

# Leitartikel

---

Marina Kaspar\*

## Differenzierungen zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten – Eine grundrechtliche Betrachtung am Beispiel der aktuellen VfGH-Judikatur

### I. Einleitung

Die Unterscheidung zwischen einem Status »Asyl« und »subsidiärer Schutz« wird oft kritisiert, zumal sich daraus für die Betroffenen gravierende faktische Konsequenzen ergeben.<sup>1</sup> So divergieren die an den jeweiligen Status anknüpfenden Rechte sowohl in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht.<sup>2</sup> Diese Differenzierungen manifestieren sich insbesondere in der Dauer der jeweiligen Aufenthaltsberechtigung.<sup>3</sup> Der VfGH hat in zwei Erkenntnissen aus den Jahren 2017 und 2018 gerade auf diese aufenthaltsrechtlichen Unterschiede Bezug genommen, um Differenzierungen zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten als verfassungskonform

zu bestätigen. Zum einen betrafen diese einen Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter von Leistungen der niederösterreichischen Mindestsicherung und zum anderen Differenzierungen bei der Familienzusammenführung aufgrund der aufenthaltsrechtlichen Verfestigung.<sup>4</sup> Am Beispiel dieser Entscheidungen erfolgt im Rahmen dieses Beitrags eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern eine unterschiedliche rechtliche Behandlung zwischen diesen beiden Kategorien international Schutzberechtigter gerechtfertigt erscheint. Zunächst werden daher die rechtlichen Rahmenbedingungen – sowohl auf Unions- als auch nationaler Ebene – dargestellt (II.). Daran anschließend werden die beiden soeben genannten Erkenntnisse des VfGH skizziert (III.). Kernstück bildet abschließend die grundrechtliche Analyse einer Differenzierung zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten aufgrund deren unterschiedlichen aufenthaltsrechtlichen Status, wobei das akzessorische Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK und das Bundesverfassungsgesetz betreffend das Verbot rassistischer Diskriminierung (BVG-RD)<sup>5</sup> im Zentrum der angestellten Überlegungen stehen (IV.).

\* Mag.<sup>a</sup> Marina Kaspar ist Universitätsassistentin *prae doc* am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; E-Mail: marina.kaspar@univie.ac.at.

1 Aufgrund der zeitlichen Befristung der Aufenthaltsberechtigung werden subsidiär Schutzberechtigte im Alltag mit zusätzlichen Hürden konfrontiert; sei es bei dem Abschluss eines Handyvertrages oder der Vergabe von Arbeitsplätzen und Wohnungen. Siehe hierzu die Studie *UNHCR, Subsidiär Schutzberechtigte in Österreich (2015)* <unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/03/Bericht\_subsidiärer\_Schutz.pdf> (13.01.2020).

2 Vgl. auch *Sußner*, Warten auf ... ? – Verfassungs- und unionsrechtliche Perspektiven auf den Mindestsicherungszugang nach einem positiv abgeschlossenen Asylverfahren (Niederösterreichisches Mindestsicherungsgesetz, NÖ MSG), *juridikum* 2017, 207 (208).

3 Vgl. § 3 Abs. 4 AsylG und § 8 Abs. 4 AsylG.

4 Siehe VfSlg. 20.177/2017; VfGH 10.10.2018, E 4248/2017 u.a.

5 BGBl. 390/1973.

## II. Rechtliche Rahmenbedingungen

### 1. Schaffung eines einheitlichen Schutzstatus durch das Unionsrecht?

Durch die RL 2004/83/EG (StatusRL aF)<sup>6</sup> fand das Konzept des subsidiären Schutzes Eingang in das Unionsrecht. Dadurch sollten zum einen bestehende Lücken im internationalen Flüchtlingsschutz geschlossen werden und zum anderen wurde das durch die Rechtsprechung des EGMR entwickelte Non-Refoulement-Prinzip kodifiziert.<sup>7</sup> Der internationale Schutz beruht somit nicht nur auf der durch die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) etablierten Flüchtlingseigenschaft, sondern wird durch den subsidiären Schutzstatus ergänzt.<sup>8</sup> Der Asylstatus und der subsidiäre Schutzstatus stehen damit nicht gleichrangig nebeneinander, vielmehr wird letzterer nur dann gewährt, wenn der schutzsuchenden Person keine Flüchtlingseigenschaft iSd. GFK zukommt, sie aber dennoch schutzbedürftig ist und aufgrund der tatsächlichen Gefahr eines »ernsthafte[n] Schadens« iSd. Art. 15 StatusRL aF nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren kann.<sup>9</sup>

Diese bereits unionsrechtlich vorgezeichneten Abstufungen der internationalen Schutzstandards wurden immer wieder stark kritisiert und die Mitgliedstaaten dazu aufgefordert, diese nicht umzusetzen.<sup>10</sup> Durch die im Dezember 2011 beschlossene Neufassung der StatusRL (RL 2011/95/EU)<sup>11</sup> erfolgte sodann eine stärkere Angleichung der Vorschriften hinsichtlich der

Rechte von subsidiär Schutzberechtigten<sup>12</sup> an jene von Flüchtlingen;<sup>13</sup> abgesehen von als notwendig und sachlich gerechtfertigt erachteten Ausnahmeregelungen.<sup>14</sup> Nach Ansicht des Unionsgesetzgebers bestehen solche weiterhin im Hinblick auf die Dauer der Aufenthaltsberechtigung und die Höhe von Sozialhilfeleistungen. So können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 24 Abs. 2 StatusRL subsidiär Schutzberechtigten zunächst einen nur auf ein Jahr befristeten Aufenthaltstitel ausstellen, der im Falle einer Verlängerung für mindestens zwei weitere Jahre gültig sein muss. Demgegenüber muss Asylberechtigten zunächst ein mindestens drei Jahre gültiger sowie verlängerbarer Aufenthaltstitel ausgestellt werden. Im Zusammenhang mit Sozialhilfeleistungen normiert Art. 29 Abs. 1 StatusRL, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt worden ist, die notwendige Sozialhilfe wie ihre eigenen Staatsangehörigen erhalten.<sup>15</sup> Dahingehend sieht Art. 29 Abs. 2 StatusRL insofern eine Ausnahmeregelung vor, als die Sozialhilfe für subsidiär Schutzberechtigte auf Kernleistungen beschränkt werden kann, die die Mitgliedstaaten im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige zu gewähren haben. Bis dato ungeklärt erscheint jedenfalls die Frage, wie diese Beschränkungsmöglichkeit auf »Kernleistungen« auszulegen ist und ob ihr ein leistungsart- oder umfangbezogener Ansatz zugrunde liegt.<sup>16</sup>

