

Teil I

Grundlagen: Asylrecht, theoretischer Rahmen, Methoden

Der Wirklichkeitsnachbau des Rechts ist defizitär.

Rainald Goetz²⁹

29 Das Recht ist die Niederlage der Vernunft. Rainald Goetz im Interview mit Thomas Steinfeld, Süddeutsche Zeitung vom 28. Dezember 2012, online: <https://www.sueddeutsche.de/kultur/rainald-goetz-im-interview-wie-ein-stumpfer-automat-1.1559814>.

2. Schutz suchen, Schutz vergeben: Die Rechtsgrundlagen des internationalen Schutzes

So falsch die Aussage empirisch ist, so zutreffend ist sie völkerrechtlich: Migration ist die Ausnahme von einer Regel. Diese Regel lautet in ihrer einfachsten (und gerade in dieser Einfachheit wirkmächtigen) Form: Souveräne Staaten haben das Recht, den Zugang zu ihrem Territorium zu begrenzen. Das Prinzip souveräner Territorialstaaten bildete sich im 17. Jahrhundert mit dem Westfälischen Frieden heraus und erfuhr ab dem 18. Jahrhundert eine zunehmende globale Verrechtlichung (Vries/Spijkerboer 2021: 293 ff.). Dies geschah insbesondere durch Europas „Unterwerfung der Welt“ (Reinhard 2016): Für Kolonialismus und Imperialismus war die Souveränitätslogik konstitutiv, indem die vermeintlich ‚zivilisierten‘ Staaten sie sich exklusiv selbst zuschrieben und damit die politische und territoriale Einverleibung großer Teile der restlichen Welt legitimierte (Achiume 2019: 1536). In Kapitel 2.1 verorte ich deshalb den internationalen Schutz³⁰ im Spannungsfeld zwischen staatlicher Souveränität und einem Menschenrechtsparadigma, das eine enge Auslegung des Prinzips nationalstaatlicher Souveränität relativiert, indem schutzbedürftigen Individuen Rechtsansprüche zukommen.

Darauf aufbauend erläutere ich die rechtlichen Grundlagen der Schutzstatus sowie des Verfahrensrechts. Seine Dynamik und Komplexität machen es notwendig, dass auch eine sozialwissenschaftliche Arbeit das geltende Recht mehr als nur oberflächlich erfassen muss. Nicht, um es absolut zu setzen oder zum normativen Ausgangspunkt zu (v)erklären, sondern um es als empirischen Gegenstand zu beobachten, ohne dabei die „analytische Distanz“ (Scherr/Scherschel 2019: 15) zu rechtlichen Kategorien aufzugeben (vgl. auch Crawley/Skleparis 2017: 50 ff.). Aufgrund der Offenheit

30 Der Begriff ‚*Internationaler Schutz*‘ markiert sowohl, dass eine Person außerhalb ihres Herkunftslandes Schutz sucht als auch, dass internationales Recht die Quelle der Schutzgewährung ist. Er dient im Folgenden als Sammelbezeichnung für sämtliche Schutzstatus, die im Rahmen eines Asylverfahrens oder durch die Anerkennung ganzer Gruppen vergeben werden. Auch das nationale Abschiebungsverbot ist als Schutz vor Gefahren im Herkunftsstaat, der sich aus internationalen Menschenrechtsnormen ableitet, von dieser Definition umfasst (vgl. auch Schieber 2013: 235). Den Begriff ‚Asylrecht‘ beziehe ich ebenfalls auf alle Schutzstatus.

abstrakter Normen wäre eine Beschränkung auf den gesetzlichen Wortlaut unzureichend. Vielmehr gilt es, die mit dieser Offenheit einhergehende dynamische Entwicklung des Rechtsgebiets in den letzten Jahrzehnten zu erfassen. Das bedeutet, die internationale und nationale Rechtsprechung und die daran anknüpfenden Diskurse der Rechtswissenschaft zu berücksichtigen, also die Dogmatik des Asylrechts, die die Diskrepanz zwischen veraltetem Gesetz und aktueller sozialer Lage „überspiel[t]“ (Esser 1970: 93).³¹ Es geht dabei nicht um eine in die letzten Details dieser Dogmatik ausdifferenzierte Darstellung der Schutzstatus.³² Stattdessen stelle ich die Logik des materiellen Flüchtlingsrechts und des Verfahrensrechts in Grundzügen vor mit dem Ziel eines rechtswissenschaftlich gehaltvollen Überblicks, ohne zugleich Anspruch auf dogmatische Vollständigkeit zu erheben. Durch eine detaillierte Darstellung der Schutzstatus wird es außerdem möglich, weitere für die Analyse wichtige Detailfragen herauszuarbeiten, die sich erst durch einen vertieften Blick in die Rechtsmaterie ergeben.

Nach einer Einführung in die historischen Hintergründe der Entstehung des modernen völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs und des konstitutionellen Asylrechts in Deutschland in Kapitel 2.2 zeichne ich die dynamische Entwicklung des Asylrechts entlang der Schutzstatus nach. Diese Entwicklung ist in stetem Fluss und die Darstellung deshalb eine Momentaufnahme. Grundzüge und Entwicklungslinien lassen sich dennoch herausarbeiten. Neben dem Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) (Kapitel 2.3) haben sich mit dem subsidiären Schutz (Kapitel 2.4) und dem nationalen Abschiebungsverbot (Kapitel 2.5) komplementäre Schutzstatus entwickelt, die die rechtlich anerkannten Fluchtgründe erweitern durch eine sukzessive Verschiebung des Fokus von der Ursache einer Menschenrechtsverletzung hin zu deren Schwere. Da die Entscheidungspraxis zu Abschiebungsverboten zu einem neuen Schutzverständnis abseits der verfolgungs- und damit akteursfixierten Flüchtlingseigenschaft geführt hat und weil diese Entwicklung in der Literatur im Vergleich zu den anderen Schutzstatus deutlich weniger Beachtung findet, stelle ich sie im Folgenden detaillierter dar. Ich diskutiere deshalb erst die Rechtsprechung des EGMR, von der diese Entwicklung ausgeht, und erläutere auf dieser Grundlage das Abschiebungsverbot im deutschen Recht.

31 Zum Begriff ‚Dogmatik‘ siehe Kapitel 3.1.

32 Siehe dazu Dietz 2017; Goodwin-Gill/McAdam 2007; Hathaway/Foster 2014; Marx 2020; Tiedemann 2019.

Neben der Ausdifferenzierung verschiedener Schutzstatus bzw. ihrer jeweiligen Weiterentwicklung bilden die verfahrensrechtlichen Normen den zweiten Kernaspekt der Systematisierung der Asylgewährung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts (Burson 2021: 575). Während das materielle Recht definiert, wer nach dem Gesetz schutzberechtigt ist, regelt das Verfahrensrecht das *Wie* der Asylentscheidung. Neben der Regelung der institutionellen Zuständigkeiten gehören dazu insbesondere die beweisrechtlichen Maßstäbe (Kapitel 2.6). Die Asylentscheidung beruht in aller Regel auf einer unsicheren empirischen Grundlage und bezieht sich als Prognoseentscheidung auf eine unsichere Zukunft. Das Verfahrensrecht hat die Aufgabe, diese doppelte Unsicherheit einzuhegen und trotz dieser eine Entscheidung zu ermöglichen. Die verfahrensrechtlichen Grundlagen sind deshalb auch zentral für die Frage nach Ermittlung und Verwendung von Herkunftslandinformationen, da sie festlegen, wer welches Wissen ermittelt und wie viel Wissen ausreicht, um entscheiden zu können.

Auf dieser Grundlage erläutere ich die Rechtsfolgen der verschiedenen Schutzstatus (Kapitel 2.7) und schließe mit der knappen Diskussion der Einteilung von Schutzsuchenden in verschiedene Status und die mit ihr einhergehende Hierarchisierung verschiedener Menschenrechtsverletzungen und Rechtsfolgen (Kapitel 2.8).

2.1 Internationaler Schutz im Spannungsfeld zwischen staatlicher Souveränität und Menschenrechten

Demokratiethoretisch geht Souveränität mit der Idee kollektiver Selbstbestimmung einher: Eine demokratisch verfasste Gemeinschaft gibt sich selbst Gesetze, die die Mitglieder binden und außerdem die Zugehörigkeit zu dieser Gemeinschaft definieren (Achiume 2019: 1524).³³ Exklusion ist danach ein notwendiges Mittel territorialer und politischer Integrität eigenständiger Staaten. In kritischer Distanz zu dieser Vorstellung nationalstaatlicher Souveränität spricht Cathryn Costello (2015: 10) von einer „statist control assumption“, die dafür Sorge, dass der Ausschluss von ‚Fremden‘ scheinbar keiner weiteren Rechtfertigung bedürfe. Souveränität wird so zum maßgeblichen Legitimationsinstrument umfassender Maßnahmen der

33 In der philosophischen Debatte um globale Bewegungsfreiheit wird der kollektiven Selbstbestimmung ein Recht auf individuelle Selbstbestimmung entgegenstellt, aus der sich ein grundlegendes Recht auf internationale Mobilität ableiten lässt (Carens 1987; Cassee 2016).

Migrationskontrolle oder, euphemistischer, der Migrationssteuerung und des Migrationsmanagements (Geiger/Pécoud 2010, 2012). Diese Kontrolle umfasst etwa die Erweiterung von Grenzregimen bis in Regionen fern der Zielstaaten von Migrant:innen, umfangreiche Abwehrmaßnahmen an den direkten Landesgrenzen oder die Forcierung von Ausweisung und Abschiebung derer, die sich ohne Bleiberecht auf dem Territorium aufhalten. Die damit einhergehende Logik, dass jegliche Zuwanderung eine zu legalisierende Ausnahme darstellt, ist tief in das Aufenthaltsrecht eingeschrieben. Dieses Recht „etabliert ein Verbot der Migration als allgemeine Regel, und errichtet zugleich ein System, nach dem Ausnahmen von der Regel gewährt werden“ (Bast 2020: 21), nämlich als System verschiedener Aufenthaltsw Zwecke, Erteilungsvoraussetzungen und, im Ergebnis, differenzierter Aufenthaltsstatus, mit denen je spezielle Rechte und Pflichten einhergehen.

Der Aufenthalt aus humanitären Gründen ist einer dieser Aufenthaltsw Zwecke. Im Unterschied zu anderen Aufenthaltsw Zwecken, beispielsweise der Erwerbstätigkeit oder der Ausbildung, handelt es sich um die Folge des nach dem Zweiten Weltkrieg entstandenen menschenrechtlichen Paradigmas im Migrationsregime, das die enge Auslegung des Prinzips nationalstaatlicher Selbstbestimmung durch eine Anerkennung von Rechtsansprüchen von Individuen relativiert, die ihnen unabhängig der Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft zukommen (Sassen 1996: 95). Damit ist das sogenannte liberale Paradoxon einer auf menschenrechtlichen Ansprüchen basierenden Zuwanderungsrechts markiert: Staatliche Souveränität und die Anerkennung individueller Freiheiten sind Grundprinzipien liberaler Staaten, begrenzen einander aber (Johannesson 2018). Menschen, auch ‚Fremde‘, werden als Rechtssubjekte anerkannt, die ihre individuellen Rechte einklagen können. Das Menschenrechtsparadigma stellt einer statischen Vorstellung der Migrationskontrolle ein „Migrationssteuerungsbegrenzungsrecht“ (Bast 2012: 167) entgegen.

Der Flüchtlingsstatus als Rechtsanspruch bildet damit eine „ausgleichende Ausnahme“ (Schmalz 2020a: 68, vgl. auch Costello 2015: 10) von der Logik territorialer Begrenzung. Ein vom Menschenrechtsparadigma gedecktes Asylregime führt allerdings nicht zur Auflösung staatlicher Souveränität, sondern setzt eine internationale Ordnung aus souveränen Nationalstaaten vielmehr voraus (Malkki 1995: 502). Die Entscheidung zur Begrenzung der Souveränität ist selbst ein souveräner Akt, ebenso wie die genaue Ausgestaltung des Asylregimes: „Indem die rechtliche Definition des Flüchtlings eng gefasst wird, betonen Staaten auch ihre Souveränität darüber, wem und in

welchem Maße Zugang und Rechte gewährt werden“ (Schmalz 2015: 399). Damit bleibt das Asylregime der Logik nationalstaatlicher Souveränität verpflichtet (Achiume 2019: 1515 ff.; Kleist 2018: 176; Noiriël 1994: 298; Schmalz 2015: 398). Staatliche Souveränität wird im Kontext universellen Menschenrechtsschutzes aber nicht nur theoretisch, sondern ganz praktisch aufrechterhalten, wie beispielsweise die Rechtsprechung des EGMR verdeutlicht, der seine Migrationsfragen betreffenden Entscheidungen in aller Regel mit Ausführungen zum Recht der Staaten einleitet, über den Zugang zu ihrem Territorium entscheiden zu dürfen.³⁴ Auch eine Institution, dessen Hauptaufgabe die Überwachung der Umsetzung universaler Menschenrechte ist, geht also von deren Relativierung im Rahmen des Rechts auf staatliche Souveränität aus, um erst von dort über ihre Einhaltung zu richten.

Das Menschenrechtsparadigma ist für den Flüchtlingsschutz auf zwei sich überlappenden Ebenen konstitutiv: Auf der ersten, grundlegenden Ebene hat der völkerrechtlich verankerte Schutz selbst die Form eines Rechtsanspruchs. Zwar beinhaltet die GFK als zentrales Instrument des internationalen Asylregimes kein explizites Recht *auf* Asyl. Der überwiegende Teil ihrer Normen regelt das Recht *im* Asyl, also die Teilhaberechte von Flüchtlingen im Aufnahmestaat (Münch 1992: 15; Schönhagen 2023: 89). Nach dem Zweiten Weltkrieg war es das Ziel der GFK, Staatenlosigkeit zu verhindern und Flüchtlinge rechtlich nicht als Außenseiter:innen zu positionieren, weshalb ihnen durch die Konvention Rechte im Aufnahmestaat zukommen, die sie mit anderen Ausländer:innen oder sogar Staatsbürger:innen gleichsetzen. Grundsätzlich hat die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ohnehin nur deklaratorischen Charakter (Goodwin-Gill/McAdam 2007: 51; Hathaway/Foster 2014: 1). Damit ist gemeint, dass einer geflüchteten Person bereits vor einer administrativen Anerkennung bestimmte Rechte zukommen, diese also nicht erst nach einem (potentiell langwierigen) Asylverfahren greifen: „He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee“ (UNHCR 2019: Rn. 28). Dass die Flüchtlingseigenschaft nicht erst von einer Anerkennung in einem Asylverfahren abhängt, führt letztlich dazu, dass in der GFK durchaus ein konkreter Rechtsanspruch enthalten ist: Denn laut dem Refoulement-Verbot der Konvention darf niemand in Staaten abgeschoben

34 Z. B. EGMR (*N. /.* *Vereinigtes Königreich*), Urt. v. 27. Mai 2008 – 26565/05: Rn. 30. Siehe auch Costello 2016: 201; Dembour 2020: 241; Feihle 2021: 149.

werden, „in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde“ (Art. 33 Abs. 1 GFK). Dieses Verbot ist der „Archetyp einer individualrechtlich fundierten Beschränkung“ von Souveränität (Bast 2012: 164). Eine Ausweisung wird damit verhindert, solange ein Asylgesuch geprüft wird. Das deklaratorische Moment der GFK garantiert die Einreise zum Zweck des Verfahrens: Solange im Rahmen dieses Verfahrens keine gefahrlose Rückkehr nachgewiesen ist, ist eine Abschiebung rechtswidrig.³⁵ Die Verbindung von Refoulement-Verbot, den Kriterien der Statuserteilung und den Teilhaberechten der GFK macht das Flüchtlingsrecht zu einem stark positivierten Menschenrecht.

Auf einer zweiten Ebene bietet der Flüchtlingsschutz einen Ersatzschutz im Sinne einer „substitute protection“ (Hathaway/Foster 2014: 184): Er greift, wenn der Herkunftsstaat Menschenrechtsverletzungen nicht verhindert oder für diese selbst verantwortlich ist. Diese zweite Ebene betrifft also die Erteilungskriterien einer Flüchtlingseigenschaft. Im Asylrecht verbinden sich beide Ebenen: Internationaler Schutz ist ein Menschenrecht *auf* Schutz *vor* einer Verletzung der Menschenrechte. Auf der ersten Ebene durchbricht der Flüchtlingsschutz die statische Souveränitätsvorstellung einer rigiden Zuwanderungskontrolle, auf der zweiten Ebene nimmt die Entwicklung der Menschenrechte bzw. die Entwicklung dessen, was als Menschenrechtsverletzung verstanden wird, Einfluss auf die Anerkennung von Schutzgründen. Die Menschenrechte „bestäuben“ den Flüchtlingsschutz“ (Chetail 2014: 23; „gradual process of pollination“) und dynamisieren ihn dadurch (Foster 2016: 252; Markard 2015: 57; McAdam 2007: 8). Die Wandelbarkeit der Flüchtlingsdefinition der GFK ist ihre funktionale Voraussetzung; die Orientierung des Verfolgungsbegriffs an in-

35 Die meisten anderen Rechte der GFK, etwa das Recht auf Arbeitsmarktzugang oder einen Reisepass, greifen in der Regel erst nach administrativer Entscheidung über die Flüchtlingseigenschaft. Insofern bemerkt Tiedemann (2019: 134) treffend, dass eine Überbetonung des deklaratorischen Charakters der Flüchtlingseigenschaft ein falsches Bild erwecke, denn der Anerkennungsbescheid sei in seinen Auswirkungen eben durchaus konstitutiv, da ohne ihn die meisten Rechte, die mit einer Flüchtlingseigenschaft einhergehen, nicht geltend gemacht werden könnten. Darüber hinaus kommt es bereits im Verfahren zu vielseitigen Kategorisierungen und Diskriminierungen Schutzsuchender, man denke nur als die frühe Zuerkennung bestimmter Rechte für Menschen aus Staaten mit sogenannter guter Bleibeperspektive (Sperling 2022) oder an die Verweigerung dieser Rechte für Menschen aus sogenannten sicheren Herkunftsstaaten (Feneberg 2023a).

ternationalen Menschenrechten „ermöglicht eine dynamische Entwicklung des Verfolgungsbegriffs und führt zu dessen grundsätzlicher Zukunftsicherheit“ (Markard 2012: 147). Diese Dynamik verändert allerdings nicht nur den Flüchtlingsbegriff selbst, sondern hat ebenso zur Etablierung weiterer Schutzstatus geführt und bestimmt auch deren Entwicklung (McAdam 2021: 677, siehe dazu die folgenden Abschnitte). Der Asylentscheidungspraxis und namentlich den Gerichten kommt dabei die Rolle zu, im Spannungsfeld zwischen Zuwanderungskontrolle und Menschenrechtsschutz zu vermitteln (Costello 2015: 11) und damit die Menschenrechte für das Asylregime zu operationalisieren, indem sie sie auf konkrete Fälle oder Fallkonstellationen anwenden (Costello 2016: 184). Der internationale Schutz erfährt so einen kontinuierlichen Anschluss an sich wandelnde Realitäten.³⁶

Das Asylrecht im Spannungsfeld zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Determination entspricht paradigmatisch Dieter Grimms Bild des Rechts als „geronnene Politik“ (Grimm 1969: 502): Das positive Recht verfestigt fluide und historisch kontingente politische Prozesse und wird zum Träger politischer Inhalte. Die „Kraft des Rechts“ (Bourdieu 2019) liegt darin, dass es Realität durch Normierung schafft. Zugleich zeugt die dynamische Entwicklung des Asylrechts davon, dass die Metapher vom Recht als festem Aggregatzustand vorheriger Politik irreführend ist, denn auch das Recht bleibt fluide und wandelbar. Gesetze sind mit Gerichtsentscheidungen umgeben „wie mit Jahresringen“ (Braun 2020: 353). Normen sind deshalb nicht nur geronnene Politik, sondern ebenso geronnene Rechtspraxis bzw. Rechtsprechung, wenn Gesetzes-text wird, was die Gerichte lange schon als geltendes Recht interpretieren. Das Asylrecht ist voll von solchen wechselseitigen Gerinnseln, etwa bei der gesetzlichen Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgung Anfang der 2000er Jahre, die lange durch die Rechtspraxis vorbereitet wurde (siehe Abschnitt 2.3).

36 Diesen steten Wandel des „Realbereichs“ der Norm reflektiere ich in Kapitel 3.3 theoretisch.

2.2 Entstehung des internationalen und konstitutionellen Asylrechts nach 1945

Die Genfer Flüchtlingskonvention ist nicht das erste Instrument einer Verrechtlichung des Flüchtlingsschutzes, war aber bei ihrer Verabschiedung 1951 das bis dahin grundlegendste. Bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts hat die Flüchtlingspolitik (die nur selten mit einem Flüchtlingsrecht im modernen Sinn einherging) ad hoc auf größere Fluchtbewegungen reagiert, die staatliches Handeln erforderlich machten (Burson 2021: 570 ff.; Costello 2015: 174). Zwar kam es bereits im Frankreich des frühen 19. Jahrhunderts zur ersten allgemeinen Definitionen derer, denen Asyl gewährt werden sollte, einhergehend mit einer grundständigen Bürokratisierung des Verfahrens (Noiriel 1994: 24 ff.). Etwa ein Jahrhundert später fand sich im britischen *Aliens Act* von 1905 die frühe Version einer generellen Formulierung, dass eine religiöse oder politische Verfolgung zu Asyl berechtigt (Schmalz 2020: 68; Tiedemann 2020: 199 ff.). Erst die GFK aber führte zu einer *Generalisierung* des Flüchtlingsschutzes durch die Aufzählung bestimmter Verfolgungsgründe als allgemeine Tatbestände, die mit einer *Individualisierung* durch einzelfallzentrierte Asylverfahren in Aufnahmestaaten einherging.³⁷ Nach der Konvention ist ein Flüchtling eine Person, die

„(...) aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will (...)“ (Art. 1A Abs. 2 GFK).

