

01  
2016

**14. Jahrgang**

**Herausgeber**

Mayer/Jabloner/Wiederin/Grabenwarter/Kolonovits

**Schriftleiter**

Muzak

# migraLex

Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht

Kostenloser Newsletter –  
Anmeldung unter  
[www.migralex.at](http://www.migralex.at)

GFK – Reformbedarf angesichts  
der Flüchtlingskrise  
(Hilpold)

Asylrechtliches Familienverfahren:  
Verwaltungsgerichtliche Bindung  
an das BFA?  
(Chmielewski)

Fremdenrechtsänderungsgesetz  
Teil 2  
(Szymanski)

EuGH: Integrationsprüfung für  
Familienangehörige  
(Besprechung: Atzwanger)

## BEITRÄGE

<b>Die Genfer Flüchtlingskonvention 1951 – Reformbedarf angesichts der Flüchtlingskrise? (Peter Hilpold)</b> .....	Seiten	2-7
<b>Bindung der Verwaltungsgerichtsbarkeit an einen Mitwirkungsakt des BFA (Krzysztof Chmielewski)</b> .....	Seiten	8-17

## AKTUELLES

<b>Und das Hamsterrad dreht sich ... Zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015 (2. Teil) (Wolf Szymanski)</b> .....	Seiten	18-20
---	--------	-------

## RECHTSPRECHUNG

<b>Richtlinie 2003/86/EG – Nationale Rechtsvorschriften über eine Integrationsprüfung für Familienangehörige vor der Einreise EuGH 09.07.2015, Rs C-153/14, Minister van Buitenlandse Zaken/K, A</b> .....	Seiten	21-24
<b>(Besprechung: Georg Atzwanger)</b> .....	Seiten	24-27

# Die Genfer Flüchtlingskonvention 1951 – Reformbedarf angesichts der Flüchtlingskrise?<sup>1)</sup>

*Europa ist gegenwärtig mit einem in der Nachkriegszeit noch nie dagewesenen Zustrom von Flüchtlingen konfrontiert. Es ist deutlich geworden, dass die vorhandenen internationalen Instrumente nicht ausreichen, um diese Herausforderung in den Griff zu bekommen. Die Genfer Flüchtlingskonvention 1951 ist nämlich zu einer Zeit konzipiert worden, als das Flüchtlingsproblem eine völlig andere Gestalt hatte. Durch den Kalten Krieg sind die Migrationsbewegungen zwischen Ost und West zum Erliegen gekommen. Nun hat sich die Situation aber wieder grundlegend geändert und der Ruf wird lauter, die Flüchtlingskonvention abzuändern. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre dies aber nicht sinnvoll. Die Genfer Flüchtlingskonvention hat in ihrer Anwendung eine erstaunliche Dynamik gezeigt und konnte damit flexibel auf neue Herausforderungen reagieren. Auf der anderen Seite ist es aber auch zutreffend, dass Europa durch den gegenwärtigen Flüchtlingsstrom überfordert ist und darauf nicht in geeigneter Weise reagieren kann. Eine Lösung dieses Problems sollte jedoch in erster Linie außerhalb Europas gesucht werden, dort, wo seine Wurzel liegt. Zu diesem Zweck hat die EU eine geeignete außenpolitische Strategie sowie ein entsprechendes Instrumentarium zu entwickeln, auf dessen Grundlage Solidarität eingefordert werden kann. Es wird oft beklagt, dass es in der EU an Solidarität fehle, doch im vorliegenden Fall muss die Forderung nach universeller Solidarität erhoben werden.*

**Peter Hilpold**

## 1. Einführung

Europa ist gegenwärtig mit einer beispiellosen Flüchtlingskrise konfrontiert. Der Ansturm von Asylwerbern, aber auch von reinen Wirtschaftsflüchtlings hat ein noch nie dagewesenes Ausmaß erreicht. Viele Staaten scheinen angesichts dieser Herausforderung hilflos. Hin- und hergerissen zwischen dem Erfordernis, angesichts offensichtlicher Not Solidarität zu zeigen, und immer stärkeren Protesten vonseiten der Bevölkerung, die in Anbetracht dieses Massenzustroms existenzielle Ängste in Bezug auf die Langfristfolgen dieses Phänomens entwickelt, ändern die Regierungen laufend ihre Haltung. Sie schwanken zwischen Willkommenseuphorie und „Das-Boot-ist-voll“-Mentalität, zwischen Preis der Vielfalt und Sorge um die Integrationsfähigkeit derart großer Gruppen aus so unterschiedlichen kulturellen Realitäten, zwischen „Wir-schaffen-das“-Bekundungen und Rückgriff auf Stachelndraht.

In dieser Situation wird gerne Ausschau gehalten nach einer Orientierungshilfe im Völkerrecht. Damit stößt man zwangsnotwendig auf die Genfer Flüchtlingskonvention 1951, dem einzigen quasi-universellen Instrument in diesem Bereich (die GFK weist gegenwärtig 147 Ratifikationen auf). Schon allein das Alter dieses Instruments kann aber auf den ersten Blick skeptisch stimmen:

Seit der Festlegung dieser Konvention ist mehr als ein halbes Jahrhundert vergangen, und wir wissen, dass sich zwischenzeitlich nicht nur das Flüchtlingsphänomen grundlegend geändert hat, sondern auch das System der internationalen Beziehungen, die Bedeutung der Menschenrechte und die Position des Einzelnen im internationalen Recht. Das Verhältnis von Staat und Flüchtling bewegt sich in diesem völlig veränderten Gefüge. Damit stellt sich aber auch die Frage, ob die GFK noch zeitgemäß ist bzw ob nach einem anderen Instrument gesucht werden sollte.

