

Totes Recht? – Der asylrechtliche Familiennachzug für gleichgeschlechtliche Partner_innen

Petra Sußner

1. Einleitung

Wir schreiben das Jahr 2001. Der Deutsche Bundestag beschließt das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft und die so genannte „Homo-Ehe“ wird rechtliche Realität. Gleichstellungsaktivist_innen jubeln. Die Historikerin und Queer-Theoretikerin Fatima El Tayeb hat diesen Schritt zum Anlass genommen, um nach dem Preis dieser Integration in das bestehende Rechtssystem zu fragen. Ins Visier hat sie dabei die Ausschlussmechanismen genommen, die gleichgeschlechtliche Partner_innen als Außenseiter_innen des Rechtssystems ihrerseits akzeptieren, wenn sie sich in die familienrechtliche „Normalität“¹ eingliedern. In ihrer Analyse hat sie klare Worte gefunden:

„Hier dominiert nach wie vor die Überzeugung, ‚Rasse‘ sei ein Konzept, das im deutschen Kontext – mit Ausnahme der Jahre 1933–45 – irrelevant sei und so guten Gewissens außer Acht gelassen werden kann.“² Und weiter: „Die Frage, etwa inwieweit – mehrheitsdeutsche – Schwule und Lesben von der zunehmend rassistischen Ausgrenzung profitieren, da sie nach dieser Grenzziehung qua Pass, Hautfarbe und Religion auf der richtigen Seite stehen, wird kaum gestellt.“³

Mittlerweile sind 10 Jahre vergangen und das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG) ist Teil des österreichischen Rechtsbestands geworden. Fatima El-Tayeb's Kritik hat jedoch nicht an Aktualität verloren – vielmehr ist ein kritischer Blickwinkel auf die Aus-

1 Normalität ist an dieser Stelle bewusst unter Anführungszeichen gesetzt, um den Eindruck zu vermeiden, dass die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partner_innen eine hierarchiefreie Gleichstellung mit heterosexuellen Paaren bedeuten würde. Tatsächlich erfolgt diese in aller Regel in Sondergesetzen, die eine „Ehe light“ für lesBi-Schwule Partner_innen vorsehen. Damit wird nicht nur die Opposition zwischen Hetero- und Homosexualität aufrechterhalten. Durch formell- und materiellrechtliche Schlechterstellungen gleichgeschlechtlicher Paare wird diese Opposition auch in hierarchisierter Form konstruiert (vgl. *Raab*, Sexuelle Politiken. Die Diskurse zum Lebenspartnerschaftsgesetz [2011] 194). Das Eingetragene Partnerschaft Gesetz liefert ein anschauliches Beispiel für dieses Phänomen, was – unter anderem auch in dieser Zeitschrift – bereits breit diskutiert wurde. Exemplarisch verweise ich dazu auf die folgenden Artikel: *Barbara Beclin* Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz im Lichte des Eherechts, EF-Z 2010/34; *Benke*, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2010/7; *Morawek*, Das österreichische EPG – Ein Kompromiss oder ein Schritt in Richtung Gleichberechtigung? Der Versuch einer kritischen Analyse, *juridikum* 2011, 217.

2 *El-Tayeb*, Begrenzte Horizonte. Queer Identity in der Festung Europa, in *Steyerl/Gutiérrez Rodríguez* (Hrsg), Spricht die Subalterne Deutsch? Migration und postkoloniale Kritik (2003) 130.

3 *El-Tayeb*, Begrenzte Horizonte 132.

grenzung von Migrant_innen und ethnisch Minorisierten mittlerweile zu einem fixen Bestandteil queerer Debatten um den gleichstellungspolitischen Meilenstein „Homo-Ehe“ geworden.⁴ Im akademischen Bereich der Gender und Queer Studies findet er sich in der inzwischen etablierten Erkenntnis wieder, dass ethnische Zugehörigkeit, Sexualität und Geschlecht nicht unabhängig voneinander analysierbar sind.⁵ Kritik wird im akademischen wie im aktivistischen Bereich an der Instrumentalisierung von LGBTQ-Personen⁶ geübt, die mit deren fortschreitender Inklusion einherzugehen scheint. Ähnlich wie Feminist_innen sich oftmals von den ausgrenzenden Elementen der Kopftuchdebatte „umarmt“ sehen, befürchten viele LGBTQ-Aktivist_innen aktuell eine Vereinnahmung durch fremdenfeindliche Politiken. Gerade erst im letzten Jahr hat die bekannte Queer-Theoretikerin Judith Butler am Berliner Christopher Street Day die Annahme des Zivilcourage-Preises verweigert und diese Befürchtung öffentlichkeitswirksam platziert:

