

Breitenmoser / Uebersax / Hilpold (Hrsg.)


Schengen und Dublin in der Praxis

**in der EU, in der Schweiz und in einzelnen
europäischen Staaten, mit einem Blick auf 70 Jahre
Flüchtlingskonvention**

Schengen et Dublin en pratique

**dans l'UE, en Suisse et dans quelques Etats européens,
avec un regard sur le 70^{ème} anniversaire de la CSR**

DIKE 

 **Nomos**

facultas 

Breitenmoser/Uebersax/Hilpold (Hrsg.)
Schengen und Dublin in der Praxis

Schengen und Dublin in der Praxis

in der EU, in der Schweiz und in einzelnen
europäischen Staaten, mit einem Blick auf 70 Jahre
Flüchtlingskonvention

Schengen et Dublin en pratique

dans l'UE, en Suisse et dans quelques Etats européens,
avec un regard sur le 70^{ème} anniversaire de la CSR

Herausgegeben von

Prof. Dr. Stephan Breitenmoser, Universität Basel

Prof. Dr. Peter Uebersax, Universität Basel

Prof. Dr. Peter Hilpold, Universität Innsbruck

DIKE 

 Nomos

facultas 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2023 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03891-511-9 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-8487-7453-1 (Nomos Verlag, Baden-Baden)

ISBN 978-3-7089-2341-3 (Facultas Verlag, Wien)

www.dike.ch



© Dike Verlag AG 2023 Persönliches Arbeitsexemplar

Inhaltsverzeichnis / Table des matières

Grusswort zu 70 Jahre GFK und UNHCR ANJA KLUG	XVII
--	------

Teil I:

SCHENGEN- UND DUBLINRECHT: ALLGEMEINE ASPEKTE

1^{ère} partie :

LE DROIT DE SCHENGEN ET DE DUBLIN : ASPECTS GÉNÉRAUX

Schengen- und Dublin-Weiterentwicklungen als rechtsstaatliche Herausforderung in der Schweiz MARKUS H.F. MOHLER	3
Aussenpolitische und völkerrechtliche Verantwortungen der Schweiz im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem RAINER J. SCHWEIZER	41

Teil II

SCHENGEN- UND DUBLINRECHT: NATIONALE ASPEKTE

2^{ème} partie :

LE DROIT DE SCHENGEN ET DE DUBLIN : ASPECTS NATIONAUX

I. Ausgewählte EU-Staaten / Une sélection des pays de l'UE

Le sauvetage des migrants en Méditerranée GIUSEPPE CATALDI	131
Die Anwendung des Schengener Abkommens in Polen WLADYSLAW CZAPLINSKI	145
Das österreichische Fremden- und Asylrecht PETER HILPOLD.....	179
La procédure Dublin et le droit d'asile en France HÉLÈNE RASPAIL	195

II. Schweiz / La Suisse

Schengen-Evaluierung	
ALBERTO ACHERMANN	221
La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en matière de transferts Dublin : morceaux choisis	
JEAN-PIERRE MONNET	239

Teil III:

SCHENGENRECHT: BESONDERE ASPEKTE

3^{ème} partie :

LE DROIT DE SCHENGEN : ASPECTS PARTICULIERS

Les droits fondamentaux à l'épreuve des mesures prises aux frontières en temps d'épidémie	
GREGOR T. CHATTON/OLIVER COLLAUD/NOÉMIE GONSETH	313
La protection des données à caractère personnel dans la coopération Schengen : (ré-)concilier les pratiques suisses et de l'UE grâce aux droits fondamentaux ?	
STÉPHANIE U. COLELLA	399
Rechtszersplitterung im Polizeirecht des Bundes am Beispiel des Schengen-Datenschutzgesetzes	
SELMA DUC/ADRIAN LOBSIGER	421
Grenzschiessungen und <i>Push-Backs</i> unter dem Aspekt der Menschenrechte	
DAGMAR RICHTER	433
Schengen-rechtliche Anforderungen an die Datenschutzaufsicht	
BEAT RUDIN	497

Teil IV:

DUBLINRECHT: BESONDERE ASPEKTE

4^{ème} partie :

LE DROIT DE DUBLIN : ASPECTS PARTICULIERS

Verantwortungsteilung im Dublin-Raum – aktueller Stand und Entwicklungsperspektiven CONSTANTIN HRUSCHKA/NULA FREI.....	555
Der Vorschlag für eine Neufassung der Rückführungsrichtlinie von September 2018 – Auswirkungen auf den Asylbereich SARAH PROGIN-THEUERKAUF	573
The concept of refugee in the 1951 Convention, the ECHR and EU Law – Challenges and Opportunities MARGARITE ZOETEWIJ	591

Das österreichische Fremden- und Asylrecht

PETER HILPOLD

Inhaltsübersicht

I. Einführung: Die österreichische Situation im internationalen Kontext	179
II. Die Entwicklung des österreichischen Fremden- und Asylrechts.....	181
1. Die einschlägigen Regelungen.....	182
2. Die Entwicklungen der frühen Jahre bis zum Ende des Ost-West-Konflikts.....	183
3. Der EU-Beitritt und die weiteren Verschärfungen im Asylrecht	186
III. Die Fluchtbewegungen der Jahre 2015/2016.....	189
IV. Die aktuelle Situation: Das Wechselspiel zwischen Kommunitarismus und Kosmopolitanismus	190
V. Schlussfolgerungen.....	193

I. Einführung: Die österreichische Situation im internationalen Kontext

Man mag sich die Frage stellen, weshalb das österreichische Fremden- und Asylrecht im Kontext einer internationalen Betrachtung dieser Materie eine gesonderte Betrachtung verdient – ist doch Österreich weder ein besonders großes EU-Land noch eine prioritär bevorzugte Zufluchtsdestination von Asylsuchenden: Nicht nur geographisch, sondern auch in der konkreten Praxis erweist sich Österreich als typisches Transitland zwischen Nord und Süd bzw. Ost und West.¹ Dennoch ist dieses besondere Augenmerk gerechtfertigt, und zwar aus folgenden Gründen:

- Die Entwicklungen im österreichischen Fremden- und Asylrecht stellen sich in vielem als beispielhaft (wertneutral definiert) für entsprechende Tendenzen im internationalen, europäischen Kontext wohlhabender Nationen dar. Die wachsende Resistenz gegenüber ansteigenden Fluchtbewegungen – und seien die Fluchtgründe noch so berechtigt – ist ein in ganz Europa feststellbares Phänomen;

¹ Vgl. dazu PETER HILPOLD, Ringen um europäische Werte, in: Peter Hilpold/Andreas Raffener/Walter Steinmair (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Solidarität in Österreich und in Europa, Festgabe zum 85. Geburtstag von Professor Heinrich Neisser, einem europäischen Humanisten, Facultas, 2021, S. 262-298.