## 2. Die Umstände der Entstehung der GFK und ihr Anwendungsbereich

Massenfluchtbewegungen infolge von Kriegen und internen Konflikten lassen sich bis in biblische Zeiten zurückverfolgen. Und dennoch haben die Fluchtbewegungen des 20. Jahrhunderts eine ganz neue Natur angenommen und eine bis dahin in dieser Form unbe-

1) Dieser Beitrag wird auch erscheinen in: Gornig (Hrsg), Migration, Asyl, Flüchtlinge und Fremdenrecht. Deutschland und seine Nachbarn in Europa vor neuen Herausforderungen, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 31, Duncker & Humblot, Berlin (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Dietrich Murswiek).

kannte Problematik geschaffen.<sup>2)</sup> Sie sind damit ein typisches Phänomen des 20. Jahrhunderts. So waren Fluchtbewegungen zuvor mit keinem derartigen Integrationsproblem verbunden gewesen. Die Flüchtlinge, welchen die Flucht vor den Verfolgern gelungen ist, konnten bis ins 19. Jahrhundert weitgehend mit offenen Grenzen rechnen. Erst die Einführung von Grenzkontrollen und Passpflichten hat den Flüchtling zu einem Fremdkörper im modernen Staatsverband gemacht, der ausschließliche und dafür besonders intensive Beziehungen zum Bürger verlangte. Die Offenheit der Grenzen, die im 19. Jahrhundert bestand, wurde im ganzen 20. Jahrhundert nicht mehr erreicht. Weiters schaffen moderne Fluchtbewegungen ganz neue kulturelle Integrationsherausforderungen.<sup>3)</sup> Aber auch die Natur der bewaffneten Konflikte hat sich verändert. So waren Kriege seit dem Beginn der Völkerwanderung im 4. Jahrhundert n. Chr. kein derartiger Motor für Fluchtbewegungen mehr wie im letzten Jahrhundert.<sup>4)</sup> Der Erste Weltkrieg deutete bereits einen grundlegenden Wandel an: Zwar wurde dieser Krieg primär noch als Kampf zwischen Streitkräften im Felde und auf See geführt, doch die weitreichenden Grenzverschiebungen im Gefolge der Zerstörung der Vielvölkerstaaten, insbesondere aber der erste von übersteigertem Nationalismus getriebene Völkermord der Geschichte, jener des Osmanischen Reichs an den Armeniern<sup>5)</sup>, führte zu Massenfluchtbewegungen und im Gefolge, nach dem Ersten Weltkrieg, zu Bemühungen im Rahmen des Völkerbundsystems, internationale Regelungen zu schaffen, die die Not der Flüchtlinge lindern sollten.

So behalf man sich im System des Völkerbundes seit 1922 mit den sog Nansen-Pässen für russische, später auch armenische, assyrische und türkische Flüchtlinge, welchen zumindest provisorischer Schutz, gerade auch vor Abschiebung in den Verfolgerstaat, gewährt wurde. Im Jahr 1933 gelang schließlich die Ausarbeitung und Verabschiedung einer internationalen Konvention unter den Auspizien des Völkerbundes – der ersten Flüchtlingskonvention überhaupt. Die Meinungen in der Literatur über die Bedeutung und den Nutzen dieser Konvention gehen auseinander.<sup>6)</sup> So wird die geringe Zahl an Ratifikationen kritisiert (bis 1939 waren es acht, mit zahlreichen Vorbehalten), andererseits begründete dieses Abkommen – in seinem begrenzten Anwendungsbereich – ein umfassendes Schutzstatut des Flüchtlings und erstmals – in Art 3 – ein völkervertraglich fundiertes Abschiebeverbot (non-refoulement).<sup>7)</sup> Dieses Abkommen bildete somit die primäre Basis für die Ausarbeitung der Genfer Flüchtlingskonvention nach dem Zweiten Weltkrieg.

Ein gravierendes Problem bestand darin, dass der Begriff des „Flüchtlings“ in der Völkerbundzeit nicht generell definiert worden ist, sondern es wurden stets Ad-hoc-Regelungen für einzelne Gruppen geschaffen. Dies setzte stets mühsame Verhandlungen voraus, deren Erfolg nicht garantiert war. Besonders Juden bekamen die fehlende Bereitschaft der Staatengemeinschaft zu intensiverer Hilfe zu spüren.

Die 18 Jahre von der Flüchtlingskonvention 1933 zur GFK 1951 sollten zu einer Abfolge historischer zivilisationsgeschichtlicher Katastrophen werden, denen der Völkerbund wenig entgegenzusetzen hatte. Das Jahr der Verabschiedung der Flüchtlingskonvention 1933 markierte auch den Zeitpunkt der Machtergreifung der Nationalsozialisten, deren politisch repressives und dezidiert antisemitisches Regime ein neues Flüchtlingsproblem heraufbeschwor. Zwischen 1933 und 1939 flohen 400.000 Personen aus Nazideutschland, 80% davon Juden.<sup>8)</sup> Zugunsten dieser Flüchtlinge wurden 1936 provisorische Maßnahmen getroffen und 1938 sogar eine Konvention unterzeichnet (durch Belgien, Frankreich, die Niederlande, Norwegen, Spanien und Großbritannien), doch ratifiziert wurde dieses Abkommen nur von zwei Staaten (Belgien und Frankreich).<sup>9)</sup>

Die Einreisebestimmungen für jüdische Emigranten wurden ab 1933 kontinuierlich verschärft. Schließlich gab Großbritannien im Jahr 1939 auch dem arabischen Druck in Palästina nach und unterband weitgehend die jüdische Zuwanderung.<sup>10)</sup> Auf der internationalen Konferenz in Evian vom 9–15. Juli 1938 hatte der US-amerikanische Präsident Roosevelt noch versucht, die teilnehmenden 29 Staaten zu einer größeren Aufnahmebereitschaft zu bewegen, doch blieb dieser Versuch ohne greifbare Ergebnisse.<sup>11)</sup> Dies bewog Hitler zu Zynismus und Häme, als er die Frage stellte, wenn die Juden doch ein so wundervolles Volk seien, warum nähmen sie die Westmächte dann nicht auf?<sup>12)</sup> Und tatsächlich war