„Wir haben alle bemerkt, dass Homo-, Bi-, Lesbisch-, Trans-, Queer-Leute benutzt werden können von jenen, die Kriege führen wollen, d. h. kulturelle Kriege gegen Migrantinnen durch forcierte Islamophobie und militärische Kriege gegen Irak und Afghanistan. Während dieser Zeit und durch diese Mittel werden wir rekrutiert für Nationalismus und Militarismus. Gegenwärtig behaupten viele europäische Regierungen, dass unsere schwule, lesbische, queer Freiheit geschützt werden muss und wir sind gehalten, zu glauben, dass der neue Hass gegen Immigrant_innen nötig ist, um uns zu schützen. Deswegen müssen wir nein sagen zu einem solchen Deal. Und wenn man nein sagen kann unter diesen Umständen, dann nenne ich das Courage.“⁷

Wie auch von akademischer Seite immer wieder aufgegriffen wird, erzeugen derartige Politiken und Debatten eine Dichotomie zwischen (schützenswerten) LGBTQ-Personen und (implizit als heterosexuell geframten) Migrant_innen und ethnisch minorisierten, die eine Überschneidung dieser beiden Kategorien aus der öffentlichen Wahrnehmung verbannen. *Koray Yilmaz-Günay* hat sich dieser Problematik erst kürzlich unter dem klingenden Titel „Muslime versus Schwule“ gewidmet⁸⁹ und auch vor dem österreichischen akademischen Feld macht die Debatte um Sichtbarkeit ethnisch minorisierter LGBTQ-Personen bzw LGBTQ-Migrant_innen nicht Halt:

4 *Raab*, Sexuelle Politiken 195.

5 Zu nennen ist in diesem Zusammenhang etwa *Jasbir Puar*s umfassendes Werk „Terrorist Assemblages: Homonationalism in Queer Times“ aus dem Jahr 2007.

6 Die Abkürzung LGBTQ steht in diesem Artikel für Personen, die sich als lesbisch, schwul, bisexuell oder transsexuell identifizieren oder sich im Bezug auf ihre geschlechtliche und/oder sexuelle Identität bzw Orientierung nicht festlegen können/wollen.

7 <http://www.egs.edu/faculty/judith-butler/articles/ich-muss-mich-distanzieren/> (10.08.2011).

8 *Yilmaz-Günay*, Karriere eines konstruierten Gegensatzes: zehn Jahre „Muslime versus Schwule“ (2011).

9 *Haritaworn*, Wounded Subjects: Sexual Exceptionalism and the Moral Panic on „Migrant Homophobia in Germany“, in *Gutiérrez Rodríguez ua* (Hrsg) *Decolonizing European Sociology: Transdisciplinary Approaches* (2010) 135–151.

„Dabei werden ‚die türkische Frau‘ und ‚der türkische Mann‘ als heterosexuell vorausgesetzt. Für das Bild eines ‚schwulen Türken‘ oder einer ‚lesbischen Türkin‘ ist in diesen (politischen, medialen und Alltags-)Diskursen kaum Platz.“¹⁰

Dieser Artikel setzt es sich zum Ziel, aus juristischer Sicht an die Debatte im Bereich der Queer Studies anzuknüpfen und sie in eine konkrete rechtliche Problematik zu transferieren. Mein Ausgangspunkt ist – ähnlich wie 2003 für Fatima El-Tayeb – die Erlassung des EPG aus Sicht von denjenigen, die qua Pass, Hautfarbe und Religion nicht auf der „richtigen“ Seite stehen. Konkret stelle ich mir anhand der Anpassung des Asylgesetzes (AsylG) an das EPG die Frage, inwieweit sich im Rechtsdiskurs die Ausblendung der Lebensrealitäten von LGBTQ-Personen nicht österreichischer Herkunft niederschlägt. Die Schnittstelle von EPG und AsylG erscheint mir in diesem Zusammenhang als legislativer Brennpunkt: Zum einen setzt er formell bei der rechtlichen Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Partner_innen als Inklusionsschritt an, anlässlich dessen fremdenfeindliche Politiken in queeren Kontexten vermehrt zum Thema gemacht wurden. Zum anderen sind Asylwerber_innen schon qua definitionem nicht österreichischer Herkunft. Machen sie sexuelle Orientierung und/oder geschlechtliche Identität als Fluchtgrund geltend, positionieren sie sich automatisch in dem Bereich, dessen Unsichtbarkeit vermehrt kritisiert wird. In rechtlicher Hinsicht geht es mir in dieser Auseinandersetzung sowohl darum, die einfachgesetzlichen Änderungen im Zuge der Erlassung des EPG ins Blickfeld zu rücken, als auch die verfassungsrechtliche und die supranationale Ebene miteinzubeziehen, um allfällige Widersprüche anzusprechen. Von besonderem Interesse sind in diesem Zusammenhang die Richtlinie 2003/83/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen (FamilienzusammenführungsRL) und Art 8 und 14 EMRK vor dem Hintergrund des vom EGMR in der Entscheidung *Schalk und Kopf gg Österreich*¹¹ modifizierten Familienbegriffs.

