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

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 Herkunftsstaaten.

c) Die historische Auslegung zeigt, dass Art. 16a GG als integraler Bestandteil eines europäisierten 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 Herkunftsstaaten 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 Flüchtlingskonvention[6] 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 Arnauld/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/Ekkehart Stein, Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 16a [2001] Rn. 12; *Jörn Axel Kämmerer/Markus 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 Gesetzesvorbehalt[19], 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 AslyG 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 einreiseverhindernde[23]) 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 Arnauld/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 Abschiebeverbot[40] (vgl. § 60 Abs. 5 AufenthG). In der Systematik des Unionsrechts[41] 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 Anrecht 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) bRL 2011/95/EU übernimmt die Formulierung von Art. 3 EMRK, inkorporiert diesen damit in das Unionsrecht[55] 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] Überblicksartig 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 Flüchtlingsschutz 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 Arnauld/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 Arnauld/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 asylerhebliche 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 Falles 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.), Grundrechtekommentar, 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] Rechtsprechung[88] und Literatur[89] 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 Arnauld/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 Arnauld/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 systematischen 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 Leitschnur 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 Gesetzgebungszuständigkeit[92] 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 veranlasstes 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 Thyms* Vergleich zwischen den Dublin-Regeln und der Bestimmung einer Liste sicherer Herkunftsstaaten[97] 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 Entschließungen 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 Entschließungen 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 Schnorr*, 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/SchluesselzahlenAsyl/flyer-schluesselzahlen-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 Auffassung[122] wichtige Funktionen für die föderalistische (aa)) und demokratisch-rechtsstaatliche Gewaltenbalance (bb)) bei der Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes hat:

aa) Föderalistische Funktion des Zustimmungsvorbehalts

Zustimmungsvorbehalte des Bundesrates[123] 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 dauerhaft[130] 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 Demokratie[136] 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

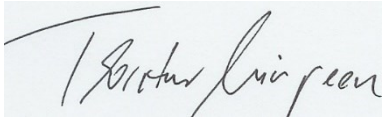
---

[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 Korioth*, 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 Asylantrags 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 Herkunftsstaaten stets durch den Bundesgesetzgeber mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen werden.



Prof. Dr. Thorsten Kingreen

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