2) Wie Michael Stürmer schreibt, bewegten die „großen“ Völkerwanderungen, die zum Zusammenbruch des Römischen Reichs führten, „wahrscheinlich nur wenige hunderttausend Menschen, und dies über mehrere Generationen hinweg.“ Vgl. Stürmer, Völkerwanderung und politische Stabilität in Geschichte und Gegenwart in Angenendt (Hrsg), Migration und Flucht. Aufgaben und Strategien für Deutschland, Europa und die internationale Gemeinschaft (1977) 27 (27), zitiert nach Wöhlcke, Transnationale Migration – Multilateraler Harmonisierungs- und Regelungsbedarf, SWP-Studie (Februar 2001) 7.

3) Siehe dazu Wöhlcke, Konsequenzen des globalen Bevölkerungswachstums für die internationale Politik, Aus Politik und Zeitgeschehen 10/1999, 21 (24): „Große Migrationsströme produzieren große Minderheiten, und diese assimilieren sich in der Regel schlecht, wenn sie aus einem extrem andersartigen soziokulturellen Umfeld stammen.“

4) Die genauen Ursachen der Völkerwanderung des Altertums sind nach wie vor umstritten. Auch klimatische Änderungen dürften dabei eine erhebliche Rolle gespielt haben.

5) Vgl. dazu die Beiträge in Europa Ethnica 3–4/2013 sowie Hilpold, Schutzverantwortung und Humanitäre Intervention in historischer Perspektive in Hilpold (Hrsg), Die Schutzverantwortung (R2P) (2013) 59 (107 ff).

6) Siehe dazu im Detail Skran, Historical Development of International Refugee Law in Zimmermann (Hrsg), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugee and its 1967 Protokoll (2011) 3 (24 ff).

7) Skran in Zimmermann, 24 ff.

8) Skran in Zimmermann, 26.

9) Skran in Zimmermann, 34.

10) Dies geschah im sog „Weißbuch“ vom 17. Mai 1939 (auch „MacDonald“-Weißbuch genannt). Vgl. Schreiber/Wolfsson, Nahost – Geschichte und Struktur des Konflikts (1996) 109.

11) Vgl. Staas, Letzte Zuflucht, Zeit Geschichte (14. 11. 2008), <http://www.zeit.de/zeit-geschichte/2008/04/auswanderung-palaestina>.

12) Staas, Letzte Zuflucht, Zeit Geschichte (14. 11. 2008), <http://www.zeit.de/zeit-geschichte/2008/04/auswanderung-palaestina>, 5.

das Verhalten vieler europäischer Staaten beschämend, wenn sie die Pass- und Visa-Bestimmungen fortlaufend verschärfen und Deutschland schließlich, angeblich auf eine schwedisch-schweizerische Initiative hin, den J-Stempel für jüdische Pässe einführt, um diesen Staaten noch wirksamer schon an den Grenzen die Abweisung der Juden zu ermöglichen.<sup>13)</sup>

Die gesamte Dimension der Judenverfolgung wurde erst nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges deutlich, und damit wurde die dringende Notwendigkeit klar, rechtliche Instrumente zu konzipieren, die solche Verbrechen allein schon durch Gewährung geeigneter Fluchtmöglichkeiten verhindern sollten. Das Rückschiebungsverbot an der Grenze (und im Aufnahmeland) musste ausgeweitet und verstärkt werden!

Die unmittelbare Nachkriegszeit war aber wiederum von einer völlig neuen, einzigartigen Flüchtlingssituation gekennzeichnet, und es kann kein Zweifel daran bestehen, dass diese Situation ebenso wie die Erfahrungen der Kriegs- und Zwischenkriegszeit die politische Grundhaltung prägte, die schließlich die GFK hervorbrachte.

Ca 12 Millionen Volksdeutsche wurden aus dem kommunistischen Herrschaftsbereich in Mittel- und Osteuropa vertrieben, über eine halbe Million Flüchtlinge dabei getötet.<sup>14)</sup> Hunderttausende Überlebende des nationalsozialistischen Holocaust irrten heimatlos in Europa auf der Suche nach einer menschenwürdigen Bleibe herum. Viele suchten wiederum Zuflucht in Palästina, aber erneut regte sich dagegen arabischer Widerstand. In dieser Situation bedurfte es neben Ad-hoc-Maßnahmen, die durch das 1950 geschaffene UN-Flüchtlingskommissariat ermöglicht wurden, einer vertraglichen Regelung, die individuelle Hilfe gebieten, aber auch einen Rückfall in die Barbarei der Vorjahre verhindern sollte. In der unmittelbaren Nachkriegszeit war nämlich auch klar geworden, dass die ungeheuren Verbrechen des Faschismus zumindest nicht diese Dimension erreicht hätten, wenn Drittstaaten in großzügiger Form Asyl gewährt hätten.

Lange Zeit war aber strittig, ob Staaten überhaupt Asyl gewähren dürfen, ohne dabei in die Souveränität anderer Staaten einzugreifen. Dies war insbesondere so lange ein Problem, wie die Einzelperson als Eigentum ihres Heimatstaats angesehen worden ist, über welches dieser nach Gutdünken verfügen und jeden Zugriff durch andere Staaten darauf ausschließen durfte. Schon die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte aus 1948 hat aber jeden Zweifel ausgeräumt, dass eine solche Sichtweise in der UN-Ära nicht mehr haltbar war. Gemäß Art 14 Abs 1 dieser Erklärung steht es jedem frei, um Asyl anzusuchen:

„Jeder hat das Recht, in anderen Ländern vor Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen.“

Die Wiener Menschenrechtserklärung samt Aktionsprogramm enthält in Abs 23 eine ähnliche Bestimmung.

