

Exposé

Das Kindeswohl im Asylverfahren

Kindeswohl und Kinderrechte im Asylverfahren unter besonderer Berücksichtigung der gesetzlichen Ausgestaltung des Familienverfahrens gem §§ 34, 35 AsylG 2005

Mag.^a Sarah Kahles

Angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.ⁱⁿ iuris)

Wien, am 06.05.2019

Studienkennzahl laut Studienblatt: A 783 101

Studienrichtung laut Studienblatt: Rechtswissenschaften

I. Hintergrund

Das „Übereinkommen über die Rechte des Kindes“ (UN-Kinderrechtskonvention) stellt die zentrale Rechtsgrundlage zu den Kinderrechten dar. Erstmals werden in der KRK auf völkerrechtlicher Ebene Kinder ausdrücklich als Grundrechtsträger angesprochen und als eigenständige Individuen betrachtet, die eigene Rechte und Ansprüche innehaben.¹

Die KRK hält grundlegende Rechte auf Schutz, Versorgung und Beteiligung fest, die letztendlich Standards für einen angemessenen Interessensausgleich zwischen Selbstbestimmung und Schutz des Kindes darstellen. Die in der KRK normierten Rechte auf Leben sowie Partizipation sowie das Diskriminierungsverbot und insbesondere die zwingend vorgesehene Berücksichtigung des Kindeswohls stellen nach hA die „Allgemeinen Prinzipien“ dar, die ua wesentlich der Interpretation aller anderen Bestimmungen dienen.²

Zwar fanden „the best interests of the child“ bereits zuvor Berücksichtigung im Recht, doch besteht die wesentliche Besonderheit der KRK in der in Art 3 Abs 1 KRK festgesetzten zwingenden Berücksichtigung des Kindeswohls bei allen Maßnahmen – explizit bei Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung – und kommt daher den Interessen des Kindes besondere Wichtigkeit zu.³

Österreich hat die KRK ratifiziert und ist diese mit 5. September 1992 in Kraft getreten, doch hatte sie nur den Rang eines einfachen Gesetzes inne und stand außerdem unter Erfüllungsvorbehalt.⁴ Da das Übereinkommen daher weder im Verfassungsrang steht, noch durch Behörden oder Gerichte anwendbar ist, beschränkt sich ihre Wirkungsweise wesentlich auf ihre Heranziehung im Rahmen der völkerrechtskonformen Interpretation von anwendbaren Bestimmungen.⁵

Die in den Augen vieler Experten lediglich unzureichend erfolgte Umsetzung der KRK führte zu großer Kritik. Ua im Bereich des Asyl- und Fremdenrechts, insbesondere in der gesetzlichen Ausgestaltung der Familienzusammenführung, schienen die in der KRK

¹ Sax in Heißl, Handbuch Menschenrechte: Allgemeine Grundlagen – Grundrechte in Österreich - Entwicklungen – Rechtsschutz (2009) Kinderrechte, 30/2; Freeman, Article 3: The best interests of the Child (2007) 27.

² Sax in Heißl, Handbuch Menschenrechte, Kinderrechte, 30/5; Czech, FABL 1/2012-I, 1 (3).

³ Sax in Heißl, Handbuch Menschenrechte, Kinderrechte 30/10ff.

⁴ Czech, FABL 1/2012-I, 1 (8).

⁵ Sax in Heißl, Handbuch Menschenrechte, Kinderrechte, 30/11.

normierten Rechte – die auch explizit Ansprüche von Flüchtlingskindern⁶ vorsieht – wenig Niederschlag gefunden zu haben.⁷

Durch die Erlassung des BVG über die Rechte von Kindern⁸ wurden einzelne in der KRK vorgesehene Bestimmungen zu durchsetzbaren Rechten bzw Ansprüchen.⁹ Eine Vielzahl der in dem Übereinkommen normierten Regelungen wurde allerdings nicht in anwendbares Recht transformiert (bspw allgemeines Diskriminierungsverbot iSd Art 2 KRK, Recht auf Familienzusammenführung iSd Art 10 KRK, Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit iSd Art 14 KRK, uvm).

Auch im BVG-Kinderrechte wird normiert, dass das Kindeswohl vorrangige Erwägung bei allen Maßnahmen – öffentlicher sowie privater Einrichtungen – sein soll, doch wird im Gegensatz zur KRK nicht explizit von Legislative, Judikative und Exekutive gesprochen.¹⁰

Die KRK legt in insgesamt 54 Artikeln zahlreiche Kinderrechte fest, die ua auch spezifische Rechtsbereiche und -materien betreffen. So gewährleistet das Übereinkommen speziell für Kinder, die internationalen Schutz in einem der Konventionsstaaten beantragt haben, besonderen Schutz im Rahmen des Verfahrens sowie ua den schnellen Ablauf etwaiger Familienzusammenführungsverfahren.¹¹

Wesentlich ist auch in diesem Zusammenhang die Verpflichtung zur Beachtung des Kindeswohls. Die gesetzlich vorgesehene Heranziehung des Kindeswohls als vorrangige Erwägung bei Maßnahmen, die Kinder betreffen, - unabhängig davon, ob private oder öffentliche Einrichtungen diese setzen – legt sohin zumindest ein Kriterium fest, das auch im Asylverfahren bei der Setzung von Maßnahmen zu berücksichtigen ist.