Durch die StatusRL wurde daher keine vollständige Angleichung der Rechte von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten erreicht. Dennoch ist zu beachten, dass diese grundsätzlich die Absicht des Unionsgesetzgebers zum Ausdruck bringt, einen einheitlichen Schutzstatus zu schaffen, indem bestimmt wird, dass Personen, denen subsidiärer Schutz zuerkannt worden ist, »dieselben Rechte und Leistungen zu denselben Bedingungen gewährt werden [sollten] wie Flüchtlingen gemäß dieser Richtlinie«, vorbehaltlich der »Ausnahme-

6 Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABL. L 2004/304, 12.

7 Siehe *Markard*, Ein neues Schutzkonzept? Der Einfluss der Menschenrechte auf den internationalen Schutz, ZAR 2015, 56 (59).

8 Erwägungsgrund 5 StatusRL aF.

9 Als »ernsthafte[r] Schaden« iSd. Art. 15 StatusRL aF galten die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts.

10 *UNHCR*, Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC (2005) <unhcr.org/protection/operations/43661eee2/unhcr-annotated-comments-ec-council-directive-200483ec-29-april-2004-minimum.html> (13.1.2020).

11 Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABL. L 2011/337, 9.

12 Die Definitionen von »Person mit Anspruch auf subsidiären Schutz« sowie eines »ernsthafte[n] Schadens« (vgl. Fn. 9) bleiben in diesem Zusammenhang unverändert.

13 Siehe näher *Glaser*, Die neue Statusrichtlinie (RL 2011/95/EU) – Ein Überblick über die Änderungen der europarechtlichen Rechtslage, FABL 2011-I, 29 (30).

14 Vgl. Erwägungsgrund 10 und Erwägungsgrund 39 StatusRL.

15 Zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 29 Abs. 1 StatusRL siehe EuGH 21.11.2018, C-713/17 (Ayubi) Rn. 36 ff.

16 Für einen leistungsartbezogenen Ansatz siehe ausführlich *Kaspar*, Aufenthalt und soziale Gerechtigkeit – Der Aufenthaltsstatus von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten als Differenzierungsgrund in der Mindestsicherung, in *Kronschläger u.a. (Hrsg.)*, Recht vielfältig – Perspektiven des Öffentlichen Rechts (2018) 135 (140 ff.). Siehe auch *Rebhahn*, Bedürftigkeitsabhängige Sozialleistungen – Bedingungen, Pauschalierungen, Differenzierungen, DRdA 2017, 431 (444); *Sußner*, *juridikum* 2017, 208 ff.; *Pfeil*, Erwerbsarbeit und Mindestsicherung – ein schwieriges Verhältnis, wbl 2016, 679 (683).

regelungen, die notwendig und sachlich gerechtfertigt sind.«<sup>17</sup> Da die Gleichbehandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten somit durch die Neufassung der StatusRL zur Grundregel erhoben wurde,<sup>18</sup> sind Ausnahmen hiervon restriktiv auszulegen.

## 2. Österreichische Rechtslage

### a. Aufenthaltsrechtliche Differenzierungen

International Schutzsuchenden ist der Asylstatus gemäß § 3 Abs. 1 AsylG dann zuzuerkennen, wenn sie glaubhaft machen können, dass ihnen in ihrem Herkunftsstaat Verfolgung iSd. Art. 1 Abschnitt A Z. 2 GFK droht. Demgegenüber erfüllen subsidiär Schutzberechtigte zwar nicht den Flüchtlingsbegriff iSd. GFK; der subsidiäre Schutzstatus gemäß § 8 Abs. 1 AsylG ist ihnen aber zuzuerkennen, »wenn eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung [in ihren] Herkunftsstaat eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für [sie als Zivilpersonen] eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.«

Für die Betroffenen ergeben sich aber, je nachdem ob sie als Asylberechtigte oder subsidiär Schutzberechtigte anerkannt werden, unterschiedliche aufenthaltsrechtliche Konsequenzen. Zunächst erhalten Asylberechtigte seit der Novelle des AsylG im Jahr 2016<sup>19</sup> gemäß § 3 Abs. 4 AsylG eine auf drei Jahre befristete Aufenthaltsberechtigung, die sich *ex lege* um eine unbefristete Gültigkeitsdauer verlängert, sofern die Voraussetzungen für die Einleitung eines Verfahrens zur Aberkennung des Asylstatus nicht vorliegen oder das Aberkennungsverfahren eingestellt wird. Dementsprechend kommt Asylberechtigten trotz der *prima facie* vorliegenden Befristung *de facto* ein unbefristetes Aufenthaltsrecht zu.<sup>20</sup> Demgegenüber wird subsidiär Schutzberechtigten zu Beginn lediglich eine einjährige Aufenthaltsberechtigung erteilt, die bei Vorliegen der Voraussetzungen auf Antrag der betroffenen Person für jeweils zwei weitere Jahre zu verlängern ist.<sup>21</sup>

17 Generalanwalt Cruz Villalón 6.10.2015, C-443/14 und C-444/14 (Alo und Oso) Rn. 90.

18 Vgl. Battjes in Hailbronner/Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law<sup>2</sup> (2016), Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Art. 20 Rn. 20.

19 BGBl. I 24/2016.

20 Arnez/Völker, Jüngste Novellen des Fremden- und Asylrechts, Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht 2016, 31 (42 ff.). Dies korreliert auch damit, dass der Flüchtlingsstatus ein unbefristeter ist und die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus einen bloß deklaratorischen Akt darstellt. Vgl. Erwägungsgrund 21 StatusRL.