- Österreich hat sich spätestens seit der großen Massenflucht² 2015/2016 wiederholt zum Wortführer der europäischen Abschottungsbemühungen,³ der Proponenten einer Hegung und eines Rückbaus des internationalen Asylrechts emporstilisiert, freilich regelmäßig mit dem Zusatz versehen, dass der Missbrauch des Asylrechts verhindert werden soll. Die österreichische Bundesregierung hat dabei auch offen für sich in Anspruch genommen, die europäische Wort- und Handlungsführerschaft in dieser Frage übernommen zu haben;⁴
- und Österreich hat tatsächlich zeitweise im internationalen Vergleich überdurchschnittliche Leistungen erbracht: So nahm Österreich im Jahr 2018 – prozentual bezogen auf die Einwohnerzahl – die höchste Zahl an Asylwerbern auf (2.345 Asylwerber pro Million Einwohner).⁵ Die Anerkennungsrate lag mit 44% über dem EU-weiten Durchschnitt von 37%;⁶
- vom ersten umfassenden internationalen Instrument zur Regulierung der weltweiten Migration, dem Migrationspakt, der Ende 2018 auf UN-Ebene angenommen wurde und eine grundsätzlich positive Perspektive in Bezug auf Migration zum Ausdruck bringt, hat sich Österreich demonstrativ ferngehalten und damit erneut einen dezidierten Standpunkt eingenommen;⁷
- wenn nun Bemühungen im Gange sind, das europäische und das internationale Fremden- und Asylrecht zu reformieren, so müssen gerade auch Situationen wie jene in Österreich berücksichtigt werden, sollen diese Bemühungen auf Akzeptanz hoffen und von Erfolg gekrönt sein;
- die Situation in Österreich kann in vielerlei Hinsicht als Seismograph entsprechender Tendenzen auf internationaler Ebene gesehen werden.

² Für Lösungsansätze bei Massenfluchtphänomenen vgl. die grundlegenden Arbeiten von MELTEM INELI-CIGER, bspw. «Temporary Protection in International Law», Brill/Martinus Nijhoff, 2018.

³ Vielzitiert und emblematisch die 2016 von der damaligen Innenministerin MIKL-LEITNER ausgegebene Losung der «Festung Europa». Vgl. <https://www.diepresse.com/4950279/mikl-leitner-sind-gerade-dabei-festung-europa-zu-bauen>.

⁴ Der frühere österreichische Bundeskanzler SEBASTIAN KURZ hat diesen Anspruch wiederholt erhoben. Tatsächlich sind maßgebliche Schritte dazu in Folge der Wiener Westbalkan-Konferenz vom Februar 2016 gesetzt worden. Laut dem Migrationsexperten und Vorsitzenden der Europäischen Stabilitätsinitiative (ESI) GERALD KNAUS ist der in der Folge eingetretene starke Rückgang beim Flüchtlingszustrom primär auf das zeitgleich greifende Abkommen der EU mit der Türkei zurückzuführen. Vgl. die diesbezügliche Analyse im «Kurier» v. 9.10.2017, <https://kurier.at/politik/inland/wahl/faktencheck-wer-hat-die-balkanroute-geschlossen/274.540.009>.

⁵ In absoluten Zahlen waren allerdings Deutschland, Italien und Frankreich Spitzenreiter. Vgl. Kleine Zeitung v. 25.4.2019, bezugnehmend auf Eurostat-Angaben, <https://www.kleinezeitung.at/politik/aussenpolitik/5618258/>.

⁶ *Ibid.*

⁷ Auf rechtstheoretischer Ebene war die österreichische Skepsis aber durchaus berechtigt. Vgl. PETER HILPOLD, Opening up a new chapter of law-making in international law: The 2018 Global compacts on Migration and Refugees, in: 27 *European Law Journal* 1/2021, S. 1-20, [eulj.12376?af=R](https://doi.org/10.1017/etj.2021.1).

II. Die Entwicklung des österreichischen Fremden- und Asylrechts

Das österreichische Fremden- und Asylrecht stellt sich heute als dichtes Netzwerk von Regelungen dar, die vielfach Transparenz und Kohärenz vermissen lassen und denen das rasche, oft wenig aufeinander abgestimmte Wachstum sichtlich anzumerken ist. Die verwendete Sprache ist z.T. harsch. Hinter beidem – der intransparenten Normsetzung und dem autoritären Tonfall in der Sprache – muss nicht Unvermögen stecken, sondern kann bis zu einem bestimmten Grad auch Intention gesehen werden.⁸ In den letzten Jahren hat es auch verstärkt Bemühungen gegeben, eine österreichische Fremden- und Asylrechtswissenschaft aufzubauen, die mittlerweile auf eine beachtliche publizistische Tätigkeit verweisen kann.⁹

⁸ Was den hohen Grad an Komplexität der einschlägigen Normen anbelangt, schreiben BERND-CHRISTIAN FUNK und JOACHIM STERN: «Eine wichtige strategische Option und Folge zugleich bildet die Schwächung der Steuerungskraft des Rechts durch eine systematische Erhöhung des Grades an kodifikatorischer Komplexität zur Schaffung von redundanten und funktionsäquivalenten Eingriffspotenzialen. Auf diese Weise entsteht ein dichtes, für Betroffene kaum mehr überschaubares und für etatistische Zwecke bestens nutzbares Netzwerk an rechtlich legitimierten Herrschaftsinstrumenten.» Vgl. BERNHARD-CHRISTIAN FUNK/JOACHIM STERN, Die österreichische Einwanderungs- und Asylpolitik: völkerrechtliche, europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte, in: Peter Hilpold/Christoph Perathoner (Hrsg.), Immigration und Integration, Frankfurt a.M. 2010, S. 237-259 (259). Was hingegen die im Fremden- und Asylrecht verwendete Sprache anbelangt, so kann ebenfalls von bewusster Härte als Versuch der Abschreckung ausgegangen werden. Ein besonders eklatanter Fall war jener der Umbenennung der «Erstaufnahmestellen» in «Ausreisezentren», der zu nationalen und internationalen Protesten führte und in Folge des Regierungswechsels als Konsequenz des «Ibiza»-Skandals wieder zurückgenommen wurde. Vgl. <https://www.derstandard.at/story/2000098647513/warum-kickl-aus-aufnahmestellen-ausreisezentren-macht>. Vgl. auch GERHARD OBERKOFER, Was hat Flüchtlingspolitik mit Antisemitismus zu tun?, in: Zeitung der Arbeit v. 29.4.2021, <https://zeitungderarbeit.at/feuilleton/was-hat-fluechtlingspolitik-mit-antisemitismus-zu-tun/>.

⁹ Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auf folgende Medien verwiesen:

- Migralex – Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht (Facultas Verlag);
- Jahrbuch für Asyl- und Fremdenrecht (NWV);
- FABL – Fremden- und Asylrechtliche Blätter (Jan Sramek);
- Europa Ethnica (Facultas Verlag);
- Muzak/Pinter (Hrsg.), Fremden- und Asylrecht, Loseblatt, Verlag Österreich;
- Kodex Asyl-/Fremdenrecht (Linde Verlag).

Aktuelle Informationen bietet das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (<https://www.bfa.gv.at/>).

1. Die einschlägigen Regelungen

Folgende nationalen Regelungen sind besonders einschlägig:

- Das Asylgesetz 2005 i.d.g.F. (AsylG) samt Asylgesetz-Durchführungsverordnung 2005: Dieses Gesetz regelt zentral die Zuerkennung und die Aberkennung des Asylstatus sowie des Status des subsidiär Schutzberechtigten wie auch die Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen;¹⁰
- das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 (GVG-B): Das VVG-B regelt die Versorgung von Asylbewerbern in Betreuungseinrichtungen des Bundes;
- das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz 2005 (NAG): Das NAG regelt die Zuwanderung (Migration) nach Österreich¹¹ über die Erteilung, Versagung und Entziehung von Aufenthaltstiteln von Fremden, die sich länger als sechs Monate im Bundesgebiet aufhalten oder aufhalten wollen, sowie die Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen mit einem Aufenthaltstitel «ICT» eines anderen Mitgliedstaates;¹²
- das Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG): Das FPG regelt die Ausübung der Fremdenpolizei, die Erteilung von Einreisetiteln, die Zurückweisung, die Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, die Abschiebung, die Duldung, die Vollstreckung von Rückführungsentscheidungen von EWR-Staaten und die Ausstellung von Dokumenten für Fremde;¹³
- das Bundesgesetz über die Einrichtung und Organisation des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl 2012 (BFA-Einrichtungsgesetz – BFA-G): Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl hat am 1.1.2014 seine Tätigkeit aufgenommen. Das BFA ist eine Behörde mit bundesweiter Zuständigkeit, die dem Innenminister unmittelbar nachgeordnet ist und die in jedem Bundesland über eine Regionaldirektion verfügt. Das BFA ist zuständig für die Durchführung von Asylverfahren, die Zuerkennung und Aberkennung von internationalem Schutz für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte, für die Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie für die Erteilung von humanitären Aufenthaltstiteln (Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen und Ausstellung der Aufenthaltsberechtigung, der Aufenthaltsberechtigung Plus und der Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz).

