Stefan Salomon (Hrsg.)

Der Status im europäischen Asylrecht

Nomos

facultas

Stefan Salomon (Hrsg.)

Der Status im europäischen Asylrecht

Nomos

facultas

Das Land Steiermark

UNI GRAZ

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5672-8 (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Print)
ISBN 978-3-8452-9814-6 (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, ePDF)
ISBN 978-3-7089-1899-0 (facultas Verlag, Wien)

Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Autorenverzeichnis 9

Vorwort 11

1 Einleitung: Text und Kontext 13
Salomon
I. Perspektive des Buches 13
II. Struktur des Buches 19

2 Was spricht gegen ein wenig Diskretion? Sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität im Flüchtlingsbegriff 31
Sußner
I. Abkehr vom Discretion Requirement: Rechtssprechung 36
II. Fortwirken des Discretion Requirements am Beispiel der österreichischen Rechtspraxis 58
IV. Zusammenfassung und Ausblick 74

3 Die Aberkennung des Flüchtlingsstatus in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs 77
Hruschka
I. Einleitung 77
II. Erlöschen der Flüchtlingseigenschaft 80
III. Ausschlussgründe 89
IV. Unrichtige Tatsachenfeststellung 96
V. Verlust des Flüchtlingsstatus ohne Verlust der Flüchtlingseigenschaft 99
VI. Fazit 109

4 Differenzierungen zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten: Zu einem einheitlichen Schutzstatus 113
Hasel & Salomon
I. Einleitung 113
II. Die Etablierung eines einheitlichen subsidiären Schutzstatus 116
III. Der Subsidiäre Schutzstatus im Unionsrecht 125

IV. Rechtfertigungen für eine Differenzierung der Statusrechte 145
V. Conclusio 158

5 Statusdifferenzierungen in der Familienzusammenführung 161
Immervoll & Frühwirth
I. Ausgangspunkt 161
II. Einleitende Bemerkungen 164
III. Bedenken in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art 8 EMRK 165
IV. Bedenken im Zusammenhang mit Art 14 iVm Art 8 EMRK 179
V. Unionsrechtliche Aspekte 184
VI. Schlussbemerkungen 185

6 Die Inklusion von Kinderrechten ins Asyl- und Fremdenrecht 187
Kasper
I. Einleitung 187
II. Kinderflüchtlinge 190
III. Rechtliche Grundlagen 192
IV. Das Kindeswohl 203
V. Kinderrechtsspezifische Bedürfnisse und Vorgaben im Kontext von Haft und unmenschlicher bzw. erniedrigender Behandlung 223
VI. Conclusio 227

7 Anhaltung und Schubhaft von Antragstellern auf internationalen Schutz 231
Brandl
I. Einleitung 231
II. Fremdenpolizeiliche Maßnahmen und Freiheitsentziehung bei unrechtmäßiger Einreise und unrechtmäßigem Aufenthalt innerhalb von 14 Tagen nach der Einreise 232
III. Zulässigkeit der Haft während des Anerkennungsverfahrens 253
IV. Fremdenpolizeiliche Maßnahmen und Freiheitsentziehung im Zusammenhang mit Rückkehrentscheidungen und Aufenthaltsbeendigung 255
V. Schlussbemerkungen 263

8 Die Rückführungsrichtlinie im Spannungsfeld von effektiver Rückführungspolitik und Grundrechtsschutz 265

Berger & Tanzer

I. Einleitung 265
II. Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie und Definitionen 267
III. Anwendbarkeit der Rückführungsrichtlinie auf Asylsuchende 268
IV. Grundrechte im Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie 270
V. Erlassung einer Rückkehrentscheidung 272
VI. Die freiwillige Ausreise 280
VII. Abschiebung 293
VIII. Verfahrensgarantien und Rechtsschutz 302
IX. Besondere Garantien und Bestimmungen für unbegleitete Minderjährige 309
X. Schlussbemerkungen 313

9 Der Rechtsstatus von Geduldeten unter besonderer Berücksichtigung des unionsrechtlichen Grundrechts der Menschenwürde 315

Hinterberger & Klammer

I. Rechtlicher Anwendungsbereich der Duldung 317
II. Statusrechte von geduldeten Fremden 333
III. Conclusio 349

Stichwortverzeichnis 351

Autorenverzeichnis

Martina Berger ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am österreichischen Verwaltungsgerichtshof.

Ulrike Brandl ist Assistenzprofessorin am Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Salzburg.

Ronald Frühwirth ist emeritierter Rechtsanwalt und in Asylrechtsfragen spezialisiert.

Florian Hasel studierte Rechtswissenschaften an der Universität Graz und ist *Straniak 2020 Fellow* am Ludwig-Boltzmann-Institut für Menschenrechte in Wien.

Kevin Fredy Hinterberger ist seit März 2019 Experte für Asyl- und Migrationsrecht in der Abteilung Arbeitsmarkt und Integration der Arbeiterkammer Wien. Seine Dissertation an der Uni Wien zu „Regularisierungen irregulär aufhältiger Migrantinnen und Migranten. Deutschland, Österreich und Spanien im Rechtsvergleich" ist 2020 bei Nomos und Facultas in Druckfassung sowie auch als Open Access eBook erschienen.

Constantin Hruschka ist Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München und Lehrbeauftragter an verschiedenen Hochschulen in Deutschland und der Schweiz.

Florian Immervoll ist auf Asyl- und Fremdenrecht spezialisiert und arbeitete als Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Frühwirth und zuvor als Rechtsberater bei der Caritas.

Lioba Kasper ist Rechtsanwaltsanwärterin in Wien und war zuvor Leiterin des Fachbereichs Rechtsberatung des Verein Projekt Integrationshaus Wien. Zudem Publikationen, Lehr- und Vortragstätigkeit insbesondere im Bereich Menschenrechte.

Stephan Klammer ist Leiter der Rechtsberatung des Diakonie Flüchtlingsdienstes.

Stefan Salomon ist Assistenz-Professor für EU Recht an der Universität Amsterdam und promovierte an der Universität Graz zur juridischen Konstruktion von Territorium im Völkerrecht und EU Recht.

Petra Sußner ist Post-Doc Mitarbeiterin an der Humboldt Universität zu Berlin und in der DFG-FOR Recht-Geschlecht-Kollektivität tätig. An der Universität Wien hat sie im Themenfeld Heteronormativität und Asylrecht promoviert.

Simone Tanzer ist Juristin bei der Stadt Wien im Bereich Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht und arbeitete zuvor unter anderem für das UN-Flüchtlingshochkommissariat (UNHCR) in Wien

Vorwort

Das Asyl- und Fremdenrecht ist wohl jene Rechtsmaterie, die in der Europäischen Union in den letzten Jahren, wenn nicht Jahrzehnten, auf politischer Ebene, in den Medien und in der breiten Öffentlichkeit am kontroversesten und emotionalsten diskutiert wurde. Diese Diskussion hat sich in Österreich insbesondere ab dem Jahr 2015, als in Österreich fast 90.000 Asylanträge gestellt wurden und Hundertausende Flüchtlinge und Migrant*innen durch das Land gereist sind, noch weiter intensiviert. Trotz eines seither massiven Rückgangs der Zahl neuer Asylanträge in Österreich auf zuletzt nur rund 12.000 ist diese Debatte kaum abgeflacht.

Im Gegensatz zum Fußball mit fast neun Millionen österreichischen Teamchefs, die allesamt denken, sie hätten aufgrund ihrer Expertise die Lösung für ein Problem, wird das Asyl- und Fremdenrecht in Österreich aufgrund seiner Komplexität in seiner Gesamtheit, wenn überhaupt, nur noch von einer Handvoll von Expert*innen beherrscht.

So wurden die im Rahmen des Fremdenrechtspakets im Jahr 2005 verabschiedeten Gesetze, wie etwa das Asylgesetz, das Fremdenpolizeigesetz und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, seit ihrem Inkrafttreten bereits jeweils mehr als 20 Mal novelliert. Damit nicht genug wurden im Rahmen unterschiedlicher Reformen über die Jahre hinweg weitere Gesetze hinzugefügt, wie etwa das BFA-Einrichtungsgesetz, das BFA-Verfahrensgesetz, das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz und zuletzt das BBU-Errichtungsgesetz. Die einschlägige Gesetzeslandschaft, die zudem von einer Reihe von Verordnungen ergänzt wird, kann somit sicherlich als unübersichtlich bezeichnet werden.

Weiters kommt hinzu, dass – trotz des jüngsten Stillstands bei der Weiterentwicklung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems – im Bereich des Asyl- und Fremdenrechts das kaum minder komplexe Regelwerk der Europäischen Union zu beachten ist. So sind sowohl eine Reihe von Richtlinien und Verordnungen als auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu berücksichtigen. Und nicht zuletzt beruht das Asylrecht maßgeblich auf völkerrechtlichen Verträgen, allen voran der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 samt ihrem Protokoll von 1967 und der Europäische Menschenrechtskonvention. Dies spiegelt auch das EU-Asylrecht wider, dessen Fundament die GFK ist. Zudem sind die Grundrechte, wie sie die EMRK gewährleistet und wie sie sich aus den ge-

meinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.