Allerdings handelt es sich bei dieser Formulierung keinesfalls um eine Universalisierung internationalen Schutzes. Der Flüchtlingsbegriff der GFK ist ganz im Gegenteil stark auf die Furcht vor individueller Verfolgung zugeschnitten und verweist damit direkt auf seinen historischen Entstehungskontext, nämlich das Europa der Nachkriegszeit (Malkki 1995: 497; siehe auch Chimni 1998). Die Autor:innen der GFK hatten erstens die Gräueltaten der Nazis vor Augen und damit die Verfolgung von Menschen

37 Gruppenverfahren wurden durch die GFK nicht abgeschafft und sind global betrachtet auch nach 1945 die quantitativ wichtigere Entscheidungspraxis (Burson 2021; Durieux 2008). In der EU allerdings sind individuelle Verfahren das zentrale bürokratische Instrument des Asylsystems.

aufgrund individueller Wesensmerkmale. Zweitens und damit verbunden reagierte die GFK auf Fluchtbewegungen durch die politischen und territorialen Umwälzungen auf dem europäischen Kontinent nach 1945. Der Flüchtlingsbegriff der GFK ist damit ein „klassischer Fall von Eurozentrismus“ (Betts/Collier 2017: 18; detailliert: Krause 2021). Nicht nur war die Art der Verfolgung, die zu Flüchtlingsschutz führt, auf das Europa der Nachkriegszeit zugeschnitten, sondern die GFK erfasste (vorerst) nur Menschen, die infolge von Ereignissen vor 1951 geflohen waren, wobei Staaten, die den Vertrag unterschrieben, vorab festlegten, ob sie sich für sie diese Ereignisse nur auf Europa beschränkten oder auf „Europa oder anderswo“ (Art. 1B Abs. 1 GFK).³⁸ Erst mit dem Zusatzprotokoll von 1967 fielen die zeitlichen und geografischen Beschränkungen der GFK.³⁹ Am bis heute einschlägigen Verfolgungsbegriff der Konvention änderte das nichts.

Die ersten Jahre der Umsetzung der GFK zeigen eine deutliche politische Imprägnierung der Schutzzuerkennung (Schönhagen 2023: 83 ff.). So wurde die Konvention im Westen in erster Linie als Instrument der *soft power* im Kalten Krieg eingesetzt und vor allem politischen Dissident:innen aus dem Ostblock Schutz gewährt (Dauvergne 2016: 245; Karatani 2005: 328 f.; Poutrus 2019: 41 ff.).⁴⁰ Dazu wurde die zeitliche Beschränkung umgangen, indem etwa Flüchtlingen in Folge des Ungarischen Volksaufstandes 1956 Schutz gewährt wurde mit dem Argument, dieser Aufstand sei langfristig von der Machtübernahme der UdSSR in Ungarn und damit von Ereignissen vor 1951 verursacht worden (Poutrus 2019: 46).

Neben dem internationalen Schutz der GFK existiert in Deutschland seit 1949 ein weiteres Schutzregime in Form des konstitutionellen Asylrechts des Grundgesetzes. Während die GFK die internationale Reaktion auf das

38 Von den frühen Unterzeichnerstaaten entschied sich lediglich die Türkei für die explizite Begrenzung auf Europa, später kamen die Republik Kongo und Madagaskar hinzu (UN 2023).

39 Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967.

40 Bis Ende der 1970er Jahre betrug der jährliche Anteil der Asylanträge von Menschen aus dem sogenannten Ostblock zwischen 72 und 94 Prozent (Oltmer 2020: 24). Die politisch motivierte bevorzugte Anerkennung von Geflüchteten aus kommunistischen Ländern hielt bis zum Ende des Kalten Krieges und erstreckte sich in den 1980er Jahren etwa auch auf Geflüchtete aus dem von sowjetischen Truppen besetzten Afghanistan (Herbert 2001: 274). Die UdSSR lehnte die GFK grundsätzlich ab und erhob vielmehr die Forderung, dass ihre sich im Ausland befindlichen Bürger:innen zurückkehren sollten, was insbesondere von den USA abgelehnt wurde (Krause 2021: 608).

Menschheitsverbrechen des Zweiten Weltkriegs und den vom Dritten Reich begangenen Völkermord war, handelte es sich bei der schlichten Formulierung „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“ (Art. 16 Abs. 2 GG) um eine nationale Reaktion, wenngleich der Parlamentarische Rat ursprünglich lediglich Auslieferungsschutz von Ausländern und vor allem Schutz für Deutsche vor Augen hatte, die etwa in der sowjetischen Besatzungszone politisch verfolgt wurden (Herbert/Schönhausen 2020: 28; Münch 1992: 17 ff.). Diese Einschränkungen wurden letztlich zugunsten der knappen, aber weitreichenden Formulierung getilgt, was ab 1954, als die GFK in Deutschland in Kraft trat, zu einem nur schwer zu durchdringenden Nebeneinander von konstitutionellem und internationalem Flüchtlingsschutz führte (zum Folgenden: Tiedemann 2009⁴¹). Zwar wurden beide Status 1959 durch das Bundesverfassungsgericht einander angeglichen, allerdings waren die in der GFK geregelten Rechtsfolgen deutlich weitreichender als die des konstitutionellen Asylrechts. Die Auflösung der zeitlichen und räumlichen Beschränkung der GFK Ende der 1960er Jahre machte das Asylrecht des Grundgesetzes zunehmend obsolet. Allerdings erlebte es Anfang der 1980er Jahre eine Aufwertung durch das Bundesverfassungsgericht, indem es dessen Verfassungsrang (und damit die eigene Zuständigkeit) unterstrich im Vergleich zur lediglich einfachgesetzlichen Umsetzung (und damit der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit) des internationalen Flüchtlingsschutzes. Das Bundesverfassungsgericht legte das nationale Asylrecht außerdem weiter aus als den GFK-Schutz. Dem setzte das Gericht in der zweiten Hälfte der 1980er Jahre selbst ein Ende, indem es in einer Reihe von Entscheidungen verschiedene Aspekte der Asylschutzes einschränkte und damit wiederum enger als den GFK-Schutz fasste.

Allerdings wurde das konstitutionelle Asylrecht Anfang der 1990er Jahre auf eine noch grundsätzlichere Weise obsolet. Maßgeblich beeinflusst durch die asylfeindliche und rassistische Debatte der vorangegangenen Jahre trat im Juli 1993 der sogenannte Asylkompromiss und damit de facto die Abschaffung des konstitutionellen Asylrechts in Kraft.⁴² Dabei wurde die schlanke Formel „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“ in

41 Für die entsprechenden Entscheidungen von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht siehe ebd.

42 Für eine detaillierte Darstellung der öffentlichen Debatte, die mancherorts in einem „Enthemmungsprozess“ (Herbert 2001: 303) und pogromartigen Ausschreitungen mit zahlreichen Todesopfern gipfelte, siehe Herbert 2001: 296 ff.; Meier-Braun 2002: 71 ff.; Poutrus 2019: 161 ff.

einen neuen Art. 16a GG überführt und ergänzt um einen „monströse[n] Wortlaut“ (Voßkuhle 1994: 53) von vier zusätzlichen Absätzen, die dieses Recht umfassend marginalisierten, etwa für Bürger:innen aus sogenannte sicheren Herkunftsstaaten (Art. 16a Abs. 3 GG, siehe dazu Feneberg 2023a). Asyl nach dem Grundgesetz kann außerdem nicht mehr erhalten, wer über einen sicheren Drittstaat einreist (Art. 16a Abs. 2 GG), was die Asylgewährung nach dem Grundgesetz für Einreisen auf dem Landweg unmöglich machte. In der Folge brachen die Anerkennungszahlen für das konstitutionelle Asylrecht ein (Herbert 2001: 320). Heute wird der Status quasi nicht mehr vergeben, was aber aufgrund der mittlerweile gänzlich dem GFK-Schutz angeglichenen materiellrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen keine praktische Bedeutung hat.⁴³ In den 1990er Jahren war dieser Eingriff allerdings nicht nur als politisches Symbol, sondern auch für die Asylpraxis erheblich, da der internationale Schutz nach der GFK (der theoretisch schon damals hätte „einspringen“ können), wie beschrieben, von den Gerichten eng ausgelegt wurde. Die europäische Harmonisierung des Flüchtlingsrechts in den 1990er Jahren traf damit auf eine restriktive und von der internationalen Entwicklung abgekoppelte deutsche Entscheidungspraxis. Eine zunehmende Angleichung fand erst mit Verabschiedung der EU-Qualifikationsrichtlinie 2004 statt, der für die EU-Mitgliedsstaaten maßgeblichen rechtlichen Grundlage der Schutzgewährung, auf deren Details ich im Folgenden eingehe.

2.3 Verfolgung allein ist nicht genug: Die Flüchtlingseigenschaft

Der heutige Flüchtlingsbegriff entspricht in seinen Grundzügen dem Flüchtlingsbegriff der GFK. Deren Flüchtlingsdefinition findet sich wörtlich im Europarecht (Art. 2 Buchst. d) QRL) und dem deutschen Asylgesetz (§ 3 Abs. 1 AsylG). Flüchtling im Rechtssinne ist danach, wer im Ausland Schutz sucht vor einer landesweiten, zielgerichteten Verfolgung *wegen* einer bestimmten Eigenschaft, etwa der Religion oder der politischen Meinung. Damit sind die zentralen tatbestandlichen Komponenten der Flüchtlingseigenschaft benannt: Die Verfolgungshandlung (§ 3a Abs. 1

43 Tiedemann (2009: 167) kritisiert allerdings zurecht, dass es für einen auf Klarheit und Verständlichkeit basierenden Rechtsstaat nicht unerheblich ist, dass beide Status weiterhin parallel existieren und geprüft werden. Dies schaffe Verwirrung in einem ohnehin unübersichtlichen und sensiblen Rechtsgebiet.

und 2 AsylG), der Verfolgungsgrund (§ 3b AsylG) sowie deren Verknüpfung (§ 3a Abs. 3 AsylG), außerdem der Verfolgungsakteur (§ 3c Asyl) und zuletzt das Fehlen erstens von Akteuren, die Schutz bieten können (§ 3d AsylG), und zweitens einer Fluchtalternative innerhalb des Herkunftsstaates (§ 3e AsylG).⁴⁴

Unübersehbar kommt dem Begriff der Verfolgung zentrale Bedeutung zu. Als Verfolgungshandlung gelten sowohl einzelne, gravierende Menschenrechtsverletzungen als auch weniger schwere, dafür kumulativ auftretende Übergriffe. Verfolgungshandlungen müssen stets „zielgerichtet“ sein, sie müssen also von einem Akteur „absichtlich, fortdauernd oder systematisch ausgeführt werden“ (Europäische Kommission 2001: 22) und Betroffene direkt in einem Rechtsgut verletzen, etwa der körperlichen Unversehrtheit oder dem Leben.⁴⁵ Asylgesetz bzw. EU-Qualifikationsrichtlinie definieren Verfolgungshandlungen nicht näher und nennen stattdessen Regelbeispiele, die der Begriff umfasst, etwa die Anwendung physischer oder psychischer Gewalt oder unverhältnismäßige oder diskriminierende Strafverfolgung (§ 3a Abs. 2 AsylG).

Grundsätzlich sind die Menschenrechte der „Auslegungsmaßstab“ von Verfolgungshandlungen (Open-Mathey 2021: 106). Der Entstehungskontext der GFK führte dazu, dass für den Flüchtlingsschutz in erster Linie die Verletzung politischer und bürgerlicher Rechte im Mittelpunkt standen, also klassische liberale Freiheitsrechte wie das Recht auf Leben, die Religionsfreiheit, das Recht auf körperliche Unversehrtheit oder die Meinungsfreiheit. Dieses Verständnis ist noch immer vorherrschend und prägt auch Jahrzehnte später die Konkretisierung des Verfolgungsbegriffs in der EU-Qualifikationsrichtlinie, die als schutzrelevante Verfolgungshandlungen eine Verletzung der zentralen Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1950 nennt, die explizit bürgerliche und politische Rechte zum Gegenstand hat (Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) QRL). Einem solchen auf Freiheitsrechte reduzierten Verfolgungsbegriff wird vorgeworfen, andere schutzrelevante Menschenrechtsverletzungen zu ignorieren, namentlich die Verletzung sozioökonomischer Menschenrechte (Foster 2007; Open-Mathey 2021). Dazu gehört beispielsweise das Recht auf soziale Sicherheit, auf einen angemessenen Lebensstandard oder auf Bildung. Unabhängig vom Flüchtlingsschutz gelten heute sowohl die im UN-Zivil-

44 Darüber hinaus dürfen keine Ausschlussgründe vorliegen, siehe § 3 Abs. 2 AsylG.

45 Siehe auch BVerwG Urt. v. 19. Januar 2009 – 10 C 52/07: Rn. 22.

pakt⁴⁶ festgeschriebenen bürgerlichen und politischen Rechte als auch die sozioökonomischen Rechte des UN-Sozialpakts⁴⁷ als fester Bestandteil des internationalen Menschenrechtsregimes mit gleicher Bindungskraft (Foster 2007: 17 ff.; Oepen-Mathey 2021: 83; Markard 2012: 153). Überhaupt sind die Übergänge fließend (Foster 2016: 248), wie beispielsweise die Auslegung des zentralen Art. 3 der EMRK deutlich macht, das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung: Ins Leben gerufen als klassisches politisches Menschenrecht wurde die Norm sukzessive in Richtung eines sozioökonomischen Rechts auf einen angemessenen materiellen Lebensstandard interpretiert; eine Entwicklung, die Art. 3 EMRK zur zentralen Norm des Schutzes sozioökonomischer Rechte im Asylregime macht (siehe Abschnitt 2.5). Grundsätzlich ist die Verletzung sozioökonomischer Rechte mittlerweile unter bestimmten Umständen als Verfolgungshandlung anerkannt (Foster 2016).

Diese Entwicklung korrespondiert mit einer anderen Erweiterung des internationalen Flüchtlingsschutzes, nämlich der Abkehr von der *Maxime*, Verfolgung könne nur von Staaten ausgehen. Ab den 1980er Jahren setzte sich in zahlreichen Aufnahmestaaten die Einsicht durch, dass auch nicht-staatliche Akteure eine Flucht aus dem Herkunftsstaat auslösen können, vorausgesetzt, dieser Staat unterlässt es, die Betroffenen vor Übergriffen von Dritten zu schützen. Diese Entwicklung war besonders wichtig für die Anerkennung von sich vor allem im Privaten abspielenden geschlechtsspezifischen Übergriffen (siehe unten) und ist außerdem bedeutend bei einer Verletzung sozioökonomischer Rechte, wenn zum Beispiel nicht-staatliche Gruppierungen diese Rechte einer ethnischen Minderheit vorenthalten und der Staat nicht schützend eingreift. Darüber hinaus gilt es damit auch als Verfolgungshandlung, wenn der Staat selbst zwar nicht direkt Menschenrechte verletzt, aber den Menschen aktiv vorenthält, etwa medizinische Versorgung (Eichler 2019: 31). In Deutschland setzte sich entgegen der internationalen Entwicklung noch Ende der 1980er Jahre die ‚herrschende Meinung‘ fest, Verfolgung könne nur von staatlichen Akteuren ausgehen (Tiedemann 2009: 165).⁴⁸ Erst, als 2004 das Europarecht dem Richter:in-

46 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966.

47 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966.

48 Die deutsche Rechtsprechung war mit dieser Meinung nicht allein, auch in Frankreich, den Niederlanden und der Schweiz wurde nur staatliche Verfolgung anerkannt (Storey 2013: 118).

nenrecht zahlreicher Staaten folgte und in der Qualifikationsrichtlinie festlegte, dass Verfolgung auch von nicht-staatlichen Akteuren ausgehen kann (Art. 6 QRL), übernahm der deutsche Gesetzgeber diese Erweiterung in die Novelle des Aufenthalts- und Asylrechts 2005 (§ 3c Abs. 3 AsylG).⁴⁹

Unabhängig davon, welche Menschenrechte vom wem genau verletzt werden, ist für die Flüchtlingseigenschaft Verfolgung allein nicht genug. Notwendig ist, neben dem zielgerichteten Akteurshandeln, die Verknüpfung mit einem Verfolgungsgrund. Die fünf Verfolgungsgründe der GFK sind noch heute die Grundlage der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft. Es handelt sich um die ‚Rasse‘⁵⁰, die Nationalität, die Religion, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und die politische Überzeugung. Zwar ist ihr Wortlaut in den vergangenen Jahrzehnten unverändert geblieben, in ihrer Auslegung und ihrer Konkretisierung entwickelten sich die Verfolgungsgründe allerdings grundlegend weiter. Nachdem die GFK nicht über ihre Aufzählung hinausgeht, bestimmte die EU-Qualifikationsrichtlinie 2004 die Verfolgungsgründe erstmals näher und konkretisierte diese Bestimmung in der Neufassung von 2011. Erst 2013 wurden sie in der konkretisierten Form in das deutsche Asylgesetz aufgenommen.⁵¹

Die erforderliche Verknüpfung zwischen Verfolgungshandlung und -grund meint einen Kausalzusammenhang, also eine Menschenrechtsverletzung *wegen* eines oder mehrerer der genannten Merkmale. Der Übergriff (oder der fehlende Schutz vor einem Übergriff) muss also in diskriminierender Absicht geschehen. Dabei fällt auf, dass nicht nur in der Praxis, sondern bereits im Gesetz Verfolgungshandlungen und -gründe fließend ineinander übergehen. So taucht in drei der sechs Regelbeispiele, die die Verfolgungshandlungen gesetzlich veranschaulichen, der Begriff „diskriminierend“ auf: Genannt werden etwa „in diskriminierender Weise“ angewandte administrative oder polizeiliche Maßnahmen (§ 3a Abs. 2 Nr. 2 AsylG) und „diskriminierende Bestrafung“ generell (§ 3a Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4). Die beispielhaften Verfolgungstatbestände nehmen also bereits vorweg, dass sie

49 Das Bundesverwaltungsgericht nahm allerdings auch darüber hinaus an, dass eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung nur von staatlichen Akteuren ausgehen kann, was namentlich die Entscheidungspraxis zum nationalen Abschiebungsverbot maßgeblich betroffen hat (Details in Abschnitt 2.5.2).

50 Gemeint ist eine Menschenrechtsverletzung aus rassistischen Gründen. Da es menschliche ‚Rassen‘ nicht gibt, verwende ich den Begriff in Anführungszeichen.

51 Neufassung des AsylG vom 1. Dezember 2013, BGBl 2013 Teil I Nr. 54, S. 3474 ff.

sich gegen ein bestimmtes Merkmal der Person richten müssen. Denn wie sonst könnte eine Handlung diskriminierend sein?⁵²

Aufgrund der rechtlichen Voraussetzung einer Verknüpfung zwischen Verfolgungshandlung und -grund und deren tatbestandlicher Überlappung ist die Flüchtlingseigenschaft gleich doppelt individualisiert: Nicht nur muss die Verfolgungshandlung zielgerichtet eine bestimmte Person treffen, sie muss sich außerdem gegen eine konkrete, persönlichkeitsprägende oder unabänderliche Eigenschaft dieser Person richten.

Das Gesetz legt außerdem fest, dass eine Person die Merkmale der Verfolgungsgründe nicht tatsächlich aufweisen muss. Vielmehr reicht es aus, wenn sie ihr von einem Verfolger zugeschrieben werden (§ 3b Abs. 2 AsylG). Damit verschiebt das Recht den Fokus von subjektiven Motiven des Verfolgten auf die Verfolgermotive. Nicht das tatsächliche Vorhandensein etwa einer politischen Überzeugung oder einer ethnischen Zugehörigkeit ist dann maßgeblich für die Bewertung eines Asylgesuchs, sondern, dass der Verfolger eine solche Überzeugung oder Zugehörigkeit einem schutzsuchenden Menschen unterstellt. Das damit einhergehende Erfordernis, subjektive Motive des Verfolgers ans Licht zu bringen, stellt Asylentscheider:innen naturgemäß vor große Herausforderungen. Um dieses Problem zumindest abzuschwächen, wurde die Rechtsfigur der *objektiven Gerichtetheit* entwickelt, die die Bewertung wiederum von subjektiven Verfolgermotiven weggelenkt: Eine Verfolgung ist danach vielmehr „anhand ihres inhaltlichen Charakters nach der erkennbaren Gerichtetheit der Maßnahme selbst zu beurteilen, nicht nach den subjektiven Gründen oder Motiven, die den Verfolgenden dabei leiten“.⁵³ Danach müssen also verschiedene Indizien gesammelt und ausgewertet werden, um darüber zu entscheiden, ob eine Menschenrechtsverletzung flüchtlingsschutzrelevant ist. Da die Frage der Zuschreibung einer politischen Gesinnung und das konkrete Verständnis der *objektiven Gerichtetheit* einer Maßnahme zentral

52 Diese Logik gilt auch für das für diese Arbeit wichtige Regelbeispiel einer Strafverfolgung aufgrund der Weigerung der Beteiligung an Kriegsverbrechen im Rahmen des Militärdienstes (§ 3a Abs. 2 Nr. 5 AsylG): Hier stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Weigerung, sich an Kriegsverbrechen zu beteiligen, nicht bereits notwendig etwas über die (politische) Überzeugung eines Menschen verrät (siehe dazu Kapitel 6). Im letzten gesetzlichen Beispiel für Verfolgungshandlungen wird sogar direkt auf konkrete individuelle Merkmale eingegangen, nämlich das Geschlecht und die Minderjährigkeit (§ 3a Abs. 2 Nr. 6 AsylG).