Die Dichte dieser Regelungen ist insbesondere Ergebnis jüngerer Entwicklungen, und zwar aufgrund massiver Änderungen im Bereich der sozio-politischen Basis der zugrundeliegenden Migrationsphänomene i.w.S. Trotz vielfältiger terminologischer Unklarheiten in der einschlägigen Literatur und Rechtsetzung lässt sich

¹⁰ Vgl. § 1 AsylG.

¹¹ Vgl. RUDOLF FEIK, Fremdenrecht, in: Susanne Bachmann et al. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2020, S. 151-211 (161).

¹² Vgl. § 1 NAG.

¹³ Vgl. § 1 FPG.

diese Rechtsmasse als ein Steuerungsversuch in Bezug auf das Phänomen der Migration i.w.S. zurückführen.¹⁴ Dabei nehmen Staaten traditionell eine ambivalente Haltung ein, die zu – auf den ersten Blick – widersprüchlich erscheinenden Maßnahmen im Zeitablauf bzw. sogar zeitgleich führen können: Während eine Zuwanderung von Arbeitskräften in Abhängigkeit von einer Vielzahl an Faktoren gewünscht oder verpönt sein kann, stellt die Aufnahme von (politischen) Flüchtlingen einen Akt humanitärer Solidarität dar, der erfahrungsgemäß auf der praktischen, wenngleich nicht auf der rechtlichen,¹⁵ Ebene Grenzen kennt.

2. Die Entwicklungen der frühen Jahre bis zum Ende des Ost-West-Konflikts

Die österreichische wirtschaftliche und gesellschaftspolitische Realität hat seit den 1950er Jahren grundlegende Änderungen erfahren, die sich z.T. mit zeitlichen Verzögerungen auch im entsprechenden Rechtsrahmen niedergeschlagen haben. Diese Reformen waren vielfach Spiegelbild innerstaatlicher politischer Kontroversen und die Ergebnisse traten in der Folge wiederum in Konflikt mit den übernommenen internationalen menschenrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere in Bezug auf die Flüchtlingskonvention 1951, die EMRK 1950 sowie später das Gemeinsame Europäische Asylsystem der Europäischen Union, das seit 1999 in Aufbau begriffen ist.

Dabei lassen sich unterschiedliche Epochen unterscheiden:

- (1) Die Fluchtbewegungen der Kriegs- und unmittelbaren Nachkriegszeit: Die Vertreibung von Millionen Deutschen aus Mittel- und Osteuropa gegen Ende des Zweiten Weltkrieges und in der unmittelbaren Nachkriegszeit hat in Österreich – trotz generell prekärer Versorgungslage – zu keinen akuten Aufnahmeengpässen geführt. Österreich war dabei vielfach nur Durchzugsland und auch die vergangene Zugehörigkeit der Sudetendeutschen zur k.u.k.-Monarchie¹⁶ war in dieser Zeit nicht mehr maßgeblich. Die in Österreich verbliebenen Vertriebenen wurden dagegen letztlich bereitwillig und

¹⁴ Vgl. zu dieser Thematik generell MARKUS KOTZUR et al. (Hrsg.), *The External Dimension of EU Migration and Asylum Policies*, 2020.

¹⁵ Die vor einigen Jahren in Österreich aufgestellte These, eine Quotenregelung sei mit den internationalen flüchtlingsrechtlichen Verpflichtungen vereinbar, ist – wie zu zeigen sein wird – klar verfehlt.

¹⁶ Vgl. dazu GILBERT GORNIG, Österreich, die Tschechoslowakei und das Schicksal des Sudetenlandes bis heute, Auch ein Beitrag zur Entstehung von Staaten, in: Gilbert Gornig/Adrianna A. Michel (Hrsg.), *Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Ostmitteleuropa*, Teil 2. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 33, 2019, S. 89-133.

- rasch integriert, da sie wertvolle und z.T. hochqualifizierte Arbeitskräfte für den Wiederaufbau zur Verfügung stellten.¹⁷
- (2) In den 1950er und den ersten 1960er Jahren stellte sich das immigrations- und asylrechtliche Thema grundlegend verschieden von jenem der Gegenwart dar: Österreich hatte am westeuropäischen «Wirtschaftswunder» teil und brauchte dringend Arbeitskräfte. Die – als temporär verstandene – Immigration primär aus Südeuropa, dann auch aus der Türkei, wurde gefördert. Über den «Eisernen Vorhang» schafften es nur verhältnismäßig wenige politische Flüchtlinge, und diese wurden – auch als Bestätigung für die Überlegenheit des westlichen Demokratie- und Wirtschaftsmodells – mit offenen Armen aufgenommen.
- (3) Im Jahr 1955 trat die Genfer Flüchtlingskonvention in Kraft. Diese wurde in Österreich in den ersten Jahren unmittelbar, «de-facto», angewandt. Erst im Jahr 1968 erließ Österreich das erste Asylgesetz, das nur rudimentäre Regelungen zur Ausstellung des Asylbescheids enthielt.¹⁸ In formaler Hinsicht wurde damit ein rechtsstaatliches Verfahren geschaffen und sogar die Einführung eines «Grundrechts auf Asyl» angekündigt.¹⁹ Diese Verheißung blieb aber ohne konkrete Folge und stattdessen brachte bereits dieses Gesetz den grundlegenden Zwiespalt zwischen autoritärer Abschottung und menschenrechtlicher Solidarität zum Ausdruck, der einem Großteil fremden- und asylrechtlicher Regelungen zugrunde liegt.²⁰ Dennoch blieb auch in den Folgejahren das Asyl- und Fremdenrecht für Österreich gut steuerbar, zumal nach Osten hin die Grenzen verschlossen blieben und die Westintegration die Arbeitnehmerfreizügigkeit ausnahm. Die österreichische Bundesregierung konnte zumindest versuchen, in Bezug auf die wirtschaftliche Zuwanderung eine konjunkturabhängige *stop-and-go*-Politik zu betreiben, während der Zustrom von Asylwerbern ein überschaubares Phänomen blieb: Es gab durchschnittlich nicht mehr als 3.000 Asylanträge pro Jahr.²¹ Tatsächlich ist es der österreichischen Regierung auch gelungen, in der Zeit ab Ausbruch der Ölkrise die Zahl der ausländischen Gastarbeiter erheblich zu

¹⁷ Dennoch war auch dieser – letztlich gelungene – Prozess nicht konfliktfrei. So hat die Politik offiziell den möglichst «raschen Abtransport» verlangt. Vgl. PETER SCHREINER, Aspekte einer Ablehnung, Österreich und die sudetendeutschen Vertriebenen 1945 – 1948, Diplomarbeit, Wien 2007, <https://core.ac.uk/download/pdf/11581828.pdf>.