Vor diesem Hintergrund liefert die vorliegende Publikation „Text und Kontext des Asylrechts“ eine wichtige Auseinandersetzung mit asyl- und fremdenrechtlichen Fragestellungen aus verschiedenen Blickwinkeln, sowie auf völkerrechtlicher, unionsrechtlicher und nationalrechtlicher Ebene. Das Werk beleuchtet eine Vielfalt spannender und höchst aktueller Themen, die von der Beurteilung eines Asylantrags über Fragen des Schutzstatus bis hin zu Rückführungen von abgelehnten Asylsuchenden einen weiten Bogen spannen. Verschiedene Beiträge befassen sich zudem mit der Lage von Personen mit spezifischen Bedürfnissen, wie LGBTI-Asylantragsteller*innen oder Kindern und Jugendlichen unter 18 Jahren und der prekären Lage von Geduldeten. Nicht minder erfreulich ist die Zusammensetzung der Autor*innen der verschiedenen Abhandlungen, die allesamt über große Expertise in diesem Bereich verfügen, sei es aus wissenschaftlicher oder praktischer Sicht. Dem Herausgeber dieser Publikation sei schließlich dafür gedankt, dass er mit diesem Werk einen maßgeblichen Beitrag zur rechtstheoretischen Auseinandersetzung mit praktisch hoch relevanten Themen leistet, zumal das Asyl- und Fremdenrecht in Österreich wohl zu einem der am wenigsten erforschten und kommentierten Rechtsgebiete zählt. Ich wünsche „Text und Kontext des Asylrechts“ deshalb eine große Leser*innenschaft und dass die Erwägungen der Autor*innen in der asyl- und fremdenrechtliche Entscheidungspraxis und Rechtsprechung in Österreich Eingang finden mögen.

Christoph Pinter
Leiter, UNHCR Büro Österreich

1

Einleitung: Text und Kontext

Stefan Salomon

I. Perspektive des Buches

Es ist ein unstrittiger Gemeinplatz, dass das Unionsrecht über die letzten zwei Jahrzehnte zum primären Rechtsrahmen des Asylrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) geworden ist, trotz der zahlreichen Kritik an den strukturellen Defiziten des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS)[1] und dem Mangel an politischer Solidarität in der EU-Asylpolitik.[2] Spätestens seit dem Vertrag von Lissabon stellt das Asyl- und Migrationsrecht in den Verträgen ein eigenständiges Politikfeld dar – nicht mehr lediglich den Binnenmarkt flankierende Maßnahmen – und ist fest in der Verfassungsordnung des Unionsrechts verankert.[3] Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive des Unionsrechts sind die primärrechtlichen Normen zu Asyl und Migration nicht lediglich Kompetenznormen für das Erlassen von Sekundärrechtsakten, sondern beinhalten auch normative

---

1 Für eine umfassende Kritik struktureller Defizite im GEAS: Maarten Den Heijer, Jorrit Rijpma, Thomas Spijkerboer, 'Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System' (2016) 53 Common Market Law Review 607.
Ich möchte insbesondere Elisabeth Postl und Lorin Wagner für die Durchsicht und kritische Anmerkungen zu früheren Versionen dieser Einleitung danken.

2 Unter der großen Anzahl an Publikationen zum Mangel an Solidarität im GEAS siehe insbesondere die Beiträge in, Maastricht Journal of European and Comparative Law 24 (2017) *Special Issue: Searching for Solidarity in the EU Asylum and Border Policies: Constitutional and Operational Dimensions*.

3 Für eine Übersicht über die verfassungsrechtliche Bedeutung des Asylrechts vor dem Vertrag von Lissabon siehe, Jörg Monar, ‚Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts', in Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht* (Springer 2009).

Zielvorgaben[4] und verfassungsrechtliche Grundsätze,[5] welche die Auslegung sekundärrechtlicher Bestimmungen wesentlich beeinflussen.[6] Aus der sekundärrechtlichen Ausgestaltung des Asylrechts ergeben sich direkt aus dem Unionsrecht unter anderem „quasi-automatische Rechte" auf Einreise und Aufenthalt für Schutzsuchende und mitgliedstaatlichen Behörden kommt nur mehr ein Ermessensspielraum bei der Umsetzung dieser Rechte zu.[7] Ebenso sind die rechtlichen Kriterien für die Zuerkennung eines Schutzstatus und Statusänderungen, sowie die Rechte einer Person während eines Asylverfahrens und nach der Statuszuerkennung durch das Unionsrecht vorgegeben.[8] Diese Ausformung des Asylrechts durch das Unionsrecht wird in den kommenden Jahren wahrscheinlich weitergeführt und vertieft werden.[9] Bei einer zukünftigen Ausgestaltung des Asylrechts werden die Legislativorgane der EU und die Mitgliedstaaten dabei die vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) entwickelten Kriterien und Grundsätze beachten müssen.[10] So weitete der EuGH beispielsweise die einzelnen Kriterien der Flüchtlingsdefinition aus,[11] definierte Grenzen für die Aberkennung des Flüchtlingsstatus,[12] zog grundrechtliche Grenzen für das Ver-

---

4 Etwa dass Drittstaatsangehörigen ein angemessener Schutzstatus geboten werden soll. Siehe Art 78 Abs 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden: AEUV). Für eine Rekonstruktion des angemessenen Schutzstatus und seine Einbettung in den normativen Rahmen des Flüchtlingsschutzes siehe, den Beitrag von Florian Hasel & Stefan Salomon in diesem Band.

5 Art 78 Abs 1 AEUV, Art 18 EU-Grundrechtecharta.

6 Vgl. Kay Hailbronner, Daniel Thym, 'Constitutional Framework and Principles of Interpretation', in Kay Hailbronner, Daniel Thym (Hrsg), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary* (2. Auflage, Hart/Beck/Nomos 2016), 6.

7 Wie Kevin Fredy Hinterberger ausführt finden sich alle Rechtsnormen, die solche quasi-automatischen Rechte auf Einreise festlegen, im Völkerrecht und/oder im Unionsrecht – und nicht im nationalen Recht. Siehe, Kevin Fredy Hinterberger, 'A Multi-Level Governance Approach to Residence Rights of Migrants and Irregular Residence in the EU' (2018) 20 European Journal of Migration and Law 182, 185.

8 Für einen Überblick der relevanten Sekundärrechtsakte siehe, Hailbronner und Thym (Fn 6).

9 Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen kündigte bereits einen neuen Pakt zu Asyl und Migration an: ‚A Union that strives for more. Political Guidelines for the next European Commission 2019–2024', <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf> zuletzt abgerufen 4.11.2019.

10 Zum Anstieg von Rechtssachen im Asylbereich vor dem EuGH und EGMR siehe, Moritz Baumgärtel, *Demanding Rights* (Cambridge University Press 2019), 3.

11 Siehe u.a. C-71/11 und C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland gegen Y und Z* [2012].

12 Siehe hierzu den Beitrag von Constantin Hruschka in diesem Band.

fahren der Prüfung durch den zuständigen Mitgliedstaat[13] und für die Erlangung und Prüfung von Beweisen im Asylverfahren.[14]

Dennoch: Trotz dieser weitgehenden unionsrechtlichen Ausformung des Asylrechts finden im dezentralisierten EU-Verwaltungsrecht Verfahren noch immer vor nationalen Behörden statt, meist auf Grundlage nationaler verfahrensrechtlicher Bestimmungen. Institutionelle Praktiken in Asylbehörden der Mitgliedstaaten bedingen die tatsächliche Ausgestaltung des Zugangs zum Flüchtlingsschutz und bestimmen das konkrete Ausmaß der Rechte, die einer Person während des Asylverfahrens zukommen.[15] Die Auslegung von Rechtsnormen wird überwiegend durch nationale Gerichte geformt die, ungeachtet des transnationalen Charakters des Flüchtlingsrechts, kaum Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten in ihre Entscheidungen aufnehmen.[16] Stattdessen formen dogmatische Konzepte und Figuren der jeweils nationalen Rechtsordnungen, die Ausfluss spezifischer normativer Kontexte und beruflicher Selbstverständnisse sind, unionsrechtliche Normen.[17]

Diese Dichotomie der unions- und völkerrechtlichen Ebene einerseits und nationaler asyl- und migrationsrechtlicher Normen und Strukturen andererseits spiegelt sich in der asylrechtlichen Literatur wider. Während der eine Strang der asylrechtlichen Literatur die institutionelle und materielle Ausformung des Asylrechts durch das Unionsrecht und das Völker-

---

13 Siehe u.a. C-63/15 *Ghezelbash* [2016]; C-411/10 und C-493/10 *N.S. und M.E.* [2011].

14 Siehe u.a. C-148/13-C-150/13 *A, B, C gegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* [2014].

15 Für einige Beispiele institutioneller Voreingenommenheit siehe u.a., Matthew Gibney, 'Asylum: Principled Hypocrisy', in Bridget Anderson, Michael Keith (Hrsg.), *Migration: A COMPAS Anthology* (Oxford University Press 2014) (zur Praktik der finanziellen Belohnung von UK Border Agency Mitarbeiter'innen, wenn diese Asylzuerkennungen erfolgreich bekämpfen). Im Kontext der österreichischen Asylrechtspraxis siehe, Stefan Salomon, ‚Einseitiges Vier-Augen-Prinzip bei Asylentscheidungen' (*Die Presse*, 26.8.2019). Für eine ausführliche ethnographische Beschreibung des Kontexts von Asyltribunalen in Frankreich siehe, Carolina Kobelinsky, 'In search of truth How asylum applications are adjudicated', in Didier Fassin et al (Hrsg), *At the Heart of the State* (Pluto Press 2015), 67.

16 Für eine etwas ältere Studie siehe, Guy Goodwin-Gil, Hélène Lambert (Hrsg), *The Limits of Transnational Law* (Cambridge University Press 2010).