Damit wurde zwar noch kein Recht auf Asyl geschaffen (bzw. – angesichts der nichtverbindlichen Natur der Allgemeinen Menschenrechtserklärung – auch kein solches Recht bloß postuliert), doch stehen seitdem

die Zulässigkeit für den Einzelnen, ein solches Begehren zu äußern, und das souveräne Recht eines jeden Staates, Asyl zu gewähren, außer Streit. Ein Staat, der Asyl gewährt, greift damit nicht in souveräne Rechte eines anderen Staates ein und es liegt nicht einmal ein unfreundlicher Akt vor.

Dies ist jedoch nicht gleichbedeutend mit einem Recht auf Asyl. Dies wurde anlässlich der Ausarbeitung der GFK auch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, als festgehalten wurde, dass die Konvention zwar ein Recht der Staat enthalte, Asyl zu gewähren, nicht aber ein Recht des Einzelnen, Asyl zu erhalten.<sup>15)</sup>

Die GFK enthält in Artikel 33 ein Rückschiebungsverbot in den Verfolgerstaat, jedoch kein Recht auf Asyl.

Die Staatenpraxis hat sich nachfolgend, wie zu zeigen sein wird, als sehr großzügig erwiesen, und damit ist diese grundlegende Einschränkung weitgehend in den Hintergrund getreten, doch kann kein Zweifel bestehen, dass der Staatenkonsens in dieser Frage ursprünglich ein sehr begrenzter war.

Das Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat, das sog. „non-refoulement“-Verbot, bedeutet allein temporären Schutz vor dem Wüten despotischer, mörderischer Kräfte im Ausland, aber es ist nicht mit dauerhaften Bleiberechten verbunden. Nicht die Aufnahme im schutzgewährenden Staat und schon gar nicht die Schaffung dauerhafter Bande stehen hier in Vordergrund, sondern der Blick ist ganz auf die Situation im Verfolgerstaat gerichtet: Der Flüchtling muss vor dem sich dort zutragenden Unrecht abgeschirmt werden – wo, ist sekundär. So kann der Staat, der um Schutz ersucht worden ist, den Flüchtling auch an einen anderen Staat ausweisen, vorausgesetzt, es handelt sich um einen sog. „sicheren Drittstaat“.

Die GFK war somit ein typisches Produkt der unmittelbaren Nachkriegszeit, und die ursprüngliche Fassung dieser Konvention aus 1951 bringt diese Grundphilosophie auch sehr deutlich zum Ausdruck. So sollte diese nur auf Fluchtsituationen zur Anwendung kommen, die vor ihrem Inkrafttreten entstanden sind, und zudem war ihr geographischer Anwendungsbereich auf Europa beschränkt. Es sollte sich somit um eine Regelung handeln, die in

13) So *Einarsen*, *Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol* in Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention* (1951) 45.

14) Für eine rezente, detaillierte Darstellung dieser Vorkommnisse siehe *Levene*, *The Crisis of Genocide*, Bd. II (2013) 310. Zum Thema der Vertreibung der Deutschen aus Mittel- und Osteuropa hat Prof. Gilbert Gornig zahlreiche Beiträge verfasst, siehe nur: *Rechtliche Würdigung von Vertreibung und Enteignung – dargestellt am Schicksal der Donauschwaben Jugoslawiens*, AWR-Bulletin 1991, Heft 2, 72–88; *Völkerrechtswidrigkeit von Vertreibung und entschädigungsloser Enteignung unter besonderer Berücksichtigung der Sudetendeutschen. Aspekte der Wiedergutmachung*, *Literaturspiegel* 1996, 1–25; *Aspekte der Wiedergutmachung der Vertreibung in Schnürch/Thomas (Hrsg.), Von Prag nach Sarajewo. Vertreibung und Wiedergutmachung* (1996) 57–72 und *Das Recht auf die Heimat. Auch ein Beitrag zu Vertreibung und Enteignung im Völkerrecht*, in: IFLA Informationsdienst für Lastenausgleich, BVFG und anderes Kriegsfolgenrecht, *Vermögensrückgabe und Entschädigung nach dem Einigungsvertrag 1997*, Nr. 11, 121–128.

15) *Worster*, *The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum*, in: 26 *IJRL* 2014, 477 (479).

ihrer Wirkung temporär und geographisch beschränkt sein sollte. Keinesfalls sollte damit ein neuer Grundbaustein für ein international geltendes Flüchtlingsrecht geschaffen werden, das von Verfolgung determinierte Migrationsbewegungen steuern sollte. Es ist deutlich zu erkennen, dass diese Konvention vom Ost-West-Konflikt und von der damit geschaffenen Situation geprägt ist. Nachdem die Vertriebenenproblematik einigermaßen in den Griff gebracht worden war, waren die westeuropäischen Staaten nun mit einem besonderen Typus an Flüchtling konfrontiert: Es waren dies Individuen, die vor den kommunistischen Diktaturen in Mittel- und Osteuropa flohen, wobei die politische und die religiöse Gesinnung im Vordergrund standen, aber auch andere Faktoren hereinspielten, wie etwa die „Rasse“, die „Nationalität“ oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe.

Die osteuropäischen Staaten hatten ihre Grenzen hermetisch abgeriegelt. Nach außen hin, um eine Intervention der expansionistischen kapitalistischen Staaten abzuwehren, tatsächlich aber war die Intention, Auswanderung oder Flucht aus den kommunistischen Herrschaftsgebieten zu verhindern, mindestens ebenso entscheidend für die Schaffung des „Eisernen Vorhangs“. Massenfluchtbewegungen waren auf dieser Grundlage also nicht zu erwarten, wohl aber ein kontinuierlicher Fluss von Flüchtlingen, die entschieden gegen das kommunistische Gesellschafts- und Wirtschaftsmodell optierten und damit die politisch-ideologische Position des Westens durchaus stärkten.<sup>16)</sup> Diese Flüchtlinge – häufig Intellektuelle und Personen mit hoher beruflicher Qualifikation und Motivation – wurden im Westen mit offenen Armen aufgenommen.