53 BVerfG Beschl. v. 10. Juli 1989 – 2 BvR 502/86 u. a.: Rn. 44.

für die Entscheidungspraxis zu Wehrdienstverweigerung sind, vertiefe ich das Thema im sechsten Kapitel.⁵⁴

Die Dynamik des Flüchtlingsschutzes lässt sich besonders gut am Verfolgungsgrund ‚Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe‘ veranschaulichen. Diese Dynamik war in dem Verfolgungsgrund bereits angelegt, indem bewusst eine weite (und weitgehend unbestimmte) Kategorie in die Flüchtlingsdefinition aufgenommen wurde. Der Begriff ‚Bestimmte soziale Gruppe‘ fand erst spät Eingang in das finale Dokument und wurde von den anwesenden Diplomaten nicht weiter thematisiert, wohl weil diesen klar war, dass jede Konkretisierung die Intention einer offenen Kategorie unter den Verfolgungsgründen zunichtemachen würde (Tiedemann 2020: 207 ff.).⁵⁵ Wenn es diesen Plan tatsächlich gab, ging er auf. Die internationale Praxis der Asylgewährung zimmerte aus der ursprünglich „reine[n] Leerformel“ (ebd.: 207) eine substantielle Schutzkategorie. Diese ist zwar weiterhin umkämpft und wird nicht zuletzt auch wegen ihrer Unbestimmtheit kritisiert. Von großer Bedeutung ist die Kategorie allerdings insbesondere für zwei spezifische Verfolgungsgründe, deren praktische Anerkennung zu den wichtigsten Entwicklungen des globalen Flüchtlingsrechts in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gehört: die sexuelle Orientierung und das Geschlecht.

Wiederum bedingt durch den historischen Kontext ihrer Entstehung ist die GFK von einem starken, wenn auch impliziten Androzentrismus durchdrungen: Flüchtlinge waren in erster Linie Menschen, die aufgrund eines politisch devianten Verhaltens von staatlichen Stellen verfolgt wurden. In der Praxis waren das Männer (Fiddian-Qasmiyeh 2014). Die damals vorherrschende Ansicht, asylrelevante Verfolgung sei stets staatliche Verfolgung, bedeutete, dass Gewalt im Privaten in der Asylpraxis keine Beachtung fand. Geschlechtsspezifische Menschenrechtsverletzungen wie Zwangsehen, *Female Genital Mutilation* oder sexualisierte Gewalt wurden erst ab den 1980er Jahren überhaupt als eine Verletzung grundlegender Menschenrechte und damit als Verfolgungshandlungen anerkannt (Dauvergne 2021: 732 f.; Markard 2015: 57 f.; Sußner/Baer 2021: 229). Gewalt im Privaten musste erst ans Licht geholt werden, auch normativ. Der einschlä-

54 Dort wird sich zeigen, dass die Gerichte weiterhin häufig versuchen, die subjektiven Gründe des Verfolgers zu ergründen; eine Herangehensweise, die maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungspraxis zu syrischen Militärdienstverweigerern hat.

55 Zur Geschichte der Entstehung dieses Verfolgungsgrundes siehe auch Zimmermann/Mahler 2011: 390 ff.

gige Verfolgungsgrund ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe: Die Verfolgungshandlungen richten sich gegen Frauen, *weil* sie Mitglied der sozialen Gruppe ‚Frauen‘ sind.

Auf dieser Grundlage entwickelte sich eine umfassende Rechtsprechung, die der europäische Gesetzgeber 2004 in die erste Fassung der Qualifikationsrichtlinie aufnahm und dort erstmals den Begriff ‚Bestimmte soziale Gruppe‘ genauer fasste. Eine Gruppe gelte insbesondere als bestimmte soziale Gruppe, wenn

„die Mitglieder dieser Gruppe angeborene Merkmale oder einen Hintergrund, der nicht verändert werden kann, gemein haben, oder Merkmale oder eine Glaubensüberzeugung teilen, die so bedeutsam für die Identität oder das Gewissen sind, dass der Betreffende nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten, und die Gruppe in dem betreffenden Land eine deutlich abgegrenzte Identität hat, da sie von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird“ (§3b Abs. 1 Nr. 4 AsylG).

Die Definition umfasst also sowohl angeborene als auch andere identitätsstiftende Merkmale und erfordert zugleich, dass diese Merkmale die Gruppe von der „sie umgebenden Gesellschaft“ abgrenzt. Ihr folgt der konkrete Hinweis, dass die sexuelle Orientierung und die geschlechtliche Identität eine solche Gruppe konstituieren können, wobei die erste Fassung der Qualifikationsrichtlinie noch explizit macht, das Geschlecht rechtfertige „für sich allein genommen noch nicht die Annahme, dass dieser Artikel anwendbar ist“ (Art. 10 Abs. 1 Buchst. d) QRL 2004⁵⁶). In der aktuellen Fassung von 2011 wurde diese Formulierung abgeschwächt und gefordert, das Geschlecht müsse für die Bestimmung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe „angemessen berücksichtigt“ werden (Art. 10 Abs. 1 Buchst. d) QRL). Das deutsche Asylgesetz geht darüber noch hinaus und legt fest, eine Verfolgung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe könne auch vorliegen, „wenn sie allein an das Geschlecht oder die geschlechtliche Identität anknüpft“ (§3b Abs. 2 Nr. 4 AsylG); eine Formulierung, die bereits auf das Zuwanderungsgesetz von 2005 zurückgeht (§ 60 Abs. 1 AufenthG 2005; vgl. auch Eichler 2019: 43 f.; Zaun 2017: 228).

Geschlechtsspezifische Menschenrechtsverletzungen in Verbindung mit dem Verfolgungsgrund ‚Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Grup-

56 RL 2004/83/EG.

pe‘ sind damit von den Rändern ins Zentrum von Asylpraxis und -recht gerückt (Arbel et al. 2014). So wichtig diese Entwicklung für ein umfassendes Schutzkonzept ist, so problematisch ist die damit häufig einhergehende Begrenzung der Asylgesuche von Frauen und Transpersonen auf geschlechtsspezifische Verfolgungshandlungen und den Verfolgungsgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe (Dauvergne 2021: 733; Pelzer 2022b: 48). Indem damit automatisch andere Fluchtgründe, etwa Verfolgung aufgrund einer politischen Betätigung, für sie weniger umfassend geprüft werden, wird der asylrechtliche Androzentrismus implizit, aber wirkmächtig aufrechterhalten (Honkala 2017). Geflüchtete werden auf diese Weise zusätzlich viktimisiert, indem ihnen politische Handlungsfähigkeit abgesprochen wird (Elle/Hess 2020; Krause 2016). In der Praxis ist eine Überschneidung verschiedener Verfolgungsgründe allerdings wahrscheinlich, wenn etwa patriarchale Strukturen und damit einhergehende Gewalterfahrungen zu politischer Betätigung führen, die dann wiederum verfolgt wird, oder wenn es zur Verfolgung kommt aufgrund der Weigerung, unterdrückenden religiösen Normen zu folgen (Dauvergne 2021: 737). Nicht nur Verfolgungshandlung und -grund gehen also ineinander über, auch verschiedene Verfolgungsgründe sind nicht immer trennscharf voneinander abzugrenzen.⁵⁷

Die vorangegangenen Ausführungen zum Flüchtlingschutz veranschaulichen die These der menschenrechtlichen Dynamisierung des Asylrechts und der Wandelbarkeit der GFK als ihre funktionale Voraussetzung. Das Menschenrechtssparadigma ist einschlägig für das Flüchtlingsrecht (Markard 2015). Die Anerkennung neuer Verfolgungshandlungen hat zu einer Erweiterung des Schutzbereichs geführt, etwa bei geschlechtsspezifischen Übergriffen oder der Verletzung sozioökonomischer Rechte. Die Offenheit des Verfolgungsbegriffs ermöglicht die Erweiterung des Verständnisses asylrelevanter Verfolgungshandlungen und die Anpassung der Verfolgungsgründe an neue Realitäten. Damit bleibt das Recht dynamisch und zugleich anwendbar: „‘Persecution’ is a distinct yet elusive concept, therein lies its utility for refugee protection” (Costello 2015: 176; vgl. auch McAdam 2007: 8). Auch die Anerkennung nicht-staatlicher Verfolgungsak-

57 Auch die Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung wird asylrechtlich als Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe behandelt (Sußner 2020; Wessels 2021). Analog zu geschlechtsspezifischer Gewalt musste auch hier zuerst anerkannt werden, dass es sich bei entsprechenden Übergriffen um Menschenrechtsverletzungen und damit um asylrelevante Verfolgung handelt (LaViolette 2009).

teure ist Teil dieses Menschenrechtsparadigmas, indem der Schwerpunkt nunmehr darauf liegt, dass Menschenrechte verletzt werden, nicht wer sie verletzt.

Trotzdem bleibt die Flüchtlingseigenschaft ein voraussetzungsreicher Schutzstatus, da stets sämtliche definitorischen Elemente erfüllt sein müssen. Damit wechseln Probleme bei der Schutzgewährung nicht selten zwischen diesen Elementen, wie etwa die Entscheidungspraxis zu geschlechtsspezifischer Verfolgung zeigt:

„(...) [B]ecause every element of the refugee definition must be satisfied in order for a claim to be successful, there is a significant tendency for problems to slip from one definitional element to another as the jurisprudence advances. In other words, once it becomes settled law that women can fit in the category of ‘membership in a particular social group’, a series of contestations then emerge in another area such as ‘nexus’ or ‘State protection’. This tendency for slippage has driven much jurisprudential growth“ (Dauvergne 2021: 730 f.).⁵⁸

Die höchste Hürde zur Flüchtlingsanerkennung liegt in dem Erfordernis eines Verfolgungsgrundes, die den ohnehin subjektbezogenen Flüchtlingsbegriff noch stärker individualisiert. Die anderen Schutzstatus setzen die Verknüpfung einer Verfolgungshandlung mit einem individuellen Merkmal nicht mehr voraus (subsidiärer Schutz) oder gehen sogar so weit, dass nicht einmal mehr die intendierte Handlung eines menschlichen Akteurs erforderlich ist (nationales Abschiebungsverbot).

2.4 Ernsthafter Schaden ohne Verfolgungsgrund: Der subsidiäre Schutz

Trotz der sukzessiven Erweiterung der Flüchtlingsdefinition werden diverse Menschenrechtsverletzungen von ihr nicht erfasst. Parallel zur Entwicklung des Flüchtlingsschutzes entwickelte sich in den letzten Jahrzehnten ein Verständnis des Refoulement-Verbots, das über den auf die fünf Verfolgungsgründe beschränkten Schutz der GFK hinausgeht und damit ein „Auffanginstrument“ (Markard 2015: 58) für Schutzbedürftige, die durch das tatbestandliche Raster der Flüchtlingseigenschaft fallen. Die zentrale

58 Für eine kritische Diskussion des Menschenrechtsparadigmas des Asylrechts hinsichtlich der Frage, welche Teile der Flüchtlingsdefinition damit genau adressiert werden, vgl. Wessels 2021: 206 ff.

internationale Norm eines über die GFK hinausgehenden „Komplementärschutzes“ (McAdam 2007, 2021) ist das Verbot der Folter und von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung, das in leicht variierenden Formulierungen in zahlreichen internationalen Menschenrechtskonventionen kodifiziert ist. Für das europäische Asylregime ist die Europäische Menschenrechtskonvention maßgeblich, deren Art. 3 das Verbot in diesem Wortlaut enthält.⁵⁹ Art. 3 EMRK gilt absolut und unbeding; daraus schöpft sich sein Potential eines über das Flüchtlingsrecht hinausgreifenden „Schutzmechanismus“ (Nußberger 2013: 819).

Ab den 1970er Jahren zeichnete sich ab, dass zahlreiche Geflüchtete, die in Europa Zuflucht suchten, zwar nicht den Kriterien der GFK entsprachen, allerdings aufgrund drohender Gefahren nicht in ihre Herkunftsstaaten zurückkehren konnten (Tiedemann 2014: 97 ff.). Diese sogenannten *de facto* Flüchtlinge konnten zwar bleiben, allerdings gingen damit keine Statusrechte wie die der GFK einher. Sie waren lediglich geduldet.

Wie bereits bei der Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgung oder nicht-staatlichen Verfolgungsakteuren war es auch hier nicht etwa die Politik, die auf diesen Zustand mit einem erweiterten Schutzkonzept reagierte, sondern die internationale Rechtsprechung. In seiner „epochalen Entscheidung“ (ebd.: 103) *Soering ./. Deutschland* entschied der EGMR 1989 erstmals, dass niemand in ein Land abgeschoben werden darf, wenn dies zu einer Verletzung von Art. 3 EMRK führt.⁶⁰ Geklagt hatte der in den USA wegen Mordes verurteilte deutsche Staatsbürger Jens Söring, dem in den Vereinigten Staaten die Todesstrafe drohte. Obwohl es sich nicht um einen klassischen asyl- oder aufenthaltsrechtlichen Fall handelte, war das Urteil wegweisend, weil es den absoluten Charakter eines Refoulement-Verbots unabhängig von individuellen Eigenschaften des Betroffenen manifestierte. Ausgehend davon entwickelte sich Art. 3 EMRK zur zentralen Norm eines menschenrechtlichen Schutzverständnisses über den Tatbestand der Verfolgung hinaus.⁶¹

Mit der EU-Qualifikationsrichtlinie kam es 2004 zu einer zumindest teilweisen Verrechtlichung der Refoulement-Rechtsprechung des EGMR, in-

59 Weitgehend wortgleich: Art 7 ICCPR und Art 4 EU-Grundrechtscharta; für eine Übersicht siehe McAdam 2007: 140.

60 EGMR (*Soering ./. Bundesrepublik Deutschland*) Urt. v. 7. Juli 1989 – 14038/88. EGMR-Rechtsprechung mit Migrationsbezug gibt es überhaupt erst seit Mitte der 1980er Jahre, da das Gericht entsprechende Klagen zuvor stets als unzulässig abgelehnt hatte (Dembour 2021: 20).

61 Die weitere Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung erläutere ich in Abschnitt 2.5.1.

dem dort ein zweiter internationaler Schutzstatus neben der Flüchtlingseigenschaft gesetzlich verankert wurde: der subsidiäre Schutz. Der Wortlaut von Art. 3 EGMR wurde damit europäisches Asylrecht: Subsidiär schutzberechtigt ist, wer nachweisen kann, dass im Herkunftsland „ernsthafter Schaden“ droht (§ 4 AsylG). Darunter fällt, neben der Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe und der Bedrohung durch einen bewaffneten Konflikt, die Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung. Die identische Wortwahl zeigt, dass der subsidiäre Schutz sich direkt an der Auslegung des EGMR von Art. 3 EMRK orientiert (Hruschka/Löhr 2007).

Der Tatbestand des ernsthaften Schadens ist das funktionale Äquivalent des Verfolgungsbegriffs der GFK (Bast 2018: 44). Einerseits handelt es sich um eine Loslösung von diesem Verfolgungsbegriff, weil die Verknüpfung einer Menschenrechtsverletzung mit einem individuellen Merkmal in Form eines Verfolgungsgrundes keine Voraussetzung mehr ist. Andererseits gibt es deutliche Überschneidungen: Genauso wie bei der Flüchtlingseigenschaft berechtigt eine drohende Menschenrechtsverletzung nur zum subsidiären Schutz, wenn sie zielgerichtet von einem menschlichen Akteur ausgeht.⁶² Damit wird die doppelte Individualisierung des Flüchtlingsschutzes zwar zu einer einfachen Individualisierung reduziert, der starke Subjektbezug wird aber aufrechterhalten. Von der Rechtsprechung wurde das Akteurserfordernis des subsidiären Schutzes in zahlreichen Entscheidungen bestätigt.⁶³ Humanitäre Notlagen, die nicht zielgerichtet von einem Akteur verursacht wurden, fallen damit nicht unter diesen Status; hier greifen nationale Abschiebungsverbote (Gornik/Broscheit 2018: 305 f.; Oepen-Mathey 2021: 211 f.; siehe Abschnitt 2.5).

Lediglich bei einer Fallgruppe des subsidiären Schutzes ist ein zielgerichtetes Akteurshandeln nicht erforderlich: den Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlingen. Noch bis in die 1990er Jahre wurde Menschen, die vor Kriegsgefahren fliehen, die Legitimation als Schutzsuchende abgesprochen (Herbert 2001: 261); das Asylrecht schütze nicht vor „allgemeinen Unglücksfol-

62 Die Qualifikationsrichtlinie stellt klar: „Gefahren, denen die Bevölkerung oder eine Bevölkerungsgruppe eines Landes allgemein ausgesetzt sind, stellen für sich genommen normalerweise keine individuelle Bedrohung dar, die als ernsthafter Schaden zu beurteilen wäre“ (Erwägungsgrund Nr. 35 QRL).

63 EuGH (*M'Bodj ./. Belgien*) Urt. v. 18. Dezember 2014 – C-542/13; Rn. 35; BVerwG Urt. v. 20. Mai 2020 – I C 11/19; Rn. 12; BVerwG Beschl. v. 13. Februar 2019 – I B 2.19; Rn. 13.

gen“ wie Krieg.⁶⁴ Der subsidiäre Schutz schloss diese Lücke zumindest gesetzlich und legte fest, ein ernsthafter Schaden entstehe auch durch eine „ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts“ (§ 4 Abs 1 Nr. 3 AsylG). Der Schlüsselbegriff ist „Willkür“: Kriegsgefahren müssen nicht von einem absichtlich auf eine konkrete Person gerichteten Handeln ausgehen; die Bedrohung liegt vielmehr in ihrer Wahllosigkeit (Markard 2012: 321). Aber auch hier wird die dem Asylregime inhärente Subjektbezogenheit keinesfalls aufgegeben: Erforderlich ist die *individuelle* Bedrohung einer konkreten Zivilperson, nicht eine allgemeine Gefahr für die ganze Bevölkerung.⁶⁵ In der deutschen Entscheidungspraxis wurde dafür das Konzept der ‚Gefahrendichte‘ entwickelt, die mit vermeintlich mathematischer Präzision festlegen soll, ob eine Person angesichts des Anteils individueller Opfer an der Gesamtbevölkerung in einer bestimmten Region individuell gefährdet wäre.⁶⁶ Das Asylrecht hält also selbst in Situationen, die sich gerade durch die Wirren des Krieges definieren, an seinem Subjektfokus fest.⁶⁷

Entgegen seiner unionsrechtlichen Ausgestaltung war der subsidiäre Schutz im deutschen Recht lange kein eigenständiger Schutzstatus. Der genaue Wortlaut der Qualifikationsrichtlinie wurde erst mit einer Gesetzesnovelle Ende 2013 in das Asylgesetz übernommen.⁶⁸ Bis dahin wurden lediglich

64 BVerwG Urt. v. 3. Dezember 1985 – 9 C 22/85: Rn. 18; vgl. auch Münch 1992: 33.

65 EuGH (*Elgafaji ./.* *Niederlande*) Urt. v. 17.2.2009 – C-465/07: Rn. 43.

66 Siehe dazu auch Abschnitt 2.6.

67 Eine Ausnahme bildet die Richtlinie zur Gewährung vorübergehenden Schutzes (RL 2001/55/EG), die erstmals nach dem russischen Angriff auf die Ukraine 2022 aktiviert wurde und durch die der Subjektfokus des internationalen Schutzes weitgehend aufgehoben wird. Ausgelöst durch die ethnischen Konflikte im ehemaligen Jugoslawien wurde in Deutschland mit dem Asylkompromiss Anfang der 1990er Jahre schon einmal ein direkt auf (Bürger-) Kriegsflüchtlinge zugeschnittenes Schutzregime parallel zum individuellen Asylverfahren eingesetzt, um Geflüchtete aus den betroffenen Staaten vorübergehend aufzunehmen (Herbert 2001: 318). Dieses Parallelregime führte allerdings nicht zu einem sicheren Bleiberecht für die Betroffenen, sondern lediglich zu ihrer Duldung und damit zu einem prekären Aufenthaltsstatus, inklusive der Möglichkeit einer unmittelbaren Aufkündigung des Bleiberechts, wenn sich die Situation im Herkunftsstaat verändern sollte (Oltmer 2023).