21 In diesem Zusammenhang kann wohl auch angenommen werden, dass der subsidiäre Schutzstatus aus grundrecht-

### b. Sozialhilferechtliche Differenzierungen

Subsidiär Schutzberechtigte sind aber nicht nur im Aufenthaltsrecht schlechter gestellt, sondern auch im Hinblick auf den Zugang zu staatlichen Fürsorgeleistungen. So hatten bereits vor dem Außerkrafttreten der Art. 15a-Vereinbarung über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung<sup>22</sup> am 31.12.2016 einige Landesgesetzgeber – obwohl gemäß deren Art. 4 Abs. 3 Z. 2 sowohl Asylberechtigte als auch subsidiär Schutzberechtigte in gleichem Maße wie österreichische Staatsangehörige Zugang zur Mindestsicherung erhalten sollten<sup>23</sup> – den Anspruch subsidiär Schutzberechtigter auf Leistungen der Mindestsicherung beschränkt.<sup>24</sup> Auch durch das am 1.6.2019 in Kraft getretene Sozialhilfe-Grundsatzgesetz (SH-GG)<sup>25</sup> – zu dem von den Ländern bis zum 1.1.2020 Ausführungsgesetze zu erlassen waren<sup>26</sup> und dadurch die Mindestsicherung abgelöst werden sollte – werden subsidiär Schutzberechtigte sozialhilferechtlich benachteiligt. So sind gemäß § 4 Abs. 1 letzter Satz SH-GG<sup>27</sup> subsidiär Schutzberechtigten »ausschließlich Kernleistungen der Sozialhilfe zu gewähren, die das Niveau der Grundversorgung nicht übersteigen«. In diesem Zusammenhang ist kritisch anzumerken, dass die Grundversorgung<sup>28</sup> deutlich niedriger als die Mindestsicherung, die das zur Führung eines menschenwürdigen Daseins Notwendige abdecken soll,<sup>29</sup> ausgestaltet ist.<sup>30</sup>

licher Perspektive ein unbefristeter ist, weil dieser solange besteht, als die betroffene Person nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren kann.

22 BGBl. I 96/2010.

23 Bei der Umsetzung der Art. 15a-Vereinbarung sollten gerade die unions- und völkerrechtlichen Vorgaben, »insbesondere im Hinblick auf die Gleichstellung von subsidiär Schutzberechtigten (vgl. Art. 2 lit. e iVm. Art. 28 der RL 2004/83/EG)«, berücksichtigt werden. Demnach waren Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte ohne rechtliche Abstufungen österreichischen Staatsangehörigen beim Zugang zur Mindestsicherung gleichgestellt. Vgl. ErlRV 677 BlgNR XXIV. GP, 10.

24 Vgl. etwa § 5 Abs. 3 Z. 4 NÖ MSG, LGBl. 9205-0, aufgehoben durch LGBl. 70/2019; § 5 Abs. 1 Z. 5 Bgld MSG, LGBl. 76/2010 idF. LGBl. 20/2017; § 4 Abs. 3 OÖ MSG, LGBl. 74/2011, aufgehoben durch LGBl. 107/2019; § 4 Abs. 3 Z. 3 Sbg MSG, LGBl. 63/2010/63 idF. LGBl. 124/2017.

25 BGBl. I 41/2019 idF. BGBl. I 108/2019.

26 Bis zu diesem Datum haben zunächst nur Oberösterreich und Niederösterreich Sozialhilfe-Ausführungsgesetze erlassen. Siehe NÖ LGBl. 70/2019 und OÖ LGBl. 107/2019. Die übrigen Landesgesetzgeber haben die Frist ungenutzt verstreichen lassen; auch um das Erkenntnis des VfGH vom 12.12.2019, G 164/2019, G 171/2019, abzuwarten.

27 Siehe dazu in den Erläuterungen den Verweis auf VfGH 28.6.2017, E 3297/2016. ErlRV 514 BlgNR XXVI. GP, 4.

28 Vgl. Art. 9 Grundversorgungsvereinbarung, BGBl. I 80/2004.

29 Pöschl, Migration und Mobilität, Gutachten für den 19. ÖJT, Band I/1 (2015) 131.

30 Kaspar, Sozialhilferechtliche Differenzierung aufgrund des Aufenthaltsstatus von subsidiär Schutzberechtigten? – Abschluss nach dem NÖ MSG – VfGH 28.6.2017, E 3297/2016 = Juridikum 2017, 476 (481).

Ein weiteres Beispiel für eine sozialhilferechtliche Schlechterstellung von subsidiär Schutzberechtigten gegenüber Asylberechtigten und sonstigen aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen stellen Leistungen der Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG)<sup>31</sup> dar. So haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG nicht-österreichische Staatsangehörige, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt besitzen, dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder § 54 AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten.<sup>32</sup> Überdies haben auch Asylberechtigte gemäß § 3 Abs. 3 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe.<sup>33</sup> Abweichend davon haben subsidiär Schutzberechtigte gemäß § 3 Abs. 4 FLAG nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie keine Leistungen aus der Grundversorgung beziehen und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind.<sup>34</sup>

Solche sozialhilferechtlichen Differenzierungen zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten erscheinen aus grundrechtlicher Perspektive als problematisch. Überdies stehen sie in Bezug auf die Mindestsicherung und die Sozialhilfe – ordnet man diese als »Kernleistungen« iSd. StatusRL<sup>35</sup> ein (mE zutreffend)<sup>36</sup> – mit unionsrechtlichen Vorgaben in Konflikt.