17 Zu den spezifischen normativen und/oder kulturellen Annahmen durch nationale Gerichte siehe auch, Ines Rössl, „Westliche Orientierung" im Asylrecht' (2019) 74 Zeitschrift für öffentliches Recht 349. Siehe ebenfalls die Beiträge von Petra Sußner (Kapitel 2) und Florian Hasel und Stefan Salomon (Kapitel 4) in diesem Band.

recht beschreibt,[18] betrachtet der andere Strang die nationalen asyl- und migrationsrechtlichen Bestimmungen, Verfahren und Judikaturlinien.[19] Der konzeptuelle Referenzrahmen einer nationalen Betrachtung des Asylrechts sind der Staat und seine souveränen Kontrollprärogative über die Einreise und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen. Dieser konzeptuelle Referenzrahmen beruht auf normativen Grundprämissen, die be-

18 Siehe u.a., Vincent Chétail, *International Migration Law* (Oxford University Press 2019); Cathryn Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law* (Oxford University Press 2016); Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*, Vol. 1 (Oxford University Press 2016); Vincent Chétail, Philippe De Bruycker, Francesco Maiani (Hrsg), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (Brill Nijhoff 2016); Pieter Boeles, Marteen Den Heijer, Gerrie Lodder, Kees Wouters, *European Migration Law* (Intersentia 2013); Daniel Fröhlich, *Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts* (Mohr Siebeck 2011).

19 Zu deutschen Literatur, siehe etwa, Göbel-Zimmermann, Eichhorn, Beichel-Benedetti, *Asyl- und Flüchtlingsrecht* (C.H. Beck 2018) (dieses Werk beinhaltet kaum Judikatur europäischer Höchstgerichte; das Kapitel zur EMRK und subsidiärem Schutz umfasst 9 Seiten); Haubner, Kalin, *Einführung in das Asylr*echt (Nomos 2017) (der Umfang des Buches ist mit 190 Seiten sehr schmal verglichen mit der umfangreichen Materie – materielles und verfahrensrechtliches Asylrecht – die behandelt wird); Paul Tiedemann, *Flüchtlingsrecht* (Springer 2015). Zur österreichischen Literatur, siehe, Christian Filzwieser, Isabella Taucher (Hrsg), *Asyl- und Fremdenrecht* (Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2019); Johannes Peyrl et al, *Fremdenrecht* (7. Auflage, ÖGB Verlag 2018) (die Autoren dieses Werkes setzen sich mit der breiteren Thematik des Fremdenrechts im Allgemeinen; das Flüchtlings- und Asylrecht wird nur kursorisch abgehandelt und lässt die völker- und europarechtliche Dimension außen vor); Ronald Eppel, Adel-Naim Reyhani (Hrsg), *Asyl- und Fremdenrecht* (Weka Verlag 2017) (dieses online Buch befasst sich zwar mit Asylrecht, beschränkt sich jedoch fast ausschließlich auf die österreichische Rechtslage); Iris Gachowetz, Caroline Schmidt, Barbara Simma, Daniela Urban, *Asyl- und Fremdenrecht im Rahmen der Zuständigkeit des BFA* (Verlag Österreich 2017) (der Fokus liegt auf höchstgerichtlicher Judikatur und eine kritische Auseinandersetzung der völker- und unionsrechtlichen Dimension des Asylrechts fehlt weitgehend). Ebenso fehlt in der Kommentarliteratur eine Auseinandersetzung mit der unions- und völkerrechtlichen Dimension. Siehe u.a., Christian Filzwieser, Isabella Taucher (Hrsg), *Asyl- und Fremdenrecht: Kommentar* (Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2016).

reits anderswo als „sedentärer Bias“[20] und „sedentäre Metaphysik“[21] bezeichnet wurden.

Beiden Literatursträngen ist gemein, dass sie die konkreten Rechtspositionen von Schutzsuchenden analytisch unzureichend erfassen. Während die nationale Seite das Unions- und Völkerrecht als eine analytische Dimension nur unzureichend oder überhaupt nicht miteinbezieht und damit Konflikte und Divergenzen zwischen dem nationalen Recht und dem Unions- und Völkerrecht übergeht,[22] liegt die Schwäche der unions- und völkerrechtlichen Literatur in der Vernachlässigung der konkreten Asylrechtspraxis in den Mitgliedstaaten.[23] Eine ausschließliche Beschreibung der unions- und völkerrechtlichen Ebene des Asylrechts vernachlässigt demnach den Kontext der nationalen Asylrechtspraxis, der wesentlich die konkrete Rechtsstellung von Schutzsuchenden bestimmt.

Vor diesem Hintergrund unternehmen die Beiträge in diesem Buch eine reflexive Betrachtung des Asylrechts. Der *unionsrechtliche Text* wird in den *nationalen Kontext* rückgebettet. Der nationale Kontext stellt in diesem Buch überwiegend das österreichische Asyl- und Fremdenrecht dar. Einerseits vermag diese Rückbettung des Unionsrechts in den Kontext des nationalen Asyl- und Fremdenrechts Normenkonflikte und Friktionen zwischen Unionsrecht und nationalem Recht aufzuzeigen und gestattet somit eine kritische Betrachtung der österreichischen Asylrechtspraxis. Zugleich

---

20 Daniel Thym, ‚Migrationsfolgenrecht‘, in VVDSt 76 (2017), 170. Thym argumentiert, dass der „moderne Staat und das öffentliche Recht von der normativen Grundannahme geprägt sind, die Sesshaftigkeit als konzeptuellen Normalfall“ denken. Für eine tiefere Analyse der (gewaltvollen) Produktion von Sesshaftigkeit als ein zentrales Element moderner Staatlichkeit, siehe, James C. Scott, *The art of not being governed* (Yale University Press 2011), insbesondere Kapitel 4.

21 Liisa Malkki, ‘National Geographic: The Rooting of Peoples and the Territorialization of National Identity among Scholars and Refugees’ (1992) 7 Cultural Anthropology 24, 31.

22 Eine Ausnahme sind einige der Beiträge in: Martina Haedrich (Hg), *Flucht, Asyl und Integration aus rechtlicher Perspektive* (Mohr Siebeck 2017), sowie der relativ schmale Sammelband: Christian Walter, Martin Burgi (Hrsg), *Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht* (Mohr Siebeck 2017).

23 Selbst die Standardwerke von James Hathaway und Guy Goodwin-Gil, die auch in der Judikatur verschiedener Gerichte von EU-Mitgliedstaaten zitiert werden, diskutieren fast ausschließlich anglo-amerikanische Rechtsprechung und vernachlässigen somit den spezifischen unionsrechtlichen Kontext. Siehe, James C. Hathaway, Michelle Foster, *The Status of Refugees* (Cambridge University Press 2014); Guy Goodwin-Gil, Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press 2007); James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge University Press 2005).

ermöglicht diese reflexive Perspektive auch eine Konkretisierung unionsrechtlicher Prinzipien, wie beispielsweise der Menschenwürde oder des Kindeswohl. Die Konkretisierung rechtlicher Prinzipien bedarf immer eines spezifischen Kontexts.

Die Analyse beschränkt sich hierbei nicht auf das Unionsrecht, sondern bezieht auch den völkerrechtlichen Rahmen mit ein. Dies ist notwendig, da die GFK den Grundstein des GEAS darstellt,[24] über Art 78 Abs 1 AEUV integraler Bestandteil des Unionsrechts ist und nationale Gerichte bei Verstößen gegen Bestimmungen der GFK zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sind.[25] Darüber hinaus wird auch die Judikatur des EGMR behandelt, der eine wesentliche Rolle im Asylrecht zukommt, sowie andere völkerrechtliche Verträge, wie etwa die Kinderrechtskonvention, denen eine autoritative Rolle bei der Auslegung grundrechtlicher Bestimmungen zukommt. Der Begriff des „europäischen Asylrechts" im Titel dieses Buches bezieht sich demnach auf die Dynamik zwischen unionsrechtlichem Text und völkerrechtlichen Bestimmungen einerseits und nationalem Kontext andererseits.

Eine Auseinandersetzung mit Asyl und Migration beinhaltet immer auch die Betrachtung der unionsrechtlichen Strukturierung der Stellung einer Person durch Statuszuschreibungen. Das Asylrecht fußt auf und erschafft unterschiedliche Statuszuschreibungen – beispielsweise den Status des Asylwerbers, den Flüchtlingsstatus oder den subsidiären Schutzstatus – die rechtliche Differenzierungen zwischen Personen begründen und festschreiben. Diese Statuszuschreibungen legen Bündel an Rechten und Pflichten fest, die die Rechtsstellung einer Person fortdauernd bestimmten. Ein partikulärer Status bestimmt nicht nur, wie Cathryn Costello ausführt, die Form und Dauer von Einreise- und Aufenthaltsrechten einer Person, sondern auch deren Rechte in anderen Bereichen: im Familienleben, am Arbeitsplatz, sowie deren Teilhaberechte im politischen und wirtschaftlichen Bereich.[26] Die Bedeutung des asyl- bzw. migrationsrechtlichen Status für die Wahrnehmung von Rechten wird insbesondere dann offensichtlich, wenn dieser nicht (mehr) vorhanden ist. Während Asylberechtigte durch den Flüchtlingsstatus Staatsangehörigen in vielen Bereichen gleichgestellt sind, verliert eine Person, deren Flüchtlingsstatus auf Grund eines Ausschlussgrundes aberkannt wird, den Aufenthaltsstatus, ihre Be-

24 Siehe u.a. C-443/14 und C-444/14 *Alo und Osso* [2016], Rn 30.
25 Hailbronner & Thym (Fn 6), 1029.
26 Costello (Fn 18), 315.

schäftigungsbewilligung, ihren Anspruch auf Sozialhilfeleistungen[27] und wird, da sie vermutlich nicht mehr für den Mietzins ihrer Wohnung aufkommen kann, in prekäre Wohnverhältnisse gedrängt werden. Die Perspektive des Status ermöglicht in dieser Hinsicht zweierlei. Erstens werden durch eine statusrechtliche Perspektive prekäre Lebensverhältnisse und Rechtspositionen sichtbar, die ansonsten oft unsichtbar an den Rändern einer Rechtsordnung verdeckt bleiben. Zweitens bietet diese Perspektive einen systematischen Zugang zu der komplexen Materie des Asylrechts indem rechtliche Differenzierungen von konkreten Rechten zwischen und innerhalb von bestimmten asyl- und migrationsrechtlichen Status analysiert werden. Die Beiträge in diesem Buch betrachten die Dynamik zwischen Text und Kontext deshalb aus einer statusrechtlichen Perspektive und untersuchen wie unterschiedliche asyl- und migrationsrechtliche Status die Rechtspositionen von Schutzsuchenden in spezifischen Konstellationen erweitern oder einschränken.

