

Einstufung der Westbalkanstaaten als sichere Herkunftsstaaten im Lichte des Unions- und Verfassungsrechts

Dr. Reinhard Marx

Vor neuen Herausforderungen oder mitten in der Krise? Flüchtlingsschutz in Deutschland und Europa - 14. Berliner Symposium zum Flüchtlingsschutz

Französische Friedrichstadtkirche auf dem Gendarmenmarkt

In allen Westbalkanstaaten sind *Übergriffe auf ethnische und religiöse Minderheiten*, insbesondere auf *Roma* und *Homo- und Transsexuelle*, auf Journalisten und Rückkehrer Ausdruck seit langem bestehender struktureller Probleme. Der Gesetzentwurf schreibt gewalttätige Ausschreitungen in dieser Region als vorübergehende Einzelercheinungen schön, die ihre Ursache im allgemeinen Unmut der Bevölkerung über die wirtschaftliche und soziale Lage, jedoch keinen ethnischen Hintergrund hätten. Dem widersprechen jedoch Berichte des Europarates, die Fortschrittsberichte der Kommission, Berichte der OSZE, die unionsrechtlichen Verpflichtungen zuwider nicht berücksichtigt werden. Danach ist Gewalt gegen Minderheiten oft das Ergebnis ethnisch oder religiös bedingten Hasses, der in den jeweiligen Gesellschaften traditionell stark verbreitet ist. Verantwortliche Politiker schüren Hass und Intoleranz. Hass wird insbesondere auch im Internet verbreitet. Es wird über Angriffe auf ethnische Minderheiten, die Schändung von Grabstätten mit Graffiti, Brandanschläge und Zerstörungen religiöser Einrichtungen berichtet. Zusätzlich zum Problem offener Gewalt gegen Minderheiten wird auch über institutionelle Diskriminierung gegen Minderheiten, insbesondere gegenüber Angehörigen der Roma berichtet.

In *Makedonien* etwa sind Roma nach wie vor bevorzugte Opfer polizeilicher Misshandlungen. Diese richten sich insbesondere gegen männliche *Roma*, die aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit von der Polizei kontrolliert und misshandelt werden. Bezogen auf *Serbien* beschreiben eine Vielzahl internationaler und nationaler Berichte die Situation der *Roma* als besonders kritisch. Diese sind häufig einerseits Opfer von Gewaltverbrechen und andererseits von institutioneller Diskriminierung insbesondere im sozialen Bereich. Rassistische Hetze und Gewalt gegen Roma stellen in Serbien nach wie vor ein landesweites Problem dar. In den Berichten für 2013 werden mehrere Angriffe auf individuelle Roma wie auch auf Siedlungen von Roma genannt und Beschwerden von Opfern erwähnt, die sich darüber beklagen, dass die Polizei nicht oder nur unzulänglich und zögerlich einschreitet und teilweise sogar offen mit den Angreifern sympathisiert. Exemplarisch waren mehrtägige Demonstrationen im Belgrader Stadtteil Zemun im November 2013, bei denen etwa 200 Personen mit Schlachtrufen, wie „*Bringt sie um, schlachtet sie, damit kein Zigeuner übrig bleibt*,“ durch die Straßen zogen.

Eingebettet sind Übergriffe, Hasskampagnen und schwerwiegende institutionelle Diskriminierungen gegen Roma in ein in dieser Region vorherrschendes Klima der Intoleranz und des Hasses gegen Minderheiten, von dem neben Roma und anderen ethnischen Minderheiten insbesondere auch Homo- und Transsexuelle

betroffen sind. Gewalt und Diskriminierung gegen diese Personengruppen sind nach wie vor ein ernsthaftes Problem. Angriffe werden häufig aus Furcht vor weiteren Repressalien nicht gemeldet.