### c. Differenzierungen bei der Familienzusammenführung

Durch die bereits erwähnte Asylrechtsnovelle 2016<sup>37</sup> kam es auch zu Änderungen bei den Bestimmungen zum Familienverfahren in §§ 34 f. AsylG und damit zu Verschärfungen im Hinblick auf die Familienzusammenführung gemäß § 35 AsylG, insbesondere bei subsidiär Schutzberechtigten. Zunächst sind bei Anträgen von Familienangehörigen sowohl von Asylberechtigten als auch von

subsidiär Schutzberechtigten die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 60 Abs. 2 Z. 1-3 AsylG zu erfüllen; das heißt es muss grundsätzlich der Nachweis einer adäquaten Unterkunft, einer Krankenversicherung und fester und regelmäßiger Einkünfte erbracht werden. Von Angehörigen von Asylberechtigten müssen diese Nachweise dann nicht erbracht werden, wenn die Antragstellung binnen drei Monaten nach Zuerkennung des Asylstatus erfolgt.<sup>38</sup> Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen gelten – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit<sup>39</sup> – gemäß § 35 Abs. 2a AsylG als erfüllt, wenn es sich bei den Antragsteller\*innen um einen Elternteil von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen (umF) handelt, denen der Status Asyl oder subsidiärer Schutz zuerkannt wurde. Überdies ergeben sich auch gemäß § 35 Abs. 4 Z. 3 AsylG weitere Einschränkungen aufgrund des Rechts auf Achtung des Privat und Familienlebens iSd. Art. 8 EMRK.<sup>40</sup>

Vor der Novelle BGBl. I 24/2016 war Familienangehörigen von subsidiär Schutzberechtigten die Einreise zur Antragstellung auf internationalen Schutz dann zu gewähren, wenn die auf ein Jahr befristete Aufenthaltsberechtigung gemäß § 8 Abs. 4 AsylG einmal verlängert wurde, das heißt frühestens nach einem Jahr. Nunmehr wurde diese Wartefrist auf drei Jahre ausgedehnt, wodurch eine erhebliche Schlechterstellung gegenüber Asylberechtigten besteht, bei denen eine Familienzusammenführung sofort in Betracht kommt. Überdies müssen Familienangehörige von Asylberechtigten – sofern sie ihren Antrag auf Einreise in den ersten drei Monaten nach Zuerkennung des Asylstatus stellen – die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen gemäß § 60 Abs. 2 Z. 1-3 AsylG nicht erfüllen. Bei dieser dreijährigen Wartefrist handelt es sich um eine absolute Frist, die keine Ausnahmen aufgrund besonders berücksichtigungswürdiger Gründe kennt. Dahingehend ergeben sich aber grundrechtliche Bedenken.<sup>41</sup>

31 BGBl. 376/1967 idF. BGBl. I 104/2019.

32 Auch für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger\*innen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 FLAG ein Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

33 Ein Anspruch besteht auch für Kinder, denen Asyl gewährt wurde.

34 Siehe dazu OGH 26.6.2008, 10 Obs 53/08d. Nach Ansicht des OGH rechtfertigt die vermeintlich fehlende qualifizierte Nahebeziehung zum Inland eine Schlechterstellung von subsidiär Schutzberechtigten gegenüber Asylberechtigten, insbesondere weil diesen ja ohnehin eine staatliche Versorgung im Rahmen der Grundversorgung zukomme. Vgl. auch BFG 23.2.2016, RV/7104898/2015. Kritisch *Leitner*, Der Anspruch subsidiär Schutzberechtigter auf Familienbeihilfe im Lichte des Gleichheitssatzes – Widerspricht die Judikatur des BFG verfassungsrechtlichen Vorgaben?, SWK 2016, 1096.

35 Beispielsweise hat der OGH auch iZm. Pflegegeld konstatiert, dass dieses eine Kernleistung iSd. StatusRL aF darstellt. Vgl. unter anderem OGH 17.12.2013, 10 Obs 161/13v. Siehe dazu beispielsweise auch *Peyrl*, Der Anspruch von subsidiär Schutzberechtigten auf Pflegegeld, ÖZPR 2013, 111.

36 *Kaspar* in *Kronschläger* u.a. 140 ff.

37 BGBl. I 24/2016.

## III. Aktuelle Beispiele aus der Judikatur des VfGH

### 1. Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter von Leistungen der Mindestsicherung

In seinem Erkenntnis vom 28.6.2017 zum Ausschluss von subsidiär Schutzberechtigten von Leistungen nach

38 Vgl. Art. 12 Abs. 1 UAbs. 3 der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 2003/251, 12 (»Familienzusammenführungs-RL«).

39 ErlRV 996 BlgNR XXV. GP, 2.

40 Diesbezüglich kann es aufgrund von Art. 8 EMRK geboten sein, die Einreise von Familienangehörigen zu gestatten bzw. deren Aufenthalt zu legalisieren. Vgl. EGMR 14.6.2011, 38.058/09 (Osman gg. Dänemark) Rn. 54.

41 Siehe kritisch *Czech*, Die Neuerungen des Asylrechtspakets 2016 – Einschränkungen des Familiennachzugs, FABL 2016-I, 15.

dem Niederösterreichischen Mindestsicherungsgesetz (NÖ MSG)<sup>42</sup> konstatierte der VfGH, dass ein solcher verfassungskonform sei.<sup>43</sup> Subsidiär Schutzberechtigte hatten demnach lediglich einen Anspruch auf Leistungen nach dem Niederösterreichischen Grundversorgungsgesetz (NÖ GVG)<sup>44</sup>.

Zunächst stellte der VfGH fest, dass der Gesetzgeber bei der Verfolgung seiner rechtspolitischen Ziele grundsätzlich frei sei und er demnach Mindestsicherungsleistungen nicht in unbeschränkter Weise gewähren müsse, sofern dies die Förderung rechtspolitisch unerwünschter Ziele nach sich ziehen würde. Eine Konkretisierung dieser »rechtspolitisch unterwünschten Ziele« nahm er aber in seinem Erkenntnis nicht vor. Nach Ansicht des VfGH stelle der Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter von Leistungen nach dem NÖ MSG keine Verletzung in Rechten nach Art. 3 EMRK dar, weil dem Gesetzgeber ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukomme, »ob, angesichts des Provisorialcharakters des durch subsidiären Schutz vermittelten vorübergehenden Aufenthaltsrechtes subsidiär Schutzberechtigter, die für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichen Leistungen nur im zwingend erforderlichen Umfang gewährt werden.« Die Grundversorgung decke diesbezüglich die zu einem menschenwürdigen Dasein erforderlichen Grundbedürfnisse ab.