II. Struktur des Buches

Die Struktur der einzelnen Beiträge im Buch richtet sich grob nach dem Ablauf eines Asylverfahrens: das erste inhaltliche Kapitel (Petra Sußner) behandelt den Verfolgungsgrund der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität bei der Zuerkennung des Flüchtlingsstatus und die Dissonanzen zwischen unionsrechtlichen Vorgaben und österreichischer Asylrechtspraxis. Das letzte Kapitel (Kevin Fredy Hinterberger und Stephan Klammer) analysiert die Rechtsstellung von Personen im österreichischen Fremdenrecht, deren Asylantrag zwar negativ rechtskräftig entschieden wurde, die jedoch aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abgeschoben werden können und arbeitet grundrechtliche Mindeststandards aus dem Prinzip der Menschenwürde in der EU-Grundrechtecharta heraus.

Die einzelnen Beiträge unterscheiden sich in ihrer Ausrichtung und haben ihre jeweils eigene interne Logik: während manche Beiträge der unionsrechtlichen Ebene mehr Gewicht beimessen, fokussieren andere Beiträge stärker auf den Kontext des nationalen Rechts. Manche Beiträge weben die Judikatur in einen breiteren normativen und sozio-kulturellen Zusammenhang ein, während sich andere Beiträge mehr am positiven Rechtsrah-

27 Nach § 4 Abs 2 Z 3 des österreichischen Sozialhilfe-Grundsatzgesetzes sind „ausreisepflichtige Fremde“ von den Leistungen der Sozialhilfe ausgeschlossen.

men orientieren. Um die gemeinsamen Aspekte der Beiträge hervorzuheben, werden diese im Folgenden entlang von drei grundlegenden Themenfeldern im Asylrecht vorgestellt, die die einzelnen Beiträge zu einem kohärenten Ganzen verbinden. Das erste Themenfeld betrifft die grund- und menschenrechtliche Durchdringung des Asylrechts auf der unions- und völkerrechtlichen Ebene, die den Raum für Differenzierungen zwischen unterschiedlichen asyl- und migrationsrechtlichen Status durch die Mitgliedstaaten zunehmend einschränkt (1). Doch trotz dieser Reduzierung von statusrechtlichen Differenzierungen durch Menschenrechte und des Gleichheitstelos, auf dem diese normativ beruhen, basieren weder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) noch die EU-Grundrechtecharta (EU-GRC) auf der Annahme einer vollen rechtlichen Gleichheit von Staatsangehörigen und Nicht-Staatsangehörigen.[28] Sowohl die EMRK als auch die EU-GRC lassen den Mitgliedstaaten Raum für statusrechtliche Abstufungen von Grundrechten, was insbesondere in den unterschiedlichen Formen des irregulären Aufenthalts deutlich wird (2). Darüber hinaus sind Menschenrechte nicht nur Schranken für staatliches Handeln, sondern auch effektive Instrumente für Transformation im Kampf um die rechtliche Anerkennung partikulärer Identitäten (3).

1. Rechtliche Gleichheit und Differenzierung

Die grund- und menschenrechtliche Durchdringung des Flüchtlings- und Asylrechts auf der unions- und völkerrechtlichen Ebene bewirkt eine Verschiebung des rechtlichen Regelungsrahmens:[29] Nicht die GFK sondern Grund- und Menschenrechte stellen den primären rechtlichen Regelungsrahmen des Flüchtlings- und Asylrechts dar.[30] Die Bedeutung dieser Verschiebung ergibt sich aus den strukturellen Unterschieden zwischen dem

---

28 Siehe u.a. Marie-Bénédicte Dembour, *When Humans Become Migrants* (Oxford University Press 2015); Marie-Bénédicte Dembour, Tobias Kelly (Hrsg), *Are Human Rights for Migrants?* (Routledge 2011).

29 Siehe u.a. die Beiträge in, Ruth Rubio Marín (Hrsg), *Human Rights and Immigration* (Oxford University Press, 2014). Zum Anstieg der Anzahl entschiedener und anhängiger Rechtssachen vor dem EGMR und dem EuGH siehe, Moritz Baumgärtel, *Demanding Rights* (Cambridge University Press 2019), 5.

30 Vincent Chétail, 'Are Refugee Rights Human Rights?', in Rubio Marín (Fn 28), 70. Chétail argumentiert: „While the Geneva Convention retains some symbolic relevance, the distinction between nationals and aliens which conditions the very content of refugee status has been largely marginalized and superseded by the general applicability of human rights to non-citizens."

Flüchtlings- und Asylrecht einerseits und Menschenrechten andererseits. Während das Flüchtlings- und Asylrecht statusbasiert ist – es beruht auf der Abgrenzung eng definierter Statuskategorien als Voraussetzung für die Geltendmachung von Rechten – sind Menschenrechte prinzipiell statusunabhängig und auf jeden Menschen,[31] unabhängig von seinem asyl- oder migrationsrechtlichen Status,[32] anwendbar. Menschenrechten liegt ein normativer Gleichheitsanspruch zugrunde, dessen normativer Kern nicht in der "Anordnung der Gleichbehandlung von Gleichem und der Ungleichbehandlung von Ungleichem" liegt, wie Alexander Somek feststellt, sondern in der Beurteilung der Gründe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können,[33] was insbesondere in den Gleichheits- und Nicht-Diskriminierungsbestimmungen der EMRK und der EU-Grundrechtecharta zum Ausdruck kommt. Der EGMR inkludiert den Migrationsstatus regelmäßig unter die Diskriminierungsgründe in Art 14 EMRK.[34] Rekurrierend auf die Rechtsprechung des EGMR stellt Generalanwalt Pedro Cruz Villalón klar, dass es sich „beim Rechtsstatus der Migranten um einen der verbotenen Diskriminierungsgründe handelt".[35]

Am Beispiel der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs untersuchen Florian Immervoll und Ronald Frühwirth (Kapitel 5) die Gültigkeit der Gründe, auf denen die gesetzliche Einschränkung der Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten im Gegensatz zu Flüchtlingen fußt. Immervoll und Frühwirth kontrastieren die Gründe, die der Verfassungsgerichtshof anführt und die sich in den Gesetzeserläuterungen finden, mit der Judikatur des EGMR zum akzessorischen Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK. Einer Differenzierung im Kontext kommt in der Judikatur des EGMR ein weiter Spielraum zu, da Staaten, wie der EGMR ausführt, in der Regel besser dazu in der Lage sind zu beurteilen was aus sozialen oder wirtschaftlichen Gründen im öffentlichen Interesse liege, solange

---

31 Die Erläuterungen zur EU-Grundrechtecharta bezeichnen die Menschenwürde als das „Fundament der Grundrechte" (siehe, Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/17). Auch wenn die Menschenwürde nicht in der EMRK verankert ist, bezeichnet der EGMR diese dennoch als die Essenz der EMRK. Siehe, *Pretty v Vereinigtes Königreich* Nr 2346/02 (EGMR, 29.4.2002), Rz 66. Siehe ebenfalls, Lennart von Schwichow, *Die Menschenwürde in der EMRK* (Mohr Siebeck 2016).

32 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Human rights of irregular migrants, Resolution 1509 (2006), Rn 5.

33 Alexander Somek, ‚Gleichheit als Diskriminierungsschutz' (2004) 3 Der Staat 425, 426. Somek bezeichnet dies als „Gründe zweiter Ordnung".

34 *Hode and Abdi v The United Kingdom*, (EGMR,), Rn 47; Biao v Denmark

35 C-443/14 und C-444/14 *Kreis Warendorf v Alo und Osso* [2015], Schlussanträge von Generalanwalt Cruz Villalon, Rn 75

eine Differenzierung nicht „ohne offensichtlich vernünftige Grundlage" erfolge.[36] In einer dichten Analyse der vom Verfassungsgerichtshof angeführten Gründe argumentieren Immervoll und Frühwirth, dass sich diese letztendlich auf den subsidiären Schutzstatus beziehen. Damit ist die Begründung jedoch zirkulär: da der Migrationsstatus der Grund für eine Ungleichbehandlung darstellt, kann dieser nicht zugleich die Rechtfertigung für diese sein.

Florian Hasel und Stefan Salomon (Kapitel 4) rekonstruieren am Beispiel der Annahme der vorübergehenden „Natur" des subsidiären Schutzes die Judikatur des EuGH zum „einheitlichen Schutzstatus".[37] Obwohl die Annahme der „vorübergehenden Natur" des subsidiären Schutzstatus weder rechtssystemisch, normativ noch empirisch haltbar ist, geht die höchstgerichtliche Judikatur in Österreich weiterhin von dieser Annahme einer kürzeren Schutzdauer des subsidiären Schutzes aus, die sich in einen geringeren Schutzbedarf von subsidiär Schutzberechtigten übersetzt. Die Konstruktion des einheitlichen Schutzstatus durch den EuGH als primärrechtlich verankertes Gleichheitsgebot steht, wie Hasel und Salomon in ihrem Beitrag argumentieren, dieser Annahme der vorübergehenden „Natur" und der damit einhergehenden geringeren Schutzwürdigkeit von subsidiär Schutzberechtigten entgegen.