Prüfmaßstab

Soll ein bestimmter Herkunftsstaat vom Parlament als „sicher“ eingestuft werden, muss Klarheit über den rechtlichen Prüfmaßstab bestehen. *Prüfmaßstab* nach Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG ist, dass in diesem Staat weder „politische Verfolgung“ noch „unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung“¹ stattfindet. Der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt der Herkunftsstaatenregelung ist der *staatsfixierte Begriff der Verfolgung* und der nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ebenso staatsfixierte Begriff der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung nach Art. 3 EMRK. Nach dieser Rechtsprechung ist politische grundsätzlich staatliche Verfolgung.² Dementsprechend befasst sich die Begründung des Gesetzentwurfs lediglich mit staatlichen Verfolgungen.

Damit wird der Maßstab des Unionsrechts verfehlt, der gerade für die Situation von Minderheiten von besonderer Bedeutung ist. Der Gesetzentwurf wie auch bereits zuvor die Referentenentwürfe missachten damit den unionsrechtlichen Anwendungsvorrang, dem sich auch die Verfassung unterzuordnen hat. Für das unionsrechtliche Konzept sicherer Herkunftsländer ist der *Begriff der Verfolgungshandlung* und der *konventionsrechtliche* Begriff der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder maßgebend. Gegenüber den 1993 maßgebenden Rechtsmaßstäben haben sich damit aufgrund der unionsrechtlich veranlassten Einfügung des Asylrechts in das Völkerrecht die für den Gesetzgeber maßgebenden Rechtsmaßstäbe bei der Listung „sicherer Herkunftsstaaten“ entscheidend verändert. Da dem Unionsrecht die *Schutzlehre* zugrundeliegt, dürfen bei der Analyse der allgemeinen Situation des Drittstaats, der zum sicheren Herkunftsstaat bestimmt werden soll, nicht nur vom Staat ausgehende Verfolgungen in den Blick genommen werden, sondern umfasst der rechtliche Maßstab auch Verfolgungshandlungen, die von privaten Akteuren begangen werden, und ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob der Staat gegen diese wirksamen Schutz gewährt und Zugang zum nationalen Schutzsystem besteht (Art. 7 Abs. 2 letzter Hs. RL 2011/95/EU, § 3d Abs. 2 letzter Hs. AsylVfG n.F.).

Dabei hat der Gesetzgeber auch *schwerwiegende Diskriminierungen* in seine Bewertung einzubeziehen: Ausgangspunkt der Verfolgungshandlung sind „*schwerwiegende Verletzungen grundlegender Menschenrechte*“ (Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) RL 2011/95/EU, § 3a Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG n.F.). Dieser auf den flüchtigen Blick eher enge Ansatz wird insbesondere durch den *Kumulationsansatz* in Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) RL 2011/95/EU (§ 3a Abs. 1 Nr. 2 AsylVfG n.F.) sowie die *Regelbeispiele* in Art. 9 Abs. 2 RL

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

² BVerfGE 80, 315) = NVwZ 1990, 151 = InfAusIR 1990, 21 = EZAR 201 Nr. 20; BVerfGE 83, 216) = NVwZ 1991, 109 = InfAusIR 1991, 200 = EZAR 202 Nr. 20.

2011/95/EU (§ 3a Abs. 2 AsylVfG n.F.) gelockert.³ Danach müssen die einzelnen Rechtsverletzungen nicht notwendigerweise schwerwiegend sein (Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) RL 2011/95/EU). Vielmehr reicht eine „Verletzung der Menschenrechte“ aus. Es müssen auch keine grundlegenden Menschenrechte betroffen sein. Buchstabe b) unterscheidet sich von Buchstabe a) des Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) RL 2011/95/EU dadurch, dass die Verfolgung nicht eine schwerwiegende Verletzung grundlegender Menschenrechte voraussetzt. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Konzeption mit § 3a AsylVfG n.F. anerkannt. Der Kumulationsansatz ist demnach weiter gefasst als der enge Ausgangspunkt des Verfolgungsbegriffs. Es ist der Kumulationsansatz, der Diskriminierungen erst juristisch handhabbar macht. Diese dürfen daher bei der Prüfung der Situation in den Herkunftsländern der Flüchtlinge „nicht vorschnell“ ausgeschlossen werden.⁴