Der VfGH sah die sachliche Rechtfertigung einer sozialhilferechtlichen Differenzierung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten in deren unterschiedlicher aufenthaltsrechtlicher Verfestigung. Subsidiär Schutzberechtigte erhalten nach Ansicht des VfGH nur ein befristetes Aufenthaltsrecht, das heißt ihr Aufenthaltsstatus sei nur von »provisorischer Natur«. Daher liege – so der Gerichtshof – auch kein Verstoß gegen das Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander gemäß Art. I Abs. 1 BVG-RD vor. Überdies stelle ein Verstoß gegen Unionsrecht (Art. 29 Abs. 2 StatusRL) nur dann eine Verletzung von Verfassungsrecht dar, wenn ein solcher offenkundig sei und damit die Entscheidung mit Willkür belaste. Der VfGH erblickte aber in dem Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter keinen solchen offenkundigen Widerspruch. Diese Argumente vermögten mE aber nicht vollständig zu überzeugen.<sup>45</sup>

## 2. Wartefrist für Angehörige subsidiär Schutzberechtigter bei der Familienzusammenführung

In seinem Erkenntnis vom 10.10.2018<sup>46</sup> zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Wartefrist für Angehörige subsidiär Schutzberechtigter bei der Familienzusammenführung

sammenführung führte der VfGH zunächst aus, dass die Familieneinheit ein grundlegendes Recht von Flüchtlingen iSd. Art. 8 EMRK darstelle.<sup>47</sup> Dennoch könne aus Art. 8 EMRK keine generelle Verpflichtung von Konventionsstaaten abgeleitet werden, die Familienzusammenführung auf ihrem Gebiet zu dulden.<sup>48</sup> Unter besonderen Umständen könne sich aber sehr wohl eine solche Verpflichtung ergeben. Insbesondere bei Maßnahmen, die Kinder betreffen, müsse das Kindeswohl eine vorrangige Erwägung sein.<sup>49</sup>

Der VfGH hatte daher in weiterer Folge die Frage zu beantworten, ob der Gesetzgeber seinen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum überschritten hat. Der – zumindest anfänglich – vorübergehende Charakter des subsidiären Schutzstatus rechtfertige es nach Ansicht des Gerichtshofs, die Familienzusammenführung erst nach einer bestimmten Wartefrist zuzulassen. Nach Ablauf der dreijährigen Wartefrist könne berechtigterweise angenommen werden, dass eine Aufenthaltsverfestigung eingetreten sei. Der VfGH konstatierte überdies, dass eine Durchbrechung dieser Wartefrist auch im Interesse des Kindeswohls (siehe auch Art. 1 BVG Kinderrechte<sup>50</sup>) nicht notwendig sei, weil der Gesetzgeber zulässigerweise von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehe. ME hat der VfGH diesbezüglich die Zulässigkeit einer Beschränkung des Rechts auf Achtung des Privat und Familienlebens, insbesondere bezüglich des Kindeswohls, unzureichend begründet.

Auch im Hinblick auf Art. 14 EMRK (iVm. Art. 8 EMRK) und Art. I Abs. 1 BVG-RD erblickte der VfGH in einer Differenzierung zwischen Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung keine unsachliche Ungleichbehandlung. Auch wenn beiden Personengruppen eine Rückkehr in ihren Heimatstaat (derzeit) nicht möglich sei, erhalten subsidiär Schutzberechtigte ein von vornherein bloß vorübergehendes (verlängerbares) Aufenthaltsrecht von einem Jahr. So wären nach Ansicht des VfGH jene Umstände, die zur Verleihung eines subsidiären Schutzstatus führen, rascher beendet, als dies bei einer systematischen Verfolgung iSd. GFK der Fall sei.<sup>51</sup> Diesbezüglich verwies er auch auf den Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter vom Anwendungsbereich der Familienzusammenführung

42 § 5 Abs. 3 Z. 4 NÖ MSG, LGBL. 59/2011, aufgehoben durch LGBL. 70/2019.

43 VfSlg. 20.177/2017.

44 § 4 Abs. 2 Z. 5 NÖ GVG, LGBL. 6800-o idF. LGBL. 80/2015.

45 Siehe hierzu im Detail *Kaspar*, *juridikum* 2017, 476.

46 VfGH 10.10.2018, E 4248/2017 u.a.

47 EGMR 10.7.2014, 2.260/10 (Tanda-Muzinga gg. Frankreich) Rn. 75.

48 EGMR 19.2.1996, 23.218/94 (Gül gg. Schweiz) Rn. 38; Osman gg. Dänemark, Rn 54.

49 EGMR 3.10.2014, 12.738/10 (Jeunesse gg. Niederlande) Rn. 109.

50 BGBL. I 4/2011.

51 Nach Ansicht des VfGH würde sich an dieser Einschätzung auch aufgrund des Umstandes nichts ändern, dass gemäß § 3 Abs. 4 AsylG Asylberechtigte seit der Novelle BGBL. I 24/2016 zunächst nur eine auf drei Jahre befristete Aufenthaltsberechtigung erhalten, zumal diese *ex lege* eine unbefristete wird, sofern nicht ein Aberkennungsverfahren eingeleitet wird.

rungsRL gemäß deren Art. 3 Abs. 2 lit c. Demgegenüber dürfe gemäß Art. 12 Abs. 2 FamilienzusammenführungsRL von Flüchtlingen im Falle eines Antrags auf Familienzusammenführung nicht verlangt werden, dass sie sich bereits einen bestimmten Zeitraum im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats aufgehalten haben. Auch hier ergeben sich dennoch grundrechtliche Bedenken hinsichtlich der Ungleichbehandlung zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten.