68 Neufassung des AsylG vom 1. Dezember 2013, BGBl 2013 Teil I Nr. 54, S. 3474 ff. Deutschland stellte sich auf EU-Ebene ursprünglich gegen die Einführung des subsidiären Schutzes (Zaun 2017: 141). Die deutlich verspätete Übertragung in nationales Recht zeugt von dieser Haltung.

die einzelnen tatbestandlichen Merkmale des subsidiären Schutzes über das Aufenthaltsgesetz abgedeckt und dort in die Normen zum nationalen Abschiebungsverbot integriert (Schieber 2013: 187).⁶⁹ Die Asylstatistik des BAMF vermischte den subsidiären Schutz dementsprechend bis einschließlich 2013 mit dem nationalen Abschiebungsverbot. Eine gesonderte und damit dem Europarecht entsprechende Darstellung gibt es erst seit 2014.

Abgesehen von der faktischen Ungenauigkeit, die mit der Vermischung von subsidiärem Schutz und nationalem Abschiebungsverbot einhergeht, muss zwischen beiden auch hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen unterschieden werden. Beide Status gehen zwar von Art. 3 EMRK aus und garantieren damit einen über die Flüchtlingseigenschaft hinausgehenden Komplementärschutz. Eine europarechtliche Harmonisierung ist allerdings nur für den subsidiären Schutz erfolgt; eine Vereinheitlichung eines darüberhinausgehenden Komplementärschutzes war nicht vorgesehen (Bast 2018: 44, mit Verweis auf Schieber 2013). Für Schutz aufgrund von Gefahren, die nicht von einem zielgerichteten Akteurshandeln oder einem bewaffneten Konflikt ausgehen, greift deshalb lediglich ein nationales Abschiebungsverbot.

69 Das Abschiebungsverbot wegen der Gefahr der Todesstrafe wurde bereits mit dem Ausländergesetz von 1990 eingeführt (§ 53 Abs. 2 AuslG 1990) und 2007 dem Wortlaut der Qualifikationsrichtlinie angepasst (§ 60 Abs. 3 AufenthG 2007). Ebenfalls 2007 wurde das mit dem Zuwanderungsgesetz 2005 kodifizierte Abschiebungsverbot aufgrund der Gefahr der Folter um die „unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung“ erweitert (§ 60 Abs. 2 AufenthG 2007). Die Bedrohung aufgrund eines bewaffneten Konflikts wurde 2007 als Bestandteil des nationalen Abschiebungsverbots in § 60 Abs. 7 AufenthG aufgenommen, was im Besonderen veranschaulicht, dass der subsidiäre Schutz systematisch nicht als eigenständiger Status betrachtet wurde. Auch wurde nicht der exakte Wortlaut der Qualifikationsrichtlinie übernommen: von „willkürlicher Gewalt“ war im deutschen Gesetz nicht die Rede. In Verbindung mit der Sperrklausel des gleichen Paragraphen, wonach allgemeine Gefahren nur von einem generellen politischen Abschiebungsstopp erfasst werden können (Details in Abschnitt 2.5.2), bedeutete das eine Einschränkung für Kriegsflüchtlinge. Indem die willkürliche Gewalt entgegen dem Europarecht aus dem deutschen Gesetz herausgehalten wurde, brachte der Gesetzgeber seine Skepsis zum Ausdruck, ob der subsidiäre Schutz „das geeignete Instrument zur Bewältigung eines Massenzustroms“ sei (Deutscher Bundestag 2007: 187).

2.5 Schutz ohne Akteursverursachung: Das nationale Abschiebungsverbot

Anders als bei der Flüchtlingseigenschaft und dem subsidiären Schutz legen internationale und nationale Normen für ein darüberhinausgehendes Abschiebungsverbot keine differenzierten tatbestandlichen Voraussetzungen fest. Die Kriterien für diese Art des Schutzes entwickelten sich vielmehr entlang der Auslegung von Art. 3 EMRK durch den EGMR. Dessen Rechtsprechung schloss ab den späten 1990er Jahren zunehmend die Lücke, die der Akteursfokus des internationalen Schutzes hinterlässt, indem das Gericht die Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nicht mehr auf zielgerichtetes Akteurshandeln beschränkte und damit die Möglichkeit für den Schutz von Personen eröffnete, die aus sozioökonomischen Gründen nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren können, etwa aufgrund lebensbedrohlicher Armut oder mangelhafter medizinischer Versorgung (2.5.1).⁷⁰ In den Konventionsstaaten haben sich auf dieser Grundlage komplementäre Schutzstatus entwickelt. In Deutschland handelt es sich dabei um das Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 und Abs. 7 AufenthG, das im Asylverfahren zusätzlich zur Flüchtlingseigenschaft und zum subsidiären Schutz geprüft wird (2.5.2).

2.5.1 Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK

Mit der Entscheidung *Soering ./. Deutschland* öffnete der EGMR 1989 Art. 3 EMRK für das Verbot einer Ausweisung, wenn am Zielort schwere Menschenrechtsverletzungen drohen. Auf dieser Grundlage entschied das Gericht 1997 erstmals über das Verbot einer Abschiebung aufgrund von Gefahren, die nicht zielgerichtet von einem Akteur ausgelöst wurden. In *D ./. Vereinigtes Königreich* klagte ein Staatsangehöriger aus dem Karibikstaat St. Kitts and Nevis gegen seine Abschiebung aus dem Vereinigten

70 Aufgrund seines starken Einflusses auf die Asylpraxis der Mitgliedstaaten gibt es eine Debatte darüber, inwiefern der EGMR selbst zum „Asylgerichtshof“ avanciert ist (so Bossuyt 2012; zustimmend auch Sußner/Baer 2021; kritisch dagegen Nußberger 2013). Fest steht, dass die EMRK kein Recht auf Asyl enthält, der EGMR also zwar über Schutz entscheiden kann, nicht aber über daraus folgende Status. Für die Entwicklung des internationalen Schutzes in Europa ist der EGMR dennoch maßgeblich. Die EMRK enthält keine Normen zur Migration, aber die Praxis des EGMR hat Migration in die EMRK hineingetragen (Çalı et al. 2021: 10 ff.).

Königreich.⁷¹ Dort wurde eine HIV-Infektion diagnostiziert, die zum Zeitpunkt der Entscheidung weit fortgeschritten war. Der EGMR war der Ansicht, dass die Abschiebung den Kläger der Gefahr aussetzen würde, unter äußerst qualvollen Umständen zu sterben, was einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung gleichkäme. Das Urteil markiert einen weiteren bedeutenden Wendepunkt der EGMR-Rechtsprechung: Bis dahin wurde Schutz vor Abschiebung aufgrund schwerer gesundheitlicher Risiken nur zuerkannt, wenn der Herkunftsstaat absichtsvoll für den Versorgungsmangel verantwortlich war (Foster 2016: 289). In *D. ./ Vereinigtes Königreich* urteilte der EGMR hingegen, dass der absolute Charakter von Art. 3 EMRK auch Fälle umfasse, in denen die Menschenrechtsverletzung nicht in erster Linie auf einen menschlichen Akteur zurückzuführen sei, sondern etwa auf die grundsätzlich schlechte Versorgungssituation im Zielstaat der Abschiebung.

In den Urteilsgründen betont der EGMR die hohe Schwelle für ein solches Verbot: Ein:e Ausländer:in habe nicht deshalb einen Anspruch auf ein Bleiberecht, um medizinische, soziale oder andere Formen der Unterstützung in Anspruch nehmen zu können, sondern nur bei „ganz außergewöhnlichen Umständen“ („very exceptional cases“), nämlich bei „zwingenden humanitären Gründen“ („compelling humanitarian considerations“).⁷² Solche Umstände seien beim Kläger gegeben; er sei an der „Schwelle des Todes“ („close to death“)⁷³, eine Rückkehr bedeute sein „Sterben unter höchst qualvollen Umständen“ („dying under most distressing circumstances“)⁷⁴, da er auf St. Kitts nicht nur keine medizinische Versorgung erhalten würde, sondern zusätzlich auf keinerlei moralische, soziale und familiäre Unterstützung zurückgreifen könne und von Obdachlosigkeit bedroht wäre.⁷⁵ Maßgebliche Bewertungskriterien sind demnach die Schwere der Krankheit, eine laufende Behandlung (die durch die Rückführung abbrechen würde) und die Situation nach der Abschiebung (Schieber 2013: 70 ff.).

Während das Urteil zwar Einfluss auf die Gesetzgebung in England und Frankreich hatte (Foster 2016: 291) und die Zahl der Asylanträge mit der Begründung medizinischer Notfälle anstieg (Hailbronner 2014: 308),

71 EGMR (*D. ./ Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 2. Mai 1997 – 30240/96.

72 EGMR (*D. ./ Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 2. Mai 1997 – 30240/96: Rn. 54.

73 EGMR (*D. ./ Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 2. Mai 1997 – 30240/96: Rn. 41.

74 EGMR (*D. ./ Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 2. Mai 1997 – 30240/96: Rn. 53.

75 EGMR (*D. ./ Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 2. Mai 1997 – 30240/96: Rn. 45.

hatte es in Deutschland wenig konkrete Auswirkungen. Das Bundesverwaltungsgericht sprach etwa von einer „den Vertragsinhalt sprengenden extensiven Auslegung des Art. 3 EMRK für Abschiebungsfälle“⁷⁶. Auch vor dem EGMR sollten vergleichbare Klagen in den Folgejahren keinen Erfolg mehr haben, da die hohe Schwelle laut dem Gericht nicht mehr überschritten wurde. 2008 sah der EGMR vielmehr Anlass, die Maßstäbe noch weiter zu verschärfen. In der Streitsache *N ./. Vereinigtes Königreich* beantragte eine ugandische Staatsbürgerin das Verbot ihrer Abschiebung und argumentierte, ihre HIV-Erkrankung würde ohne die notwendige medizinische Behandlung, die sie im Vereinigten Königreich erfahre, ihren Tod bedeuten.⁷⁷ Der EGMR wies die Klage ab und begründete dies damit, dass die „außergewöhnlichen Umstände“ in Form eines „Mindestmaß an Schwere“ („minimum level of severity“)⁷⁸ hier nicht erreicht seien: Aufgrund ihrer Behandlung im Vereinigten Königreich sei der Zustand der Klägerin nicht so kritisch, dass sie nicht nach Uganda zurückgeschickt werden könne. Darüber hinaus könne über die Geschwindigkeit, mit der sich ihr Gesundheitszustand verschlechtern würde, nur spekuliert werden angesichts der potentiellen medizinischen und sozialen Unterstützung, die sie vor Ort erhalten könnte sowie der steten Weiterentwicklung der HIV-Behandlung weltweit.⁷⁹

Stärker als in *D ./. Vereinigtes Königreich* verwies das Gericht außerdem auf die politische Dimension des Falles: Es sei Aufgabe des EGMR, ein „faïres Gleichgewicht“ herzustellen zwischen den gesellschaftlichen Interessen von Aufnahmestaaten und den Grundrechten Einzelner („a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights“).⁸⁰ Da die Behandlungsmöglichkeiten von Aufnahme- und Herkunftsstaaten sehr unterschiedlich seien, hätten Ausländer:innen keinen Anspruch auf kostenlose und unbegrenzte medizinische Behandlung. Alles andere würde eine zu große Belastung („too great a burden“)⁸¹ für Aufnahmestaaten be-

76 BVerwG Urt. v. 2. September 1997 – 9 C 40/96: Rn. 15.

77 EGMR (*N ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 27. Mai 2008 – 26565/05.

78 EGMR (*N ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 27. Mai 2008 – 26565/05: Rn. 29.

79 EGMR (*N ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 27. Mai 2008 – 26565/05: Rn. 50.

80 EGMR (*N ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 27. Mai 2008 – 26565/05: Rn. 44.

81 EGMR (*N ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 27. Mai 2008 – 26565/05: Rn. 44.

deuten.⁸² Die Klägerin erlag ihrer Krankheit kurze Zeit nach ihrer Abschiebung.

Die Argumentation beinhaltet eine unübersehbare Paradoxie. Denn durch die Fortschritte der HIV-Behandlung und der medizinischen Versorgung in Staaten des Globalen Nordens ist es unwahrscheinlich, dass ein Mensch, dessen Krankheit noch nicht das Endstadium erreicht hat, während dieser Behandlung an der „Schwelle des Todes“ steht. Eine Abschiebung kann demnach vollzogen werden, auch wenn das bedeutet, ihrer Legitimation damit die Grundlage zu entziehen, da die Behandlung damit abgebrochen wird (Foster 2016: 293 f.). Michelle Foster kritisiert, anstelle des Kriteriums „close to death“ hätte deshalb vielmehr die absehbare Verschlechterung des Gesundheitszustands der Klägerin nach der Rückkehr beurteilt werden müssen (ebd.: 294).

Die Paradoxie wird noch weitergetrieben durch das Argument, ein weniger strikter Maßstab beinhalte die Gefahr, dass westliche Staaten zum globalen Krankenhaus würden („too great a burden“): Wie bereits in *D. ./ Vereinigtes Königreich* betont der EGMR, dass es kein Recht darauf gebe, sich in einem anderen Staat aufzuhalten, weil dort die medizinische Versorgung besser sei. Daraus folgt, dass die Abschiebung absehbar Todgeweihter (wie dem Kläger aus St. Kitts and Nevis in *D. ./ Vereinigtes Königreich*) einfacher verboten werden kann, weil hier kein Grund zur Sorge besteht, jemand würde sich nur zur Verbesserung seines Gesundheitszustandes in einem Aufnahmestaat aufhalten. Wenn aber, wie bei der ugandischen Klägerin in *N. ./ Vereinigtes Königreich*, die Abschiebung einhergehend mit dem Ende der medizinischen Behandlung zu einer Verschlechterung des Zustandes führt, ist in dieser Logik die Abschiebung gerade deshalb legitim: Denn der weitere Aufenthalt der Kranken werde deshalb angestrebt, um eine bessere Gesundheitsversorgung zu erhalten. Nimmt man also diese Logik ernst, darf die (lebenserhaltende) medizinische Versorgung im Aufnahmestaat kein Kriterium der Bewertung sein, sondern lediglich der zum Zeitpunkt

82 Der Wortlaut der „fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights“ findet sich bereits im Soering-Urteil (Rn. 89). Dort bezieht der EGMR ihn aber in Anbetracht des Falles auf das „Interesse aller Nationen“ an einer funktionierenden Strafverfolgung. In *N. ./ Vereinigtes Königreich* geht es nun nur noch um das Interesse europäischer Staaten, deren medizinische Infrastruktur nicht für Menschen des Globalen Südens öffnen zu müssen. Die fallspezifische Rekontextualisierung des fair balance-Arguments verschiebt also auch deren Bedeutung hin zu einer restriktiveren Auslegung von Art. 3 EMRK.

der Abschiebung bestehende Gesundheitszustand der Kranken. Die Paradoxie entsteht daraus, dass beides in der Praxis nicht zu trennen ist. Dass ein juristisches Argument diese Trennung sehr wohl zustande bringt, macht das zynische Moment des Urteils aus: Die fortschrittliche medizinische Versorgung verhindert nicht die Abschiebung, sondern ermöglicht sie erst und führt damit, im Fall *N ./. Vereinigtes Königreich*, zum Tod der Patientin (vgl. auch Steinorth 2017: 96). Darüber hinaus führt diese Logik zu einer „geographically-based rights hierarchy“ (McAdam 2007: 168), die unterschiedliche Standards an unmenschliche oder erniedrigende Behandlung anlegt, je nachdem, wo sie geschehen (vgl. auch Foster 2009: 276).

2011 entschied der EGMR erstmals über einen Fall, in dem die generelle humanitäre Notlage im Zielstaat der Abschiebung unabhängig von einem individuellen medizinischen Notfall ausschlaggebend war und betrat damit juristisches Neuland (Costello 2015: 184).⁸³ Allerdings handelte es sich bei *MSS ./. Belgien und Griechenland* um einen Dublin-Fall; entschieden werden musste, ob die (zum Zeitpunkt des Urteils bereits vollzogene) Abschiebung eines Afghanen von Belgien nach Griechenland dessen Menschenrechte verletzte aufgrund der schlechten humanitären Bedingungen für Asylsuchende in Griechenland in Verbindung mit dem mangelhaften Asylsystem des Landes. Der Fall war sowohl für die Entwicklung des Dublinsystems als auch für die Konkretisierung von Art. 3 EMRK von Bedeutung.⁸⁴

Der EGMR bejahte eine Verletzung von Art. 3 EMRK. Allerdings begründete er das nicht allein mit den unzumutbaren Lebensbedingungen in Griechenland, sondern zusätzlich mit der besonderen Vulnerabilität des Klägers aufgrund seines Status als Asylsuchender in Verbindung mit der Untätigkeit Griechenlands, für dessen grundlegendste Bedürfnisse zu sorgen. Insofern unterscheidet sich die Fallkonstellation in zweierlei Hinsicht von herkunftslandbezogenen Abschiebungsverboten: Erstens begründete der EGMR die für die Entscheidung maßgebliche Vulnerabilität des Klägers mit dessen Status als Asylsuchender auch im Zielstaat der Abschiebung; eine Situation, die in der Regel nur in Dublin-Fällen vorkommt.

83 EGMR (*MSS ./. Belgien und Griechenland*) Urt. v. 21.01.2011 – 30696/09.

84 Die Bedeutung der Entscheidung für das Dublin-System wurde sowohl in den Rechts- als auch den Sozialwissenschaften umfangreich diskutiert. Für den Einfluss des Urteils auf die europäische Asylpolitik siehe Günther 2023 (dort zahlreiche weitere Quellen).

Zweitens und vor allem wurde die Menschenrechtsverletzung hier mittelbar einem Akteur zugerechnet, nämlich Griechenland, was zu einem im Vergleich zu den medizinischen Abschiebungsfällen abgesenkten Maßstab führte. In dieser Gemengelage sei die Situation des Klägers in Griechenland „besonders ernst“ („particularly serious“)⁸⁵: Er habe dort in extremer Armut gelebt und sei nicht in der Lage gewesen, seine grundlegenden Bedürfnisse nach Nahrung, hygienischer Versorgung und Obdach zu befriedigen, ohne Aussicht darauf, dass sich diese Situation verbessern könnte.

Damit war die in der weiteren Rechtsprechung zu Abschiebungsverböten maßgebliche Unterscheidung gesetzt: Wenn eine humanitäre Notlage mittelbar von einem Akteur verursacht wird, gilt ein milderer Maßstab im Vergleich zu Fällen, in denen die Not natürlichen Ursprungs bzw. auf einen generellen Mangel an Ressourcen zurückzuführen ist, für den menschliches Handeln nicht maßgeblich verantwortlich zeichnet. Wenn humanitäre Notlagen mittelbar einem menschlichen Akteur zuzurechnen sind, sind nicht mehr „besonders außergewöhnliche Umstände“ die Schwelle, sondern es reicht aus, wenn die Betroffenen im Zielstaat ihre grundlegenden Bedürfnisse nach Nahrung, hygienischer Versorgung und Obdach nicht stillen können, besonders vulnerabel sind und in absehbarer Zeit keine Hoffnung auf Besserung besteht (Feneberg/Pettersson 2022b: 1520). Akteursverursachung spielt also auch bei Abschiebungsverböten eine Rolle, indem *mittelbarer* Akteureinfluss die Schwelle absenkt. Der subsidiäre Schutz kommt deshalb allerdings nicht in Frage, denn dafür muss ein Schaden durch einen Akteur „absichtlich“ und „bewusst“ herbeigeführt werden.⁸⁶ Eine nur indirekte Verursachung genügt dafür nicht.

In zwei für die Entwicklung der Maßstäbe wichtigen Verfahren, die die drohende Abschiebung nach Somalia und Afghanistan zum Gegenstand hatten, wendete der EGMR diese Unterscheidung an und konkretisierte sein Verständnis der Maßstäbe.

In *Sufi und Elmi ./. Vereinigtes Königreich* klagten zwei Männer gegen ihre Abschiebung nach Somalia, die sie aufgrund der dortigen humanitären Bedingungen einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung aussetzen würde.⁸⁷ Die zentrale formale Frage des Verfahrens war, ob dafür

85 EGMR (*MSS ./. Belgien und Griechenland*) Urt. v. 21.01.2011 – 30696/09; Rn. 254.

86 BVerwG Urt. v. 13. Februar 2019 – 1 B 2/19; Rn. 13.

87 EGMR (*Sufi und Elmi ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 28. Juni 2011 – 8319/07 und 11449/07.

der strenge Maßstab („exceptional circumstances“) der medizinischen Fälle oder der mildere Maßstab von *MSS ./. Belgien und Griechenland* einschlägig ist. Der EGMR entschied sich für Letzteres mit dem Argument, die humanitäre Notlage in Somalia gehe nicht primär auf natürliche Ursachen zurück, sondern auf die direkten und indirekten Handlungen der Konfliktparteien des somalischen Bürgerkriegs:

„Wenn die schlechten humanitären Bedingungen in Somalia nur oder überwiegend auf die Armut zurückzuführen sind oder auf die fehlenden staatlichen Mittel, um mit Naturereignissen umzugehen, wie einer Dürre, kann das im Fall N./Vereinigtes Königreich (...) verwendete Kriterium angemessen sein. Es ist aber eindeutig, dass die Trockenheit zwar zu der humanitären Krise beigetragen hat, sie aber überwiegend auf direkte und indirekte Aktionen der Konfliktparteien zurückgeht. Die Berichte weisen darauf hin, dass alle Konfliktparteien rücksichtslose Methoden der Kriegsführung in dicht besiedelten ländlichen Gebieten ohne Rücksicht auf die Sicherheit der Zivilbevölkerung angewendet haben (...) Das allein hat die verbreitete Vertreibung und den Zusammenbruch der sozialen, politischen und wirtschaftlichen Infrastruktur zur Folge gehabt.“⁸⁸

Darüber hinaus verhindere die Al-Shabaab-Miliz als zentraler Akteur Hilfsorganisationen den Zugang zu Gebieten unter ihrer Kontrolle, was die Lage erheblich verschlechtere.⁸⁹ Der Maßstab aus *MSS* sei deshalb angemessen, also die Beurteilung erstens der Fähigkeit der Kläger, ihre elementaren Bedürfnisse zu befriedigen (Nahrung, hygienische Versorgung und Obdach), zweitens ihrer Vulnerabilität und drittens, ob sich die Lage in angemessener Zeit verbessere.⁹⁰ Wie bei *MSS* war also die mittelbare Akteursverursachung zentral. Hinzu kam, dass die Kläger bei ihrer Rückkehr absehbar in Flüchtlingslagern untergebracht worden wären, eine weitere Parallele zu *MSS*, da deren Situation damit, trotz einer Rückkehr in den Herkunftsstaat, weiterhin derjenigen von Geflüchteten entsprochen und damit eine erhöhte Vulnerabilität bedeutet hätte.