2. Wer sind LGBTQ-Flüchtlinge¹²? Sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität¹³ als Verfolgungsgrund

Es war bezeichnenderweise der Tag der Menschenrechte, der 10. Dezember 2009, an dem der Nationalrat das EPG beschlossen hat. Am 1. Jänner 2010 ist es dann in Kraft

10 *Markom/Rössl*, Sexuelle Minderheiten in ethnisch minorisierten Gruppen: Zugehörigkeit, Intersektionalität und Exit, in *Strasser/Holzleitner* (Hrsg), Multikulturalismus queer gelesen (2010) 321–342.

11 EGMR 24.6.2010, *Schalk und Kopf v Österreich*, Nr 30141/04; siehe dazu auch *Guerrero*, Gleichgeschlechtliche Familien, Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext, *juridikum* 2010, 391.

12 Ich spreche in diesem Text nahezu durchgängig von LGBTQ-Flüchtlingen. Damit soll einerseits dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Flüchtlingsbegriff ein materieller ist. Andererseits ergibt sich diese Terminologie aus meiner Auseinandersetzung mit dem asylrechtlichen Familiennachzug, der grundsätzlich nur anerkannten Flüchtlingen offen steht. Selbstverständlich spreche ich mit meinem Text aber auch die subsidiär Schutzberechtigten an, die berechtigt sind, Familienangehörige nach Österreich „nachzuholen“. Der besseren Lesbarkeit halber werden auch sie unter dem Begriff LGBTQ-Flüchtlinge geführt.

13 Da ich diesen Text dem gleichgeschlechtlichen Familiennachzug gewidmet habe, ist der Fluchtgrund geschlechtliche Identität nur insofern berührt, als er mit einer LGBTQ Sexualität einhergeht.

getreten und hat aus gleichstellungspolitischer, aber auch menschenrechtlicher Sicht zu Recht Kritik erfahren. Vergleichsweise still war es um die legislativen Anpassungen, die das EPG aus Sicht von LGBTQ-Flüchtlingen im AsylG mit sich brachte. Sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität werden in der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) zwar nicht explizit als asylrelevante Verfolgungsgründe genannt, aber es entspricht der hM¹⁴, wie auch der stRsp¹⁵, dass diese beiden Verfolgungsmotive unter den Auffangtatbestand der „sozialen Gruppe“ fallen, wie er in Art 1 lit d der GFK normiert ist.

Gleichzeitig möchte ich an dieser Stelle nicht unerwähnt lassen, dass LGBTQ-Asylwerber_innen trotz dieser relativ stabilen Verankerung im Flüchtlingsrecht innerhalb des Verfahrens oftmals vor massiven Hürden stehen, die ebendiesen Schutz nicht greifen lassen. Erst vor kurzem wurde in einer Kooperation von Wissenschaft und NGOs der Report „Fleeing Homophobia“ herausgegeben, der die Praxis der EU-Mitgliedstaaten vergleicht und die fluchtgrundspezifischen Schwierigkeiten anschaulich herausarbeitet.¹⁶ Um einen kurzen Einblick in die Situation von LGBTQ-Asylwerber_innen zu geben, möchte ich an dieser Stelle nur einige zentrale ansprechen: Vorderhand scheinen Asylverfahren zu sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität derzeit einen grundlegenden Paradigmenwechsel zu durchlaufen. Während etwa im Hinblick auf den Fluchtgrund Religion anerkannt ist¹⁷, dass ein Leben im Verborgenen – ein forum internum – kein zumutbarer Weg ist, Verfolgung zu vermeiden, war das im Fall von LGBTQ-Asylwerber_innen lange Zeit nicht der Fall. Ihnen wurde kein asylrelevantes Verfolgungsrisiko zugestanden, solange davon ausgegangen wurde, dass sie Verfolgungshandlungen durch ein Leben im „Closet“ abwenden konnten.¹⁸ Mittlerweile beginnt diese Judikatur vor allem im europäischen Raum zu bröckeln, einen entscheidenden Meilenstein bildet dabei etwa die Entscheidung HJ (Iran) and HT (Cameroon) vs SSHD¹⁹ des britischen Supreme Court. In dieser heißt es:

14 So sind den „UNHCR Leitlinien zu Anträgen auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestützt auf sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität“ aus dem November 2008 klare – wenn auch nicht rechtsverbindliche – Vorgaben zum Umgang mit LGBTQ Flüchtlingen zu entnehmen; vgl auch *Putzer/Rohrböck*, Asylrecht – Leitfaden zur neuen Rechtslage nach dem Asylgesetz 2005 (2007) Rz 84 ff sowie unter Bezugnahme auf das internationale Schrifttum: *Rohrböck*, Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (1999) Rz 406.

15 Vgl dazu grundlegend VwGH 20.10.1999, 99/01/0197; aus jüngerer Zeit siehe etwa zur „Eigenschaft“ homosexuell zu sein und/oder in einer homosexuellen Beziehung gelebt zu haben: AsylGH 20.7.2009, C5 257.855-0/2008/11E mwN.

16 *Jansen/Spijkerboer*, Fleeing Homophobia. Asylum Claims related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe, abrufbar unter <http://www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/conferenties-en-projecten/onderzoeksproject-fleeing-homophobia/research-reports/index.asp> (18.11.2011).

17 Art 10 Abs 1 lit b Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 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.

18 *Markard/Adamietz*, Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität auf dem Prüfstand, Kritische Justiz 3/2011, 294.

19 Supreme Court (ehem House of Lords), HJ (Iran) and HT (Cameroon) vs SSHD, [2010] UKSC 31.

“In short, what is protected is the applicant’s right to live freely and openly as a gay man. That involves a wide spectrum of conduct, going well beyond conduct designed to attract sexual partners and maintain relationships with them. To illustrate the point with trivial stereotypical examples from British society: just as male heterosexuals are free to enjoy themselves playing rugby, drinking beer and talking about girls with their mates, so male homosexuals are to be free to enjoy themselves going to Kylie concerts, drinking exotically coloured cocktails and talking about boys with their straight female mates. Mutatis mutandis – and in many cases the adaptations would obviously be great – the same must apply to other societies.“

Was der britische Supreme Court hier launig an Stereotypen anspricht, führt mich letztlich zu dem Schwerpunkt, der die Verfahren angesichts dieser Verschiebung mehr und mehr zu dominieren scheint: zur Glaubwürdigkeit.²⁰ In diesem Bereich scheitern LGBTQ-Asylwerber_innen oftmals nicht nur an den in den Aufnahmestaaten dominanten Bildern von Homosexualität, denen sie aufgrund ihres kulturellen Hintergrunds und/oder einem bisherigen Leben im Verborgenen nicht entsprechen, sondern auch an verfahrensrechtlichen Hürden. Für den österreichischen Raum sind in diesem Zusammenhang das Neuerungsverbot im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren (§ 40 AsylG), aber auch die judikativen Anforderungen an die persönliche Glaubwürdigkeit von Asylwerber_innen zu nennen. Der Asylgerichtshof stützt etwa die Nichtberücksichtigung von verspätetem Vorbringen idR mit folgender Begründung:

„Weiters geht auch der VwGH davon aus, dass ein spätes, gesteigertes Vorbringen als ungläubwürdig qualifiziert werden kann. Denn kein Asylwerber würde wohl eine sich bietende Gelegenheit zentral entscheidungsrelevantes Vorbringen zu erstatten, ungeprüft vorübergehen lassen.“ (AsylGH 1.7.2009, D11 259079-2/2008)

Zu Recht hat Amnesty International kritisiert, dass diese Anforderungen oftmals in diametralem Gegensatz zu den Lebensrealitäten von LGBTQ-Flüchtlingen stehen. Sie flüchten aus einem Umfeld, in dem sie als „nicht normal“ gelten, verfolgt werden und ihre Sexualität in aller Regel verheimlichen müssen. Entscheidungsrelevante Tatsachen ehestmöglich vorzubringen bedeutet für sie ein Outing vor Behördenmitarbeiter_innen unmittelbar nach der Ankunft in einem Staat, dessen Sprache sie in aller Regel nicht sprechen und dessen Rechtssystem ihnen fremd ist. Gerade wenn zu dieser Ausgangssituation noch eine posttraumatische Belastungsstörung hinzutritt – die typischerweise mit Wiedergabeschwierigkeiten einhergeht – stellt das Erfordernis des ehestmöglichen Vorbringens entscheidungsrelevanter Tatsachen für die Betroffenen ein oft unüberwindbares Hindernis dar.²¹

20 Choi, *Living Discreetly: A Catch 22 in Refugee Status Determination on the Basis of Sexual Orientation*, 2010, 36 Brooklyn J.Int’l L. 241.