Die Definition des Flüchtlings in Art 1 der GFK ist damit Produkt all dieser Einflüsse und Strömungen. Sie enthält einmal einen Verweis auf die Flüchtlinge, die bereits nach Maßgabe der Schutzinstrumente der Zwischenkriegszeit Schutz erfahren hatten, und dann, in Absatz 2, eine allgemeine, sehr breit gehaltene Schutzbestimmung, die die Flüchtlingsproblematik erfasst, welche als Folge der Kriegsereignisse bzw auch der unmittelbaren Nachkriegszeit entstanden ist:

„Definition des Ausdrucks ‚Flüchtling‘

A. Als Flüchtling im Sinne dieses Abkommens ist anzusehen, wer ...

2. sich aus wohlbegründeter Furcht, aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung verfolgt zu werden, außerhalb seines Heimatlandes befindet und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen;...“

Es handelt sich damit um eine Definition, die auf den ersten Blick grundsätzlich von einer individuellen Notlage ausgeht, aber in der Praxis auch extensiv angewandt werden kann, sodass kollektive Verfolgungstatbestände und schließlich auch Bedrohungssituationen durch Krieg und ähnliche Gewaltereignisse darunterfallen, soweit damit

ein spezifischer Verfolgungstatbestand verbunden ist.<sup>17)</sup> Die Verfolgung der jüdischen Bevölkerung während der Naziherrschaft würde vollumfänglich darunterfallen. Sie trägt aber auch der Flüchtlingsproblematik Rechnung, die im Gefolge des Ost-West-Konflikts (bzw der massiven Repressionen in Osteuropa) entstanden ist.

Ursprünglich war der Anwendungsbereich der Konvention zeitlich auf Ereignisse befristet, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind. Zudem konnten die Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Unterzeichnung, Ratifikation oder des Beitritts den Anwendungsbereich auch geographisch auf Situationen einschränken, die in Europa eingetreten sind.

Mit dem Protokoll vom 31. Januar 1967 sind diese Einschränkungen aufgehoben worden: Nunmehr gilt der Schutz weltweit, und zwar unabhängig davon, wann die Flüchtlingssituation entstanden ist.

### 3. Kritik an der Genfer Flüchtlingskonvention

An der GFK wird vielfältige Kritik geübt, auch da diese offenkundig nicht in der Lage ist, das moderne Flüchtlingsproblem in Europa in den Griff zu bekommen. Nachfolgend werden die wesentlichen Kritikpunkte angeführt und kurz erläutert. Danach soll geprüft werden, ob diese Kritikpunkte tatsächlich zu einer Fundamentalkritik Anlass geben sollten.

Im Einzelnen werden ua folgende Kritikpunkte vorgebracht:<sup>18)</sup>

- Die GFK ist überholt, ebenso wie die Definition des Flüchtlings.

Zutreffend ist, dass die Situation im Jahr 1951 von einer ganz anderen geopolitischen Konstellation

16) Siehe dazu Parliament of Australia, Adrienne Millbank, The Problem with the 1951 Refugee Convention, Research Paper 5/2000-01, [http://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp0001/01RP05](http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp0001/01RP05).

17) Vgl dazu ausführlich Chetail, Armed Conflict and Forced Migration in Clapham/Gaeta (Hrsg), The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict (2014) 700 (722): „... even if the fear is individual by nature, such a fear might find its origin in a collective phenomenon affecting a whole group of persons indistinctly. Indeed a distinction must be drawn between the individual nature of the fear and the collective character of the persecution: the former does not exclude the latter. ... The five grounds of persecution are primarily identified by reference to membership to a group of persons ... They further coincide with the typical causes of most contemporary armed conflicts.“

Dies hat im Übrigen auch der US Court of Appeals bestätigt, als er in Bezug auf die Bombardierung serbischer Siedlungen in Bosnien durch kroatische Flugzeuge festhielt, dass man unterscheiden müsse „between persons displaced by the inevitable ravages of war (e.g. the bombing of London by the German Luftwaffe during World War II), and those fleeing from hostile forces motivated by a desire to kill each and every member of that group (e.g. the destruction of the Jewish neighborhoods on the Eastern Front of Europe ... in World War II). In the first example, although the German forces intended to conquer and occupy London, they did not intend to kill every Londoner. In the latter example, the Nazi detachments did intend to kill every Jew, which made the persecution individual to each Jewish resident on an area invaded by the Nazis. The latter is persecution 'on account of' a protected status, while the former is not.“ Knezevic (USCA, 9th Cir. 2004), 1211-12, zitiert nach Hathaway/Foster (Hrsg), The Law of Refugee Status (2014) 178.

18) Siehe dazu Parliament of Australia, Adrienne Millbank, The Problem with the 1951 Refugee Convention, Research Paper 5/2000-01, [http://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp0001/01RP05](http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp0001/01RP05)

geprägt war und dass der Ost-West-Konflikt – zumindest in Europa – eine völlig unterschiedliche Kategorie von Flüchtlingen hervorgebracht hat. Der osteuropäische Dissident, der in Westeuropa Schutz sucht, der Mauerflüchtling, der unter Einsatz seines Lebens einem menschenverachtenden Regime zu entkommen versucht, gehört – glücklicherweise – der Vergangenheit an. Andererseits hat die Praxis bei der Anwendung der GFK eine erstaunliche Flexibilität an den Tag gelegt, sodass bspw die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe als Verfolgungstatbestand sehr extensiv ausgelegt worden ist und darunter auch der Schutz vor geschlechtlicher Diskriminierung oder aufgrund der Zugehörigkeit zu einem spezifischen wirtschaftlichen oder sprachlichen Umfeld verstanden worden ist.<sup>19)</sup> Ein Krieg als solcher eröffnet zwar noch nicht den Anwendungsbereich der GFK, doch können kriegerische Auseinandersetzungen – wie gezeigt – mit spezifischen Verfolgungstatbeständen verbunden sein, die dann wiederum unter den Definitionsbereich der GFK fallen.

