eine Liste sicherer Herkunftsstaaten würde daher die Bundesverwaltung entlasten und hätte insoweit keinen Einfluss auf die Länderverwaltungen. Aber das Migrationsrecht wird keinesfalls allein durch das BAMF durchgeführt. Die Länder waren (und sind) für die Unterbringung (heute: § 44 Abs. 1 AsylG), die Versorgung und die Integration (vgl. § 71 AufenthG) zuständig. Ihnen obliegt es auch, die Verwaltungsgerichte personell und materiell auszustatten, um schnelle Entscheidungen in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes herbeizuführen.¹²⁸

Zweitens wird angeführt, dass eine Liste sicherer Herkunftsstaaten für die Länderverwaltungen nur positive Auswirkungen habe, weil sie die Länderverwaltungen entlaste.¹²⁹ Das missversteht allerdings die Konzeption des föderalistisch fundierten Zustimmungsvorbehalts. Dieser greift nicht nur, wenn die Länderverwaltungen belastet werden, sondern generell, wenn Bundesgesetze Auswirkungen auf die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren haben (Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG). Immerhin kann sich auch der Entzug oder die Reduzierung von Verwaltungsaufgaben erheblich auf die Personalplanung der Landesverwaltungen auswirken. Ohnehin berechtigt Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG nicht nur dazu, eine Liste sicherer Herkunftsstaaten zu erstellen, sondern bei veränderter Gefahrenprognose auch dazu, Staaten wieder dauerhaft¹³⁰ von dieser Liste zu streichen. Eine solche Streichung führte zweifelsfrei auch zu einer Mehrbelastung der Landesverwaltungen.

Der sog. Asylkompromiss wurde daher auch als Instrument verstanden, „zur Durchführung insbesondere der beschleunigten Asylverfahren [...] in den Ländern die personellen, organisatorischen und sächlichen Voraussetzungen“ zu schaffen.¹³¹ Dementsprechend wurden in der Bundesratsdebatte auch die föderalistischen Implikation des Asylkompromisses hervorgehoben:

¹²⁸ So auch *Rudolf Seiters* in der Debatte des Bundesrates, Plenumsprotokoll 657. Sitzung v. 28. 5. 1993, S. 208 B; *Paul Wilhelm*, ebenda, S. 207 B.

¹²⁹ *Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 16a [2020] Rn. 185.

¹³⁰ Eine nur vorübergehend wirkende Streichung ist allerdings nach § 29a Abs. 3 AsylG durch Rechtsverordnung der Bundesregierung ohne Zustimmung des Bundesrates zulässig.

¹³¹ Ergebnisse der Verhandlungen zwischen den Fraktionen von CDU/CSU, FDP und SPD zu Asyl und Zuwanderung vom 6. Dezember 1992, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1993, 114 (116).

So führte Hamburgs Oberbürgermeister *Henning Voscherau* (SPD) aus:

„Bei uns in den Großstädten kommen die Menschen einfach an [...]. Die Menschen sind da, sie müssen untergebracht werden, sie müssen versorgt werden, sie müssen menschenwürdig integriert werden, und zwar über Monate und Jahre.“¹³²

Dabei kam er auch auf die Kosten zu sprechen, die damit verbunden sind:

„Für Hamburg gibt es konkrete Zahlen. 1992 haben wir knapp 300 Millionen DM ausgegeben, doppelt so viel wie 1990, viermal so viel wie 1985.“¹³³

Frieder Birzele (Baden-Württemberg, SPD) forderte daher eine Lastenverteilung zwischen Bund und Ländern:

„Unterbringung, Unterhalt und Krankenversicherung sowie spätere Rückführung müssen in gesamtstaatlicher Verantwortung des Bundes sowie der Länder und der Kommunen geregelt werden. Auch die Ausgaben für Aufnahme und Rückführung müssen vom Bund wie den Ländern und Gemeinden gemeinsam getragen werden. Wir halten nach wie vor eine 50%ige Beteiligung des Bundes an den Kosten, die den Ländern und Kommunen entstehen, für erforderlich.“¹³⁴

bb) Demokratisch-rechtsstaatliche Funktion des Zustimmungsvorbehalts

Die Länder wirken gemäß Art. 50 GG über den Bundesrat u. a. bei der Gesetzgebung des Bundes mit. Diese Mitwirkung dient aber nicht nur der Wahrnehmung originärer Länderinteressen. Vielmehr hat der Bundesrat auch eine „gewaltenteilende Funktion“¹³⁵ inne, die die Opposition zur Mehrheit im Bundestag als notwendige Akteurin der parlamentarischen Demokratie¹³⁶ stärkt. Wenn, wie regelmäßig, im Bundesrat andere Mehrheitsverhältnisse vorherrschen als im Bundestag, erzwingt die Beteiligung des Bundesrates an der Gesetzgebung des Bundes eine nicht auf das föderalistische Element beschränkte (partei-)politische Aushandlung zwischen der die Bundesregierung tragenden Mehrheit im Bundestag und gegenläufigen Mehrheiten in den Ländern. Diese artikulieren im Bundesrat also nicht nur ihre genuinen bundesstaatlichen Interessen, sondern beteiligen sich auch am politischen Wettbewerb im Bund.¹³⁷ Die Beteiligung des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren eröffnet m. a. W. einen

¹³² Plenumsprotokoll 657. Bundesratssitzung v. 28. 5. 1993, S. 198 C.