21 *Dolk/Schwantner*, *Homosexualität und (Abschiebungs)schutz in Deutschland*, Amnesty International 2007, <http://www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Migration/Abschiebeschutz.pdf> (15.8.2011).

Abschließen möchte ich diesen kurzen Abriss über Asylverfahren, in denen sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität eine Rolle spielen, mit einer Asylgerichtshof-Entscheidung, die anschaulich macht, welche Auswirkungen ein verspätetes Vorbringen im Einzelfall haben kann:

„Dies gilt umso mehr, als die Genannte erst nach negativem Ausgang ihres Asylverfahrens in erster Instanz dieses Vorbringen erstattete und über Befragung, warum sie überhaupt erst im Beschwerdeverfahren entsprechende Angaben getätigt hat, auf ihren Rechtsberater verwiesen hat, der ihr dazu geraten hätte. Bemerkenswert wird in diesem Zusammenhang weiters, dass die Beschwerdeführerin ihren Angaben zufolge ihrem Rechtsberater gegenüber nicht aus eigenem über ihre angebliche sexuelle Neigung berichtet haben will, sondern von diesem nach einem zufälligen Zusammentreffen bei der Regenbogenparade in Wien bei einem Beratungsgespräch darauf angesprochen worden sein soll. Warum der Rechtsberater aufgrund der bloßen Teilnahme an dieser Veranstaltung automatisch auf eine Homosexualität der Beschwerdeführerin geschlossen haben soll, konnte die Genannte nicht schlüssig erklären. Ebenso erscheint es im täglichen Umgang mit anderen Menschen eher ungewöhnlich, diese unverblümt nach ihrer sexuellen Neigung zu befragen.“ (AsylGH 3.12.2010, A5 414418-1/2010)

3. Asylrechtliche Änderungen im Zuge der Erlassung des EPG

Die verfahrenstechnischen Hürden, vor denen LGBTQ-Asylwerber_innen im Zuge des Verfahrens stehen, sollten nur einen Einblick in deren rechtliche Positionierung ermöglichen. Entscheidend im Zusammenhang mit der Erlassung des EPG sind nämlich die Fälle, in denen die Flüchtlingseigenschaft der Betroffenen tatsächlich anerkannt wurde und sich die Frage nach dem Schicksal allenfalls im Herkunftsstaat Verbliebener stellt – sie werden im vierten Abschnitt des AsylG unter dem Titel „Sonderbestimmungen für das Familienverfahren“ geregelt. Konkret sehen die §§ 34 und 35 AsylG vor, dass den Familienangehörigen eines_einer Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten der Anspruch auf Zuerkennung desselben Status zukommt und durch die österreichischen Vertretungsbehörden ein Einreisetitel auszustellen ist. Wird eine Person aus diesem persönlichen Umfeld von der österreichischen Rechtsordnung als „Familienangehöriger“ qualifiziert, so reicht es demnach verfahrensrechtlich gesehen aus, diese Familieneigenschaft nachzuweisen, um in Österreich als Flüchtling anerkannt zu werden oder subsidiären Schutz zuerkannt zu bekommen.²²

Bis zur Erlassung des EPG beschränkte sich der asylrechtliche Familienbegriff auf die konventionelle Vorstellung der heterosexuellen Kernfamilie: Erfasst waren die Ehegatt_

²² Bemerkenswert ist, dass es sich dabei um die einzig verbliebene Regelkonstellation handelt, in der basierend auf dem Asylgesetz ein Einreisetitel erlangt werden kann. Für Flüchtlinge ist es daher oftmals existenziell entscheidend, ob sie unter den asylrechtlichen Begriff des_der Familienangehörigen fallen oder nicht.