¹⁸ Vgl. GERHARD MUZAK, Das Asylrecht und seine Wechselwirkungen mit dem Aufenthalts-, Fremdenpolizei- und Grenzkontrollrecht, in: Franz Merli/Magdalena Pöschl (Hrsg.), Das Asylrecht als Experimentierfeld – Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht, 2017, S. 27-39 (29).

¹⁹ FRANZ MERLI, Das Asylrecht als Experimentierfeld: Einführung, in: Merli/Pöschl (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), S. 1-11 (1).

²⁰ *Ibid.*

²¹ Vgl. HEINZ FASSMANN/URSULA REEGER, Austria: From guest worker migration to a country of immigration, IDEA Working Papers No. 1, December 2008, S. 15.

reduzieren, wobei aber gleichzeitig der Ausländeranteil aufgrund von Familienzusammenführungen (insbesondere Frauen aus Jugoslawien und aus der Türkei) dennoch zunahm.²²

- (4) Die großen Fluchtbewegungen, sowohl als Folge der Niederschlagung des ungarischen Volksaufstandes 1956/1957 als auch der gewaltsamen Beendigung des «Prager Frühlings» 1968, bestätigten die Situation Österreichs als «Transitland für Fluchtbewegungen», selbst wenn diese im angrenzenden Ausland ihren Ursprung fanden, und selbst dann, wenn es enge historische Banden zu diesen Ländern aus der Zeit der k.u.k.-Monarchie gab: Von den 180.000 ungarischen Flüchtlingen verblieben nur 20.000 in Österreich, von den 162.000 Tschechen und Slowaken, die 1968 nach Österreich flohen, ließen sich nur 12.000 tschechoslowakische Staatsbürger dauerhaft in Österreich nieder.²³ Ähnliches gilt in Bezug auf die 120.000 Polen, die 1981 und 1982 nach der Unterdrückung der Solidarnosc-Bewegung nach Österreich kamen: der Großteil davon blieb nur kurzfristig in Österreich, um danach in die USA, nach Kanada oder Australien auszuwandern.²⁴ Die Aufnahme von Flüchtlingen blieb damit ein temporäres Phänomen: Solidarität musste nur kurzfristig gezeigt werden, sie hatte keine dauernden Auswirkungen auf die gesellschaftliche Realität und insbesondere nicht auf den Arbeitsmarkt und auf das Sozialversicherungssystem.²⁵ Verschärfungen des Asylrechts waren auf dieser Grundlage nicht notwendig und wurden auch gar nicht verlangt.
- (5) Grundlegend änderte sich die Situation mit dem Zusammenbruch der kommunistischen Regime in Mittel- und Osteuropa und mit dem damit verbundenen Wegfall des «Eisernen Vorhangs». Mit dem Ausbruch des jugoslawischen Bürgerkriegs wurde Flucht von einem Einzel- zu einem Massenphänomen; die größere Durchlässigkeit der Grenzen erleichterte auch die wirtschaftliche Immigration. Ab diesem Zeitpunkt ging auch die oben beschriebene, zumindest formale Balance des Fremden- und Asylrechts zwischen souveränitätsbetonender Zuwanderungsabwehr und menschenrechtlich bestimmter Zuwanderungserleichterung zu Lasten der zweitgenannten Komponente verloren: Das Asyl- und Fremdenrecht wurde nun eindeutig ein restringierendes Zuwanderungsregulativ.²⁶ Dies kam schon

²² *Ibid.*, S. 11.

²³ Vgl. WERNER THOMAS BAUER, Zuwanderung nach Österreich, Österreichische Gesellschaft für Politikberatung und Politikentwicklung – ÖGPP, Januar 2008, S. 8.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Vgl. dazu auch GUDRUN BIFFL, Migration als Leitthema des Wandels, in: Peter Bußjäger/Christian Gsodam (Hrsg.), Migration und Europäische Union: Multi-Level-Governance als Lösungsansatz, 2020, S. 97-125 (119 f.).

²⁶ Die Einstellung zur Zuwanderung aus Osteuropa änderte sich dadurch nachhaltig, vielfach in Verkenning der tatsächlichen Situation und des wertvollen Beitrags der Zuwanderer für den heimischen Arbeitsmarkt. Hintergrund waren Ängste vor einer neuen «Völkerwanderung»

sehr deutlich im AsylG 1991 zum Ausdruck, das das AsylG 1986 ablöste. Und die Regierungsvorlage zu diesem neuen Gesetz machte keinen Hehl daraus, wenn es darauf hinwies, dass der «neuen geopolitischen Situation Österreichs» aufgrund des «sprunghaften Anstiegens unbegründeter Asylansuchen» Rechnung getragen werden müsse.²⁷ Der Zugang zum Asylverfahren wurde schon im Vorfeld eingeschränkt: So wurde das Konzept der «Drittstaatssicherheit» eingeführt,²⁸ für «offensichtlich unbegründete Asylansprüche» wurde ein beschleunigtes Verfahren geschaffen und das Recht auf vorläufigen Aufenthalt wurde eingeschränkt.²⁹ Das Asylrecht wurde in die Nähe des Fremdenpolizeirechts gerückt.³⁰

3. Der EU-Beitritt und die weiteren Verschärfungen im Asylrecht

Der EU-Beitritt 1995 schuf nochmals neue Umstände, die die Immigration weiter erleichtern sollten, um dann – mit gewissem zeitlichem Abstand – zu weiteren Restriktionen zu führen. Als Mitglied der EU sah sich Österreich plötzlich in der Situation, dass Immigration über weite Teile national nicht mehr steuerbar war: Die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger³¹ führten dazu, dass Einwanderung zu Arbeitszwecken – und auch darüber hinaus³² – aus der EU (und über den EWR-Vertrag und die bilateralen Verträge mit der Schweiz auch aus weiteren europäischen Ländern) kaum mehr zu beschränken war. Darüber hinaus spielte auch die Familienzusammenführung eine zusehends bedeutendere Rolle. Trotz der Beendigung der aktiven Anwerbung von Arbeitskräften insbesondere in der Türkei und

aus Osteuropa. Vgl. Heinz Fassmann/Rainer Münz (Hrsg.), Ost-West-Wanderungen in Europa - Rückblick und Ausblick, Böhlau: Wien 2000.

²⁷ Vgl. MERLI, a.a.O. (Fn. 19), S. 2.

²⁸ Vgl. nunmehr § 4 Abs. 2 AsylG 2005: «Schutz im sicheren Drittstaat besteht, wenn einem Drittstaatsangehörigen in einem Staat, in dem er nicht gemäß § 8 Abs. 1 bedroht ist, ein Verfahren zur Einräumung der Rechtsstellung eines Flüchtlings nach der Genfer Flüchtlingskonvention offen steht oder über einen sonstigen Drittstaat gesichert ist (Asylverfahren), er während dieses Verfahrens in diesem Staat zum Aufenthalt berechtigt ist und er dort Schutz vor Abschiebung in den Herkunftsstaat hat, sofern er in diesem gemäß § 8 Abs. 1 bedroht ist. Dasselbe gilt bei gleichem Schutz vor Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung für Staaten, die in einem Verfahren zur Einräumung der Rechtsstellung eines Flüchtlings nach der Genfer Flüchtlingskonvention bereits eine Entscheidung getroffen haben.»

²⁹ Vgl. BAUER, a.a.O. (Fn. 23), S. 6. Zum AsylG 1991 vgl. im Detail JOSEF ROHRBÖCK, Das Asylgesetz 1991, Völkerrechtliche, verfassungs- und verfahrensrechtliche Probleme, 1994.