#### IV. Grundrechtliche Überlegungen – Differenzierungen aufgrund der aufenthaltsrechtlichen Verfestigung?

##### 1. Gleichheitsrechtliche Erwägungen im Lichte von Art. I Abs. 1 BVG-RD

Diskussionswürdig ist an dieser Stelle, ob aufgrund der prima facie unterschiedlichen aufenthaltsrechtlichen Verfestigung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten weitere rechtliche Differenzierungen – wie etwa die Schlechterstellung beim Zugang zu Sozialhilfeleistungen oder die Wartezeit bei Familienzusammenführungen – gerechtfertigt werden können. Der VfGH bejahte diese Frage im Lichte von Art. I Abs. 1 BVG-RD. Dieser verbietet »in Verbindung mit Art. 7 B-VG jede sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung zwischen Inländern einerseits und zwischen Ausländern einschließlich Staatenloser andererseits.«<sup>52</sup> Gesetzliche Differenzierungen müssen aber ihre Grundlage in Unterschieden im Tatsächlichen finden.<sup>53</sup> Der VfGH erblickt eine sachliche Rechtfertigung darin, dass der Aufenthaltsstatus von subsidiär Schutzberechtigten eher von provisorischer Natur sei. Dies sei insbesondere deshalb der Fall, weil die Gründe für die Erteilung dieses Schutzstatus, beispielsweise eine schlechte Sicherheitslage oder bürgerkriegsähnliche Zustände, tendenziell einen vorübergehenden Charakter hätten. Tatsächlich zeigt aber ein Blick in die Praxis, dass »der Aufenthalt von subsidiär Schutzberechtigten infolge wiederholter Verlängerungen des mit dem Status verbundenen Aufenthaltstitels häufig von Dauer ist, dies insbesondere bei Herkunftsländern, welche sich in langjährigen Krisensituationen befinden.«<sup>54</sup>

52 ErlRV 732 BlgNR XIII. GP, 3. Das BVG-RD regelt daher nur das Verhältnis nicht-österreichischer Staatsangehöriger untereinander und er ist als Prüfungsmaßstab für die Sachlichkeit von »Fremde« betreffenden Regelungen heranzuziehen – *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte<sup>2</sup> (2019) 611. Eine Ungleichbehandlung von österreichischen und nicht-österreichischen Staatsangehörigen kann aber unter Art. 14 EMRK untersagt sein.

53 Vgl. die Judikatur zu Art. 7 B-VG (unter vielen anderen VfSlg. 4.392/1963).

54 UNHCR, Subsidiär Schutzberechtigte in Österreich, 11 mit Verweis auf *Kessler/Zipfel*, Der asylrechtliche Ehegattenbegriff und das Erfordernis der im Herkunftsland bestandenen Ehe, *migraLex* 2014, 30 (37).

De facto stimmt daher die vom VfGH angenommene Unterscheidung nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten überein. Vielmehr haben doch Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte die gleichen Schutzbedürfnisse, da sie ihr Herkunftsland aufgrund der Furcht vor gravierenden Menschenrechtsverletzungen verlassen haben.<sup>55</sup> Überdies ist zu beachten, dass der Gesetzgeber sowohl im Hinblick auf den Status Asyl als auch in Bezug auf jenen des subsidiären Schutzes davon ausgeht, dass eine Gefährdung im Herkunftsstaat wegfallen und damit der Status aberkannt werden kann.<sup>56</sup> Diesbezüglich ist auch diskussionswürdig, inwiefern eine unterschiedlich lange Aufenthaltsberechtigung notwendig ist.

Bei einer sozialhilferechtlichen Differenzierung stellt sich eine pauschale Anknüpfung an den Aufenthaltsstatus mE als verfassungsrechtlich problematisch dar; ist es doch fraglich, inwiefern sich die Aufenthaltsdauer auf den konkreten Bedarf auswirken soll. Eine sachliche Rechtfertigung würde doch gerade nur dann bestehen, wenn der konkrete und tatsächliche Bedarf in einem transparenten Verfahren ermittelt wurde und die soziale Realität widerspiegelt.<sup>57</sup>

Auch hinsichtlich Differenzierungen bei der Familienzusammenführung erscheint eine sachliche Rechtfertigung diskussionswürdig. Die Materialien zu § 35 Abs. 2 AsylG verweisen lediglich auf den Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter vom Anwendungsbereich der FamilienzusammenführungsRL.<sup>58</sup> Dieser Verweis allein stellt aber keine Rechtfertigung im Lichte grundrechtlicher Verpflichtungen dar.<sup>59</sup> Überdies entspricht auch der vermeintliche vorübergehende Charakter des subsidiären Schutzstatus de facto nicht den realen Gegebenheiten.

Sowohl die sozialhilferechtliche Schlechterstellung als auch die dreijährige Wartezeit bei der Familienzusammenführung nur für subsidiär Schutzberechtigte stehen daher mit den Vorgaben des Art. I Abs. 1 BVG-RD mE nicht im Einklang.

##### 2. Diskriminierungsrechtliche Erwägungen im Lichte von Art. 14 EMRK

###### a. Das akzessorische Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK

Die hier angesprochenen Differenzierungen zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten sind neben Art. I Abs. 1 BVG-RD auch an dem akzessorischen Diskrimi-

55 *Bauloz/Ruiz*, Refugee Status and Subsidiary Protection: Towards a Uniform Content of International Protection?, in *Chetail/De Bruycker/Maiani* (Hrsg.), *Reforming the Common European Asylum System* (2016) 240 (261 ff.).

56 Vgl. § 7 AsylG und § 9 AsylG.

57 Vgl. *Kaspar*, *juridikum* 2017, 482 f. mwN; siehe auch mit Blick auf Deutschland beispielsweise BVerfGE 132, 134.

58 ErlRV 996 BlgNR XXV. GP, 5.

59 Vgl. *Czech*, *FABL* 2016-I, 21; *EGMR* 6.11.2012, 22.341/09 (Hode und Abdi gg. Vereinigtes Königreich) Rn. 55.

nierungsverbot des Art. 14 EMRK zu messen. Dahingehend ist der Anwendungsbereich des Art. 14 EMRK nur im Zusammenhang mit anderen Konventionsrechten eröffnet, wobei hier das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens iSd. Art. 8 EMRK und das Recht auf Eigentum iSd. Art. 1 1. Prot. EMRK einschlägig sind.