88 EGMR (*Sufi und Elmi ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 28. Juni 2011 – 8319/07 und 11449/07: Rn. 282; deutsche Übersetzung aus NVwZ 2012, 681.

89 EGMR (*Sufi und Elmi ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 28. Juni 2011 – 8319/07 und 11449/07: Rn. 282.

90 EGMR (*Sufi und Elmi ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 28. Juni 2011 – 8319/07 und 11449/07: Rn. 283.

In dem Fall *SHH ./. Vereinigtes Königreich* kam der EGMR 2013 zu einem anderen Schluss.⁹¹ Geklagt hatte ein Mann aus Afghanistan: Aufgrund seiner Behinderung sei er besonders vulnerabel und in seinem Herkunftsstaat der Diskriminierung ausgesetzt; bei einer Rückkehr wäre er nicht in der Lage, seine grundlegenden Bedürfnisse zu befriedigen. Seine Situation sei deshalb mit der des Klägers in *MSS ./. Belgien und Griechenland* vergleichbar. Allerdings entschied der EGMR, dass vielmehr der strengere Maßstäbe von *N ./. Vereinigtes Königreich* anzuwenden sei, da der zu erwartende Schaden von einem generellen Ressourcenmangel in Afghanistan verursacht würde und nicht indirekt auf Akteurshandeln zurückgehe. Darüber hinaus sei der Kläger nicht in gleichem Maße vulnerabel wie *MSS*, da er auf ein familiäres Netzwerk in Afghanistan zurückgreifen könne.⁹² Die humanitäre Lage vor Ort sei außerdem nicht so gravierend wie in Somalia; die Arbeit von Hilfsorganisationen sei möglich.⁹³

Mit diesen Entscheidungen festigte der EGMR seine Rechtsprechung zu Abschiebungsverboten aufgrund humanitärer Notlagen. Indem bei Menschenrechtsverletzungen ohne zielgerichtete Verfolgungshandlung dennoch eine Art Verursacherprinzip zum zentralen Kriterium der Maßstabsauswahl gemacht wird, spielt der für das allgemeine Flüchtlingsrecht so bedeutende Akteursfokus auch in Refoulement-Entscheidungen eine wichtige Rolle.

Wenngleich diese Unterscheidung weiterhin gilt, hat der EGMR den strengen Maßstab der medizinischen Fälle in dem Urteil *Paposhvili ./. Belgien* 2016 herabgesenkt und zumindest implizit hinterfragt, ob die Ursache der drohenden humanitären Notlage ein relevantes Kriterium ist.⁹⁴ Geklagt hatte ein Georgier, der Ende der 1990er Jahre nach Belgien kam. Da er sich mehrfach strafbar gemacht hatte, verfügten die Behörden seine Ausweisung, die allerdings aufgrund schwerer Erkrankungen (u. a. Leukämie) nicht vollzogen werden konnte. Während des Verfahrens vor dem EGMR verstarb der Kläger; seine Familie führte das Verfahren fort. Das Gericht entschied posthum, dass eine Abschiebung nach Georgien rechtswidrig gewesen wäre und konkretisierte in diesem Zuge seine Maßstäbe der „außergewöhnlichen Umstände“ für die Abschiebung von Schwerkranken. Ausschlaggebend sei nicht mehr ein Zustand an der „Schwelle des

91 EGMR (*SHH ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 29. Januar 2013 – 60367/10.

92 EGMR (*SHH ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 29. Januar 2013 – 60367/10: Rn. 93.

93 EGMR (*SHH ./. Vereinigtes Königreich*) Urt. v. 29. Januar 2013 – 60367/10: Rn. 91.

94 EGMR (*Paposhvili ./. Belgien*) Urt. v. 13. Dezember 2016 – 41738/10.

Todes“, sondern eine nach der Rückkehr “schwerwiegende, schnelle und irreversible Verschlechterung des Gesundheitszustands mit der Folge intensiven Leids oder einer erheblichen Herabsetzung der Lebenserwartung” („a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy“).⁹⁵ Wenngleich damit im Grundsatz die hohe Schwelle der Außergewöhnlichkeit aufrechterhalten wird, handelt es sich doch um eine Absenkung der Maßstäbe. Dafür sprechen auch weitere Details des Urteils, etwa genauere Vorgaben zur Prüfung der tatsächlichen Zugänglichkeit von Behandlungsmöglichkeiten im Herkunftsstaat⁹⁶; im Falle verbleibender Zweifel müsse die Zusicherung des Zielstaats der Abschiebung über diese Zugänglichkeit eingeholt werden.⁹⁷

Die Entscheidung ist auch aus anderen Gründen bedeutend für die allgemeine Refoulement-Rechtsprechung: Indem der EGMR (explizit) festhält, dass die zu bewertende Menschenrechtsverletzung nicht die mangelhafte medizinische Behandlung im Herkunftsstaat ist, sondern der Akt der Abschiebung eines Schwerkranken, wirft er (implizit) die Frage auf, warum sich der Maßstab in Refoulement-Fällen abhängig von seiner Ursache (mittelbar menschlich oder natürlich) unterscheiden sollte.⁹⁸ Diese Unterscheidung dürfte dann keinen Ausschlag mehr geben; die Quelle des Schadens müsse in den Hintergrund treten zugunsten einer Bewertung von dessen Schwere (Stoyanova 2017: 597 ff., vgl. auch Oepen-Mathey 2021: 194 f.; bereits Foster 2009: 300). Entsprechend gebe es keine Grundlage dafür, unterschiedlich hohe Hürden je nach Schadensursache aufzustellen.⁹⁹ Mit *Paposhvili ./. Belgien* hat der EGMR zwar die Verantwortlichkeiten klar benannt, allerdings ohne daraus das Ende der Maßstabsunterscheidung zu

95 EGMR (*Paposhvili ./. Belgien*) Urt. v. 13. Dezember 2016 – 41738/10: Rn. 183.

96 EGMR (*Paposhvili ./. Belgien*) Urt. v. 13. Dezember 2016 – 41738/10: Rn. 189.

97 EGMR (*Paposhvili ./. Belgien*) Urt. v. 13. Dezember 2016 – 41738/10: Rn. 191.

98 Bereits in *D ./. Vereinigtes Königreich* bezeichnete der EGMR die Abschiebung als die relevante Menschenrechtsverletzung (Rn. 53). Das allerdings fiel in die Zeit vor der Maßstabsunterscheidung. Das *Paposhvili*-Urteil hat die Frage wieder virulent gemacht.

99 Auch das fair balance-Argument funktioniert nicht mehr, wenn die Verantwortlichkeit des abschiebenden Staates im Akt der Abschiebung verortet wird. Es kann dann nämlich nicht mehr darauf abgestellt werden, dass die (potentiell lebenserhaltende) Behandlung im Aufnahmestaat kein Kriterium sein darf (was zur oben beschriebenen Paradoxie führen würde). Denn wenn die Aufenthaltsbeendigung die

folgern. Vladislava Stoyanova (2017: 599) kritisiert, dass der EGMR in der Urteilsbegründung diesen Schritt nicht geht und damit letztlich den Maßstab der „außergewöhnlichen Umstände“ als hohe Schwelle aufrechterhält.

Grundsätzlich ist festzuhalten: Mit seiner Rechtsprechung erweitert der EGMR das Verständnis einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung auf Situationen, in denen Menschen bei ihrer Rückkehr lebensgefährliche Umstände erwarten, die nicht zielgerichtet von menschlichen Akteuren verursacht wurden.¹⁰⁰ Das umfasst sowohl medizinische Notfälle als auch lebensbedrohliche Armut, also die Unmöglichkeit einer Befriedigung menschlicher Grundbedürfnisse; die Maßstäbe gelten gleichermaßen für beide Fallkonstellationen (Foster 2016: 260; McAdam 2007: 164).¹⁰¹ Eine Abschiebung ist danach ausgeschlossen, wenn eine Person sich in einer Situation extremer materieller Not befindet, „die es ihr nicht erlaubte, ihre elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen, wie insbesondere sich zu ernähren, sich zu waschen und eine Unterkunft zu finden, und die ihre physische oder psychische Gesundheit beeinträchtigte oder sie in einen Zustand der Verelendung versetzte, der mit der Menschenwürde unvereinbar wäre“¹⁰². Diese Maßstäbe bilden die Grundlage der nationalen Entscheidungspraxis zu Abschiebungsverboten. In der Praxis tritt damit die Unterscheidung zwischen einer mittelbar menschlichen und einer natürlichen Ursache in den Hintergrund. Das zeigt auch die Umsetzung der Maßstäbe durch die deutschen Gerichte, die „außergewöhnliche Umstände“ als fehlenden Zugang zu Obdach, Nahrung und medizinischer Grundversorgung operationalisieren, ohne Rücksicht darauf, ob mittelbare Akteursverursachung im Spiel ist.

Menschenrechtsverletzung darstellt, ist auch die Beendigung einer lebenserhaltenden Behandlung Teil dieser Menschenrechtsverletzung.

- 100 Der Begriff ‚Behandlung‘ ist insofern kontraintuitiv und zeugt davon, dass die Weiterentwicklung von Normen sich auch über deren Wortlaut hinwegsetzen kann.
- 101 Auch das Bundesverwaltungsgericht betont, dass die Maßstäbe für beide Fallkonstellationen gleichermaßen gelten: BVerwG Urt. v. 21. April 2022 – 1 C 10.21: Rn. 20.
- 102 EuGH (*Jawo ./. Bundesrepublik Deutschland*) Urt. v. 19. März 2019 – C-163/17: Rn. 92. Der EuGH verweist an dieser Stelle explizit auf die Maßstäbe des EGMR. Der EuGH entscheidet hier zwar über eine Dublin-Rückführung, der Wortlaut wird allerdings von den deutschen Gerichten häufig bei Entscheidungen über die Gefahr in Herkunftsstaaten zitiert.

2.5.2 Das Abschiebungsverbot: Komplementärer Schutzstatus im deutschen Recht

Aus einem Urteil EGMR folgt kein *Schutzstatus* für Kläger:innen. Es steht den Konventionsstaaten frei, dafür eigene Regelungen im Sinne eines nationalen Komplementärschutzes zu verabschieden. In Deutschland findet sich dieser Komplementärschutz in den § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG.¹⁰³ § 60 Abs. 5 AufenthG bestimmt, dass eine Abschiebung unzulässig ist, wenn sich dies aus der EMRK ergibt. Dieser Verweis ist damit auch ein Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3. EMRK. § 60 Abs. 7 AufenthG verbietet eine Abschiebung, wenn für eine Person im Zielstaat eine „erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit besteht“. Beide Normen werden als einheitlicher Streitgegenstand geprüft und bilden gemeinsam das nationale Abschiebungsverbot im deutschen Recht.¹⁰⁴

Allerdings gibt es Unterschiede zwischen § 60 Abs. 5 und Abs. 7 AufenthG, die darauf beruhen, dass ersterer durch seinen direkten Verweis auf die EMRK international angelegt ist, während letzterer eine rein deutsche Norm darstellt. Obwohl mittlerweile anerkannt ist, dass die EGMR-Rechtsprechung maßgeblich für die Vergabe eines Abschiebungsverbots ist, war die deutsche Entscheidungspraxis lange abgekoppelt von dieser Rechtsprechung und passte sich nur langsam an. Diese Abkopplung ist historisch bedingt: § 60 Abs. 5 und Abs. 7 AufenthG sind älter als die maßstabsbildende EGMR-Rechtsprechung zum Refoulement-Verbot; die Normen waren bereits im Ausländergesetz von 1990 enthalten (§53 Abs. 4 und 6 AuslG 1990).¹⁰⁵ Menschenrechtsverletzungen, die nicht auf menschliche Verursachung zurückgingen, spielten in der Entscheidungspraxis lange kaum eine Rolle. Wenn, dann war dafür nur § 60 Abs. 7 AufenthG einschlägig, da das Bundesverwaltungsgericht bis 2013 die Meinung herrschen ließ, dass eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung nur von staatlichen Akteuren ausgehen könne.¹⁰⁶ Der auf die EMRK verweisende § 60 Abs. 5 AufenthG war damit durch eine enge nationale (und vom

103 Für einen Überblick über die Regelungen in anderen Staaten vgl. McAdam 2007 und Schieber 2013.

104 BVerwG Urt. v. 19. April 2018 – 1 C 29.17: Rn. 44.

105 Dieser Ursprung erklärt, warum die Normen noch heute nicht im Asylgesetz, sondern im Aufenthaltsgesetz stehen und dort außerdem, als Schutzstatus!, Teil des Kapitels *Beendigung des Aufenthalts* sind: Damals führten Abschiebungsverbote nicht zu einem Schutzstatus, sondern lediglich zu einer Duldung.

106 Diese Meinung änderte das Bundesverwaltungsgericht erst mit Urt. v. 13. Juni 2013 – 10 C 13/12: Rn. 25; Details dazu unten.

EGMR abweichende) Interpretation von Art. 3 EMRK blockiert; Abschiebungsverbote wurden deshalb in der Regel nur auf Grundlage von § 60 Abs. 7 AufenthG vergeben.

In Deutschland konnten sich so, abgekoppelt von der EGMR-Rechtsprechung, besonders strikte Maßstäbe entwickeln. Sie zeichneten sich durch einen starken Einzelfallfokus aus, der lange eine nahezu kategorische Verneinung eines Abschiebungsverbots aufgrund allgemeiner Gefahren bedeutete. Denn § 60 Abs. 7 AufenthG ist mit einer sogenannten Sperrklausel versehen: Der letzte Satz der Norm legt fest, dass bei allgemeinen Gefahren im Zielstaat der Abschiebung nicht die Gerichte, sondern die Exekutive einen generellen Abschiebungstopp für diesen Staat verhängen muss.¹⁰⁷ Solche allgemeinen Gefahren sind in der Regel aber stets der Ausgangspunkt nationaler Abschiebungsverbote, zum Beispiel die unzureichende Versorgungslage im Herkunftsstaat oder die Gefahr einer flächendeckend auftretenden Erkrankung wie zum Beispiel Malaria.¹⁰⁸ Nach dem Gesetz müsste in diesen Fällen also die Exekutive die Abschiebung verbieten, nicht die Gerichte. Das entspricht grundsätzlich der Logik des gewaltenteilenden Rechtsstaats: Entscheidungen über internationalen Schutz, die über konkrete Einzelfälle hinaus einen ganzen Herkunftsstaat betreffen, sollten vom Gesetzgeber bzw. der Exekutive gefällt werden, nicht von den für individuellen Rechtsschutz zuständigen Gerichten. Laut Bundesverwaltungsgericht kommt eine Schutzvergabe, die von allgemeinen Gefahren ausgeht, einer „Korrektur“¹⁰⁹ der Politik gleich, wenn diese keinen Abschiebungstopp für das Land erlassen habe, was nur ist absoluten Ausnahmefällen legitim sei. Eine solche Ausnahme ergebe sich nur „aus dem verfassungsrechtlich unabdingbar gebotenen Schutz insbesondere des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit“¹¹⁰. Allerdings öffnet dieses Verständnis selbst eine Schutzlücke, weil ein individuelles Abschiebungsverbot auch dann mit dem Hinweis auf einen allgemeinen Abschiebestopp verwehrt wird, wenn ein solcher gar nicht verhängt wurde (Eichler 2019: 71). Ein genereller (und damit auch:

107 Die Sperrklausel hat die Form eines Verweises auf den folgenden § 60a Abs. 1 AufenthG. Dort heißt es: „Die oberste Landesbehörde kann aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen allgemein oder in bestimmte Staaten für längstens drei Monate ausgesetzt wird.“

108 BVerwG Urt. v. 13. Juni 2013 – 10 C 13/12; Rn. 12; OVG Nordrhein-Westfalen Urt. v. 24. März 2020 – 19 A 4470/19.A.

109 BVerwG Urt. v. 31. Januar 2013 – 10 C 15/12; Rn. 41.

110 BVerwG Urt. v. 19. November 1996 – 1 C 6/95; Rn. 35.

bundesweit geltender) Abschiebestopp ist die Ausnahme: Er muss von allen Landesregierungen mitgetragen werden, gilt nur für drei Monate und aus ihm folgt kein Aufenthaltstitel, sondern lediglich eine Duldung.

In der Praxis entwickelte sich durch diese Regelung ein starker Einzelfallfokus in Verbindung mit einer sehr hohen Schwelle, wann trotz des Fehlens einer politischen Entscheidung eine Abschiebung gerichtlich verboten werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht entwickelte dafür das Kriterium, eine Abschiebung bedeute nur dann eine Gefahr für Leib und Leben, wenn sie einen Menschen „gleichsam sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausliefern würde“¹¹¹ also nur bei „Extremgefahr“¹¹². Diese Gefahr müsse außerdem landesweit bestehen und „alsbald“¹¹³ eintreten.¹¹⁴ Diese Bewertung hänge „wesentlich von den Umständen des Einzelfalles ab“¹¹⁵ und damit auch von der Eigenverantwortung und Resilienz der Betroffenen: Es mache „einen erheblichen Unterschied, ob ein Mensch ohne jeden Ausweg in eine Situation gebracht wird, in der er so gut wie keine Überlebenschmöglichkeit hat, oder ob er bei allen – auch existenzbedrohenden – Schwierigkeiten nicht chancenlos ist, sondern die Möglichkeit hat, Einfluss auf sein Schicksal zu nehmen“¹¹⁶.

Stärker als bei den anderen Schutzstatus vermischt sich beim Abschiebungsverbot damit die abstrakte Definition einer Gefährdung mit den Maßstäben dafür, wann diese so wahrscheinlich ist, dass eine Abschiebung verboten werden muss. Denn das zentrale Kriterium des „sehenden Auges“ ist streng genommen bereits Teil der Gefahrenprognose: Danach genügt nicht lediglich die beachtliche Wahrscheinlichkeit der extremen Gefahr, sondern diese muss mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten, also „sehenden Auges“.¹¹⁷ Durch die sich vorerst unabhängig vom EGMR entwickelte

111 BVerwG Urt. v. 17. Oktober 1995 – 9 C 15/95: Rn. 19.

112 BVerwG Urt. v. 27. Juni 2006 – 1 C 14/05: Rn. 18.

113 BVerwG Urt. v. 25. November 1997 – 9 C 58/96: Rn. 13.

114 Das Bundesverwaltungsgericht konkretisiert: „Damit ist indessen nicht gesagt, dass nur dann eine die Anwendung dieser Vorschrift rechtfertigende extreme Gefahrenlage besteht, wenn Tod oder schwerste Verletzungen sofort, gewissermaßen noch am Tag der Ankunft im Abschiebezielstaat, eintreten. Sie besteht beispielsweise auch dann, wenn der Ausländer mangels jeglicher Lebensgrundlage dem baldigen sicheren Hungertod ausgeliefert werden würde“ (BVerwG Beschl. v. 26. Januar 1999 – 9 B 617/98: Rn. 4). Auf den *Alsbald-Maßstab* gehe ich im Detail in Kapitel 7.1.1 ein.

115 BVerwG Urt. v. 19. November 1996 – 1 C 6/95: Rn. 35.

116 BVerwG Urt. v. 31. Januar 2013 – 10 C 15/12: Rn. 40.

117 Bis heute werden die beiden Ebenen auch in der Kommentarliteratur vermischt, siehe etwa die Feststellung im Gemeinschaftskommentar Aufenthaltsgesetz, laut

Rechtsprechung zu § 60 Abs. 7 AufenthG haben sich in Deutschland also nicht nur striktere abstrakte Maßstäbe herausgebildet, sondern damit verbunden auch ein strengeres Prognosemaß.¹¹⁸ Beides rechtfertigt das Bundesverwaltungsgericht mit besagter Sperrklausel: Die Durchbrechung dieser Sperre sei nur dann legitim, wenn die Gefahr erstens extrem ist (abstrakter Maßstab) und zweitens nach der Rückkehr mit hoher Wahrscheinlichkeit (Prognosemaß) eintreten würde.¹¹⁹

Der Maßstab der „Extremgefahr“ des lange allein maßgeblichen § 60 Abs. 7 AufenthG schaffte eine hohe Hürde für die Schutzvergabe aufgrund allgemeiner humanitärer Gefahren im Herkunftsstaat. Diese Praxis konnte über viele Jahre ihre Wirkung entfalten wegen der Blockade von § 60 Abs. 5 AufenthG, die den Anschluss an die EGMR-Rechtsprechung verhinderte: Aufgrund der überkommenen Vorstellung, dass asylrelevante Menschenrechtsverletzung stets von staatlichen Akteuren ausgehen müssen, hielt das Bundesverwaltungsgericht trotz anderslautender EGMR-Rechtsprechung daran fest, dass eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung nur von einem staatlichen Akteur verübt werden könne. Damit verweigerte das Bundesverwaltungsgericht dem EGMR „recht offen die Gefolgschaft“ (Hoppe 2023: 3) und setzte Art. 3 EMRK für nationale Abschiebungsverbote außer Gefecht, sobald es um allgemeine humanitäre Notlagen ging. Der sich stattdessen entwickelnde restriktive Maßstab von § 60 Abs. 7 AufenthG konnte sich frei entfalten.