³⁰ Vgl. MUZAK, a.a.O. (Fn. 18), S. 30.

³¹ Vgl. dazu ausführlich PETER HILPOLD, Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft, in: Matthias Niedobitek (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2020, S. 805-886.

³² Im Wege der beschäftigungsunabhängigen Freizügigkeit – Freizügigkeit als «fünfte Freiheit». *Ibid.*

in Jugoslawien in den 1970er Jahren konnten die in Österreich verbliebenen – überwiegend männlichen – Arbeitskräfte ihre Familien – speziell aus Jugoslawien bzw. Ex-Jugoslawien und der Türkei – nachholen, wobei die Anwendung der erweiterten Familienzusammenführungsregeln der EU – beeinflusst auch durch die Rechtsprechung des EGMR – diesen Vorgang zusätzlich erleichterte.³³

Damit blieb die Ebene der Immigration der Asylbewerber die einzige zumindest begrenzt steuerbare. Zwar war auch hier der Handlungsspielraum durch die Genfer Flüchtlingskonvention 1951 sowie durch die EMRK eingeschränkt worden, doch diese international-rechtlichen Regeln wurden in der Praxis weniger stringent gesehen als jene des EU-Rechts. Zwar wird seit 1999 an einem Gemeinsamen Europäischen Asylsystem gearbeitet.³⁴ Dieses ist aber nicht nur nach wie vor unvollständig, sondern auch noch von vielen Unklarheiten und Unzulänglichkeiten geprägt. Maßnahmen gegen «unerwünschte Immigration» konnten somit primär hier ansetzen und dieser Bereich wurde damit Spielball des politischen Wettbewerbs: Angesichts wachsenden Sozialabbaus, Angst vor Überfremdung und zunehmender Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt für gering Qualifizierte fanden Warnungen vor «Asylmissbrauch», «Wirtschaftsimmigration» und «kriminellen Ausländern» zusehends stärker Gehör.

Die Provenienz der Flüchtlinge änderte sich: Bis zum Jahr 1999 stammten die Flüchtlinge überwiegend aus europäischen Ländern, ab 1999 kehrte sich dieses Verhältnis um und nun standen Anträge aus Afghanistan, Indien und dem Irak an der Spitze.³⁵

Laut Volkszählung 2001 waren 12,5% der österreichischen Wohnbevölkerung im Ausland geboren: Österreich verfügte damit über einen höheren Ausländeranteil als die USA.³⁶

Das AsylG 2005 war einmal vom Bemühen geprägt, das österreichische Asylrecht an das einschlägige Unionsrecht³⁷ anzupassen, zum anderen aber noch weiter

³³ Vgl. RAINER MÜNZ/PETER ZUSER/JOSEF KYTIR, Grenzüberschreitende Wanderungen und ausländische Wohnbevölkerung: Struktur und Entwicklung, in: Heinz Fassmann/Irene Stacher (Hrsg.), Österreichischer Migrations- und Integrationsbericht, Demographische Entwicklungen – sozio-ökonomische Strukturen – rechtliche Rahmenbedingungen, 2003, sowie Heinz Fassmann/Ursula Reeger, a.a.O. (Fn. 21), S. 15.

³⁴ Vgl. zu diesem Entwicklungsprozess STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Europarecht – Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU, 4. Aufl., Zürich 2021, S. 323 ff., sowie SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Artikel 78 AEUV, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2015.

³⁵ Vgl. BAUER, a.a.O. (Fn. 23), S. 7. Wie an anderer Stelle gezeigt, ist aber Nähe zu Leid und Not ein wesentlicher Faktor für die Generierung von Empathie und Solidarität. Vgl. dazu PETER HILPOLD, Schutzverantwortung und humanitäre Intervention in historischer Perspektive, in: Peter Hilpold (Hrsg.), Die Schutzverantwortung (R2P), Leiden/Boston 2013, S. 59-122 (100).

³⁶ *Ibid.*, S. 8.

³⁷ Zu nennen sind dabei insbesondere die «Aufnahmerichtlinie» (RL 2003/9/EG), die «Statusrichtlinie» (RL 2004/83/EG) und die «Verfahrensrichtlinie» (RL 2005/85/EG).

an das Sicherheitsrecht heranzurücken und zu verschärfen. Nachdem einzelne Bestimmungen, die auf besonders intensive Kritik gestoßen sind, wie die Bestimmungen über die Zwangsernährung von Hungerstreikenden, aus dem Entwurf gestrichen worden waren, wurde dieses Gesetz mit großer Mehrheit am 7. Juli 2005 vom Nationalrat verabschiedet. Die Tatsache, dass ÖVP, BZÖ und SPÖ zustimmen, verdeutlicht den breiten politischen Konsens über die Notwendigkeit von weiteren Beschränkungen.³⁸ Die Fristen wurden gestrafft und die rigorosen Schubhaftbestimmungen sowie die Möglichkeit, auch traumatisierte Flüchtlinge abzuschieben, beibehalten.³⁹

Die maximale Dauer der Schubhaft wurde nachfolgend wiederholt verlängert: Zuerst auf 10 Monate und gegenwärtig liegt sie bei 18 Monaten. Ebenso wurden die Schubhaftgründe erweitert. Sie darf selbst über Fremde verhängt werden, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie sich dem Verfahren entziehen könnten.⁴⁰ In der Literatur wurde festgehalten, dass sich die Schubhaft auf dieser Grundlage zu einer Verfahrenshaft entwickelt habe, die in einem Dauerkonflikt mit dem Grundrecht auf Schutz der persönlichen Freiheit, auf Achtung des Privat- und Familienlebens und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehe.⁴¹ Österreich ist dafür wiederholt von internationalen Institutionen kritisiert worden,⁴² u.a. im Bericht der Menschenrechtskommissarin des Jahres 2019.⁴³

Im Jahr 2008 wurde ein Asylgerichtshof eingerichtet, der bis Ende 2013 tätig war und an die Stelle des Unabhängigen Bundesasylsenats getreten ist. 2014 ging der Asylgerichtshof im Bundesverwaltungsgerichtshof auf. Am Asylgerichtshof war kritisiert worden, dass der Instanzenzug an den VwGH ausgeschlossen war,⁴⁴ wodurch der Rechtsschutz im Asylverfahren eine erhebliche Einschränkung er-

³⁸ Vgl. KATHARINA PLANK, Das österreichische Asylgesetz 2005 – Auf dem Weg in Richtung gemeinsame Asylpolitik, Diplomarbeit, Universität Wien, 2009, S. 68.

³⁹ *Ibid.*, S. 70.

⁴⁰ § 76 Abs. 2 Z 4 FPG.

⁴¹ Vgl. BERND-CHRISTIAN FUNK/JOACHIM STERN, Die österreichische Einwanderungs- und Asylpolitik: völkerrechtliche, europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte, in: Peter Hilpold/Christoph Perathoner (Hrsg.), *Immigration und Integration*, 2010, S. 237-259 (238).

⁴² *Ibid.*

⁴³ Kritisiert wurde dabei u.a., dass die an für sich prioritär anzuwendenden «gelinderen Mittel» immer weniger zum Einsatz kämen. Weiters wurde darauf aufmerksam gemacht, dass Schwangere und Stillende, Folter- und Traumaopfer sowie Migrantinnen mit besonderen körperlichen und psychischen Bedürfnissen, LGBTI-Personen und andere verletzte Personen grundsätzlich nicht in Schubhaft genommen werden dürften. Vgl. «Der Kurier» v. 9.5.2019, <https://kurier.at/politik/inland/uno-bericht-oesterreich-verletzt-menschenrechte-im-asylbereich/400489123>.