#### b. Schutz sozialhilferechtlicher Ansprüche durch die EMRK

Zunächst enthält die EMRK grundsätzlich keine Verpflichtung, bestimmte Sozialhilfeleistungen zu gewähren oder etwa eine Unterkunft bereitzustellen. Dementsprechend kommt den Konventionsstaaten bei sozioökonomischen Maßnahmen ein weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>60</sup> Daraus folgt auch, dass es in deren Ermessen liegt, inwiefern sie ein öffentliches Fürsorgesystem einrichten und wie sie Leistungsmodalitäten ausgestalten. Der EGMR subsumiert mittlerweile in ständiger Rechtsprechung sowohl beitragsabhängige als auch beitragsunabhängige Sozialleistungen unter Art. 1 1. Prot. EMRK.<sup>61</sup> Überdies besteht zwar unter dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens iSd. Art. 8 EMRK keine Verpflichtung zur Bereitstellung einer Unterkunft bzw. anderer Sozialleistungen. Wurde aber eine solche Leistung auf nationaler Ebene eingerichtet, so muss diese im Einklang mit Art. 14 EMRK gewährleistet werden.<sup>62</sup>

#### c. Recht auf Familienzusammenführung unter Art. 8 EMRK?

Eine Wartefrist für Familienangehörige subsidiär Schutzberechtigter bei der Familienzusammenführung konfliktiert jedenfalls mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens iSd. Art. 8 EMRK. Durch dieses wird gerade das Zusammenleben in der Familie, insbesondere der Eltern mit ihren Kindern,<sup>63</sup> für zumindest

drei Jahre verhindert.<sup>64</sup> Der EGMR geht jedoch in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass aus Art. 8 EMRK kein allgemeines Recht auf Familienzusammenführung abgeleitet werden kann.<sup>65</sup> In Ausnahmefällen besteht aber die staatliche Verpflichtung, den Zuzug von Familienangehörigen zuzulassen.<sup>66</sup> Demnach ist eine Interessenabwägung zwischen dem Recht des Staats, die Einreise in sein Hoheitsgebiet zu kontrollieren, einerseits und dem Recht der betroffenen Personen auf Achtung ihres Familienlebens andererseits vorzunehmen.<sup>67</sup> Insofern staatliche Maßnahmen Kinder betreffen, – wenn diese vorerst im Herkunftsland zurückgeblieben sind oder wenn es sich um umF handelt, deren Familienangehörige nachziehen sollen – muss deren Wohl eine vorrangige Erwägung bei allen Entscheidungen darstellen. Eine Wartefrist für Familienangehörige subsidiär Schutzberechtigter bei der Familienzusammenführung ist daher an Art. 8 EMRK zu messen.<sup>68</sup>

#### d. Diskriminierung aufgrund eines »sonstigen Status«

Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK umfasst auch Differenzierungen aufgrund einer »persönlichen Eigenschaft« oder eines »sonstigen Status«. Unter den »sonstigen Status« kann beispielsweise auch der Aufenthaltsstatus als gesetzlicher Tatbestand subsumiert werden.<sup>69</sup> In diesem Zusammenhang hat der EGMR bereits konstatiert, dass einem allfälligen Rechtfertigungsgrund einer Diskriminierung infolge der dem Aufenthaltsstatus inhärenten Wahlmöglichkeit, in einem Land wohnhaft zu sein, nicht das gleiche Gewicht zukommen müsse, wie bei angeborenen oder unveränderbaren Merkmalen. Auch der Ermessensspielraum der Konventionsstaaten ist im Hinblick auf diese Wahlmöglichkeit relativ weit.<sup>70</sup> So hat der EGMR beispielsweise im Zusammenhang mit der Gewährung einer sozialen Leistung, konkret einer sozialen Unterkunft, eine eindeutige Kategorisierung der anspruchsberechtigten Personengruppen als zulässig erachtet, solange diese Verteilungskriterien nicht willkürlich und diskriminierend sind.

Bei Flüchtlingen ist nach der Rechtsprechung des EGMR aber zu beachten, dass diesen keine Wahlmöglichkeit zukommt, ob sie in einem Staat wohnhaft sind,

60 *Iliopoulos-Strangas*, Die sozialrechtliche Dimension der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in dieselbe (Hrsg.), Die Zukunft des Sozialen Rechtsstaates in Europa/The Future of the Constitutional Welfare State in Europe/L'Avenir de l'État de Droit Social en Europe (2015) 249 (269).

61 Vgl. unter anderem EGMR 16.9.1996, 17.371/90 (Gaygusuz gg. Österreich) Rn. 36-41; 29.5.1986, 8.562/79 (Feldbrugge gg. Niederlande) Rn. 40; 29.5.1986, 9.384/81 (Deumeland gg. Deutschland) Rn. 74; 12.4.2006, 65.731/01 und 65.900/01 (Stec u.a. gg. Vereinigtes Königreich [GK]) Rn. 50 ff.; aus jüngerer Zeit vgl. EGMR 8.1.2013, 9.134/06 (Efe gg. Österreich) Rn. 42 ff.; 13.12.2016, 53.080/13 (Bélané Nagy gg. Ungarn) Rn. 72 ff.

62 EGMR, Stec u.a. gg. Vereinigtes Königreich, Rn. 53; 27.9.2011, 56.328/07 (Bah gg. Vereinigtes Königreich) Rn. 40. Siehe auch *Kaspar*, *juridikum* 2017, 484.

63 *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte<sup>2</sup> 362 ff.

64 Im Falle von umF kann diese dreijährige Wartefrist auch zur gänzlichen Verhinderung einer Familienzusammenführung führen, wenn etwa aufgrund des Erreichens der Volljährigkeit innerhalb dieser drei Jahre die Angehörigeneigenschaft wegfällt. Siehe *Czech*, *FABL* 2016-I, 20.

65 EGMR, *Osman* gg. Dänemark, Rn. 54 mwN.

66 *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte<sup>2</sup> 367 mwN.

67 Siehe unter anderem EGMR, *Gül* gg. Schweiz, Rn. 38.

68 Zu einer fehlenden Rechtfertigung der Wartefrist im Hinblick auf Art. 8 EMRK siehe *Czech*, *FABL* 2016-I, 20.

69 *Reid*, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights<sup>6</sup> (2019) Rn. 46-006.