Erst 2013 vollzog das Bundesverwaltungsgericht eine Wende und korrigierte seine historische Auslegung einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung: Mit Verweis auf die EGMR-Entscheidung *Sufi und Elmi ./. Vereinigtes Königreich* beschloss das Gericht, dass eine Verletzung von Art. 3 EMRK nicht mehr nur Gefahren umfasse, „die seitens eines Staates oder einer staatsähnlichen Organisation drohen“¹²⁰. Abschiebungsverbote auf Grundlage der Maßstäbe des EGMR waren nun über § 60 Abs. 5

der Schutz nach § 60 Abs. 7 AufenthG „eine ‚sehr hohe Wahrscheinlichkeit‘, nämlich das Vorliegen einer sogenannten ‚extremen Gefahrenlage‘ voraus[setzt]“ (Berlit 2022: 322). Materieller Tatbestand und Prognosemaß werden hier unmittelbar gleichgesetzt („nämlich“).

118 Dieses wird nach wie vor für § 60 Abs. 7 AufenthG eingefordert; für § 60 Abs. 5 AufenthG gilt das abgestufte Prognosemaß der beachtlichen Wahrscheinlichkeit, siehe Abschnitt 2.6.

119 BVerwG Urt. v. 19. November 1996 – 1 C 6/95: Rn. 35.

120 BVerwG Urt. v. 13. Juni 2013 – 10 C 13/12: Rn. 25.

AufenthG und damit unterhalb der Schwelle von § 60 Abs. 7 AufenthG möglich: Statt einer „Extremgefahr“ verlangt § 60 Abs. 5 AufenthG nur das vom EGMR geforderte „Mindestmaß an Schwere“ und ein Risiko muss nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit, sondern nur noch mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit drohen. Kriterien wie der alsbaldige Eintritt der Verelendung und die Eigenverantwortung („Einfluss auf sein Schicksal“) bleiben allerdings auch für die Prüfung von § 60 Abs. 5 AufenthG relevant.

Obwohl allgemein anerkannt ist, dass die Maßstäbe des EGMR zur Auslegung von Art. 3 EMRK (und damit der mit dieser Norm korrespondierende § 60 Abs. 5 AufenthG) entscheidend für die Vergabe nationaler Abschiebungsverbote sind, wird § 60 Abs. 7 AufenthG weiterhin in Asylverfahren geprüft. Die Norm hat allerdings sowohl systematisch als auch praktisch stark an Bedeutung eingebüßt. Denn § 60 Abs. 5 AufenthG wird vor § 60 Abs. 7 AufenthG geprüft, was ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG in der Regel ausschließt: Wird ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG vergeben, erübrigt sich eine Prüfung nach § 60 Abs. 7 AufenthG, der Schutz besteht dann bereits. Wird ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG verneint, kann auch kein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG vergeben werden, da dessen Maßstäbe deutlich strenger sind.¹²¹ In systematischer Hinsicht würde also § 60 Abs. 5 AufenthG als Norm genügen (so auch Hruschka/Mantel 2021: Rn. 43). Diese Logik spiegelt sich auch in der Entscheidungstatistik: In der Vergangenheit wurde ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG so gut wie nie vergeben (UNHCR 2011: 88). Nach Ende von dessen Blockade 2013 kehrte sich das Verhältnis um; mittlerweile werden sowohl vom BAMF als auch von den Gerichten Abschiebungsverbote überwiegend auf Grundlage von § 60 Abs. 5 AufenthG vergeben; § 60 Abs. 7 AufenthG spielt keine nennenswerte Rolle mehr (Deutscher Bundestag 2022b: 20 ff.).¹²²

121 So z. B. explizit VGH Baden-Württemberg Urt. v. 12.12.2018 – A II S 1923/17: Rn. 239.

122 Das BAMF war deutlich schneller bei der Abkehr von § 60 Abs. 7 AufenthG als die Gerichte: Seit 2016 machen Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 7 AufenthG nur noch unter 10 Prozent der vom BAMF vergebenen Abschiebungsverbote aus, der Rest entfällt auf § 60 Abs. 5 AufenthG. Bei den Gerichten fand diese Abkehr verlangsamt statt: Erst 2021 verzeichnet die Statistik eine ähnliche Quote. Das liegt auch daran, dass zahlreiche Verwaltungsgerichte weiterhin annehmen, es gebe eine inhaltliche Unterscheidung zwischen beiden Normen, dass also generelle humanitäre Notlagen auf Grundlage von § 60 Abs. 5 AufenthG, medizinische Notfälle hingegen nach § 60 Abs. 7 AufenthG geprüft werden müssten. Diese inhaltliche

Analog zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs ‚unmenschliche Behandlung‘ durch EGMR und EuGH legt das Bundesverwaltungsgericht für § 60 Abs. 5 AufenthG fest, dass ein „Mindestmaß an Schwere“ dann erreicht sei, wenn Menschen nach der Rückkehr „ihren existentiellen Lebensunterhalt nicht sichern können, kein Obdach finden oder keinen Zugang zu einer medizinischen Basisbehandlung erhalten“¹²³. Der fehlende Zugang zu den menschlichen Grundbedürfnissen nach Nahrung, Obdach und medizinischer bzw. hygienischer Versorgung begründet also ein Abschiebungsverbot. Die unteren Instanzen verwenden dafür häufig die griffige Formeln „Bett, Brot, Seife“¹²⁴. Laut Bundesverwaltungsgericht ist der Maßstab einer „weitergehenden abstrakten Konkretisierung“ (...) nicht zugänglich¹²⁵ und muss deshalb durch die unteren Instanzen im konkreten Fallbezug genauer definiert werden.¹²⁶

Seit der Entscheidung *Paposhvili* ./ *Belgien* 2016 betont die Rechtsprechung, dass die Außergewöhnlichkeit eines individuellen Falles sich nicht an seiner Einzigartigkeit bemesse. Vielmehr könnten „außergewöhnliche individuelle Umstände bzw. Merkmale auch solche sein (...), die eine Person mit anderen Personen teilt, die Träger des gleichen Merkmals sind bzw.

Zweiteilung mag zwar intuitiv einleuchten, da medizinische Notfälle einen stärkeren Einzelfallfokus erfordern. Mit Blick auf die EGMR-Rechtsprechung ist diese Unterscheidung allerdings unplausibel, da sowohl generelle humanitäre Notlagen als auch medizinische Notfälle nach einheitlichen Kriterien beurteilt werden müssen (siehe oben). Die Statistik zeigt, dass nach langem Anlauf auch die Verwaltungsgerichte § 60 Abs. 7 AufenthG zunehmend ad acta legen.

123 BVerwG Beschl. v. 8. August 2018 – I B 25.18: Rn. II.

124 Erstmals: VGH Baden-Württemberg Urt. v. 27. Mai 2019 – A 4 S 1329/19: Rn. 5.

125 BVerwG Beschl. v. 8. August 2018 – I B 25.18: Rn. II.

126 Entsprechend findet sich beim Bundesverwaltungsgericht auch keine differenzierte Unterscheidung der Maßstäbe je nachdem, ob die drohende Verletzung von Art. 3 EMRK natürliche Ursachen hat oder auf mittelbares Akteurshandeln zurückgeht. Zur MSS-Entscheidung des EGMR und der darin erstmals abgesenkten Schwelle der „Außergewöhnlichkeit“ stellt das Bundesverwaltungsgericht etwa lediglich fest, dass dort der Maßstab der „außergewöhnlichen Umstände“ nicht grundsätzlich revidiert werde; die Rechtsprechung des EGMR sei, was Schutz aufgrund der generellen humanitären Situation angeht, „insoweit sehr zurückhaltend[]“ (BVerwG Beschl. v. 25. Oktober 2012 – 10 B 16/12: Rn. 9). Für die Auslegung von § 60 Abs. 5 AufenthG festigte das Bundesverwaltungsgericht damit den Maßstab der Außergewöhnlichkeit für alle Fälle eines potentiellen Verbots der Abschiebung aufgrund der humanitären Lage im Zielstaat der Abschiebung unabhängig davon, welche Ursache diese Lage hat. Auch bei den Tatsachengerichten spielt die Unterscheidung keine Rolle (Feneberg/Pettersson 2022b).

sich in einer im Wesentlichen vergleichbaren Lage befinden“¹²⁷. Das Kriterium der Außergewöhnlichkeit wird damit durch seine Kollektivierung abgeschwächt. Obwohl weiterhin der Einzelfall Gegenstand der finalen Bewertung ist, rückt der Fokus damit von rein individuellen Faktoren ab hin zu einer Bewertung kollektiver Gefährdungslagen. Der Ausgangspunkt wird also verallgemeinert, indem das Gericht die Lage eines Kollektivs bewertet, etwa alleinerziehende Frauen mit Kleinkindern, unbegleitete Minderjährige oder junge, alleinstehende Männer, und erst auf dieser Grundlage Schlussfolgerungen für individuelle Bedrohungslagen zieht. Die Gerichte definieren dazu Risiko- bzw. Schutzfaktoren, die die Befriedigung der Grundbedürfnisse („Bett, Brot, Seife“) beeinflussen. Sowohl die genaue Festlegung, was mit „Bett, Brot, Seife“ gemeint ist (was genau gilt als Obdach? Meint „Seife“ eine hygienische oder eine medizinische Grundversorgung? Wann ist die Nahrungsmittelversorgung ausreichend?) als auch die Risiko- bzw. Schutzfaktoren konkretisieren die Gerichte anhand der Kollektive und damit auf einer Meso-Ebene zwischen den abstrakten rechtlichen Maßstäben und den individuellen Fällen. Eine solche Konkretisierung sieht etwa so aus, dass für das gesamte Kollektiv der jungen, alleinstehenden afghanischen Männer eine Abschiebung aufgrund der humanitären Notlage unzumutbar ist, sofern sie nicht über erhebliche finanzielle Ressourcen oder ein tragfähiges soziales Netzwerk in Afghanistan verfügen. Erst auf dieser Grundlage werden die Umstände des Einzelfalls betrachtet. Es handelt sich dabei insofern um eine *empirische Konkretisierung*, als sie Informationen über den Herkunftsstaat voraussetzt, beispielsweise über die humanitäre Lage vor Ort, die Bedeutung sozialer Netzwerke oder über den Zustand des Arbeitsmarktes (Feneberg/Pettersson 2022b: 1521). Wie kollektive Gefährdungslagen durch Herkunftslandinformationen bewertet und damit die Normen empirisch konkretisiert werden, ist Gegenstand der Untersuchung der Rechtsprechung der Kapitel 6 und 7. An dieser Stelle ging es lediglich darum, die Logik dieser Maßstabsbildung zu skizzieren, um darauf im Analyseteil aufzubauen.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Nicht nur zielgerichtete Verfolgungshandlungen oder Kriegsfolgen, sondern auch lebensbedrohliche materiel-

127 VGH Baden-Württemberg Urt. v. 3. November 2017 – A II S 1704/17: Rn. 171; OVG Nordrhein-Westfalen Urt. v. 18. Juni 2019 – 13 A 3741/18.A: Rn. 67; OVG Hamburg Urt. v. 25. März 2021 – 1 Bf 388/19.A: Rn. 49. Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt die Formulierung 2022, vgl. BVerwG Urt. v. 21. April 2022 – 1 C 10.21: Rn. 15.

le Notlagen können zu humanitärem Schutz führen, wenn menschliche Grundbedürfnisse nach der Rückkehr nicht befriedigt werden. Maßgeblich dafür sind die Maßstäbe des EGMR zu Art. 3 EMRK, die die Tatsachengerichte für verschiedene Kollektive konkretisieren. Obwohl in Deutschland mit § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG zwei Normen das Abschiebungsverbot regeln, ist praktisch und systematisch § 60 Abs. 5 und damit die Auslegung von Art. 3 EMRK maßgeblich.

2.6 Verfahren und Verfahrensrecht: Die Asylentscheidung als Risikoprognose

Die Normen der Schutzstatus legen die Tatbestände fest, die für die Gewährung von humanitärem Schutz erfüllt sein müssen. Sie definieren, wer im Rechtssinne schutzberechtigt ist. Damit diese Definitionen allerdings angewendet werden können, bedarf es erstens eines Verfahrens, in dem über die Erfüllung der Voraussetzungen entschieden wird, und zweitens verfahrensrechtlicher Maßstäbe, nach denen entschieden wird.

Die Konstruktion einer schutzsuchenden Person als Antragsteller:in ist das bürokratische Mittel, durch das ein Individuum dem Recht zugeführt wird (Fassin 2016: 67; Scheffer 2001: 9).¹²⁸ Das Asylverfahren macht die Asylnormen anwendbar (Burson 2021: 569). Die Ausgestaltung des Asylverfahrens ist nicht in gleichem Maße international reguliert wie das materielle Asylrecht und entwickelte sich entsprechend divers in verschiedenen Aufnahmestaaten.¹²⁹ Allerdings gibt es gemeinsame Nenner, die zur Anwendung kommen, etwa eine persönliche Anhörung der Antragsstellenden, die Möglichkeit, einen Rechtsbeistand hinzuzuziehen, und die Garantie einer unabhängigen Überprüfung der Asylentscheidung, meist in Form einer Klage vor einem Gericht (ebd.: 580). Grundsätzlich folgt das Verfahren einem zweistufigen Prozess, in dem erst die Zulässigkeit eines Antrags geprüft wird (in der EU etwa mit Blick auf die Frage, ob nach der Dublin-III-Verordnung potentiell ein anderer Mitgliedsstaat für das Verfahren

128 Die Bezeichnung ‚Asylbewerber:in‘ ist hingegen irreführend: Ein:e ‚Bewerber:in‘ hat keinen Rechtsanspruch, sondern versucht, sich durchzusetzen in Konkurrenz zu anderen, wobei es für alle nicht reichen kann, sonst müsste man sich nicht bewerben. Auf ein subjektives Recht muss man sich allerdings nicht ‚bewerben‘, es steht einer Person zu, sobald sie die Voraussetzungen erfüllt.

129 Das Handbuch und die Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft des UNHCR (erste Version 1979) legen allerdings Verfahrensstandards fest, an denen sich die Aufnahmestaaten orientieren (UNHCR 2019: Rn. 189 ff.).

zuständig ist), um in einem zweiten Schritt darüber zu entscheiden, ob der Antrag inhaltlich begründet ist, ob also die Schutzvoraussetzungen vorliegen.

In Deutschland ist das BAMF für die Prüfung von Asylanträgen zuständig. Es wurde 1953 als Bundesdienststelle für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge gegründet und entschied ab 1965 als Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (BAFl) sowohl über Anträge auf Asyl nach Art. 16 Abs. 2 GG als auch über die Flüchtlingsanerkennung nach der GFK (Kreienbrink 2013; Schmidt 2014). In den darauffolgenden Jahrzehnten erweiterte sich das Aufgabenspektrum des Bundesamtes kontinuierlich. Mit dem Asylkompromiss 1993 wurde es allein zuständig für die Entscheidung über Asylanträge und Abschiebungsverbote; bis dahin wurden Entscheidungen auch in Ausländer- und Grenzbehörde gefällt (Bogumil et al. 2018: 27 f., Fn. 7). Die Verfahren wurden außerdem dezentral auf mehr und mehr Außenstellen verlagert.¹³⁰ Mit dem Zuwanderungsgesetz 2005 wurde das BAFl zum BAMF, einhergehend mit zahlreichen weiteren Aufgaben neben den Asylverfahren.¹³¹

Bei Asylentscheidungen des BAMF handelt es sich um einen Verwaltungsakt, gegen den bei einem Verwaltungsgericht Klage eingereicht werden kann. Die verfahrens- und beweisrechtlichen Grundlagen, nach denen BAMF und Gerichte Asylanträge bzw. Klagen prüfen, stimmen grundsätzlich überein.¹³² Sie legen fest, welche Verfahrensbeteiligten welche Tatsachen beibringen müssen (formelle Beweislast), nach welcher Wahrscheinlichkeit eine Gefahr nach Rückkehr eintreten muss (Beweis- bzw. Prognosemaß) und wie entschieden wird, wenn am Ende weiterhin Wissenslücken

130 Die ersten acht Außenstellen wurden 1988 gegründet, 1993 waren es bereits 48 (Kreienbrink 2013: 404 f.). 2022 entschied das BAMF Asylverfahren an über 80 Standorten bundesweit.

131 Dazu gehören die Integrationsförderung (etwa die Entwicklung von Struktur und Inhalten der sogenannten Integrationskurse), die Programmkoordination sowie eigene Projekte zur Förderung der ‚freiwilligen‘ Rückkehr und die (gesetzlich zweckgebundene) Forschung zu Migrations- und Integrationsfrage „zur Gewinnung analytischer Aussagen für die Steuerung der Zuwanderung“ (vgl. auch Kreienbrink/Worbs 2018). Von der allgemeinen wissenschaftlichen Forschung im BAMF ist die Recherche zu Herkunftslandinformationen zu unterscheiden (Kapitel 1.2.2.1). Die Aufgaben des BAMF sind in § 75 AufenthG festgelegt.

132 Im Folgenden konzentriere ich mich ausschließlich auf die verfahrensrechtlichen Grundlagen der Judikative.

klaffen, die eine eindeutige Entscheidung verhindern (materielle Beweislast).

Der Ausgangspunkt dieser Maßstäbe steckt in der Flüchtlingsdefinition der GFK: Flüchtling ist, wer aus „begründeter Furcht“ vor Verfolgung nicht in seinen Herkunftsstaat zurückkehren kann. Der Begriff verbindet objektive („begründet“) und subjektive („Furcht“) Faktoren (Goodwin-Gill/McAdam 2007: 53; Hathaway/Foster 2014: 91; UNHCR 2019: Rn. 37 ff.): Erstens ist die Fluchtgeschichte das zentrale „Material für die Fallherstellung“ (Scheffer 2001: 19) und damit maßgebliche Tatsachengrundlage der Entscheidung. Antragsteller:innen haben Mitwirkungspflichten bei der Sachaufklärung (§ 15 AsylG, § 25 AsylG) und sind „Zeuge[n] in eigener Sache“ bzw. sogar selbst „Beweismittel“¹³³. Zweitens wird die Begründetheit der individuellen Furcht vor einer Rückkehr in den Herkunftsstaat durch die Behörden und Gerichte bewertet, indem die Glaubhaftigkeit der individuellen Fallgeschichte und das Rückkehrisiko beurteilt werden. Im Asylverfahren korrespondiert die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden also mit der Pflicht des BAMF oder des Gerichts, die Verhältnisse im Herkunftsland aufzuklären. Es gilt, wie einleitend beschrieben, der Amtsermittlungsgrundsatz. Dazu gehört insbesondere die Beschaffung der für die Entscheidung des Falles relevanten Herkunftslandinformationen.

Der Amtsermittlungsgrundsatz regelt die formelle Beweislast und ist „rechtlicher Fixpunkt“ des Verfahrens (Reiling/Mitsch 2017: 555). Sein „Fluchtpunkt“ (Kaufmann 2002: 350) ist die richterliche Überzeugung (§ 108 Abs.1 VwGO), also das „Maß an Gewissheit, das erreicht werden muss, damit der Rechtsanwender eine Entscheidung treffen kann“ (Mitsch 2020: 147). Im Asylverfahren gelten zwei Härtegrade der richterlichen Überzeugung: Für individuelle und allgemeine Basistatsachen, die sich wegen ihres Vergangenheits- oder Gegenwartsbezugs empirisch ermitteln lassen, gilt die volle richterliche Überzeugung und damit ein „Grad von Gewissheit (...), der Zweifeln Schweigen gebietet, auch wenn sie nicht völlig auszuschließen sind“¹³⁴. Diese „Überzeugungsgewissheit“¹³⁵ betrifft sowohl die Glaubwürdigkeit der Kläger:innen als auch allgemeine Informationen zum Herkunftsstaat aus Erkenntnismitteln.