⁴⁴ Nur im Fall einer «Grundsatzentscheidung», wenn der Asylgerichtshof eine grundlegend neue Situation sah, konnte der VwGH befasst werden.

fahren hat. Die Verfahren gingen relativ zügig vonstatten, aber ihre Qualität stand unter erheblicher Kritik.⁴⁵

III. Die Fluchtbewegungen der Jahre 2015/2016

Ab 2006 schien sich die Situation zu verbessern: Dafür war nicht nur eine gewisse internationale Entspannung verantwortlich, sondern gerade die EU-Integration sollte sich diesbezüglich positiv auf die Asyl- und Flüchtlingssituation in Österreich auswirken: Das Dublin-System mit der verfahrensrechtlichen Zuständigkeit des Erstbetretungslandes und die Osterweiterung führten dazu, dass Österreich nur mehr im Ausnahmefall für Asylverfahren zuständig war.⁴⁶ Dies änderte sich allerdings mit dem Ausbruch des Bürgerkriegs in Syrien ab 2011, der dazu führte, dass die Staaten an den Außengrenzen der EU vielfach ihre Zuständigkeiten aus dem Dublin-Recht nicht mehr wahrnahmen: Die Ära des «Durchwinkens» begann. Im Jahr 2015 erreichte die Zahl der Anträge mit 88.340 einen Höchststand. In der Folge wurden weitere Verschärfungen des Asylrechts angedacht und z.T. auch umgesetzt.

Im Jahr 2015, auf dem Höhepunkt der Flüchtlingskrise, wurde ein 5. Abschnitt «Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen» in das AsylG eingefügt. Damit wurde die Bundesregierung ermächtigt, mit Verordnung festzustellen, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung sowie der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet sind und auf dieser Grundlage Personenkontrollen anlässlich des Grenzübertritts zu veranlassen und eine «Obergrenze» in Bezug auf Anträge auf internationalen Schutz festzulegen.⁴⁷ Obwohl diese – in der Praxis nie umgesetzte – Regelung von Teilen der österreichischen Wissenschaft gutachterlich abgesegnet worden ist, verstößt sie ganz klar gegen die internationalen asylrechtlichen Verpflichtungen Österreichs.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. Sebastian Schumacher/Johannes Peyrl/Thomas Neugschwendtner, *Fremdenrecht*, 2012, S. 254.

⁴⁶ Vgl. NINA MERHAUT/VERENA STERN, *Asylum Policies and Protests in Austria*, in: S. Rosenberger et al. (Hrsg.), *Protest Movements in Asylum and Deportation*, 2018, S. 29-47 (36).

⁴⁷ Vgl. § 36 AsylG 2005.

⁴⁸ Vgl. PETER HILPOLD, *Unilateralism in Refugee law – Austria's Quota Approach Under Scrutiny*, in: 18 *Human Rights Review* 2017, S. 305-319, <https://link.springer.com/article/10.1007/s12142-017-0463-5>.

IV. Die aktuelle Situation: Das Wechselspiel zwischen Kommunitarismus und Kosmopolitanismus

In Österreich selbst stößt die aktuelle Situation auf massive Kritik. So wird im Jahrbuch für Asyl- und Fremdenrecht vom Oktober 2020 die bereits in den vergangenen Jahren diesbezüglich vorgebrachte Kritik wiederholt und dabei auf eine «unübersichtliche Rechtslage mit zum Teil wenig hilfreicher/richtungsweisender Judikatur der Höchstgerichte»⁴⁹, auf eine «eher restriktive Judikaturlinie unter konstanter Betonung der Notwendigkeit hinreichend konziser Feststellungen der Möglichkeit der Zurückweisung»⁵⁰, auf «Qualitätsmängel und ineffiziente Abläufe in der Verwaltung», auf eine «unzureichende personelle Ausstattung des auch nicht als Asylgericht konzipiert gewesenen BVwG»⁵¹ «bis hin zu allgemeinen strukturellen Herausforderungen, die mit einer derart hohen Zahl an Beschwerdeverfahren verbunden sind und nicht immer optimal gelöst scheinen»⁵², verwiesen.

Im Jahr 2019 wurde die Einrichtung einer «Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen» beschlossen, formalrechtlich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die auf zentraler Basis die Betreuung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden sowie die Durchführung einer unabhängigen und objektiven Rechtsberatung, einer qualitativ hochwertigen Rückkehrberatung sowie die Gewährleistung umfassender Übersetzungs- und Dolmetschleistungen erbringen sollte.⁵³ Diese Leistungen waren in der Vergangenheit überwiegend von sozialkaritativen Verbänden (insbesondere Caritas und Rotes Kreuz) gegen Kostenersatz durch den Bund erbracht worden. Diese Reform stieß auf massive Kritik, da institutionell und aufgabenbezogen zahlreiche Interessenskonflikte geortet wurden.⁵⁴

Am BFA wird immer wieder die hohe Fehlerquote der Entscheidungen – mit nachfolgender Aufhebung durch das Bundesverwaltungsgericht – kritisiert.⁵⁵

⁴⁹ CHRISTIAN FILZWIESER, Asyl- und Fremdenrecht, Jahrbuch 2020, S. 7-12 (8).

⁵⁰ *Ibid.*, S. 9.

⁵¹ *Ibid.*, S. 8.

⁵² *Ibid.*, S. 8.

⁵³ BGBl I 2019/53.

⁵⁴ Vgl. dazu bspw. LUKAS GAHLEITNER-GERTZ, BBU: Vergiftetes Erbe, Asylkoordination: «Die Beendigung der gesetzlichen Rechtsberatung durch NGOs war zweifellos die Hauptmotivation für die Verstaatlichung. Die Beziehung zwischen ARGE und BMI war stets konfliktiv. Während die durch Betroffene geäußerte Kritik an der oft mangelhaften Qualität der Beratung des VMÖ nie abbriss, fiel die hohe Erfolgsquote der Beschwerden durch die ARGE gegen Bescheide des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA) auf [...]»: <https://asyl.at/support/info/news/bundesagenturfuerbetreuungs-undunterstuetzungsleistungen/>.

⁵⁵ Vgl. CLEMENS LAHNER, Die absurd hohe Fehlerquote des Amtes für Fremdenwesen und Asyl, in: Der Standard v. 10.12.2020, <https://www.derstandard.at/story/2000122205034/die-absurd-hohe-fehlerquote-desbundesamts-fuer-fremdenwesen-und-asyl>.