Zudem ist festzustellen, dass diese Kategorien oft ineinander übergehen (zB die rassische und die religiöse Verfolgung, die politische Gesinnung und die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Kategorie), wodurch gleich mehrfach Anknüpfungspunkte an den Schutzbereich der GFK entstehen können.

Die GFK bildete auch den Ausgangspunkt für weitergehende Schutzvorkehrungen auf nationaler bzw regionaler Ebene, insbesondere im Wege des sog „subsidiären Schutzes“. Besonders deutlich kann dies im EU-Bereich<sup>20)</sup> anhand der sog „Qualifikations-Richtlinie“ (Richtlinie 2011/95/EU v. 13. Dezember 2011)<sup>21)</sup> gezeigt werden. Diese RL verweist in ihren Erwägungsgründen explizit auf die GFK und das New Yorker Protokoll aus 1967 als „wesentliche Bestandteile des internationalen Rechtsrahmen, auf dem der Schutz von Flüchtlingen beruht“.<sup>22)</sup> Gleichzeitig ergänzt sie diesen Schutz durch den sog „subsidiären Schutz“.<sup>23)</sup> Gemäß Art 2 lit f) der RL 2011/95/EU haben jene Personen Anspruch auf subsidiären Schutz, die Drittstaatsangehörige oder Staatenlose sind, die die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling nicht erfüllen, die aber stichhaltige Gründe für die Annahme vorgebracht haben, dass sie bei einer Rückkehr in ihr Herkunftsland oder, bei Staatenlosen, in das Land ihres vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts tatsächlich Gefahr liefen, einen „ernsthafte Schaden“ zu erleiden.<sup>24)</sup> und auf die Artikel 17 Absätze 1 und 2 keine Anwendung findet.<sup>25)</sup>

Auf regionaler und nationaler Ebene wird das Recht des Flüchtlings, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen den Flüchtlingsstatus zuerkannt zu erhalten, immer mehr einem Recht auf Asyl angenähert, was einzelne Autoren letztthin bewogen hat, von einem gewohnheitsrechtlich fundierten Anspruch auf Asyl zu sprechen.<sup>26)</sup>

- Exil ist keine Lösung; die Flüchtlingsprobleme müssen intern geklärt werden.

Es ist zutreffend, dass in der unmittelbaren Nachkriegszeit – noch viel mehr als heute – von einem sehr starken staatlichen Souveränitätspanzer auszugehen war. Die Hintergründe von Verfolgung zu hinterfragen, war müßig. In einer politischen Realität in Europa, die von einer unmittelbaren Gefahr einer militärischen Eskalation, ja eines Atomkrieges geprägt war, wäre es völlig aussichtslos gewesen, durch direkte (politische) Interventionen die Verfolgungssituationen in Osteuropa unmittelbar zu beheben. Es war schon viel erreicht, wenn Abhilfe unmittelbar für die humanitäre Notlage gewährt werden konnte, während an der Überwindung der Ursache selbst nicht gearbeitet werden konnte.

Mittlerweile hat sich diese Situation nachhaltig geändert; der Appell zur Einhaltung von Menschenrechten stellt keine unzulässige Intervention dar, was spätestens seit der Verabschiedung der Wiener Menschenrechtsdeklaration 1993 außer Streit steht.<sup>27)</sup> Es gibt mittlerweile vielfältige Interventionsmechanismen und Aufsichtsinstrumente (bspw den Universal Periodic Review durch das Hochkommissariat für Menschenrechte), die vor 50 Jahren noch undenkbar gewesen wären. In der „Schutzverantwortung“, der Responsibility to Protect, findet eine neue Haltung der Staatengemeinschaft in Fragen der Verhütung schwerer Menschenrechtsverletzungen ihren Ausdruck<sup>28)</sup>, ebenso in der internationalen Strafgerichtsbarkeit.

Dennoch können sich Situationen ergeben, in welchen Exil – zumindest temporär – die sinnvollste Lösung erscheint, da die Übermacht der Despotie vom Einzelnen nicht zu bewältigt ist.

19) Vgl *Kugelmann*, Refugees, in MPEPILonline ed. 2010, Abs 11.

20) Vgl dazu *Thym* in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (10. EL 2010) Kommentar zu Art. 77–80 AEUV.

21) Auch Anerkennungs-RL genannt.

22) Siehe den 4. Erwägungsgrund der RL 2011/95/EU.

23) Siehe den 33. Erwägungsgrund der RL 2011/95/EU.

24) Dieser „ernsthafte Schaden“ ist in Art 15 der RL definiert. Danach gilt als „ernsthafte Schaden“

a) die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe oder  
b) Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung eines Antragstellers im Herkunftsland oder  
c) eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts.“

25) Diese Bestimmung regelt die sog Ausschlussgründe (in Bezug auf die Gewährung „subsidiären Schutzes“), die sich auf schwere Straftaten und Gefährdungstatbestände beziehen.

26) *Worster*, The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum, 26 *IJRL* 4/2014, 477–499. Ob allerdings die Voraussetzungen für die Herausbildung einer solchen völkerrechtlichen Norm (insbesondere die Rechtsüberzeugung) tatsächlich gegeben sind, wird hier in Zweifel gezogen.

27) Vgl Art 4 2. Satz: „In the framework of these purposes and principles, the promotion and protection of all human rights is a legitimate concern of the international community.“ A/CONF.157/23 v. 12. Juli 1993.