innen und die minderjährigen Kinder. Seit dem 1. Jänner 2010 sollen – geht es nach dem Gesetzeswortlaut – auch gleichgeschlechtliche Partner_innen unter den Begriff der Familienangehörigen fallen. Zur Frage, wie er sich den gleichgeschlechtlichen Familiennachzug konkret vorstelle, gab sich der Gesetzgeber in den erläuternden Bemerkungen wortkarg und hielt lapidar fest:

„Im Hinblick auf die mit der Erlassung eines Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft (EPG) vorgesehene Einführung des Instituts der eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare in die österreichische Rechtsordnung ist das Asylgesetz 2005 insofern anzupassen, als die im Asylrecht für Ehegatten normierten Sonderbestimmungen künftig auch für eingetragene Partner gelten sollen. Dazu wird der eingetragene Partner den Familienangehörigen iSd des § 2 Abs 1 Z 22 gleichgehalten und damit die gleichförmige Behandlung von eingetragenen Partnern und Ehegatten garantiert. Dies ist naturgemäß insbesondere für die dadurch anwendbaren Sonderbestimmungen für das Familienverfahren (§§ 34 und 35) von Relevanz. § 2 Abs 1 Z 22 in der geltenden Fassung sieht vor, dass die Eigenschaft als Familienangehöriger bei Ehegatten nur dann vorliegt, wenn die Familieneigenschaft, also die Ehe, bereits im Herkunftsstaat bestanden hat. Gleichgelagertes soll künftig naturgemäß auch für eingetragene Partner gelten. Die eingetragene Partnerschaft muss daher bereits im Herkunftsstaat bestanden haben.“ Die Crux dieser Passage liegt in deren letzten Satz: „Die eingetragene Partnerschaft muss daher bereits im Herkunftsstaat bestanden haben.“ Der_die Familienangehörige muss damit zwei Voraussetzungen erfüllen, um als solche_r anerkannt zu werden: Er_sie muss sich mit dem anerkannten Flüchtling in einer der eingetragenen Partnerschaft entsprechenden gleichgeschlechtlichen Zweierbeziehung befinden und diese muss bereits im Herkunftsstaat rechtlich anerkannt worden sein. Die Anforderung einer nachweislich rechtlich anerkannten Partner_innenschaft mag für Heterosexuelle eine verhältnismäßig geringe Hürde darstellen, für LGBTQ-Flüchtlinge wird sie in aller Regel nicht überwindbar sein. Weltweit werden laut ILGA, der International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, einvernehmliche homosexuelle Handlungen unter Erwachsenen in 76 Ländern mit Gefängnisstrafe geahndet, in fünf davon sowie Teilen von Nigeria und Somalia steht darauf die Todesstrafe²³ – von einer rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare kann somit in den typischen Herkunftsstaaten keine Rede sein. Wie sich diese Situation auf die konkrete Situation der Betroffenen niederschlägt, möchte ich anhand eines Beispiels aus der österreichischen asylgerichtlichen Rsp illustrieren:

„Der Bf. [Beschwerdeführer, Anm.] hat in seinem Heimatdorf in Afghanistan eine homosexuelle Beziehung mit einem Mann unterhalten, mit dem er ca 6 Monate im ge-

23 Bruce-Jones/Paoli Itaboraby, State Sponsored Homophobia. A world survey of laws criminalising same-sex sexual acts between consenting adults, ILGA 2011, http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2011.pdf, 4 (15.8.2011)..

meinsamen Haushalt gelebt hatte. Nachdem dieses Verhältnis entdeckt worden war, attackierte eine Gruppe von Männern aus dem Dorf den Bf. und seinen Partner. Dabei wurde der Bf. schwer verletzt und sein Partner getötet. Der Bf. hat daraufhin im zehnten oder elften Monat des Jahres 2002 Afghanistan verlassen.“ (AsylGH 10.3.2010, C10 257854-0/2008/6E)