70 EGMR, *Bah* gg. Vereinigtes Königreich, Rn. 47.

dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen.<sup>71</sup> Bei deren Status handelt es sich vielmehr um ein unveränderliches Merkmal, weil sie aufgrund einer Verfolgung iSd. GFK dazu gezwungen waren, ihr Heimatland zu verlassen. An einen allfälligen Rechtfertigungsgrund ist demnach ein deutlich strengerer Maßstab anzulegen als bei einem gesetzlich eingeräumten Status. ME handelt es sich auch bei dem Status des subsidiären Schutzes um ein solches unveränderliches Merkmal. Den Betroffenen wurde zwar kein Flüchtlingsstatus zuerkannt, aber ihnen würde in ihrem Herkunftsstaat die reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK (Recht auf Leben), Art. 3 EMRK (Verbot der Folter) oder des 6. oder 13. Prot. EMRK (Verbot der Todesstrafe) drohen bzw. würde für sie eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes bestehen.<sup>72</sup> Daher haben auch sie nicht die Option, in ihren Herkunftsstaat zurückzukehren und dessen Schutz in Anspruch zu nehmen. Bei einer Interessenabwägung müsste daher an die öffentlichen Interessen, die durch eine differenzierende Behandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten verfolgt werden sollen, ein strenger Maßstab angelegt werden.

Im Zusammenhang mit dem Zugang zu Sozialhilfeleistungen ist es zwar zulässig, dass zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit eines nationalen Fürsorgesystems eine eindeutige Kategorisierung der anspruchsberechtigten Personen, das heißt auch nach deren Aufenthaltsstatus, vorgenommen wird.<sup>73</sup> Im Hinblick auf international Schutzberechtigte ist aber zum einen ein strengerer Maßstab an eine allfällige Rechtfertigung anzulegen und zum anderen sind auch unions- und völkerrechtliche Verpflichtungen, etwa das sozialhilferechtliche Gleichbehandlungsgebot des Art. 29 StatusRL und Art. 23 GFK, zu berücksichtigen. Überdies wurden auch Kürzungen von Mindestsicherungsleistungen sowie auch im SH-GG überwiegend aus migrations- und nicht aus sozialpolitischen Gründen normiert.<sup>74</sup> Die Intention des Gesetzgebers, die Attraktivität Österreichs als Zielland für international Schutzberechtigte zu reduzieren, erscheint jedenfalls als sachlicher Rechtfertigungsgrund für einen Leistungsausschluss bzw. eine Leistungsreduktion im Lichte grundrechtlicher Erwägungen bedenklich.<sup>75</sup> Sowohl Asyl- als auch subsidiär Schutzberechtigte können gerade nicht in ihr Heimatland zurückkehren und dessen sozialen Schutz in Anspruch nehmen.<sup>76</sup> Sie sind

daher auf die soziale Fürsorge des Aufenthaltsstaats angewiesen.<sup>77</sup>

Im Hinblick auf die Familienzusammenführung hat der EGMR bereits konstatiert, dass diese ein essentielles Recht von Flüchtlingen darstellt, um die Wiederaufnahme eines normalen Lebens zu ermöglichen.<sup>78</sup> Dies trifft mE auch auf subsidiär Schutzberechtigte zu, die ihren Heimatstaat ebenfalls unfreiwillig verlassen haben und dorthin nicht zurückkehren können. Wie dies bereits im Zusammenhang mit dem BVG-RD ausgeführt wurde, ist im Lichte des Art. 14 EMRK nicht erkennbar, inwiefern eine Wartezeit nur für subsidiär Schutzberechtigte bei der Familienzusammenführung sachlich gerechtfertigt werden kann.

Eine sozialhilferechtliche Schlechterstellung sowie auch eine dreijährige Wartezeit bei der Familienzusammenführung nur für subsidiär Schutzberechtigte konfliktiert daher mit Art. 14 EMRK (iVm. Art. 1 1. Prot. EMRK bzw. Art. 8 EMRK).

## V. Schlussbemerkungen

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass zunächst auf unionsrechtlicher Ebene – trotz Vereinheitlichungsbestrebungen – zwei unterschiedliche Schutzniveaus beibehalten wurden. Dennoch wurden diese bis auf Unterschiede bei der Aufenthaltsdauer und dem Zugang zu Sozialhilfeleistungen aneinander angeglichen, wonach die gleiche Behandlung unionsrechtlich zur Grundregel erhoben wurde. Überdies müssen auch grund- und menschenrechtliche Verpflichtungen beachtet werden. Insbesondere im Hinblick auf Art. I Abs. 1 BVG-RD und das akzesorische Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK ergeben sich Zweifel an der Sachlichkeit von Differenzierungen, die an die vermeintliche unterschiedliche aufenthaltsrechtliche Verfestigung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten anknüpfen.

Auch wenn der VfGH gerade diese als einen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung einstuft, so haben doch sowohl Asyl- als auch subsidiär Schutzberechtigte ihr Heimatland nicht freiwillig verlassen, sondern angesichts wohl begründeter Furcht vor Verfolgung bzw. gravierenden Menschenrechtsverletzungen, weshalb sie auf den Schutz des Aufenthaltsstaates angewiesen sind. Eine sachliche Rechtfertigung sowohl sozialhilferechtlicher Differenzierungen als auch einer dreijährigen Wartezeit für Angehörige subsidiär Schutzberechtigter bei der Familienzusammenführung erscheint daher fraglich.

71 EGMR, Bah gg. Vereinigtes Königreich, Rn. 45.

72 Vgl. § 8 AsylG.

73 EGMR, Bah gg. Vereinigtes Königreich, Rn. 49.

74 Vgl. BlgLT (OÖ) 2016/171 XXVIII. GP, 1 f.; Bericht des Sozialausschusses, Ltg.-839/A-1/63-2016 (NÖ) und ErlRV 514 BlgNR XXVI. GP, 4.

75 Vgl. Kaspar, *juridikum* 2017, 481 f.

76 VfSlg. 20.244/2018.

77 Kaspar, *juridikum* 2017, 485.

78 EGMR, Tanda-Muzinga gg. Frankreich, Rn. 75.