¹³³ *Henning Voscherau*, Plenumsprotokoll 657. Sitzung v. 28. 5. 1993, S. 200 A.

¹³⁴ Plenumsprotokoll 657. Bundesratssitzung v. 28. 5. 1993, S. 203 C.

¹³⁵ *Roman Herzog*, Stellung des Bundesrates im demokratischen Bundesstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 57 Rn. 43f.; ferner *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht Bd. I, 2011, § 9 Rn. 57.

¹³⁶ BVerfGE 142, 25 (55).

¹³⁷ *Hans H. Klein*, Parteipolitik im Bundesrat?, DÖV 1971, 325 (329f.).

„förmliche[n] Weg zur Präsentation sachlicher Alternativen und zur Erzwingung einer parlamentarischen Auseinandersetzung [...]“.¹³⁸ Namentlich der Zustimmungsvorbehalt ist ein zentrales Instrument oppositioneller Kritik und Kontrolle.¹³⁹ Bei der Einführung des Art. 16a GG spielte dieser Aspekt der Mitsprache der Opposition bei der zukünftigen Ausgestaltung des Grundrechts eine entscheidende Rolle: Weil die Verfassungsänderung wegen Art. 79 Abs. 2 GG die Zustimmung der im Bundestag oppositionellen SPD voraussetzte, wurde als Kompensation der Zustimmungsvorbehalt des Bundesrates etabliert. In genau diesem Sinne nutzen ihn heute die Landesregierungen, um zu verhindern, dass einfache Bundestagsmehrheiten über die Ausgestaltung eines Grundrechts verfügen.

Nicht zu unterschätzen ist in diesem Kontext daher auch die rechtsstaatliche Funktion des Zustimmungsvorbehalts. Immerhin hat die Aufnahme eines Staates in eine Liste sicherer Herkunftsstaaten zur Folge, dass der Grundrechtsschutz für Personen, die aus einem sicheren Herkunftsstaat stammen, aufgrund der mit ihr einhergehenden „antizipierte[n] Tatsachen- und Beweiswürdigung“¹⁴⁰ erheblich beschränkt wird, insbesondere in prozeduraler und prozessualer Hinsicht (vgl. Art. 16a Abs. 4 GG):

„Indem der Gesetzgeber nach vorhergehender Prüfung einzelne Staaten bestimmen kann, in denen – gemäß den in Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG vorgegebenen Kriterien – gewährleistet erscheint, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet, wird ihm ein Ausschnitt aus der von Art. 16a Abs. 1 GG geforderten umfassenden Prüfung übertragen, die bislang in jedem Einzelfall dem Bundesamt und den Gerichten oblag. Dabei nimmt er für den jeweiligen Staat eine Analyse und Beurteilung der allgemeinen Verhältnisse im Hinblick auf deren asylrechtliche Erheblichkeit abstrakt-generell in Form einer antizipierten Tatsachen- und Beweiswürdigung vor.“¹⁴¹

Die Notwendigkeit eines Gesetzes und die Beteiligung des Bundesrates an der Gesetzgebung dienen damit auch der „prozeduralen Sicherung des Asylgrundrechts“¹⁴². Generell ist für den

¹³⁸ *Albert Ingold*, Das Recht der Oppositionen, 2015, S. 469.

¹³⁹ *Albert Ingold*, Das Recht der Oppositionen, 2015, S. 469; ferner etwa *Hans H. Klein*, Der Bundesrat im Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, ZG 2002, 297 (307f.); ähnlich auch *Stefan Koriath*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 50 Rn. 17 („[...] kann der Bundesrat zum Instrument der parlamentarischen Opposition im Bund werden.“)

¹⁴⁰ BVerfGE 94, 115 (133).

¹⁴¹ BVerfGE 94, 115 (133).

¹⁴² So, wenn auch insgesamt skeptisch, *Fabian Wittreck*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 101.

Grundrechtsschutz ein formalisiertes Gesetzgebungsverfahren von erheblicher Bedeutung. In ihm sollen Mehrheit und Minderheit politische Zielkonflikte und divergierende Interessen artikulieren und damit auch zu einem schonenden Ausgleich zwischen grundrechtlichen Individualinteressen und Allgemeininteressen sorgen. Das Gesetzgebungsverfahren dient damit auch der Qualität von Entscheidungen, auch bei der Frage, welcher Herkunftsstaat sicher ist:

„Schafft der Gesetzgeber für eine solche Behandlung von Asylanträgen (= Verfahren gilt, welches regelmäßig ohne weitere Prüfung zu einer Ablehnung des Asylanspruchs als offensichtlich unbegründet führt, T.K.) die Grundlage, so muß diese so beschaffen sein, daß sich die Zurückweisung von Asylanträgen als offensichtlich unbegründet einschließlich des Verlustes des vorläufigen Bleiberechts *mit guten Gründen* auf sie stützen kann. Das bedingt ein bestimmtes Maß an Sorgfalt bei der Erhebung und Aufbereitung von Tatsachen, die einer solchen feststellenden, verfassungsrechtlich vorgegebene Kriterien nachvollziehenden gesetzgeberischen Entscheidung notwendigerweise zugrunde zu legen sind.“¹⁴³

Auch im Hinblick auf die grundrechtlichen Konsequenzen muss daher eine Liste sicherer Herkunftstaaten stets durch den Bundesgesetzgeber mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen werden.

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

¹⁴³ BVerfGE 94, 115 (143), Hervorhebung nur hier.