28) Hilpold (Hrsg), The Responsibility to Protect (2015).

- Der Schutz beginnt erst an der Grenze bzw im Aufenthaltsstaat, während es weit sinnvoller wäre, viel früher anzusetzen.

Das ist zutreffend, aber nicht immer realisierbar. Gerade in der gegenwärtigen Flüchtlingssituation in Europa werden konkrete Überlegungen angestellt, einen solchen Schutz vorzulegen auf die Herkunftsländer der Flüchtlinge. Dabei zeigt die politische Praxis aber auch, wie schwer es ist, einen solchen Ansatz umzusetzen, da nachhaltigere Interventionen – ohne das schwer zu erlangende Mandat des Sicherheitsrats – sehr rasch in die Nähe einer Souveränitätsverletzung gelangen.

Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass es besser wäre, Verfolgungstatbestände in ihrem Ursprung zu beheben, aber ob es Sinn machen würde, ein solches Instrumentarium in einer neuen Flüchtlingskonvention zu verankern, ist eine andere Frage, die wohl abschlägig beurteilt werden muss. Zutreffend ist, dass verstärkte Bemühungen für eine „Migrationssteuerung“ unternommen werden müssten.<sup>29)</sup> Der EGMR hat mittlerweile den Schutz der GFK über die Grenzen der Vertragsstaaten hinaus auf die Hohe See erstreckt und Massenabweisungen im Mittelmeer ohne eine sachgerechte Prüfung von Asylanträgen als konventionswidrig bezeichnet.<sup>30)</sup>

- Die GFK sieht keinen Verteilungsmechanismus vor. Sie fordert keine Solidarität zwischen den Aufnahmestaaten und sie überfordert Europa.

Auch diese Kritik ist berechtigt, darf aber wiederum nicht dazu führen, dass die Sinnhaftigkeit der GFK als solcher in Frage gestellt wird. Die Schaffung von Verteilungsquoten im Geiste der Solidarität wäre 1951 kaum denkbar gewesen. Sie wird gegenwärtig gefordert, aber sie ist – wie gerade das Beispiel der EU, also eines hochintegrierten Staatenverbundes mit explizitem Bekenntnis zur Solidarität zeigt – nur schwer umzusetzen. Solidarität ist ein Gebot der Stunde, aber die Schwierigkeiten bei der Umsetzung dieses Postulats sollten nicht dazu führen, dass die GFK als Ganze infrage gestellt wird.<sup>31)</sup>

- Die GFK unterscheidet zu restriktiv zwischen politischen Flüchtlingen (also „echten“ Flüchtlingen) und Wirtschaftsflüchtlingen (also Personen, die missbräuchlich den Schutz der GFK in Anspruch nehmen wollen).

Grundsätzlich ist an dieser Unterscheidung wohl festzuhalten, aber dennoch zeigt die Praxis bei der Anwendung der GFK, dass diese Tatbestände ineinander übergehen können. Typische Verfolgungstatbestände laut GFK sind häufig auch mit wirtschaftlichen Notlagen, oft extremer, existenzieller Natur, verbunden.

#### 4. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die vorgetragenen Kritikpunkte durchaus ernst zu nehmen sind, allerdings nicht als Fundamentalkritik an der GFK, sondern als Aufforderung, an einer Verbesserung bzw an einer Ergänzung dieses Instruments zu arbeiten. Es sollte geprüft werden, welches zusätzliche Interventionspotenzial die Schutzverantwortung (R2P) schafft, wie der internationale Menschenrechtsschutz erweitert und vertieft werden kann, wie das Prinzip der Solidarität eine wirksamere Umsetzung erfahren kann, und zwar nicht nur EU-weit, sondern international. Die Ursachen der Massenfluchtbewegungen der Gegenwart sind völlig andere als jene der vergleichsweise kleinen Flüchtlingsströme in der Zeit des Kalten Krieges. Ebenso wie die Bewältigung des Kalten Krieges eines ganz besonderen Instrumentariums bedurfte, das heute im Museum der Völkerrechtspolitik steht, sind nun spezifische Instrumente zur Bewältigung der Konflikte in Nordafrika und im Nahen Osten erforderlich. Nach wie vor gilt allerdings, dass das unmittelbare humanitäre Problem, das durch Fluchtbewegung welchen Ursprungs auch immer geschaffen wird, über die GFK sehr gut angegangen werden kann. Vielleicht nicht in optimaler Form, aber es steht uns gegenwärtig kein besseres Instrument zur Verfügung. Die eigentliche Nagelprobe ist aber jene der Solidarität. Wenn Europa in dieser Frage alleingelassen wird, droht der Zusammenbruch historischer Errungenschaften im Menschenrechtsschutz. Die Lehren aus der Zwischenkriegszeit sollten diesbezüglich Mahnung genug sein!

29) Vgl dazu *Thym*, Steuerung der Migration im öffentlichen Interesse in Jochum et al. (Hrsg), FS Kay Hailbronner (2013) 245–262 sowie *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung (2012).

30) Hirse Jamaa u.a. gegen Italien, EGMR, Urteil v. 23. 2. 2012 (Große Kammer), Nr. 39473/98. Vgl den Heijer, Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case, 25 IJRL 2/2013, 265–290.

31) Zum Thema der Solidarität im Flüchtlingsrecht vgl *Hilpold*, Understanding solidarity within EU law: An analysis of the 'islands of solidarity' with particular regard to Monetary Union, YEL 2015, 257–285. Grundlegend zum Solidaritätskonzept aus rechtsphilosophischer Sicht *Isensee*, Sozialethische Substanz eines Blankettbegriffs in ders (Hrsg), Solidarität in Knappheit – Zum Problem der Priorität (1998) 97 ff.

## Herausgeber

emer. o. Univ.-Prof. DDR. Heinz Mayer  
 Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner  
 Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin  
 Univ.-Prof. DDR. Christoph Grabenwarter  
 Univ.-Doz. Dr. Dieter Kolonovits, M.C.J.