Aus der völker- und unionsrechtlichen Ebene ergeben sich nicht nur Verpflichtungen der Nicht-Diskriminierung auf Grund des Migrationsstatus, sondern auch zur Differenzierung auf der nationalen Rechtsebene. Eine Person ist nicht nur Asylberechtigte, subsidiär Schutzberechtigte oder Asylwerberin, sondern zugleich auch Minderjährige, Opfer sexueller Gewalt oder kann geistige oder körperliche Behinderungen und damit spezielle Schutzbedürfnisse haben. So stellt der EuGH in seiner Rechtsprechung klar, dass unbegleitete Minderjährige in die „Kategorie besonders gefährdeter Personen"[38] fallen. In ähnlicher Weise hält der EGMR fest, dass unbegleitete Kinderflüchtlinge aufgrund ihrer besonderen mentalen und psychischen Bedürfnisse zu den vulnerabelsten Mitgliedern der Ge-

---

36 *Hode and Abdi* Nr 22341/09 (EGMR 6.11.2012), Rn 52.

37 Erwägungsgrund 9 und 39, Richtlinie 2011/95/EU 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. L 337, 20.12.2011, 9 („Anerkennungs-RL").

38 C-648/11 *MA u.a.* [2013], Rn 55.

sellschaft zählen und dem Staat besondere Schutzplichten zukommen.[39] Obwohl Sekundärrechtsakte im Asylrecht Bestimmungen zur Berücksichtigung der Bedürfnisse von besonders schutzwürdigen Personen enthalten[40] und die Anerkennungsrichtlinie zwei Bestimmungen zu Kinderflüchtlingen beinhaltet, bleibt meist unklar welche konkreten Rechtsfolgen sich daraus ergeben und wie diese Bestimmungen durch Gerichte angewendet werden. Dies führt oft dazu, dass die besonderen Verfolgungsgründe und Bedürfnisse von Kindern in Asylverfahren unsichtbar bleiben.

Lioba Kasper macht deutlich (Kapitel 6), dass eine besondere Berücksichtigung der Bedürfnisse von Kinderflüchtlingen bereits im Statusfeststellungsverfahren erforderlich ist. Während bei Erwachsenen bestimmte Verfolgungshandlungen noch nicht die Schwelle asylrelevanter Verfolgung erreichen, können diese bei Kindern bereits die Schwelle asylrelevanter Verfolgungshandlungen erreichen. Der besondere Rechtsstatus des Kindes erfährt durch das Kindeswohl eine konkrete rechtliche Materialisierung als „Berücksichtigungs- und Abwägungspflicht", die als zusätzliche Beurteilungsebene miteinzubeziehen ist. Das Kindeswohl ist nicht nur bei der Statuszuerkennung zu beachten, sondern auch, wie Kasper aus der Judikatur des EuGH und EGMR herausarbeitet, bei der Zumessung von sozialen Leistungen und Wohnraum, beim Zugang zu Bildungseinrichtungen, in der Hierarchie der Zuständigkeitskriterien in der Dublin-III Verordnung, sowie bei einer möglichen Inhaftierung im Rahmen einer Abschiebung.

Diese unionsrechtliche Berücksichtigungs- und Abwägungspflicht, die bei allen Entscheidungen die Kinder betreffen anzustellen ist, findet jedoch nicht immer Anwendung im nationalen Kontext. Immervoll und Frühwirth zeigen in ihrem Beitrag, dass eine solche Berücksichtigung und Abwägung in der Beurteilung der ausnahmslos geltenden dreijährigen Wartefrist für Familienzusammenführungen von subsidiär Schutzberechtigten durch den Verfassungsgerichtshof abwesend sind. Besonders hier wäre dies jedoch auf Grund der besonderen Schutzbedürftigkeit von unbegleiteten Kinderflüchtlingen geboten.

---

39 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium* Nr 13178/03 (EGMR, 12.10.2006), Rn 56.

40 Art 20 Abs 3 Anerkennungs-RL; Art 21 Richtlinie 2013/33/EU zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen („Aufnahme-RL").

2. *Der konkrete Kontext von Grundrechten: irregulärer Aufenthalt*

Daten der Europäischen Kommission belegen, dass lediglich 35 % aller Rückkehrentscheidungen in der EU vollzogen werden.[41] In anderen Worten: etwa 65 % der Personen die keine Aufenthaltsberechtigung mehr haben – weil ihr Asylantrag entweder negativ entschieden oder ihr Schutzstatus aberkannt wurde – oder keine Aufenthaltsberechtigung hatten, können aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abgeschoben werden, obwohl gegen sie eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde. Rezente Statistiken des Bundesministeriums für Inneres deuten darauf hin, dass die Anzahl der Aberkennungen eines Schutzstatus (Flüchtlingsstatus und subsidiärer Schutzstatus) in Österreich ansteigt. Dies betrifft vor allem Aberkennungen wegen Straffälligkeit oder einem der Ausschlussgründe nach Art 1 F GFK bzw. Art 12 Anerkennungs-RL.[42]

Die Kriterien für die Aberkennung eines Schutzstatus ergeben sich aus dem völker- und unionsrechtlichen Text. Constantin Hruschka systematisiert in seinem Beitrag (Kapitel 3) die Rechtsprechung des EuGH zum Aberkennungsverfahren und zu den materiellen Ausschlussgründen von der

---

41 Daten der europäischen Statistikagentur belegen, dass im Jahr 2018 gegen 478.155 Personen eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde, jedoch lediglich 170.360 Rückkehrentscheidungen (35,62 %) durchgeführt wurden. Siehe, Eurostat, Enforcement of immigration legislation statistics, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation?oldid=264452> zuletzt abgerufen 2.11.2019.

42 In Österreich wurden im Jahr 2018 insgesamt 5.991 Personen der Flüchtlingsstatus oder der subsidiäre Schutzstatus aberkannt. Zahlen aus dem Zeitraum Jänner-August 2019 deuten auf einen Anstieg der Aberkennungen hin, da allein in diesem Zeitraum 5.547 Aberkennungen stattfanden. Der überwiegende Teil der Aberkennungen im Jahr 2019 betrafen Aberkennungen wegen Straffälligkeit (1.875 Personen) und nur in 1.443 Fällen wurde der Schutzstatus wegen Reisebewegung in den Herkunftsstaat oder geänderter Umstände aberkannt. Interessant ist auch, dass in Statistik des Bundesministeriums für Inneres (BMI) die Aberkennungsgründe von 2.219 Personen nicht angeführt werden, was nahelegt, dass die Aberkennung in diesen Fällen auf einem der Ausschlussgründe nach Art 12 Richtlinie 2011/95/EU beruht. Obwohl keine speziellen Statistiken zu Abschiebungen dieser Personen geführt werden, legen die Aberkennungsgründe in Zusammenhang mit den Top-5 Herkunftsländer nahe, dass die meisten dieser Personen rechtlich oder faktisch nicht abgeschoben werden können. Siehe, Parlamentarische Anfragebeantwortung des Bundesministers für Inneres, 4105/AB vom 31.10.2019 (XXVI.GP), <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/AB/AB_04105/imfname_770753.pdf> zuletzt abgerufen 15.11.2019.

Flüchtlingseigenschaft.[43] Die Judikatur des EuGH zu den Ausschlussgründen beinhaltet, wie Hruschka aufzeigt, eine progressive als auch eine restriktive Seite. Einerseits wird durch die Judikatur des EuGH die konstitutive Rolle des im Unions- und Völkerrecht begründeten Schutzstatus offensichtlich. Die Behörden eines Mitgliedstaates können zwar den Flüchtlingsstatus und damit den Aufenthaltsstatus einer Person, die eine Gefahr für die Sicherheit und Allgemeinheit des Aufnahmestaates darstellt, aberkennen. Doch da die Person nicht von der Flüchtlingseigenschaft nach der GFK ausgeschlossen ist und somit weiterhin die Kriterien der Flüchtlingseigenschaft erfüllt, kommen ihr auch weiterhin die Rechte aus der GFK zu. Der unionsrechtliche Text stellt hier einer Differenzierung durch die Mitgliedstaaten rechtliche Grenzen. Andererseits weitet der EuGH insbesondere bei der Beurteilung terroristischer Handlungen die Anwendung der Ausschlussklausel aus. Durch diese extensive Auslegung werden Handlungen in die Ausschlussgründe inkludiert, obwohl eine Person „eine terroristische Handlung weder begangen noch zu begehen versucht hat", wie Hruschka unterstreicht. Da sich in diesen Konstellationen weder aus dem Unionsrecht noch aus der EMRK eine Verpflichtung eines Mitgliedstaates ergibt, einen bestimmten Aufenthaltsstatus einzuräumen, wird die konkrete Rechtsstellung dieser Personen im Kontext des nationalen Fremdenrechts bestimmt.