International profiliert sich die österreichische Regierung durch eine Wortführerschaft für eine rigidere Aufnahmepolitik und trifft dabei durchaus den vorherrschenden Ton in Europa und auch international. Die Ablehnung des UN-Migrationspaktes 2018 hat Österreich viel Kritik eingetragen. Die rechtliche Begründung, dass dieser Pakt nicht einfach als *soft law* abgetan werden kann, sondern langfristig durchaus geeignet ist, Weichen zu stellen und Verpflichtungen zu schaffen, ist allerdings dogmatisch nicht einfach als verfehlt abzutun, sondern hat durchaus Substanz.⁵⁶ Der aktuelle Vorschlag der EU-Kommission für einen «Migrationspakt», der wohl für viele enttäuschend ausgefallen ist, verleiht im Grunde nur einer generellen Haltung in Europa und weit darüber hinausgehend Ausdruck, wonach die Aufnahmebereitschaft der Staaten nachlässt und breite Teile der Bevölkerung eine rigidere Einwanderungspolitik befürworten.⁵⁷

Wie gezeigt, weist das österreichische Asyl- und Fremdenrecht zahlreiche Unzulänglichkeiten und rechtsstaatlich problematische Einfärbungen auf. Wie in einer sehr gediegenen Untersuchung schon im Jahr 2010 festgestellt worden ist, werden in der österreichischen Einwanderungs- und Asylpolitik prohibitive und restriktive etatistische Interessen über humanitäre Zielsetzungen gestellt.⁵⁸ Teilweise wurden sogar rechtlich unhaltbare Beschränkungsoptionen gutachterlich abgesegnet.⁵⁹ Was diese Tendenzen anbelangt, steht die österreichische Situation in vielem aber nur im Gleichlauf mit europaweiten, internationalen Entwicklungen, die Flüchtlingen und Asylwerbern gegenwärtig einen schweren Stand verschaffen. Die Fluchtbewegungen nehmen zu, aber die Aufnahmebereitschaft der wohlhabenden Staaten geht zurück. Dabei ist die Haltung breiter Teile der Bevölkerung, die sich einer weiteren Zuwanderung widersetzt, nicht nur als kaltblütiger

⁵⁶ Vgl. PETER HILPOLD, Opening up a new chapter of law-making in international law: The 2018 Global compacts on Migration and Refugees, in: 27 European Law Journal 1/2021, S. 1-20, Link: [eulj.12376?af=R](https://doi.org/10.1017/etj.2021.1).

⁵⁷ Vgl. zu dieser Diskussion auch den informativen Beitrag von CONSTANTIN HRUSCHKA, Verwaltungsmonster zur Abwehr von Flüchtlingen, LTO, 4.5.2018, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/plaene-reform-gemeinsames-europaeisches-asylsystem-verteilung-sichereherkunftslaender-fluechtlinge/>.

⁵⁸ Vgl. FUNK/STERN, a.a.O. (Fn. 8).

⁵⁹ So in Bezug auf eine mögliche «Quotenregelung» für Flüchtlinge – während weder die Genfer Flüchtlingskonvention noch das GEAS solche Beschränkungen zulassen. Vgl. dazu im Detail PETER HILPOLD, Quotas as an Instrument of Burden-Sharing in International Refugee Law – The Many Facets of an Instrument Still in the Making, in: 15 International Journal of Constitutional Law 2017, 4/2017, S. 1188-1205; DERS., Unilateralism in Refugee law – Austria's Quota Approach Under Scrutiny, in: 18 Human Rights Review 2017, S. 305-319, <https://link.springer.com/article/10.1007/s12142-017-0463-5>; DERS., Die Genfer Flüchtlingskonvention 1951 – Reformbedarf angesichts der Flüchtlingskrise?, in: 14 Migralex 1/2016, S. 2-7. Die Unvereinbarkeit von Quotenregelungen mit dem geltenden System des Flüchtlings- und Asylrechts wird sehr deutlich auch von STEPHAN BREITENMOSER, Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, in: VVDS, Bd. 56, 2017, S. 9-48 (39), herausgearbeitet.

Egoismus bzw. als Fremdenfeindlichkeit abzutun.⁶⁰ Gerade geringer qualifizierte Schichten fürchten sich nicht völlig zu Unrecht vor einem Verdrängungswettbewerb auf dem Arbeitsmarkt; sozial Schwache vor einem härteren Wettkampf um knappe Sozialleistungen. Die politischen Parteien reagieren entsprechend im Kampf um Wählerstimmen. «Konservative» Gruppierungen, die eine restriktive Aufnahmepolitik betreiben wollen, sind auf dieser Grundlage im Aufwind.⁶¹ Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass die europäischen Staaten ungleich belastet werden.

Das System der Flüchtlingskonvention und auch das GEAS sind unvollständig in dem Sinne geblieben, dass diese Regelungen keinen Verteilungsmechanismus vorsehen und in der Folge die Staaten an den Außengrenzen der EU die übermäßige Belastung aufgrund des Erstzutrittslandsprinzips nicht weiter hinzunehmen gewillt sind. Wenn der enorme zivilisatorische Fortschritt, der mit der Genfer Flüchtlingskonvention erreicht worden ist, gerettet werden soll, wird man bestrebt sein müssen, echte Verfahren und Mechanismen internationaler Solidarität zu aktivieren, und zwar auf universeller Ebene. Wie mittlerweile in der führenden international-rechtlichen Literatur sehr deutlich hervorgehoben wurde, sind die Defizite im internationalen Flüchtlingsrecht auch darauf zurückzuführen, dass übersehen wurde, dass auch die Bevölkerung in den Aufnahmeländern Rechte hat, die zu verteidigen sie berechtigt ist.⁶²

Wenn Österreich international für seine rigide Haltung in der Kritik steht, so ist zu berücksichtigen, dass mittlerweile eine Reihe von europäischen Staaten eine ähnliche Position einnimmt. Es besteht damit die Gefahr, dass zwar nach außen hin an sehr großzügig formulierten Regelungen festgehalten wird, diese aber *de facto* nicht beachtet bzw. gezielt konterkariert werden. Es werden Hoffnungen geschaffen, die nicht erfüllt werden können – mit einer breiten Diskrepanz zwischen formalem Versprechen und ihrer realen Einhaltung. Letztlich mindert dies auch das Vertrauen in internationale Regelungssysteme insgesamt.

Die Migrationsdebatte in Europa⁶³ – und im Kleinen in Österreich – ist letztlich Ausdruck einer viel breiteren Diskussion, die auf höherer Abstraktionsebene im Streit zwischen kommunitaristischen und kosmopolitischen Positionen ihren Ausdruck findet. Dieser Streit mag eher auf akademischem Boden bekannt sein, er spiegelt aber dennoch sehr gut die realen Konflikte wider. Während Vertreter kos-

⁶⁰ Vgl. dazu auch CHRISTIAN GSODAM, Migration und Europäische Union: Multi-Level-Governance als Lösungsansatz – Einführung, in: Peter Bußjäger/Christian Gsodam (Hrsg.), Migration und Europäische Union: Multi-Level-Governance als Lösungsansatz, 2020, S. 3-45.

⁶¹ Vgl. OLIVER GRUBER, Campaigning in radical right heartland, The politicization of immigration and ethnic relations in Austrian general elections 1971-2013, 2014. Diese von GRUBER 2014 beschriebene, als eher isoliert auf Österreich und die Schweiz bezogene Entwicklung, hat mittlerweile eine viel breitere Dimension angenommen.

⁶² Vgl. dazu SATVINDER SINGH JUSS (Hrsg.), Research Handbook on International Refugee Law Preview, 2019.

⁶³ Vgl. dazu auch umfassend BREITENMOSER, a.a.O. (Fn. 59).

mopolitischer Ansätze eine «Weltgesellschaft» im Auge haben, in der es keine Staatsgrenzen mehr gibt, und den Staaten das Recht absprechen, Grenzkontrollen durchzuführen,⁶⁴ sind Anhänger der kommunitaristischen Position der Auffassung, dass die menschliche Würde am besten innerhalb von souveränen Staaten verteidigt werden kann, was auch das Fortbestehen von Grenzen voraussetzt.⁶⁵

Es wird wohl verstärkter universeller Anstrengungen – einschließlich der Einführung umfassender Solidaritätsmechanismen⁶⁶ – bedürfen, damit auf nationaler Ebene Ängste abgebaut werden können und dem Schutzanliegen, das 1951 in der internationalen Flüchtlingskonvention so weitblickend ausformuliert worden ist und an dem im Sinne des großen zivilisatorischen Fortschritts, der damit verbunden ist,⁶⁷ auch unbedingt festgehalten und ihm auch wirksam Rechnung getragen werden kann.⁶⁸

V. Schlussfolgerungen

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Haltung Österreichs zu Fragen des Fremden- und Asylrechts in den vergangenen Jahren von zahlreichen Standpunkten gekennzeichnet war, die zu hinterfragen sind und die international auch zu erheblicher Kritik führten. Gleichzeitig wäre eine Brandmarkung Österreichs aber verfehlt, denn in vielem spiegeln diese Positionen auch die Vielschichtigkeit und Ambivalenz der zugrundeliegenden Problematik wider. Sie sind zudem auch Reflex des Umstandes, dass die Europäische Union selbst noch keine überzeugende und vor allem auch einheitliche Position in dieser Frage gefunden hat.