Besonders wichtig für die Leistung von Herkunftsstaaten ist jedoch das *unionsrechtliche Erfordernis*, wonach es weniger wie nach der Verfassung auf eine Auflistung von Verfolgungen und Übergriffen und deren rechtliche Bewertung, sondern vorrangig darauf ankommt, dass *wirksamer Schutz* gegen Übergriffe, Hasskampagnen und schwerwiegende Diskriminierungen gewährt wird. Es ist insbesondere erforderlich, dass die verantwortlichen Täter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen und wirksam gegen Korruption vorgegangen und rechtsstaatliche Strukturen hergestellt werden. Denn Strukturen von Korruption und fehlende Rechtsstaatlichkeit fördern die *Praxis der Straflosigkeit*. Beispielhaft ist etwa in diesem Zusammenhang der Fortschrittsbericht der Kommission 2013 zu Bosnien und Herzegowina. Dieser zeichnet ein grundlegend anderes Bild als der Gesetzentwurf. Die Kommission rügt insbesondere den fehlenden Reformwillen der politisch Verantwortlichen und die unzureichende Reform des Justizwesens und hat deshalb die Zahlung von Mitteln eingestellt. Es werden ernsthafte Mängel im Blick auf die Unabhängigkeit, Effizienz, Rechenschaftspflicht und Unparteilichkeit festgestellt. Die Kommission fordert die Verantwortlichen auf, sich stärker für das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zu engagieren. Ferner zeigt sie sich besorgt über das hohe Maß an Korruption. Im Kampf gegen organisierte Kriminalität und Terrorismus seien kaum Fortschritte erzielt worden. Auch würden die internationalen Instrumente zum Schutz der Menschenrechte nur unzureichend umgesetzt hat. Dies betreffe insbesondere die Rechte von Homo- und Transsexuellen, die vor Gewalt und Hassreden geschützt werden müssten, aber auch für die Aktionspläne zur Verbesserung der Lage der Roma. Die Kommission fordert Bosnien auf, gegen Diskriminierung, insbesondere von Roma, vorzugehen. Die Kommission ist besorgt darüber, dass das bosnische Antidiskriminierungsgesetz zu viele Ausnahmen zulasse, stellt fest, dass die Umsetzung dieses Gesetzes schwach sei und kritisiert, dass es kein umfassendes System gebe, um Informationen über sogenannte Hassverbrechen („hate crime“) zu sammeln. Die Polizei kläre diese Verbrechen nicht ernsthaft und

³ Zum Ganzen Marx, Handbuch zum Flüchtlingsschutz. Erläuterungen zur Qualifikationsrichtlinie, 2. Aufl., 2012, S. 26 ff.

⁴ BVerwGE 146, 67 (84) Rdn. 37 = EZAR NF 62 Nr. 28 = NVwZ 2012/3, 936 = InfAuslR 2013, 300; Marx, Asylmagazin 2013, 233 (235).

wirksam auf. Auch sei die Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft unzulänglich.⁵ Ähnlich sind die Berichte zu anderen Westbalkanstaaten. In allen wird gerügt, dass die Korruption in diesen hoch, die Justiz unzulänglich und nicht unabhängig ist, dass Täter straflos bleiben und generell gegen rassistische Gewalt keine wirksamen Schutzmaßnahmen eingeleitet werden.

Aus unionsrechtlicher Sicht können derartige Staaten daher nicht als „sicher“ bezeichnet werden. Dazu muss man sich nicht erst auf den Kumulationsansatz und schwerwiegende Diskriminierungen berufen. Denn die weitverbreitete rassistische Gewalt und Hetze in diesen Ländern verletzen in besonders schwerwiegender Weise Art. 3 EMRK, ohne dass es dazu der Zuhilfenahme des von der Regierung nicht geliebten Kumulationsansatzes bedarf.