Für die darauf fußende Prognoseentscheidung gilt ein abgestufter Maßstab: Ein Schutzstatus wird dann vergeben, wenn ein Risiko nach Rückkehr

133 BVerfG Urt. v. 14. Mai 1996 – 2 BvR 1516/93: Rn. 121.

134 BVerwG Urt. v. 16. April 1985 – 9 C 109/84: Rn. 16.

135 BVerwG Urt. v. 4. Juli 2019 – 1 C 31.18: Rn. 21.

in den Herkunftsstaat mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eintreten würde. Wenn also beispielsweise die Frage beantwortet werden muss, ob einer Asylsuchenden nach ihrer Rückkehr nach Afghanistan eine Verletzung ihrer Menschenrechte aufgrund der Gefahr einer alsbaldigen Verelendung droht, muss das Gericht die volle Überzeugung der Basistatsachen zur humanitären Situation in Afghanistan erlangen, etwa zur wirtschaftlichen Lage, zur Arbeitsmarktsituation oder der medizinischen Versorgung. Das gleiche gilt für die Basistatsachen zu individuellen Faktoren, etwa zum familiären Netzwerk der Asylsuchenden. Für die letztlich zentrale Frage, ob auf dieser Grundlage eine Rückkehr zu einer Verelendung führen würde, gilt hingegen der abgestufte Maßstab; die Verelendung muss lediglich beachtlich wahrscheinlich sein.

Dass ein bestimmtes Risiko schon bei beachtlicher Wahrscheinlichkeit zu einem Schutzstatus führt, bedeutet, dass das potentielle Risiko nicht in einem statistischen Sinne eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich eintreten muss, also nicht mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 Prozent. In der deutschen Asylpraxis war lange unklar, welcher genaue Maßstab Grundlage für die Prognoseentscheidung ist, da das Bundesverwaltungsgericht überwiegende Wahrscheinlichkeit und beachtliche Wahrscheinlichkeit häufig synonym verwendete, dabei allerdings betonte, dass erstere keine rein quantitative Betrachtung bedeute.¹³⁶ Zur qualitativen Auffüllung des Maßstabs zieht das Gericht die Figur des „vernünftig denkenden, besonnenen Menschen“ heran, von dessen Standpunkt aus zu beurteilen sei, ob eine Furcht begründet ist:

„Entscheidend ist, ob aus der Sicht eines besonnenen und vernünftig denkenden Menschen in der Lage des Asylsuchenden nach Abwägung aller bekannten Umstände eine Rückkehr in den Heimatstaat als unzumutbar erscheint. Unzumutbar kann aber (...) eine Rückkehr in den Heimatstaat auch dann sein, wenn (...) nur ein mathematischer Wahrscheinlichkeitsgrad von weniger als 50 % für eine politische Verfolgung gegeben ist. In einem solchen Fall reicht zwar die bloße theoretische Möglichkeit einer Verfolgung nicht aus (...). Ein vernünftig denkender Mensch wird sie außer Betracht lassen. Ergeben jedoch die Gesamtumstände des Falles die „reale Möglichkeit“ einer politischen Verfolgung,

136 BVerwG Urt. v. 23. Februar 1988 – 9 C 32/87: Rn. 16. Gleichsetzung der Maßstäbe allerdings in BVerwG Urt. v. 1. Oktober 1985 – 9 C 20/85: Rn. 12.

wird auch ein verständiger Mensch das Risiko einer Rückkehr in den Heimatstaat nicht auf sich nehmen.¹³⁷

Dabei müsse außerdem die „besondere Schwere des befürchteten Eingriffs“¹³⁸ berücksichtigt werden: Es mache „aus der Sicht eines besonnen und vernünftig denkenden Menschen bei der Überlegung, ob er in seinen Heimatstaat zurückkehren kann, einen erheblichen Unterschied, ob er z.B. lediglich eine Gefängnisstrafe von einem Monat oder aber die Todesstrafe riskiert“¹³⁹. Je schwerer also das potentielle Risiko einer Rückkehr, desto weniger wahrscheinlich muss es eintreten.

Neben der Frage nach einem quantitativen oder qualitativen Wahrscheinlichkeitsverständnis rückt damit die Dimension subjektiver versus objektiver Risikoabwägung in den Blick: Der deutsche „Sonderweg“ (Berlit 2017: 113) beim Prognosemaßstab der Flüchtlingseigenschaft liegt deshalb nicht so sehr in der Überbetonung eines statistischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs, sondern in der Objektivierung der Prognose durch die Figur des besonnenen und vernünftig denkenden und „nicht übertrieben furchtsamen Menschen“¹⁴⁰. Entgegen der internationalen Auslegung der GFK legt die deutsche Entscheidungspraxis damit mehr Gewicht auf die (objektive) Begründetheit der (subjektiven) Furcht vor Verfolgung.¹⁴¹ Den dahinterliegenden Wahrscheinlichkeitsbegriff hat die deutsche Rechtsprechung mittlerweile der angelsächsischen und internationalen Rechtsprechung, namentlich des EGMR, angeglichen. Die dort maßgebliche Formel eines *real*

137 BVerwG Urt. v. 5. November 1991 – 9 C 118/90: Rn. 17. In seinem frühen Standardwerk *The Status of Refugees in International Law* zitiert Atle Grahl-Madsen deutsche Asylrechtsprechung bereits aus den 1950er Jahren, in der vom „vernünftig denkenden, besonnenen Menschen“ die Rede ist (Scott 2020: 102). Zur Rechtsfigur „Reasonable Person“ siehe Cameron 2023: 11 f.

138 BVerwG Urt. v. 5. November 1991 – 9 C 118/90: Rn. 17.

139 BVerwG Urt. v. 5. November 1991 – 9 C 118/90: Rn. 17.

140 Dass die ‚objektive‘ Dritte, von deren Position aus die beachtliche Wahrscheinlichkeit einer Gefahr aus beurteilt werden muss, nicht nur besonnen und vernünftig, sondern auch „nicht übertrieben furchtsam“ sein muss, ist eine Ergänzung, den nicht das Bundesverwaltungsgericht, sondern die Tatsacheninstanzen dem Maßstab hinzugefügt haben (erstmal: VGH Baden-Württemberg Urt. v. 27. August 2014 – A 11 S 1128/14: Rn. 27).

141 Ein progressives Argument für die stärkere Betonung der objektiven Komponenten der Risikoprüfung macht Markard (2012: 211 ff.): Aufgrund unterschiedlicher Risikoempfindungen bzw. mangelnder Fähigkeit zu einer solchen Empfindung (etwa mit Blick auf Kinder oder bei Personen mit verminderter Wahrnehmungsfähigkeit) dürfe die subjektive Furcht nicht der maßgebliche Faktor für die beachtliche Wahrscheinlichkeit eines Risikos sein.

risk wird in der Praxis als Synonym einer beachtlichen Wahrscheinlichkeit verstanden.¹⁴²

Ein weiteres verfahrensrechtliches Instrument ist die Verteilung der materiellen Beweislast. Während die formelle Beweislast am Beginn des Verfahrens steht, indem sie regelt, wer für die Beibringung welcher Tatsachen verantwortlich zeichnet, steht die materielle Beweislast an dessen Ende: Durch sie wird geregelt, wie zu entscheiden ist, wenn Richter:innen keine hinreichende Überzeugung von den relevanten Tatsachen gewinnen können, wenn also ein sogenannter *non liquet* vorliegt (lat. *es ist nicht klar*). Die materielle Beweislast betrifft damit die Ebene der Basistatsachen; nur hier gilt das Beweismaß der vollen richterlichen Überzeugung. Die zukunftsbezogene Unsicherheit bei der Prognoseentscheidung wird nicht von der Verteilung der materiellen Beweislast aufgefangen, sondern durch das abgestufte Beweismaß der beachtlichen Wahrscheinlichkeit (Pettersson 2021: 104). Wenn also das Gericht nach Auswertung aller zur Verfügung stehender Quellen keine hinreichende Überzeugung von einer relevanten Basistatsache gewinnen kann (etwa, weil es die Glaubwürdigkeit von Schutzsuchenden nicht abschließend bewerten kann oder weil sich Erkenntnismittel zu zentralen Tatsachen widersprechen), dann kommt es erst gar nicht zur Prognoseentscheidung (für dieses gibt es dann buchstäblich keine Basis), sondern die materielle Beweislast greift. Diese liegt im Asylrecht bei der schutzsuchenden Person, der Antrag wird abgelehnt.¹⁴³ Vor einer Beweislastentscheidung müssen Gerichte allerdings berücksichtigen, „ob sich nicht zumindest in der Gesamtschau der ihm vorliegenden Einzelinformationen hinreichende Indizien ergeben, die bei zusammenfassender Bewertung eine eigene Prognoseentscheidung zur Rückkehrgefährdung er-

142 BVerwG Urt. v. 1. Juni 2011 – 10 C 25.10: Rn. 22. Siehe auch Cameron 2018: 84 f.; Tiedemann 2019: 100 ff. Mit Hinweis auf eine Differenz zwischen „real risk“ und „well-founded fear“: Costello 2015: 178.

143 In der Regel trägt die Streitpartei die materielle Beweislast, für die das Vorliegen einer Tatsache einen Vorteil bringen würde. Im Asylrecht wird davon ausgegangen, dass das die schutzsuchende Person ist. Diese Verteilung ist umstritten (Pettersson 2021: 105), Gerichte gehen allerdings in der Regel davon aus, dass die materielle Beweislast bei der asylsuchenden Person liegt (z. B. OVG Hamburg, Urt. v. 23. Februar 2022 – 1 Bf 282/20.A: Rn. 79). Im Gegensatz dazu verortet das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urt. v. 18. Februar 2021 – 1 C 4/20: Rn. 46 die materielle Beweislast für die Sicherung des Existenzminimums bei der beklagten Partei, also dem BAMF.

möglichen¹⁴⁴; die Beweislastentscheidung ist ultima ratio. Gerichte sind also dazu angehalten, sich auch anhand einer „unübersichtliche[n] Tatsachenlage und nur bruchstückhaften Informationen“¹⁴⁵ eine Überzeugung zu bilden und auf dieser Grundlage das Rückkehrisiko zu prognostizieren.¹⁴⁶ Diese Prognose dürfe allerdings nicht „auf bloße Hypothesen und ungesicherte Annahmen gestützt werden“¹⁴⁷.

In der Praxis sind Beweislastentscheidungen entsprechend selten. Die Auswertung der Interviews (Kapitel 5) und die Analyse der Rechtsprechung (Kapitel 6 und 7) zeigen, dass sich Richter:innen auch auf dünner Tatsachengrundlage eine Überzeugung bilden und eine Prognoseentscheidung treffen, anstatt einen Fall mithilfe der Beweislastverteilung zu lösen. Hypothesen und Annahmen spielen dabei allerdings durchaus eine zentrale Rolle.

Die formelle Beweislast in Form des Amtsermittlungsgrundsatzes, die materielle Beweislast im Fall eines *non liquet* und Beweis- bzw. Prognosemaßstab der vollen richterlichen Überzeugung bei Basistatsachen und der beachtlichen Wahrscheinlichkeit bei der Prognoseentscheidung bilden den verfahrensrechtlichen Kern der Asylgewährung. Die verfahrensrechtlichen Grundlagen und insbesondere das Prognosemaß der beachtlichen Wahrscheinlichkeit gelten für alle Schutzstatus. Beim subsidiären Schutz ersetzt der Begriff „tatsächliche Gefahr“ die „begründete Furcht“ (§ 4 Abs. AsylG).¹⁴⁸ Auch für die Entscheidungspraxis zum nationalen Abschie-

144 BVerwG Urt. v. 4. Juli 2019 – 1 C 31.18: Rn. 23.

145 BVerwG Urt. v. 4. Juli 2019 – 1 C 31.18: Rn. 22.

146 Der EGMR verweist auf ein „gewisses Maß an Mutmaßung“ („a certain degree of speculation“), das dem Schutzbereich von Art. 3 EMRK inhärent sei und nicht erwartet werden könne, dass Betroffene einen eindeutigen Beweis für die potentielle Verletzung der Norm erbringen (EGMR (*Paposhvili ./. Belgien*) Urt. v. 13. Dezember 2016 – 41738/10: Rn. 186; siehe dazu auch Kapitel 7.4). Die einschlägigen Entscheidungen *MSS ./. Belgien und Griechenland* und *Sufi und Elmi ./. Vereinigtes Königreich* führten allerdings auch deshalb zu einem Verbot der Abschiebung, weil die Lage in Griechenland bzw. Belgien einerseits und in Somalia andererseits so gut dokumentiert war (Dembour 2015: 438 f.). Für eine umfassende Analyse der beweisrechtlichen Grundlagen bei Refoulement-Entscheidungen des EGMR siehe Schlüter 2019: 213 ff.

147 BVerwG Urt. v. 4. Juli 2019 – 1 C 31.18: Rn. 22. Die Formulierung stammt ursprünglich von einem Oberverwaltungsgericht: OVG Niedersachsen Urt. v. 5. Dezember 2018 – 2 LB 570/18: Rn. 24.

148 Eine „Sonderform“ (Mitsch 2020: 154) der Risikoabwägung galt lange für die Prüfung einer individuellen Bedrohung durch Kriegsgefahren anhand des Maßstabs

bungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG gilt die beachtliche Wahrscheinlichkeit.¹⁴⁹

Die vorangegangene Darstellung einerseits der abstrakten Definition der Schutzstatus anhand ihrer Tatbestände, andererseits der verfahrensrechtlichen Grundlagen der Asylentscheidung impliziert, dass zwischen beiden Ebenen eine grundsätzliche Differenz besteht: Während erstere die materiellen Grundlagen der Schutzvergabe bestimmen (Wer ist ein Flüchtling? Was ist ein ernsthafter Schaden? Was definiert eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung?), regeln letztere, wie Gerichte mit empirischer und prognostischer Unsicherheit umgehen und dabei insbesondere, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Risiko drohen muss, um zu einem Schutzstatus zu führen. Vor allem beim nationalen Abschiebungsverbot wird allerdings deutlich, dass beide Ebenen fließend ineinander übergehen. Dessen zentrale Definitionsmerkmale, nämlich die „Außergewöhnlichkeit“ des Falles aufgrund „zwingender humanitärer Gründe“ und eines „Mindestmaß an Schwere“, sind zwar grundsätzlich allgemeine Tatbestandsmerkmale (welche Faktoren müssen zusammenkommen, um eine ausreichend schwere/zwingende existentielle Notlage auszulösen, etwa mit Blick auf den Zugang zu Nahrung, hygienischer Versorgung und Obdach?), bilden aber zugleich die Säulen des Prognosemaßstabs (wie unwahrscheinlich muss der Zugang zu Nahrung, hygienischer Versorgung und Obdach sein, um

der Gefahrendichte. Um das Risiko zu prognostizieren, mit dem Asylsuchende nach ihrer potentiellen Rückkehr in ein Kriegsgebiet Opfer willkürlicher Gewalt werden könnten, wurden dafür die Kriegsoffer rechnerisch ins Verhältnis zur Bevölkerungszahl der Rückkehrregion gesetzt. 2021 entschied der EuGH, dass ein reiner ‚body count‘-Ansatz mit dem Europarecht nicht vereinbar ist (EuGH (*C.F. und D.N. ./ Bundesrepublik Deutschland*) Urt. v. 10.6.2021 – C-901/19; siehe auch UNHCR 2023: 7): Neben der Schwierigkeit, überhaupt zuverlässige Daten zu generieren, dürfe nicht ein bestimmter Zeitraum in der Vergangenheit der maßgebliche Referenzpunkt der Prognoseentscheidung sein. Vielmehr müsse die Dynamik eines Kriegsgeschehens berücksichtigt und von vornherein qualitative Faktoren mit einbezogen werden, etwa die Intensität der Auseinandersetzung, der Organisationsgrad der beteiligten Streitkräfte und die Dauer des Konflikts (vgl. bereits Dietz 2014: 4 ff. und Markard 2012: 355). Die statistische Erfassung der Gefahrendichte ist so nur noch ein Kriterium unter vielen.

149 Zwar wird für das Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG abweichend eine hohe Wahrscheinlichkeit des potentiellen Risikos gefordert (siehe Abschnitt 2.5.2). Wie beschrieben spielt § 60 Abs. 7 AufenthG in der Praxis allerdings nahezu keine Rolle mehr; relevant ist lediglich das an Art. 3 EMRK gekoppelte Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG. Für dieses gilt der Maßstab der beachtlichen Wahrscheinlichkeit.

für den konkreten Fall eine ausreichend schwere/zwingende existenzielle Notlage auszulösen?). In anderen Worten: Das Kriterium der „Außergewöhnlichkeit“ informiert sowohl die Konkretisierung der Tatbestände als auch das erforderliche Gefährdungsniveau und damit das Prognosemaß. Auch bei den anderen Schutzstatus vermischt die Trennung von materiellen Tatbeständen und dem Prognosemaß: Bei der Flüchtlingseigenschaft ist die „begründete Furcht“ und damit die Basis des Prognosemaßstabs bereits Teil der Definition des Flüchtlings im Rechtssinne (§ 3 Abs. 1 AsylG). Beim subsidiären Schutz gilt das analog für die „tatsächliche Gefahr“ (§ 4 Abs. AsylG). Das Prognosemaß bewegt sich damit zwischen materiellem und formellem Recht.

Ein weiteres Abgrenzungsproblem betrifft deshalb die Frage, ob die Gefahrenprognose noch Teil der Tatsachenfeststellung ist oder bereits in die Bewertung eines Falles übergeht. Gegen ersteres spricht einerseits die Begrifflichkeit: In der Zukunft liegende Tatsachen können nicht *festgestellt* werden, die Bewertung eines Risikos kann deshalb auch kein Akt der Tatsachenfeststellung sein (Cameron 2018: 210). Andererseits handelt es sich bei der Prognose nicht um eine *rechtliche* Bewertung, sondern um die Abschätzung der Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gefahr auf Grundlage der Basistatsachen (Pettersson 2021: 102 f.). Der Satz: *Aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Lage in Afghanistan besteht die beachtliche Wahrscheinlichkeit, dass eine alleinerziehende Frau mit Kleinkindern nach ihrer Rückkehr in existenzielle Not geraten wird* ist seiner Form nach eine empirische Aussage. Ein rechtlicher Satz ist erst die Folgerung: *Diese existenzielle Not erfüllt den Tatbestand der „Außergewöhnlichkeit“, eine Abschiebung stellt deshalb eine unmenschliche Behandlung dar.* Hier wird ein Sachverhalt (die Prognose) unter eine Rechtsnorm (Art. 3 EMRK i. V. m. § 60 Abs. 5 AsylG) subsumiert. Die Prognose ist zwar eine Schlussfolgerung, die über die Basistatsachen hinausgeht und damit eine Bewertung in Form einer Risikoabwägung, sie ist aber eben noch keine rechtliche Bewertung (Kluth 2018: 334). Der Prognosemaßstab markiert damit den unklaren Übergang zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen und ist ein Beispiel für das Beweisrecht als „Schnittstelle zwischen Tatsachen und juristischer Bewertung“ (Nolte 2013: 241).

Dass aber die Prognose verfahrenslogisch der Tatsachenfeststellung zugeordnet wird, ist praktisch bedeutsam, da sie sich so der Revision und damit der höchstgerichtlichen Vereinheitlichung entzieht: Das Bundesverwaltungsgericht konnte bis 2023 nur über Rechtsfragen entscheiden, nicht über

Tatsachenfragen. Eine Prognoseentscheidung konnte deshalb nicht substantiell von der höchsten Instanz beurteilt werden (Pettersson 2021: 102). Für die Entscheidungspraxis und damit für den Gegenstand dieser Arbeit sind die vorangegangenen Ausführungen auch abgesehen davon nicht bloße Theorie; aus ihnen ergeben sich vielmehr Folgeprobleme für den Umgang mit Wissen im Asylrecht, die ich in der empirischen Analyse aufgreife. So beobachtet etwa Lukas Mitsch (2020: 53) hier eine „Konvergenz von festgestellten Basistatsachen und Aufstellung der Zukunftsprognose“ in der Entscheidungspraxis. Die Basistatsachen würden demnach nicht lediglich einen Ausgangspunkt der Zukunftsprognose bilden, sondern nehmen diese quasi vorweg. Daraus folgen zwei Probleme: Indem eine Risikoabschätzung unvermittelt aus den Basistatsachen erfolgt, bleiben erstens etwaige zukünftige Entwicklungen und damit potentielle Veränderungen unberücksichtigt (Foster et al. 2022: 187). Zweitens geht damit der „Eigenwert“ (Mitsch 2020: 157) des abgestuften Prognosemaßstabs verloren: Denn das Beweismaß der vollen richterlichen Überzeugung würde dann, implizit, auch für die Prognoseentscheidung angelegt, für die eigentlich ein abgestufter Maßstab gelten sollte. Dazu trägt auch das Bundesverwaltungsgericht bei, wenn es sagt, ein Richter habe sich „von der Richtigkeit seiner (...) Prognose einer mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit drohenden Verfolgung die volle Überzeugungsgewissheit zu verschaffen“¹⁵⁰. Es mag sich hier lediglich um eine terminologische Ungenauigkeit handeln, die Formulierung führt aber dazu, dass sich die Maßstäbe vermischen und die Überzeugungsgewissheit auf die Prognoseentscheidung übergreift. In Kapitel 5.3 zeige ich, wie Richter:innen pragmatisch mit Beweis- und Prognosemaß umgehen. Die Frage, inwiefern es überhaupt praktikabel ist, angesichts des Wissensproblems in Asylverfahren bei den Basistatsachen das volle Beweismaß einzufordern, greife ich im Schlussteil auf.