Diesen Kontext betrachten Kevin Fredy Hinterberger und Stephan Klammer in ihrem Beitrag (Kapitel 9). Wie Hinterberger und Klammer ausführen, fallen Personen, die von der Flüchtlingseigenschaft ausgeschlossen oder deren Schutzstatus aberkannt wurde, in den prekären und paradoxen Status der Duldung: Ihr Aufenthalt ist unrechtmäßig und sie haben dadurch keinen Zugang zum Arbeitsmarkt, zugleich sind jedoch die Rechtsfolgen der Abschiebung und der Strafbarkeit des unrechtmäßigen Aufenthalts vorübergehend ausgesetzt und diese Personen erhalten Leistungen aus der Grundversorgung. Wenn der Duldungsstatus jedoch versagt wird oder noch nicht festgestellt ist, hat eine Person nach innerstaatlichem Recht weder Zugang zu Arbeit noch einen Anspruch auf Leistungen aus der Grundversorgung oder Anspruch auf Wohnraum. Zudem ist ihr andauernder unrechtmäßiger Aufenthalt mit erheblichen Geld- und Er-

43 Da der überwiegende Teil der Judikatur des EuGH zu den Ausschlussgründen nach Art 1F GFK und Art 12 Anerkennungs-RL zu Mitgliedschaft in terroristischen Organisationen erging und im österreichischen Kontext zum Zeitpunkt des Verfassens des Beitrags noch keine einschlägige höchstgerichtliche Judikatur existierte, bezieht Hruschka in seine Analyse die Judikatur deutscher und schweizerischer Höchstgerichte ein.

satzfreiheitsstrafen sanktioniert.[44] Die Situation von nicht-geduldeten Personen kommt, um Hannah Arendt zu paraphrasieren, einer Reduzierung auf das nackte Menschsein am nächsten.

Vor diesem Hintergrund rekonstruieren Hinterberger und Klammer den Gehalt der in Art 1 EU-Grundrechtecharta verankerten Menschenwürde und zeigen so rechtliche Grenzen einer migrationspolitischen Reduzierung von Grundrechen auf. Aus der Menschenwürde ergibt sich eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten gegenüber unrechtmäßig aufhältigen Personen, die zumindest eine Bereitstellung existenzsichernder Leistungen beinhaltet: Zugang zu Wohnraum, Nahrung und Krankenversorgung. Das oft rechtlich unscharfe Prinzip der Menschenwürde erhält somit einen konkreten rechtlichen Gehalt, der unter allen Umständen einzuhalten ist. Oder in den klaren Worten des Bundesverfassungsgerichts: Die „Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren".[45]

Ulrike Brandl analysiert in ihrem Beitrag (Kapitel 7) einen anderen Aspekt grundrechtlicher Beschränkungen durch irregulären Aufenthalt: der Kontext des unrechtmäßigen Aufenthalts in asyl- und fremdenrechtlichen Bestimmungen und eine damit einhergehende Stratifizierung von Freiheitsbeschränkungen. Brandl zeigt, dass im Asyl- und Fremdenrecht Personen in unterschiedlichen Verfahrensstufen Freiheitsbeschränkungen unterworfen sind. Im Zulassungsverfahren beispielsweise, wenn die Einreise am Flughafen noch nicht gestattet ist oder zur Sicherung einer Überstellung im Dublin-Verfahren. Im Anerkennungsverfahren werden Freiheitsbeschränkungen über unterschiedliche Maßnahmen räumlicher Beschränkungen vorgenommen: Gebietsbeschränkungen, Anordnungen zur Unterkunftnahme und Wohnsitzbeschränkungen, deren Überschreitung eine vorübergehende Festnahme der Asylwerber'in durch die Sicherheitsbehörden rechtfertigt. Im Rückführungsverfahren stellt Brandl insbesondere eine Erhöhung der Schubhaftdauer auf 18 Monate fest, sowie eine Ausweitung der Gründe nach denen Schubhaft angeordnet werden darf. Die Besonderheit des nationalen Kontexts liegt darin, dass die Bestimmungen zu unrechtmäßiger Einreise nicht zwischen Schutzsuchenden und anderen Migrant'innen unterscheiden und damit den besonderen Schutzbedarf von Schutzsuchenden außer Acht lassen.

---

44 Bei erstmaliger Bestrafung wegen unrechtmäßigem Aufenthalt nach § 120 Abs 1a FPG 2005 drohen EUR 500–2.500 Geldstrafe oder bis zu zwei Wochen Ersatzfreiheitsstrafe. Bei nochmaliger Bestrafung drohen EUR 2.500 – 7.500 Geldstrafe oder bis zu vier Wochen Ersatzfreiheitsstrafe.

45 BVerfG, 1 BvL 10/10, 18.7.2012, Rn 95.

Demgegenüber setzt Brandl die unions- und völkerrechtliche Strukturierung der Rechtsstellung von Schutzsuchenden und weist auf die Divergenzen der nationalen Bestimmungen mit den unions- und völkerrechtlichen Regelungen in den unterschiedlichen Verfahrensschritten hin. Aus der Judikatur des EGMR zu Art 5 EMRK ergibt sich beispielsweise, dass ein Freiheitsentzug wegen unrechtmäßiger Einreise keinen punitiven Charakter haben darf, was insbesondere die Beugehaft im Rückführungsverfahren rechtlich fraglich erscheinen lässt. Zudem machen, wie Brandl ausführt, die vom EGMR und EuGH entwickelten Kriterien der Rechtmäßigkeit der Haft die lange Dauer der Schubhaft rechtlich fragwürdig.

Martina Berger und Simone Tanzer (Kapitel 8) schließen an Brandls Kapitel an und untersuchen einen anderen wesentlichen Aspekt des Rückführungsverfahrens: die Einschränkung von Grundrechten durch eine wirksame Rückführungspolitik. Die Rückführungsrichtlinie (Rückführungs-RL), als das primäre Rechtsinstrument auf unionsrechtlicher Ebene im Rückführungsverfahren, ist geprägt von einer grundsätzlichen Spannung zwischen dem Ziel einer effektiven Rückführungspolitik – die immer Grundrechtseingriffe bewirkt[46] – und der Bindung an die Grundrechtecharta bei der Durchführung von Unionsrecht. Aus der Grundrechtsbindung bei der Durchführung der Rückführungs-RL ergeben sich unter anderem aufenthaltsrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtsfolgen, beispielsweise die Verpflichtung der Erteilung eines Aufenthaltstitels, wenn dauerhafte Abschiebehindernisse vorliegen oder der Flüchtlingsstatus wegen Straffälligkeit oder eines Ausschlussgrundes aberkannt wurde; die Verpflichtung die Frist einer freiwilligen Ausreise zu erstrecken, wenn grundrechtlich geschützte Interessen beeinträchtigt sind; und der Grundsatz Abschiebungen nur als *ultima ratio* anzuwenden. Der weite Raum, den die Rückführungs-RL den Mitgliedstaaten bei der Beendigung von irregulärem Aufenthalt

46 Eine vorstellbar effektivste Rückführpolitik würde am weitesten in die Grundrechte eingreifen. Ein rezentes Beispiel ist die Etablierung von „Transitzonen" im ungarischen Asylrecht, die im Wesentlichen Inhaftierungszentren darstellen, siehe u.a., ‚Aushungern in Ungarn' (*Wiener Zeitung*, 17.8.2018). Für das von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn, siehe, 'Commission takes Hungary to Court for criminalising activities in support of asylum seekers and opens new infringement for non-provision of food in transit zones' (25.7.2019), <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4260> zuletzt abgerufen, 15.11.2019. Zu einer ähnlichen Politik der „effektiven" Rückführung in den Vereinigten Staaten von Amerika, siehe, 'Migrant Families Would Face Indefinite Detention Under New Trump Rule' (*New York Times*, 21.8.2019).

grundsätzlich einräumt, wird durch die grundrechtskonforme Auslegung der Rückführungs-RL somit eingeschränkt.

Diese Herausarbeitung von Grundsätzen und Kriterien aus der Rückführungs-RL stellt sich als äußerst fruchtbar für eine kritische Betrachtung der rechtlichen Ausgestaltung der Rückführung im Fremdenrecht heraus. Berger und Tanzer zeigen, dass die Asylrechtspraxis in einigen Bereichen in Konflikt mit den unionsrechtlichen Vorgaben steht, wie etwa die Bestimmungen über die Ersatzfreiheitsstrafe bei unrechtmäßigem Aufenthalt oder die Asylrechtspraxis der Erteilung des Duldungsstatus bei Aberkennungen des Flüchtlingsstatus oder bei Vorliegen dauerhafter Abschiebehindernisse. Zugleich zeigen Berger und Tanzer, dass einem effektiven Grundrechtsschutz durch das Ziel der effektiven Rückführung Grenzen gesetzt sind. Die Betrachtung des Kontexts des österreichischen Fremdenrechts macht deutlich, dass, obwohl die praktische Wahrnehmung von Grundrechten eine Abschirmung bestimmter Bereiche (u.a. Schulen oder die Anzeige von strafrechtlichen Taten) von der Durchsetzung des Fremdenrechts erfordert, eine solche Abschirmung nicht rechtsverbindlich ist und somit die tatsächliche Wahrnehmung der Grundrechte von unrechtmäßig aufhältigen Personen erheblich eingeschränkt ist.

3. Normative Ausformungen des Kontexts

Menschenrechte stellen nicht nur Schranken für staatliches Handeln dar, sondern funktionieren auch als effektive Instrumente im Kampf um die rechtliche und damit auch gesellschaftliche Anerkennung partikulärer sozio-kultureller Identitäten und Lebensformen.[47] Obwohl konsensuale homosexuelle Handlungen noch immer in etwa einem Drittel der Vertragsstaaten der GFK kriminalisiert werden, sind sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität im Rechtsrahmen des GEAS als spezifischer Verfolgungsgrund im Zusammenhang mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe fest verankert.[48]

In ihrem Beitrag (Kapitel 2) analysiert Petra Sußner die vom EuGH als unionsrechtswidrig befundene dogmatische Figur der Diskretionsforde-

---

47 Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung* (Suhrkamp 1992). Dieser Kampf um rechtliche Anerkennung ist u.a. in der strategischen Prozessführung zu LGTBQ Rechten offensichtlich. Siehe, Marion Guerrero, *Lawyering for LGBT rights in Europe: the emancipatory potential of strategic litigation at the CJEU and the ECtHR* (nicht veröffentlichte PhD thesis, European University Institute 2018).