Mit dieser Entscheidung wurde die Flüchtlingseigenschaft des dortigen Beschwerdeführers anerkannt. Einvernehmliche gleichgeschlechtliche Sexualität ist in Afghanistan rechtlich verfolgbar und stellt nach den Regeln der Sharia ein so genanntes Hudood-Verbrechen dar, das mit dem Tod bestraft werden kann.²⁴ Legt man die Anforderung des Nachweises einer eingetragenen Partner_innenschaft auf diese konkreten Umstände um, so drängt sich der Verdacht auf, dass mit den asylrechtlichen Novellierungen anlässlich der Einführung des EPG für gleichgeschlechtliche Flüchtlingspaare letztlich totes Recht geschaffen wurde. Anders gesagt und auf meine Ausgangsfrage zurückkommend, ist die rechtliche Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Partner_innen in Österreich anscheinend mit einer Ausblendung der Lebensrealitäten von LGBTQ-Flüchtlingen einhergegangen. Der Gesetzgeber hat mit dem EPG den (wenn auch inkonsequenten) Versuch gesetzt, gleichgeschlechtliche Partner_innen in die „familienrechtliche Normalität“ zu integrieren. Sobald jedoch zur ‚anderen‘ Sexualität eines Paares auch noch eine ‚andere‘ Herkunft hinzutritt, die nach der Anwendung des AsylG verlangt, ist die für verschiedengeschlechtliche Flüchtlingspaare vorgesehene „familienrechtliche Normalität“ nicht einmal mehr in abgeschwächter Form zugänglich. Letztlich gehe ich davon aus, dass die Lebensrealität von gleichgeschlechtlichen Flüchtlingspaaren für den Gesetzgeber jedoch nicht unsichtbar war, sondern dieser vielmehr befürchtet hat, dass eine Berücksichtigung von deren de-facto Lebenspartner_innenschaften nach Gleichstellung von verschiedengeschlechtlichen Lebenspartner_innenschaften verlangt hätte. Nichtsdestotrotz scheint hier restriktive Asyl- und Fremdenrechtspolitik²⁵ der Inklusion von gleichgeschlechtlichen Paaren vorangestellt worden und letztlich am Rücken von LGBTQ-Flüchtlingspaaren ausgetragen worden zu sein.

4. Verfassungs- und europarechtliche Perspektiven

In einem letzten Schritt geht es mir darum, die Novellierung des asylrechtlichen Familienbegriffs in den einschlägigen europa- und verfassungsrechtlichen Kontext zu setzen und allfällige Diskontinuitäten anzusprechen.

Auf EU-Ebene regelt die FamilienzusammenführungsRL das so genannte asylrechtliche „Familienverfahren“, wobei festzuhalten ist, dass dieses nur auf anerkannte Flüchtlinge, nicht jedoch auf subsidiär Schutzberechtigte Anwendung findet. Ihren Familienbe-

²⁴ *Kirschner/Piller*, Afghanistan: Homosexualität – Gesetze, Rechts- und Alltagspraxis, Schweizerische Flüchtlingshilfe 2006, <http://www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/afghanistan>, 3 ff (15.8.2011).

²⁵ Vgl. *Initiative Minderheiten*, Viel Glück! Migration Heute (2010).

griff steckt die RL in Art 4 ab und legt fest, dass davon jedenfalls Ehegatten und minderjährige Kinder erfasst sind. Im Hinblick auf Angehörige, die sich abseits des heterosexuellen Kleinfamilienkonstrukts bewegen, bleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, günstigere Regelungen zu treffen, was in Art 3 Abs 5 hervorgehoben wird. Explizit nennt Art 4 Abs 3 der RL die Möglichkeit, den Familiennachzug auf nicht eheliche Lebenspartner_innen zu erweitern, die nachweislich in einer auf Dauer angelegten Partner_innenschaft leben. Im Hinblick auf die Partner_innen von LGBTQ-Flüchtlingen lässt sich daher sagen, dass sie zwar grundsätzlich nicht völlig vom Familienbegriff der RL ausgeschlossen sind, aber keine klare, für sie günstigere Bestimmung in der RL selbst vorhanden ist, auf die sie sich unmittelbar berufen könnten.

Anders stellt sich die Rechtslage mE aus Sicht der Art 14 iVm 8 EMRK dar, die im Bereich der Gleichstellung von LGBTQ-Personen traditionell eine bedeutsame juristische Rolle spielen. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass sich die Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK, dem Recht auf Privat- und Familienleben, in fremdenrechtlicher Hinsicht primär auf aufenthaltsbeendende Maßnahmen bezieht. In der Entscheidung *Sen v Niederlande*²⁶ hat der EGMR jedoch erstmals geklärt, dass sich in Einzelfällen aus dem in Art 8 EMRK garantierten Recht auf Achtung des Familienlebens auch ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ergeben kann. Nun sind gleichgeschlechtliche Partner_innen nach der Rsp über lange Zeit hinweg nicht in den Anwendungsbereich des Familien-, sondern lediglich in den des Privatlebens iSd Art 8 EMRK gefallen, was grundsätzlich gegen den Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gesprochen hat. Mit der (oben schon zitierten) Entscheidung *Schalk und Kopf v Österreich* hat sich in dieser Hinsicht eine entscheidende Wendung ergeben. In dieser Entscheidung hält der EGMR fest:

„The Court notes that since 2001 [...] a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples. [...] In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy ‘family life’ for the purposes of Article 8.“

Damit fallen auch gleichgeschlechtliche Partner_innen in den Anwendungsbereich des Rechts auf Familienleben iSd Art 8 EMRK und ihr Recht ist grundsätzlich dem akzesorischen Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK zugänglich. Dieses Verbot erklärt nicht nur die Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten für unzulässig, sondern erfasst auch jene Fälle, in denen tatsächlich Unterschiedliches gleich behandelt wird²⁷. Legt man diese Voraussetzungen auf die §§ 2 Abs 1 Z 22 iVm 34, 35 AsylG um,

26 EGMR 21.12.2001, *Sen v Niederlande*, Nr 31465/96. Vgl dazu auch *Thym*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts?, Rechtsprechung des EGMR zum Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und deren Verhältnis zum nationalen Ausländerrecht, EuGRZ 2006, 541.

27 vgl etwa EGMR 6.4.2000, *Thlimmenos v Griechenland*, Nr 34369/97.

so spricht mE Einiges für eine Konventionswidrigkeit: Der Anspruch auf Erteilung eines einschlägigen Einreisetitels ist grundsätzlich auch im Fall von gleichgeschlechtlichen Partner_innen vom Schutz des Privat- und Familienlebens erfasst. Ob im Einzelfall tatsächlich so ein Anspruch besteht, ist im Hinblick auf das Vorliegen einer dem Art 14 EMRK widersprechenden Gleichbehandlung mit verschiedengeschlechtlichen Partner_innen nicht von Belang. ME findet sich in der Anforderung des § 2 Abs 1 Z 22 AsylG, dass Ehe wie auch eingetragene Partner_innenschaft bereits im Herkunftsstaat bestanden haben, eine ebensolche Gleichbehandlung. Angesichts des Umstands, dass einvernehmliche gleichgeschlechtliche Handlungen weltweit in 76 Ländern unter Strafe stehen, ist die Wahrscheinlichkeit diese Anforderung zu erfüllen für gleichgeschlechtliche Partner_innen aber jedenfalls ungleich höher als für verschiedengeschlechtliche. Um allerdings eine Andersbehandlung von Homosexuellen zu rechtfertigen, verlangt der EGMR „particularly weighty reasons“²⁸, was folgerichtig auch für die Gleichbehandlung im Fall von tatsächlich unterschiedlichen Sachverhalten gelten muss. Eine unterschiedliche Behandlung – wie etwa die Möglichkeit für gleichgeschlechtliche Paare, ihre Beziehung durch persönliches Vorbringen oder die Vorlage von Beweismitteln, die das entsprechende Naheverhältnis belegen, nachzuweisen – wäre mE nötig, um eine Verletzung der Art 14 iVm 8 EMRK zu vermeiden.

5. Fazit

Kehre ich an den Anfangspunkt dieses Artikels zurück, so lässt sich die Kritik aus dem Bereich der Queer Studies, dass gerade ethnisch minorisierte LGBTQ-Personen eine diskursive Ausblendung erfahren, mE für den Bereich des EPG und des AsylG bestätigen. Mit dem EPG wurde ein erster Schritt in Richtung rechtliche Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Beziehungen gesetzt, der jedoch angesichts der Lebensrealitäten von LGBTQ-Flüchtlingen in aller Regel ins Nichts verlaufen und damit zu totem Recht werden wird. Bewegung lässt sich mE demgegenüber aus menschenrechtlicher Sicht erwarten: Gerade die Entscheidung *Schalk und Kopf v Österreich*, die nun auch gleichgeschlechtliche Partner_innen unter den Schutz des Rechts auf Familienleben stellt, legt einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK nahe. Die Judikatur des EGMR hat bereits in der Vergangenheit verhältnismäßig große Bereitschaft zur Gleichbehandlung von LGBTQ-Personen gezeigt – es bleibt abzuwarten, ob sie auch in dieser Frage ihren Niederschlag erfahren wird.

Mag^a Petra Sußner ist Juristin und arbeitet im Rahmen des interdisziplinären Initiativkollegs Gender, Violence and Agency in the Era of Globalization an ihrer Dissertation. Daneben ist sie beim Diakonie Flüchtlingsdienst als Rechtsberaterin tätig; petra.sussner@univie.ac.at

28 vgl etwa EGMR 24.6.2010, *Schalk und Kopf v Österreich*, Nr 30141/04, Rz 11.