Im Anschluss daran muss außerdem empirisch untersucht werden, inwiefern die Ermittlung von Basistatsachen je nach Schutzstatus unterschiedliche Schwierigkeiten bereitet. Dass zum Beispiel der Wissensbedarf bei der Prüfung von Abschiebungsverboten „weniger komplex“ (Mitsch 2020: 50) ist als bei der Prüfung subsidiären Schutzes oder der Flüchtlingseigenschaft, sollte nicht pauschal festgestellt, sondern muss mit Blick auf die Entscheidungspraxis analysiert werden. Zwar spielen bei Abschiebungsverboten anders als bei der Flüchtlingseigenschaft schwer zu ermittelnde Motive eines Verfolgers keine Rolle, allerdings bedarf es

150 BVerwG Urt. v. 4. Juli 2019 – 1 C 31.18: Rn. 22.

stattdessen einer vermutlich kaum weniger komplizierten Erforschung von Ursachen und Schweregrad einer sozioökonomische Notlage.

2.7 Recht auf Rechte: Rechtsfolgen der Schutzstatus

Die Schutzstatus existieren nicht um ihrer selbst willen. Sie schützen nicht nur vor Menschenrechtsverletzungen, sondern mit ihnen gehen bestimmte Folgerechte einher. Während die Flüchtlingsdefinition nur die einleitende Grundlage der GFK bildet, bestimmt der überwiegende Anteil der Konvention die Rechte, die infolge der Statusvergabe verliehen werden. Das Ziel ist eine rasche rechtliche Gleichstellung mit den Bürger:innen des AufnahmeStaats, um die Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft, die durch die Flucht verloren gegangen ist, wieder herzustellen (Kleist 2018: 174). Hannah Arendts berühmtes Postulat vom grundlegenden „Recht, Rechte zu haben“ (Arendt 1986: 614) findet darin einen praktischen Ausdruck. Die genaue Ausgestaltung der Rechte und Pflichten, die aus einem „Aufenthalt aus humanitären Gründen“ (§ 25 AufenthG) folgen, ist in stetem Fluss und soll an dieser Stelle nicht im Detail nachgezeichnet, sondern lediglich kurz skizziert werden.¹⁵¹

Aus der Anerkennung als Flüchtling (oder als Asylberechtigte:r nach dem Grundgesetz) folgt eine Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre. Flüchtlinge erhalten einen speziellen Reiseausweis, als Ersatz für den Pass des Heimatlandes, der die Reise in alle Unterzeichnerstaaten der GFK ermöglicht. Darüber hinaus haben Flüchtlinge freien Zugang zum Arbeitsmarkt sowie Anspruch auf Sozialhilfe und auf einen Integrationskurs. Allerdings sind sie verpflichtet, drei Jahre in dem Bundesland zu wohnen, in dem das Asylverfahren durchgeführt wurde; in manchen Bundesländern gibt es darüber hinaus die Möglichkeit einer Wohnsitzauflage für bestimmte Gemeinden (Lehrian 2018). Während eine Niederlassungserlaubnis, also ein unbefristeter, von der Lage im Herkunftsstaat unabhängiger Aufenthaltstitel, ursprünglich nach drei Jahren ohne weitere Voraussetzungen beantragt werden konnte, ist der Antrag seit Inkrafttreten des sogenannten Integrationsgesetzes 2016¹⁵² erst nach fünf Jahren möglich und setzt einen gesicherten Lebensunterhalt und ausreichenden Wohnraum voraus. Darüber

151 Siehe zum Folgenden die Übersichten zu Rechtsfolgen bei Eichler 2019: 79 ff. und Marx 2020: 447 ff. sowie Mantel 2018.

152 BGBl 2016 Teil I Nr. 39, 1939 ff.

hinaus werden Grundkenntnisse der deutschen Sprache und der Rechts- und Gesellschaftsordnung vorausgesetzt (letztere beiden Kriterien entsprechen dem erfolgreichen Absolvieren des Integrationskurses in Verbindung mit dem sogenannten Orientierungskurs). Flüchtlinge haben außerdem das Recht zum privilegierten Familiennachzug, für den, anders als bei anderen Drittstaatsangehörigen, weder der Lebensunterhalt gesichert sein noch ausreichender Wohnraum nachgewiesen werden muss. Der Nachzug ist auf die Kernfamilie beschränkt, also auf Ehepartner:in, minderjährige Kinder oder, bei Minderjährigen, deren Eltern.

Mit dem subsidiären Schutz und dem Abschiebungsverbot gehen schwächere Rechtsfolgen einher. Politisch werden diese Abweichungen damit begründet, dass sich diese Status lediglich komplementär zum ‚echten‘ Flüchtlingsschutz verhalten. Unterschiedliche Vergabegründe rechtfertigen demnach unterschiedliche Rechtsfolgen. Namentlich für den subsidiären Schutz stellt sich die Frage, ob dessen Erteilungsvoraussetzungen denen des Flüchtlingsschutzes untergeordnet sind und deshalb schwächere Folgerechte begründen oder ob es sich nicht vielmehr um zwei gleichwertige internationale Status handelt, die zwar vor unterschiedlichen, aber gleichermaßen gravierenden Menschenrechtsverletzungen schützen, sich also ergänzen und deshalb die gleichen Rechte nach sich ziehen sollten.

Das erste Argument gegen eine Gleichbehandlung lautet, dass die Menschenrechtsverletzungen, die einen subsidiären Schutz begründen, nicht die Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft per se betreffen: Zwar gehe es um einen zielgerichteten ernsthaften Schaden, aber nicht um eine auf individuelle Merkmale abzielende Verfolgungshandlung. Die Beziehung zwischen Staat und Bürger:in ist bei flüchtlingsrelevanten Menschenrechtsverletzungen schwerer beschädigt; beim subsidiären Schutz ist eine Rückkehr nach Ende der Gefahrenlage hingegen einfacher möglich. Stefan Salomon (2022: 638) entgegnet dem, dass das Kriterium der individuellen Betroffenheit im Asylrecht nicht kategorisch, sondern graduell verstanden werden müsse. Auch beim subsidiären Schutz spielten Zielgerichtetheit und Akteursverursachung eine entscheidende Rolle; die Übergänge zu flüchtlingsschutzrelevanten Verfolgungshandlungen seien oft fließend.

Damit zusammen hängt das zweite Argument für die Ungleichbehandlung: Der subsidiäre Schutz habe einen stärker temporären Charakter als der Flüchtlingsschutz, die Gefahrenlagen seien meist von kürzerer Dauer und damit auch der Aufenthalt im Aufnahmestaat. Es brauche deshalb nicht derart umfangreiche Folgerechte wie für Flüchtlinge. Dagegen gibt es

systematische und empirische Einwände (Bast et al. 2021: 168 f.). Erstens sind weder Flüchtlingsschutz noch subsidiärer Schutz per se permanent oder temporär (Bast 2018: 44; Salomon 2022: 641). Sie sind beide temporär, insofern sie nur so lange gelten, wie der Schutzgrund besteht und sie sind insofern permanent, als es keinen Zeitpunkt gibt, nach dem der Status automatisch widerrufen wird. In systematischer Hinsicht spricht zweitens gegen einen nur temporären Charakter des subsidiären Schutzes, dass es mit der Richtlinie zur Gewährung vorübergehenden Schutzes¹⁵³ eine eigene EU-Richtlinie explizit für den temporären Aufenthalt von Schutzsuchenden gibt (Salomon 2022: 615). Sie begründet ein gruppenbezogenes Schutzregime, um die individuellen Asylverfahren zu entlasten. Die Richtlinie existiert seit 2001 und wurde 2022 erstmals infolge des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine aktiviert. Dass es also eine eigene Richtlinie für vorübergehenden Schutz gibt, indiziert, dass die sonstigen Schutzstatus nicht als per se temporär verstanden werden können. Drittens ist es empirisch unzutreffend, dass der subsidiäre Schutz häufiger widerrufen wird. Das Gegenteil ist der Fall (ebd.: 635).

Auf dieser Grundlage wird argumentiert, dass es sich bei Flüchtlingsschutz und subsidiärem Schutz um einen einheitlichen europäischen Status handelt, der einheitliche Rechtsfolgen nach sich ziehen sollte (Bast 2018; Hasel/Salomon 2020; Mantel 2018). Das EU-Recht sieht zwar einheitliche Folgerechte für beide Schutzstatus vor, allerdings gibt es bereits auf dieser Ebene Abweichungen, etwa die Bestimmung unterschiedlicher Reiseausweise (Art. 25 QRL) oder die Möglichkeit, geringere Sozialleistungen an subsidiär Schutzberechtigte auszus zahlen (Art. 29 QRL). In Deutschland haben subsidiär Schutzberechtigte den gleichen Arbeitsmarktzugang wie Flüchtlinge, auch beim Zugang zu Sozialleistungen und zu Integrationskursen sind sie ihnen gleichgestellt. Die Aufenthaltserlaubnis wird allerdings vorerst nur für ein Jahr erteilt und dann für zwei weitere Jahre verlängert. Hinsichtlich des Bleiberechts handelt es sich dabei lediglich um einen formalen Unterschied, denn es besteht, wie beim Flüchtlingsschutz, automatisch ein Anspruch auf die Verlängerung, wenn der Status nicht widerrufen wird. Dennoch wird die Regelung als „systemwidriges Relikt“ (Bast 2018: 44) kritisiert, das konkrete Auswirkungen haben kann, zum Beispiel durch Nachteile auf dem Wohnungsmarkt wegen der vorerst nur kurzen Aufenthaltserlaubnis (Salomon 2022: 641). Darüber hinaus gelten

153 RL 2001/55/EG.

erschwerter Voraussetzungen für die Niederlassungserlaubnis. Eine weitere nachteilige Rechtsfolge betrifft die Passbeschaffung: Subsidiär Schutzberechtigte erhalten kein gesondertes Reisedokument, sondern müssen einen Reisepass (der auch für die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis gefordert wird) bei der Botschaft ihres Heimatstaates beantragen. Es wird davon ausgegangen, dass dies, anders als bei Flüchtlingen, von subsidiär Schutzberechtigten erwartet werden kann, da ihr Staat sie nicht aufgrund individueller Merkmale verfolgt. Insbesondere für Geflüchtete aus Syrien wurde diese Praxis als unzumutbar kritisiert, da die Botschaft die Angabe zahlreicher persönlicher Daten sowie in einigen Fällen die Unterzeichnung eines sogenannten Versöhnungsabkommens forderte (Deutscher Bundestag 2021c). Zuletzt ist in Deutschland der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten nur eingeschränkt möglich. Während der Nachzug 2016 zuerst für zwei Jahre gänzlich ausgesetzt wurde, gilt seit 2018 eine Kontingentregelung, laut der monatlich lediglich 1.000 Personen nachziehen dürfen. Aufgrund der Komplexität des Verfahrens wurde diese Zahl allerdings bislang nie erreicht (Krause et al. 2021).¹⁵⁴

Die Folgerechte einer Aufenthaltserlaubnis auf Grundlage eines nationalen Abschiebungsverbots sind noch einmal schwächer. Zwar gilt auch hier das Recht auf uneingeschränkte Erwerbstätigkeit, allerdings wurde diese erst 2020 endgültig umgesetzt (zuvor bedurfte es der Zustimmung der Ausländerbehörde). Die Aufenthaltserlaubnis wird für ein Jahr verliehen, dann prüft die Ausländerbehörde automatisch, ob die Voraussetzungen noch vorliegen. Wird das bejaht, wird der Titel für ein weiteres Jahr verlängert. Hat die Behörde daran Zweifel, konsultiert sie das BAMF mit der Bitte um eine Prüfung des Antrags. Ebenso wie subsidiär Schutzberechtigte erhalten Geflüchtete, für die ein Abschiebungsverbot festgestellt wurde, keinen gesonderten Reisepass. Familiennachzug ist für sie nicht privilegiert möglich, sondern es gelten die gleichen Voraussetzungen, wie für andere Drittstaatsangehörige, also etwa der Nachweis der Lebensunterhaltssicherung und ausreichenden Wohnraums. Darüber hinaus müssen auch für die nachziehenden Familienmitglieder humanitäre Gründe vorliegen.

154 Spielte der subsidiäre Schutz bis Anfang 2016 eine untergeordnete Rolle in der deutschen Entscheidungspraxis, schnellte die Vergabequote nach der Änderung der Regelung zum Familiennachzug sprunghaft in die Höhe. In überwiegender Mehrheit waren davon syrische Schutzsuchende betroffen. Die Folge war ein ebenso sprunghafter Anstieg sogenannter Aufstockungsklagen syrischer Antragssteller:innen, mit dem Ziel, den subsidiären zu einem Flüchtlingsschutz zu verbessern. Die Details dieser Entwicklung erläutere ich in Kapitel 6.

2.8 Fazit: Schutzstatus und Rechtsfolgen als kategorische Hierarchien

Die unterschiedlichen Rechtsfolgen zeugen davon, dass die Schutzstatus nicht komplementär nebeneinanderstehen, um verschiedene Arten von Menschenrechtsverletzungen abzudecken, sondern dass diese Menschenrechtsverletzungen nach ihrem Ursprung hierarchisiert werden. ‚Echte‘ Flüchtlinge sind nur Menschen, die vor einer auf individuelle Merkmale abzielenden Verfolgung fliehen. Ein zwar von einem Akteur verursachter, aber nicht mit einem Verfolgungsgrund verknüpfter ernsthafter Schaden zeitigt in Form des subsidiären Schutzes schwächere Rechtsfolgen, ebenso wie eine nicht von Akteuren verursachte Verletzung sozioökonomischer Menschenrechte bei Abschiebungsverboten. Wenngleich die Rechtsfolgen in mancher Hinsicht überlappen, etwa bei der Arbeitserlaubnis, entstehen so Kategorisierungen, die zwischen legitimen und weniger legitimen Fluchtgründen differenzieren. Diese Kategorisierungen machen deshalb nicht nur einen materiellen Unterschied, etwa beim Familiennachzug, sondern haben symbolische Bedeutung, insbesondere, wenn Menschen die politischen Motive ihrer Flucht abgesprochen werden (Wettergren/Wikström 2014; vgl. auch Zetter 1991, 2007).

Bereits in den 1980er Jahren wurden deshalb Rufe nach Reformen einer Vereinheitlichung der Schutzstatus nicht nur hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen laut, sondern bereits mit Blick auf die Vergabekriterien. So forderte etwa Andrew Shacknove (1985), den Fokus von einem verfolgungsfixierten Flüchtlingsbegriff auf einen Schutzbegriff zu lenken, der stattdessen von einer generellen Verletzung von *basic rights* ausgeht. Der Vorschlag wurde vielfach aufgenommen und weitergedacht, etwa durch Alexander Betts‘ Konzept der *survival migration*, in dem ein weites Verständnis existentieller Gefahren den Schutzbedarf bestimmt (Betts 2010, 2013). Betts argumentiert, dass in den Jahrzehnten nach Verabschiedung der GFK Fluchtgründe über zielgerichtete, akteursfokussierte Menschenrechtsverletzungen hinaus immer entscheidender geworden sind, namentlich Umweltzerstörung, fragile Staatlichkeit oder der Verlust der Existenzgrundlagen. Das internationale Schutzregime müsse sich diesen Gefahren öffnen und insbesondere die Verletzung von Subsistenzrechten stärker berücksichtigen.

Die damit einhergehende Grundforderung lautet, Schutzbedarfe weniger an den Ursachen der Menschenrechtsverletzung festzumachen (etwa Verfolgungsgründe im Speziellen oder Akteurshandeln im Allgemeinen), sondern an der Schwere der Verletzung: „focus on rights rather than causes“

(Betts 2010: 378; siehe auch Tiedemann 2020). Diese Kritik nimmt sowohl evolutionäre als auch revolutionäre Gestalt an, zielt also einerseits auf eine Weiterentwicklung innerhalb des bestehenden Schutzregimes und andererseits auf dessen grundsätzliche Neuordnung oder zumindest dessen aktive Ergänzung um weitere Schutzstatus. Eine solche aktive Ergänzung hat es in der Vergangenheit immer wieder gegeben, beispielsweise durch die Verabschiedung der Flüchtlingskonventionen der Afrikanischen Union oder die Cartagena Deklaration, in denen die Flüchtlingsdefinition weiter gefasst ist als in der GFK.¹⁵⁵ Im europäischen Kontext war es der subsidiäre Schutz, der dem Flüchtlingsschutz als zweiter Status zur Seite gestellt wurde, um einerseits Menschenrechtsverletzungen, deren Ursache kein individueller Verfolgungsgrund ist, und andererseits Kriegsflucht besser berücksichtigen zu können. Forderungen nach einer grundsätzlichen Neuordnung zielten in der jüngeren Vergangenheit häufig auf eine stärkere Berücksichtigung von Klimaflüchtlingsen, entweder durch eine Änderung der GFK oder eine entsprechende Ausweitung bestehender rechtliche Kategorien.¹⁵⁶

Evolutionäre Ansätze, die keine Normen hinzufügen, sondern die bestehenden weiterentwickeln, zielen sowohl auf die Tatbestände als auch auf die Rechtsfolgen. Die Evolution der Tatbestände war der rote Faden dieses Kapitels. Beispiele sind die sukzessive Anerkennung geschlechtsspezifischer Menschenrechtsverletzungen und ihre Verbindung mit dem Verfolgungsgrund ‚Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe‘ beim Flüchtlingsschutz oder, beim Abschiebungsverbot, dass existentielle Notlagen auch ohne Akteursverursachung zu einem Schutzstatus führen können. In diesen Fällen wurde das positive Recht (ursprünglich) nicht geändert, sondern die Entscheidungspraxis entwickelte Schritt für Schritt ein neues Verständnis von dessen Auslegung und konkretisierte so die Normen. Anstatt ein neues Schutzregime zu etablieren, wird das bestehende durch „regime stretching“ (Betts 2010: 374) ausgedehnt.

Mit Blick auf die Rechtsfolgen wird argumentiert, diese müssten unabhängig vom genauen Schutzstatus einander angeglichen werden, um die de facto bestehende Einteilung in Schutzberechtigte erster und zweiter Klasse zu überwinden (Bast 2018). In anderen Worten: Es bräuchte keine neuen Schutzstatus, wenn erstens die Potentiale des bestehenden Schutzregimes in

155 Für eine Übersicht über weitere regionale Schutzregime siehe die entsprechenden Beiträge im *Oxford Handbook of International Refugee Law* (Costello et al. 2021).

156 Entsprechende Diskussionen in den Beiträgen in Behrman/Kent 2018, 2022; siehe auch Scott 2020.

tatbestandlicher Hinsicht ausgefüllt und zweitens die Rechtsfolgen einander angeglichen würden, um eine Gleichbehandlung Geflüchteter unabhängig von der Ursache ihrer erzwungenen Migration zu erreichen.

Aus einer Erweiterung der Kategorien folgt allerdings nicht automatisch eine höhere Schutzquote. Kategorien können in Anerkennungsverfahren eng ausgelegt werden, wie etwa die Erweiterung des Schutzes vor geschlechtsspezifischer Verfolgung gezeigt hat (Dauvergne 2021: 729 f.). Vor allem aber treffen die erweiterten Schutzkonzepte auf immer engere Zugangsmöglichkeiten zu Aufnahmestaaten. Die menschenrechtliche Garantie auf ein Asylverfahren ergibt sich erst aus der physischen Anwesenheit im entsprechenden Hoheitsgebiet (Schmalz 2020: 73). Die Europäische Union und weitere Staaten errichten deshalb „Ringe der Abwehr“ (Markard 2015: 60), um den Zugang zum Schutz einzuschränken: Die Definition internationalen Schutzes wird geöffnet, die Grenze aber geschlossen. Sie ist auch nicht mit dem Betreten der EU überwunden, sondern begleitet die Menschen als „embodied border“ (Moreno-Lax 2017: 13 ff.).¹⁵⁷ Zugangsbeschränkungen und Zulässigkeitsfragen sind deshalb zentrale Themen der Funktion des Asylregimes, die bei dessen Erforschung allerdings oft vernachlässigt werden (Costello 2023: 129). Ohne die Wichtigkeit dieser Themen aus dem Blick zu verlieren, treten sie im Folgenden aufgrund des empirischen Fokus auf die Definitionen der Schutzstatus und die Praxis ihrer Vergabe allerdings in den Hintergrund.

Ziel des Kapitels war es, die dogmatische Ausdifferenzierung der Schutzstatus und des Verfahrensrechts zu beschreiben und damit die Grundlagen für die Analyse der Praxis ihrer Vergabe zu legen. Aufgrund der engen Verknüpfung von Recht und Tatsachen bei der Weiterentwicklung des Asylrechts, die ich im folgenden Kapitel theoretisch als Verhältnis der *Ko-Konstitution* fasse, bedeutet eine Analyse der Verwendung von Herkunftslandinformationen bei fallübergreifenden Tatsachenfragen implizit stets auch eine Analyse dieser Weiterentwicklung. Ich greife dieses Thema deshalb in den Empiriekapiteln und im Schlussteil auf.

157 Insofern ließen sich der von Steffen Mau (2021: 50) für die globalisierte Moderne beobachtete „Grenzerhaltungssatz“, wonach verschwundene Grenzbarrieren in anderer Form wieder auftauchen, auf das Asylregime übertragen: Während in der Vergangenheit die enge Auslegung von Schutzgründen eine asylrechtliche Grenze darstellte (z. B. die Annahme, dass nur staatliche Verfolgung zum Schutz berechtigt), besteht die Barriere nun darin, überhaupt zum Asylverfahren zugelassen zu werden.