Gesetzgebungsverfahren

Der Gesetzgeber muss bei der Listung sicherer Herkunftsstaaten nicht nur den von der Verfassung und vom Unionsrecht vorgeschriebenen Prüfmaßstab beachten. Er muss darüber hinaus für das Gesetzgebungsverfahren auch ein Verfahren wählen, das sicherstellt, dass die gesetzgeberische Entscheidung auf einer verlässlichen und dauerhaften Tatsachengrundlage beruht. Zwar kommt ihm nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein weiter Gestaltungsrahmen bei der Wahl der Methoden und entsprechenden Verfahren zu. Bei der Erhebung und Aufbereitung der Tatsachen hat er aber ein *bestimmtes Maß an Sorgfalt* walten zu lassen. Er muss nach Erhebung und Sichtung der tatsächlichen Grundlagen insbesondere eine *antizipierte Tatsachen- und Beweiswürdigung* vornehmen. Diese Prüfungsanforderungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unerlässlich, weil die Würdigung des Gesetzgebers die Verwaltung und Gerichte bindet und nur unter diesen Voraussetzungen die Verkürzung des Prüfungsprogramms im Rahmen der Rechtsanwendung im Einzelfall und der hierauf beruhende Wegfall des vorläufigen Bleiberechts gerechtfertigt ist. Aus unionsrechtlicher Sicht ist er insbesondere verpflichtet, entsprechende Erkenntnisse von UNHCR, des Europarates und anderer einschlägiger Organisationen sowie von EASO heranzuziehen (Art. 37 Abs. 3 RL 2013/32/EU).

Es ist deshalb für das *Gesetzgebungsverfahren* erforderlich, die unionsrechtlich und verfassungsrechtlich vorgegebene Methodik bei der Bestimmung sicherer Herkunftsländer offen zu legen. Der Gesetzgeber muss für die Beratungen einen *offenen Beratungs- und Erkenntnisprozess* unter größtmöglicher

⁵ European Commission: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014 (COM(2013) 700 final), Brüssel, 16.10.2013, S. 20 f., 35 f. http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/strategy_paper_2013_en.pdf

Beteiligung spezifischen Sachverstands aus der Zivilgesellschaft gewährleisten. Er wird dies aber nicht tun, wie dies bisherigen Beratungen verdeutlichen:

Im Koalitionsvertrag wird der entschlossene *Wille* bekundet, Bosnien und Herzegowina, Makedonien und Serbien als sichere Herkunftsstaaten einzustufen. Der Respekt vor der Verfassung hätte jedoch gefordert, dass man allenfalls einen entsprechenden Prüfauftrag für den Gesetzgeber festgelegt hätte. Derart von verfassungsrechtlichen Vorgaben befreit, legte das zuständige Fachressort zwei Referentenentwürfe vor, welche die Situation in diesen Ländern verharmloste und irreführend beschrieb und die auf zu schmaler Tatsachengrundlage beruhten. Der Gesetzentwurf bleibt auf diesem verfassungsrechtlich fragwürdigen Pfad. Weder wurden die Berichte des Europarates noch die Fortschrittsberichte der Kommission herangezogen. Dementsprechend folgerichtig ist das weitere Verfahren durch die Verdrängung der Realität in diesen Ländern geprägt. Statt dessen soll die erforderliche Legitimation durch die Überbetonung administrativer Probleme verschafft werden. Eine zweistündige Anhörung von Sachverständigen durch den Innenausschuss, die zudem noch ein weiteres Gesetzesanliegen zum Inhalt hatte, sollte dem verfassungsrechtlichen Prüfauftrag gerecht werden. Nur eine Sachverständige besaß jedoch überhaupt länderspezifische Kenntnisse zu diesen Ländern. Überwiegend kamen Praktiker zu Wort, die wortreich auf die Überlastung der Verwaltung und die Notwendigkeit von Abhilfe hinwiesen, jedoch keine Kenntnis der tatsächlichen Situation in den drei Ländern vorweisen konnten. Weitere Ermittlungen sind nicht mehr vorgesehen. Die Regierungskoalition verhindert dadurch die vom Bundesverfassungsgericht geforderte sorgfältige und tief reichende Prüfung. Sie behandelt die Verfassung als „lästiges Übel“ und trägt ihr nicht einmal formal Rechnung. Es wird nicht verkannt, dass aufgrund der Zunahme der Zahlen derzeit erhebliche administrative Herausforderungen zu bewältigen sind. Im konkreten Gesetzesprojekt geht es jedoch allein um die Frage, ob die drei genannten Westbalkanstaaten „sicher“ sind und sind die entsprechenden Prüfkriterien und das Verfahren einzuhalten. Sollten nunmehr in letzter Minute auch noch Albanien und Montenegro gelistet werden, wie von den Konservativen gefordert, hätte überhaupt keine Prüfung stattgefunden. Es bleibt abzuwarten, ob die Regierungskoalition derart dreist die Verfassung missachten wird.