48 Art 10 Abs 1 lit. d Anerkennungs-RL.

rung – die Anforderung an Asylwerber'innen ihre sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität im Herkunftsland zu verbergen, um damit einer Verfolgung zu entgehen. Um die Logik der dogmatischen Figur der Diskretionsforderung zu verstehen und diese zu überwinden, unternimmt Sußner eine dichte Beschreibung der menschenrechtlichen und sozio-kulturellen Besonderheiten der Abkehr von der Diskretionsforderung. Eine solche Beschreibung ist notwendig, wie Sußner ausführt, um, einerseits, auf der Ebene der Anerkennungs-RL und der GFK sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität friktionsfrei in die rechtliche Anwendung des Flüchtlingsbegriffs zu integrieren und, andererseits, die anhaltende Wirkmächtigkeit von Diskretionsforderungen im nationalen Kontext zu verstehen.

Obwohl der EuGH Diskretionsforderungen als unionsrechtswidrig befand, wirken diese in unterschiedlicher Form in der österreichischen Asylrechtspraxis fort. Dieses Fortwirken von Diskretionsforderungen bedeutet, dass bestimmte Aspekte der sexuellen und geschlechtlichen Identität (i.e. diese in der Öffentlichkeit zu leben) asylrechtlich nicht anerkannt werden. Der Flüchtlingsstatus erfährt somit eine spezifische asylrechtliche Einschränkung. Zugleich gibt die andauernde Anwendung der Diskretionsforderung in der österreichischen Asylrechtspraxis auch Aufschluss über vorherrschende heteronormative Denkmuster in den institutionellen Strukturen und den ‚angemessenen' Ort, den diese Denkmuster ‚abweichender' sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität zuweisen – den privaten Ort der inneren vier Wände, in einem zugleich metaphorischen als auch wortwörtlichen Sinne.

Sußners Beitrag steht hierbei exemplarisch dafür, wie über den asylrechtlichen Status Identitäten rechtlich anerkannt oder verweigert werden, Rechte eingeräumt oder verweigert werden. Die spezifische Konstruktion des asylrechtlichen Status in der Judikatur gibt damit auch Aufschluss welchen Wert eine Rechtsordnung einer Gruppe von Personen zumisst, indem sie deren Leben schützt oder exponiert. Wie sozialanthropologische Forschung zeigt, ist der Status nicht lediglich ein formaler Status im Recht, sondern kann auch zu einer durch das Recht bedingte Lebensform werden.[49] Dies schwingt in den Beiträgen in diesem Buch im Hintergrund immer mit.

---

49 Didier Fassin, Matthew Willhelm-Solomon, Aurelia Segatti, 'Asylum as Form of Life' (2017) 2 Current Anthropology 160. Ebenso, Ruben Andersson, *Illegality Inc.* (California University Press 2014), 212–240.

2

Was spricht gegen ein wenig Diskretion?[1] Sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität im Flüchtlingsbegriff

Petra Sußner

Als Verfolgungsgründe sind sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität (SOGI)[2] im Asylrecht angekommen.[3] Die QualifikationsRL[4] nennt sie als Anwendungsbereich von Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR) hat ihnen mit den Richtli-

---

1 Diese Frage geht auf Jenni Millbank zurück. „What is wrong with a bit of discretion?", fragt sie und bringt damit Verunsicherung und Schwierigkeiten zum Ausdruck, die den Wegfall des Discretion Requirements begleiten. Jenni Millbank, 'The Right of Lesbians and Gay Men to Live Freely, Openly and on Equal Terms is Not Bad Law: A Reply to Hathaway and Pobjoy'(2012) New York University Journal of International Law and Politics 497, 501.
Bei Thomas Metesch und Ines Rössl möchte ich mich an dieser Stelle für die wertvollen Rückmeldungen zu früheren Versionen dieses Texts bedanken, bei Marie-Luise Hartwig für ihre Unterstützung bei der Fertigstellung.
Zur Schreibweise sei schließlich angemerkt, dass sich dieser Beitrag des Gender Apostroph bedient, um ein – seinem Inhalt entsprechendes – Verständnis von Geschlecht als sozio-kulturell (re)konstruierter Dimension zum Ausdruck zu bringen.

2 Spricht dieser Beitrag von SOGI, so bezieht er sich auf Geschlechter und Sexualitäten, die sich jenseits des heteronormativen Spektrums bewegen und auch unter dem Akronym LGBTIQ (lesbisch, schwul, bisexuell, trans- und intergeschlechtlich sowie queer) zusammengefasst werden.

3 Vgl jüngst Arzu Güler, Maryna Shevtsova, Denise Venturi (Hrsg), *LGBTI Asylum Seekers and Refugees from a Legal and Political Perspective* (Springer 2019).

4 Art 10 Abs 1 lit d der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 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 [2011] Abl L337/9.

nien (RL) Nr 9[5] eine eigene Auslegungshilfe zur Flüchtlingsdefinition der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)[6] gewidmet.[7] Damit ist zwar noch keine global verbindliche Rechtslage abgebildet,[8] wohl aber der maßgebliche Rechtsrahmen für die Praxis im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS).

Ein Problem, das die flüchtlingsrechtliche Literatur[9] seit geraumer Zeit beschäftigt und hier am Beispiel Österreich diskutiert wird, ist das so ge-

---

5 UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 9: Anträge auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund der sexuellen Orientierung und/oder der geschlechtlichen Identität im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, <www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=56caba174> (zuletzt abgerufen am 11.01.2019). Die RL des UNHCR sind nicht unmittelbar rechtsverbindlich, aber nach Art 35 der Genfer Flüchtlingskonvetion für die Vertragsstaaten beachtlich.

6 Genfer Flüchtlingskonvention, [1955] BGBl 55 sowie [1974] BGBl 78 (Zusatzprotokoll von 1967). Zur primärrechtlichen Verankerung der GFK siehe Art 78 Abs 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, ABl C 2007/306, 1) sowie Erwägungsgrund 3, 16 und 17 der QualifikationsRL, in denen die GFK als einschlägiger internationaler Rechtsrahmen aufscheint. Weiterführend siehe etwa *Rossi* in Callies et al (Hrsg), EUV, AEUV[5] (2016) Art 78 AEUV.

7 Vgl weiterführend Alice Edwards, ‚Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy 1950–2010' (2010) 29 Refugee Survey Quarterly, 21; Sabine Jansen, 'Introduction: fleeing homophobia, asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe', in Thomas Spijkerboer (Hrsg), *Fleeing* Homophobia*. Sexual orientation, gender identity and asylum* (2013); Matthias Lehnert, ‚Geschlecht und Menschenrechte von Flüchtlingen', in Ulrike Lembke (Hrsg), *Menschenrechte und Geschlecht* (2014); Nora Markard, ‚Fortschritte im Flüchtlingsrecht? Gender Guidelines und geschlechtsspezifische Verfolgung' (2007) 40 Kritische Justiz, 373.

8 Nach wie vor werden etwa konsensuale homosexuelle Handlungen in 44 der 148 Vertragsstaaten der Genfer Flüchtlingskonvention kriminalisiert, damit geht auch die Verfolgung nicht konformer Geschlechteridentitäten einher, vgl Aengus Carroll und Lucas Ramón Mendos, 'State-Sponsored Homophobia. A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition' (ILGA Mai 2017) <www.ilga.org/state-sponsored-homophobia-report> abgerufen am 31. August 2018. Die Anerkennung von SOGI als Verfolgungsgründe wird daher nicht als verbindliche spätere Vertragspraxis der Genfer Flüchtlingskonvention zu werten sein (siehe Art 31 Abs 2 lit b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge).

9 Vgl Venice Choi, 'Living Discreetly: A Catch 22 in Refugee Status Determinations on the Basis of Sexual Orientiation' (2010) Brooklyn Journal of International Law 241; Dauvergne et al, 'Before the High Court Applicants S396/2002 and S395/2002, a gay refugee couple from Bangladesh' (2003) Sydney Law Review 97; Ryan Goodman, 'Asylum and the Concealment of Sexual Orientation: Where not to draw the

nannte Discretion Requirement.[10] Als dogmatische Figur scheint es in der einschlägigen Tatbestandssystematik nicht auf und betrifft überwiegend den Bereich der sexuellen Orientierung. Eine Asylgewährung kommt dem Discretion Requirement zur Folge nur in Betracht, wenn Antragsteller'innen im Herkunftsstaat drohende Verfolgung nicht durch das Verbergen ihrer sexuellen Orientierung abwenden können. Diskretion wird also erwartet. Mittlerweile hat es der Europäische Gerichtshof (EuGH) in C-

---

Line', New York University Journal of International Law and Politics (2012) 407; Sabine Jansen, 'Introduction Fleeing homophobia, asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe', in Thomas Spijkerboer (Hrsg), *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, gender identity and asylum* (2013); Christopher N Kendall, 'Lesbian and Gay Refugees in Australia: Now that ‚Acting Discreetly' is no Longer an Option, will Equality be Forthcoming?' (2003) International Journal of Refugee Law 715; Nora Markard, ‚Queerness zwischen Diskretion und Cocktails. Anerkennungskämpfe und Kollektivitätsfallen im Migrationsrecht', in Gabriele Jähnert et al (Hrsg), *Kollektivität nach der Subjektkritik. Geschlechtertheoretische Positionierungen* (2013); Jenni Millbank, 'A Preoccupation with Perversion: The British Response to Refugee Claims on the Basis of Sexual Orientation 1989–2003' (2005) Social & Legal Studies 37–44; Jenni Millbank, 'From discretion to disbelief: recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom' (2009) The International Journal of Human Rights 391. Janna Wessels, 'Discretion in sexuality-based asylum cases. An adaptive phenomenon', in Thomas Spijkerboer (Hrsg), *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, gender identity and asylum* (2013); Janna Wessels, 'HJ (Iran) and HT (Cameroon) – Reflections on a new test for sexuality-based asylum claims in Britain' (2013) International Journal of Refugee Law 815; Thomas Spijkerboer, *European Sexual Nationalism: Refugee Law After the Gender & Sexuality Critiques.* (2015) 4–5.