## Schriftleitung

**Schriftleiter:**  
 ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak  
**Schriftleitungsassistentz:**  
 Univ.-Ass. Mag. Christoph Hurich

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Ulrike Davy  
 emer. o. Univ.-Prof. Dr. Bernd Christian Funk  
 HR Dr. Meinrad Handstanger  
 Univ.-Prof. Dr. Andreas Hauer  
 ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Peter Hilpold  
 Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger  
 Univ.-Prof. DDR. Christian Kopetzki  
 Univ.-Prof. Dr. Gabriele Kucsko-Stadlmayer  
 RA Dr. Gabriel Lansky  
 Prof. Dr. Rainer Münz  
 Prof. Dr. Stefan Oeter  
 emer. o. Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger  
 Mag. Harald Perl  
 Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl  
 HR Dr. Stefan Rosenmayr  
 HR Dr. Robert Schick  
 Dr. Christian Schmid  
 o. Univ.-Prof. Dr. Walter Schrammel  
 SC iR Dr. Wolf Szymanski  
 SC Dr. Mathias Vogl  
 o. Univ.-Prof. Dr. Karl Weber  
 Sen.-Präs. Mag. Dr. Herbert Zeizinger  
 Prof. Dr. Andreas Zimmermann, L.L.M.

## Autoren des Heftes

**Ao. Univ.-Prof. Dr. Peter Hilpold**  
 Universität Innsbruck  
 Innrain 52  
 A-6020 Innsbruck  
 E-Mail [peter.hilpold@uibk.ac.at](mailto:peter.hilpold@uibk.ac.at)

**Mag. Krzysztof Chmielewski**  
 Juristischer Mitarbeiter beim  
 Bundesverwaltungsgericht  
 Erdbergstraße 192-196  
 A-1030 Wien  
 E-Mail [K.Chmielewski@gmx.at](mailto:K.Chmielewski@gmx.at)

**SC iR Dr. Wolf Szymanski**  
 E-Mail [wolf.szymanski@aon.at](mailto:wolf.szymanski@aon.at)

**Mag. Georg Atzwanger**  
 Fremdenrechtlicher Referent,  
 MigrantInnenzentrum der Caritas der ED Wien  
 Albrechtskreithgasse 19-21  
 A-1160 Wien  
 E-Mail [georg.atzwanger@caritas-wien.at](mailto:georg.atzwanger@caritas-wien.at)

## Impressum

**Medieninhaber, Eigentümer und Verleger:** Facultas Verlags- & Buchhandels AG, A-1050 Wien, FN 75829p, Tel.: 01/310 53 56, Fax 01/319 70 50, [office@facultas.at](mailto:office@facultas.at), [facultas.at](http://facultas.at). **Vorstand:** Dr. Rüdiger Salat. **Unternehmensgegenstand:** Buchhandel, Verlag von Büchern und Zeitschriften

**Herausgeber:** em. o. Univ.-Prof. DDR. Heinz Mayer, Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, Univ.-Prof. DDR. Christoph Grabenwarter und Univ.-Doz. Dr. Dieter Kolonovits, M.C.J.

**Schriftleiter:** ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Muzak, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, A-1010 Wien, Schottenbastei 10-16 ([gerhard.muzak@univie.ac.at](mailto:gerhard.muzak@univie.ac.at)), Schriftleitungsassistentz: Univ.-Ass. Mag. Christoph Hurich, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, A-1010

Wien, Schottenbastei 10-16 ([christoph.hurich@univie.ac.at](mailto:christoph.hurich@univie.ac.at)); wir bitten Sie, sich an die Abkürzungs- und Zitierregeln (AZR) von Friedl/Loebensteiner<sup>6</sup> zu halten.

**Manuskripte und Zuschriften** erbitten wir an die Adresse der Schriftleitung. Bitte beachten Sie die Hinweise für Autoren auf unserer Homepage [www.migralex.at](http://www.migralex.at) unter „Ressourcen“.

**Judikaturdokumentation:** Mag.<sup>a</sup> Petra Sußner, Verwaltungsgerichtshof, Judenplatz 11, A-1014 Wien ([petra.sussner@vwgh.gv.at](mailto:petra.sussner@vwgh.gv.at))

**Grundlegende Richtung:** Wissenschaftliche Fachzeitschrift für Fragen des Fremden- und Minderheitenrechts

**Erscheinungsort:** Wien

**Urheberrechte:** Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (zB Druck, Mikrofilm) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art (zB CD-ROM), der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) ein. Gemäß § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahres; dies gilt für die Verwertung durch Datenbanken nicht. Der Nachdruck von Entscheidungen, auch von Leitsätzen, ist daher nur mit ausdrücklicher schriftlicher Bewilligung des Verlages gestattet.

**Anzeigenkontakt:** Daniela Neundlinger-Schalleschak (01) 310 53 56/62, [Daniela.Neundlinger-Schalleschak@facultas.at](mailto:Daniela.Neundlinger-Schalleschak@facultas.at)

**Erscheinungsweise:** 3 Hefte pro Jahrgang. **Preise:** Jahresabonnement € 60,- inkl. Versandkosten, Einzelheft: € 24,- zuzügl. Versandkosten

**Bestellungen:** (01) 310 53 56/11 oder [office@facultas.at](mailto:office@facultas.at) bzw. an die Verlagsanschrift. **Bezugsbedingungen:** migraLex erscheint dritteljährlich. Das Abonnement verlängert sich automatisch, sofern es nicht bis 31. Oktober des laufenden Jahres schriftlich beim Verlag gekündigt wird.

**Druckvorstufe:** Maria Scherrer Schreibbüro, A-8045 Graz

**Druck:** Facultas Verlags- & Buchhandels AG, A-1050 Wien