Im Hinblick auf alle Westbalkanstaaten ist abschließend auf einen besonders bedeutsamen Einwand hinzuweisen: Den Gesetzgeber trifft eine besondere Sorgfaltspflicht, wenn er *ehemals diktatorische* oder *totalitär regierte Staaten* zu „sicheren Herkunftsstaaten“ bestimmen will, wie dies bei allen Staaten des Westbalkans der Fall ist. Gerade die Behandlung von Minderheiten in diesen Staaten zeigt, wie fragil einerseits gesellschaftliche und staatliche Strukturen und wie langlebig andererseits gesellschaftlich überkommene und von Seiten führender Vertreter von Gesellschaft und Staat instrumentalisierte Haltungen von Intoleranz und Hass fortwirken, ja sogar weitaus wirkmächtiger sind als in früheren diktatorisch regierten Zeiten. In transitorischen Prozessen brechen durch allgemeine Verunsicherung

ausgelöste Ängste im besonderen Maße aus und entladen sich in Hass, Gewalt gegen und Ausgrenzung von Minderheiten. Die Berichte des Europarates, des Ausschusses für die Beseitigung der Rassendiskriminierung und insbesondere einschlägiger nichtstaatlicher Organisationen belegen dies in vielfältiger Weise. Auch aus den Fortschrittsberichten der Kommission kann entnommen werden, dass die Übergangsphase dort noch lange nicht abgeschlossen ist. Das verfassungs- und unionsrechtlich vorgegebene Ziel der erforderlichen *antizipierten Tatsachen- und Beweiswürdigung* ist die Feststellung, dass in einem derartigen Staat eine *gewisse Stabilität und hinreichende Kontinuität* der Verhältnisse eingetreten sind und deshalb in der Rechtsanwendung aufgrund der allgemeinen politischen und gesellschaftlichen Situation weder Verfolgungshandlungen noch unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung stattfinden. Ein derartiges Gesamturteil kann während eines nicht abgeschlossenen Übergangsprozesses kaum mit der erforderlichen Zuverlässigkeit getroffen werden.

Praktiker aus den Ländern betonten in der Anhörung das Signal, dass die Listung der drei Westbalkanstaaten in diese Länder aussenden würde. Insbesondere die Roma würden sich nicht mehr auf den Weg nach Deutschland machen. Das Signal, das der deutsche Gesetzgeber mit seinem Vorhaben aber tatsächlich an die Gesellschaften in diesen Staaten aussendet, wird zu einer weiteren Verschärfung der Situation der Minderheiten führen. Fehlender Reformwille, korrupte Politiker, die extremistischen und nationalistischen Gruppierungen bei der Verfolgung von Minderheiten freies Spiel lassen, werden mit dem „deutschen Gütesiegel“ „sicherer“ Herkunftsstaat belohnt. Rechtsradikale Gewalttäter werden dies zum Ansporn nehmen, ihr menschenverachtendes Treiben fortzusetzen. Der Gesetzgeber treibt ein leichtfertiges Spiel mit dem Feuer aus kurzfristigem Machtkalkül. Im Ergebnis zielt das Vorhaben auf die Roma aus diesen Ländern ebenso wie die politische Kampagne gegen die Freizügigkeit des Europarechts.

Wollen wir diese Staaten in ihrem jetzigen Zustand Zugang zum „Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts“ gewähren. Erklären wir sie zu „sicheren“ Staaten, braucht die Kommission die Kompabilität dieser Staaten mit den Aufnahmekriterien nicht mehr zu prüfen. Deutschland hat diese Aufgabe bereits für die Union übernommen. Welche Einwände kann die Bundesrepublik gegen die Aufnahme von Staaten haben, die sie als „sicher“ bezeichnet hat, wenn diese nunmehr Mitglied der Union werden wollen?