⁶⁴ Vgl. bspw. JOSEPH CAREN, *The Ethics of Immigration*, New York 2013, S. 10 und Kapitel 11.

⁶⁵ Vgl. bspw. JOHN RAWLS, *The Law of People*, 1999, bzw. MICHAEL IGNATIEFF, *The Return of Sovereignty*, in: *The New Republic*, 16.2.2012, S. 28. Aus ökonomischer Sicht P. COLLIER, *Exodus: How Migration is Changing Our World*, 2013, S. 61. Diese Positionen werden im Detail im Beitrag von MARK R. AMSTUTZ, *Political Theory, Christianity, and Immigration: The Role of Cosmopolitanism and Communitarism*, in: Stephan Mückl (Hrsg.), *Migration und Solidarität – Migration and Solidarity*, 2020, S. 11-24, beschrieben.

⁶⁶ Vgl. zu dieser Thematik auch PETER HILPOLD, *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the ‘Islands of Solidarity’ with Particular Regard to Monetary Union*, in: *34 Yearbook of European Law* 2015, S. 257-285.

⁶⁷ Vgl. dazu auch GILBERT GORNIG, *Refugees, including UNHCR*, in: Wolfrum, Rüdiger (ed.), *United Nations: Law, Policies and Practice*, 1995, S. 1025-1039. Vgl. auch DERS., *Das «non-refoulement»-Prinzip, ein Menschenrecht in statu nascendi*, Auch ein Beitrag zu Art. 3 Folterkonvention, in: *18 Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 1986, S. 521-529.

⁶⁸ Vgl. dazu auch die treffende Bemerkung von ZYMUNT BAUMAN: «I don’t believe there is a shortcut solution to the current refugee problem. Humanity is in crisis – and there is no exit from that crisis other than the solidarity of humans.» ZYMUNT BAUMAN, *The refugee crisis is humanity’s crisis*, in: *New York Times* v. 2.5.2016, zitiert nach JASON HART, *Humanitarianism in principle and practice*, in: Emma Carmel et al. (Hrsg.), *Handbook on the Governance and Politics of Migration*, 2021, S. 98-109 (107).

Aus Österreich kommen immer wieder wertvolle Anregungen zur Neugestaltung des Fremden- und Asylrechts bzw. zum Überdenken etablierter Positionen in diesem Bereich.⁶⁹ Der von der im Frühjahr 2021 eingerichteten Kindeswohlkommission unter dem Vorsitz von IRMGARD GRISS im Juli 2021 vorgelegte Abschlussbericht ist kritisch ausgefallen, enthält aber viele Anregungen – gerade im asyl- und fremdenrechtlichen Bereich –, die teilweise bereits Umsetzung erfahren haben und die auch international Maßstäbe setzen.⁷⁰

Die Zahl der Anträge auf internationalen Schutz steigen wieder rasant an;⁷¹ die Ereignisse in Afghanistan⁷² und in der Ukraine sind maßgebliche Ursachen dafür, sie sind aber nicht die einzigen.⁷³ Immer deutlicher wird, dass Lösungsansätze für diese Herausforderungen die Wahrnehmung einer globalen Verantwortung unter Berücksichtigung der Interessen der eigenen Bevölkerung voraussetzen. Dieser schwierige Balanceakt muss national versucht und international eingefordert werden.

⁶⁹ Siehe letzthin den Bericht von STEPHANIE KRISPER, , Safe third countries for asylum seekers, Parlamentarische Versammlung des Europarats, Doc. 15592 v. 7.7.2022.

⁷⁰ Kritisch dazu allerdings die Kommissionsvorsitzende selbst, die bemängelt, dass allein «Unterpunkte» umgesetzt worden seien und gerade in der Asylgesetzgebung das Kindeswohl nur unzureichend Berücksichtigung finde (bspw. was unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sowie die kindgerechte Behandlung bei Abschiebungen anbelangt). Vgl. «Tiroler Tageszeitung» v. 14.7.2022, S. 11.

⁷¹ Vgl. CHRISTIAN FILZWIESER/LIOBA KASPER, Analyse der (rechtlichen) Entwicklungen im österreichischen Asyl- und Fremdenwesen von Mitte 2021 bis Mai 2022, in: Asyl- und Fremdenrecht – Jahrbuch 22, NWV, 2022, S. 7-22 (7).

⁷² Siehe dazu PETER HILPOLD, The Responsibility to Rebuild, Transitional Justice, and Afghanistan – A debacle as a consequence of the denial of ownership (im Erscheinen).

⁷³ Man denke bspw. nur an die Klimakrise, die ebenfalls zu weiteren internationalen Wanderbewegungen führen dürfte.

- **Schengen- und Dublin-Weiterentwicklungen als rechtsstaatliche Herausforderung in der Schweiz**
Markus H.F. Mohler
- **Aussenpolitische und völkerrechtliche Verantwortungen der Schweiz im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem**
Rainer J. Schweizer
- **Le sauvetage des migrants en Méditerranée**
Giuseppe Cataldi
- **Die Anwendung des Schengener Abkommens in Polen**
Wladyslaw Czaplinski
- **Das österreichische Fremden- und Asylrecht**
Peter Hilpold
- **La procédure Dublin et le droit d'asile en France**
Hélène Raspail
- **Schengen-Evaluierung**
Alberto Achermann
- **La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en matière de transferts Dublin : morceaux choisis**
Jean-Pierre Monnet
- **Les droits fondamentaux à l'épreuve des mesures prises aux frontières en temps d'épidémie**
Gregor T. Chatton/Oliver Collaud/Noémie Gonseth
- **La protection des données à caractère personnel dans la coopération Schengen : (ré-)concilier les pratiques suisses et de l'UE grâce aux droits fondamentaux ?**
Stéphanie U. Colella
- **Rechtszersplitterung im Polizeirecht des Bundes am Beispiel des Schengen-Datenschutzgesetzes**
Selma Duc/Adrian Lobsiger
- **Grenzschiessungen und Push-Backs unter dem Aspekt der Menschenrechte**
Dagmar Richter
- **Schengen-rechtliche Anforderungen an die Datenschutzaufsicht**
Beat Rudin
- **Verantwortungsteilung im Dublin-Raum – aktueller Stand und Entwicklungsperspektiven**
Constantin Hruschka/Nula Frei
- **Der Vorschlag für eine Neufassung der Rückführungsrichtlinie von September 2018 – Auswirkungen auf den Asylbereich**
Sarah Progin-Theuerkauf
- **The concept of refugee in the 1951 Convention, the ECHR and EU Law – Challenges and Opportunities**
Margarite Zoetewij

Dike Verlag, Zürich/St. Gallen



Nomos Verlag, Baden-Baden



Facultas Verlag, Wien