10 In der Literatur wird der Begriff der Discretion zum Teil als euphemistischer Sprachgebraucht abgelehnt. Stattdessen wird zum Beispiel auf ‚Concealment' zurückgegriffen (vgl etwa Thomas Spijkerboer, ‚Sexual identity, normativity and asylum', in Thomas Spijkerboer (Hrsg), *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, gender identity and asylum (2013).*). Auch Lord Hope merkt in der Entscheidung des British Supreme Court, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department,* [2010] UKSC 31 an: „[…] I would prefer not to use the word ‚discretion', as this euphemistic expression does not tell the whole truth […]" (Rz 22). Umgekehrt verdeutlicht der Begriff der Discretion meines Erachtens den rechtspolitischen und -geschichtlichen Zusammenhang dieser Judikaturlinie: Ihr lag nicht die Absicht zu Grunde, den Flüchtlingsschutz im Bereich von SOGI einzuschränken. Vielmehr war der Zugang in ein (menschen)rechtliches Verständnis eingelassen, in dem Homosexualität ganz selbstverständlich als ‚Privatsache' verstanden wurde (vgl Jenni Millbank, 'From discretion to disbelief: recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom' (2009) The International Journal of Human Rights 391. Diesen historischen Zusammenhang möchte die vorgelegte Arbeit zum Ausdruck bringen, wenn sie mit dem Begriff Discretion Requirement arbeitet.

199/12 – C -201/12 für unionsrechtswidrig erklärt, diese Art Geheimhaltung oder Zurückhaltung von Asylbewerber'innen zu erwarten. Das hat der Anwendung des Discretion Requirements jedoch kein Ende gesetzt. Nach wie vor scheint es in der Praxis auf; in offener Form oder über andere dogmatische Figuren und Tatbestandselemente vermittelt, so ein Befund in der internationalen Literatur.[11] In Österreich hat der Verfassungsgerichtshof (VfGH) bereits im September 2014 hervorgehoben, dass Diskretionserwartungen gegen Unionsrecht verstoßen.[12] (Auch) in der österreichischen Judikatur wirkt es allerdings – wie in Abschnitt II zu zeigen sein wird – fort.

Zwei Fragen drängen sich hier auf: Wie kann es sein, dass Rechtsgrundlage und Rechtspraxis so auseinanderklaffen? Und wie lässt sich zu einer rechtskonformen Praxis gelangen? Diese Fragen führen an die Schnittstelle von Flüchtlingsbegriff (als rechtlichem Status) und LGBTIQ-Spektrum[13] (als sozio-kulturellem Status): Das Discretion Requirement verknüpft sozio-kulturellen Status mit einer Beschränkung des Zugangs zu rechtlichem Status; die Selbstbestimmung von SOGI erfährt hier eine spezifische asylrechtliche Einschränkung. Diesem Problem ist formal-rechtlich ein Riegel vorgeschoben, aber damit scheint es nicht getan.[14] Um die Logik des Discretion Requirements zu überwinden, gilt es ein Verständnis für dessen strukturellen Bedingungen zu entwickeln. Ich baue dazu auf drei Grundannahmen auf: (1) Neue Anwendungsbereiche des Flüchtlingsbegriffs – wie SOGI – lassen sich nicht immer reibungsfrei zu den Bestehenden addieren. (2) Um ‚neue' Bereichen schlüssig in die Anwendung des Flüchtlingsbegriffs zu integrieren, gilt es die (menschen-) rechtlichen und soziokulturellen Besonderheiten zu kennen, mit denen sie sich in die Tatbestandsanwendung einfügen. Im Bereich von SOGI verstehe ich die Heteronormativität[15] als Strukturmodell, über das sich diese Besonderheiten erschließen lassen. Gemeint ist ein binäres Geschlechterdenken, das Geschlechter heterosexuell und hierarchisiert anordnet und jenseits der Gren-

---

11 Vgl mwN Thomas Spijkerboer, 'Sexual identity, normativity and asylum', in Thomas Spijkerboer (Hrsg), *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, gender identity and asylum* (Routledge 2013).

12 VfGH, 18.9.2014, E910/2014

13 Siehe FN 2.

14 Vgl in diesem Sinn, Spijkerboer (Fn 10).

15 Siehe Peter Wagenknecht, ‚Was ist Heteronormativitat? Zu Geschichte und Gehalt des Begriffs', in J Hartmann, C Klesse, P Wagenknecht, B Fritzsche, K Hackmann (Hrsg), *Heteronormativität. Empirische Studien zu Geschlecht, Sexualität und Macht* (2007) 17.

zen von Herkunfts- und Aufenthaltsstaat wirksam werden kann.[16] (3) Auf Basis der spezifischen Logiken, mit dem sich neue Bereiche in den Flüchtlingstatbestand fügen, gilt es diese schließlich Bereiche diskriminierungsfrei in die Tatbestandsanwendung zu integrieren. Dabei sind Befürchtungen, der Schutz könne ‚ausufern', nicht über zu bewerten. Dem Flüchtlingstatbestand kann Vertrauen geschenkt werden, denn er ist entwicklungsoffen angelegt und in der Regel brauchen neue Anwendungsbereiche keine neuen Anwendungsvoraussetzungen, um sich in die Systematik des Flüchtlingsbegriffs einzufügen.

Aufbauend auf diese Annahmen steht das Discretion Requirement in diesem Beitrag für eine menschenrechtlich und sozio-kulturelle verankerte Sonderpraxis, die einer diskriminierungsfreien Anwendung des Flüchtlingstatbestands entgegensteht. Um es zu überwinden, braucht es eine Auseinandersetzung mit seiner heteronormativen Logik und ein entsprechendes Umdenken in der Anwendung des Flüchtlingsbegriffs. Dazu erarbeitet Abschnitt (I) anhand von drei Schlüsseljudikaten und einschlägiger Literatur die Geschichte des Discretion Requirements und dessen Zusammenspiel mit Heteronormativität. Abschnitt (II) widmet sich am Beispiel Österreich dem Fortwirken des Discretion Requirements in der Rechtspraxis. Analysiert werden Entscheidungen der Höchstgerichte Verfassungsgerichtshof (VfGH) und Verwaltungsgerichtshof (VwGH), sowie des zweitinstanzlichen Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) aus den Jahren 2014–2019. Übergreifendes Ziel der Abschnitte sind Perspektiven und Vorschläge für eine Asylrechtspraxis, die ohne die Erwartung einer Geheimhaltung oder Zurückhaltung von SOGI auskommt.

Hinzuweisen ist abschließend darauf, dass sich EuGH und österreichische Höchstgerichte bis dato ausschließlich mit Diskretionserwartungen und sexueller Orientierung auseinandergesetzt haben. Judikatur zur geschlechtlichen Identität liegt nicht vor. Der Beitrag geht jedoch davon aus, dass die Unzulässigkeit des Discretion Requirements für deren Bereich gleichermaßen gilt. Dies aus zwei Gründen: Der EuGH hat das Discretion Requirement für unzulässig erklärt, da es ihm an einer Rechtsgrundlage fehlt. Eine Rechtsgrundlage, die es im Bereich der geschlechtlichen Identität zulässig machen würde, wurde bisher nicht aufgezeigt und ist auch nicht ersichtlich. Auch systematisch ist nicht von Unterschieden zwischen sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität auszugehen. Beide

16 Dazu Petra Sußner, ‚Mit Recht gegen die Verhältnisse: Asylrechtlicher Schutz gegen Heteronormativität ' (erscheint im Frühjahr 2020), Zeitschrift für Menschenrechte.

Bereiche gelten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) als geschützte höchstpersönliche Lebensbereiche.[17] Der EuGH hat SOGI zuletzt[18] in einem gemeinsamen menschenrechtlichen Referenzrahmen angesprochen. Auch Art 10 Abs 1 lit d QualifikationsRL[19] nennt SOGI als gleichwertige Anwendungsbereiche der Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe. Das Discretion Requirement in einem aber nicht dem anderen Bereich für unzulässig zu erklären, erscheint nicht nur systemwidrig. Eine solche Ungleichbehandlung dürfte auch in Konflikt mit dem Gebot einer diskriminierungsfreien Anwendung der GFK[20] geraten.

I. Abkehr vom Discretion Requirement: Rechtssprechung

Flüchtling ist gemäß Art 1 A Z 2 GFK jede Person, die sich

> […] aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung […] 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; oder die sich als Staatenlose infolge solcher Ereignisse außerhalb des Landes befindet, in welchem sie ihrem gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und nicht dorthin zurück-

---

17 Vgl Frédéric Edel, 'Case Law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity' (Europarat 2015) www.book.coe.int/usd/en/human-rights-and-democracy/6472-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-relating-to-discrimination-on-grounds-of-sexual-orientation-or-gender-identity.html abgerufen am 1 September 2018; Dana-Sophia Valentiner, ‚Sexualität in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – ein Menschenrecht auf sexuelle Autonomie?', in Katrin Kappler et al (Hrsg), *Gender im Völkerrecht. Konfliktlagen und Errungenschaften* (2019).

18 C-473/16 *F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* [EuGH 25 Januar 2018].

19 Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 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 [2011] ABl L337/9.

20 Vgl die Präambel des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, auch Genfer Flüchtlingskonvention, [1955] BGBl 55 sowie [1974] BGBl 78 (Zusatzprotokoll von 1967).