Die Bestrebungen hinsichtlich der Erweiterung des Grundrechtsschutzes für Kinder fanden auch im Unionsrecht Niederschlag.¹² So sieht Art 24 GRC vor, dass die Interessen des Kindes

⁶ Art 10 KRK, Art 22 KRK.

⁷ Sax in Heißl, Handbuch Menschenrechte, Kinderrechte, 30/11; Sax in Heißl, Handbuch Menschenrechte, Kinderrechte 30/18; Kaspar, Kinder auf der Flucht: Eine Kritik der derzeitigen Lage der Kinderrechte im Asyl- und Fremdenrechtsbereich (Don Bosco Flüchtlingswerk) 3.

⁸ Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern (BVG-Kinderrechte), BGBl. I Nr. 4/2011.

⁹ Czech, Jedes Kind zählt - oder doch nicht?, FABL 1/2012-I, 1 (2).

¹⁰ Vgl Art 3 KRK.

¹¹ Siehe Art 10, Art 22 KRK.

¹² Vgl Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich des Kindes, Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, 2015, Quelle: <http://fra.europa.eu/de/publication/2016/handbuch-zu-den-europarechtlichen-grundlagen-im-bereich-derrechte-des-kindes>, 31.05.2016.

bei Maßnahmen, die sein Wohl betreffen, zu berücksichtigen sind. Zwar ist nicht abschließend geklärt, ob sich aus Art 24 GRC echte Rechte oder bloße Rechtsgrundsätze ergeben, doch kann davon ausgegangen werden, dass der gewählte Wortlaut darauf hindeutet, dass die Festlegung „echter Rechte“ beabsichtigt war.¹³

Auch in den von der europäischen Union gesetzten Sekundärrechtsakten zum Asyl- und Fremdenrecht sind zahlreiche Hinweise auf die Bedeutung der Kinderrechte zu finden. So weist die **Familienzusammenführungsrichtlinie**¹⁴ in den Erwägungsgründen neun und elf darauf hin, dass die Wahrnehmung des Rechts auf Familienzusammenführung unter Achtung der Werte und Grundsätze der EU¹⁵, insb aber unter der Achtung der Rechte von Frauen und Kindern, zu erfolgen hat und setzt außerdem – quasi als Mindeststandard – fest, dass die Möglichkeit der Familienzusammenführung jedenfalls Ehegatten und Ehegattinnen und minderjährigen Kindern offenstehen muss.

Spezifische Verfahrensgarantien für Minderjährige werden in Erwägungsgrund 14 der **Verfahrensrichtlinie**¹⁶ vorgesehen, in denen wiederum explizit auf die **notwendige Berücksichtigung des Kindeswohls** verwiesen wird. Eine teilweise Ausgestaltung dieser Verfahrensvorschriften findet sich in Art 17 der RL.

Die **Statusrichtlinie**¹⁷ nimmt besonderen Bezug auf die Kinderrechte und insbesondere das Kindeswohlsprinzip. In Erwägungsgrund 18 wird explizit festgelegt, dass die Umsetzung der Richtlinie **in Übereinstimmung mit der KRK** zu erfolgen hat und insbesondere die **Grundsätze des Kindeswohls sowie der Familieneinheit** besonders zu beachten sind. Überdies soll iSd Erwägungsgrundes 19 der **Familienangehörigenbegriff explizit ausgeweitet** werden und in diesem Zusammenhang das **Kindeswohl als maßgeblicher Aspekt** miteinbezogen wird.

¹³ Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar³ (2016) Rz ??.

¹⁴ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

¹⁵ Vgl ua Art 2 EUV.

¹⁶ Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft.

¹⁷ Richtlinie 2011/95/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 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.

Auch die **Aufnahmerichtlinie**¹⁸ sieht in Erwägungsgrund Neun beispielsweise vor, dass die **Anwendung der Bestimmungen im Einklang mit der GRC, der KRK sowie der EMRK** und unter uneingeschränkter **Achtung der Grundsätze des Kindeswohls und der Einheit der Familie** zu erfolgen hat.¹⁹ Darüber hinaus wird in Art 21 normiert, dass die Bedürfnisse vulnerabler, schutzbedürftiger Fremder – wie zum Beispiel unbegleiteter Minderjähriger – besonders zu berücksichtigen sind. Die vorrangige Beachtung des Grundsatzes des Kindeswohls wurde in Art 23 der RL festgelegt, in dem insbesondere auf die Möglichkeit der Familienzusammenführung für unbegleitete minderjährige Fremde Bezug genommen wird.

Die **Dublin III-VO**, welche die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die inhaltliche Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz regelt, legt in Art 6 ebenso fest, dass der **Grundsatz der Familieneinheit** zu beachten ist und das **Kindeswohl** als vorrangige Erwägung bei der Prüfung von Anträgen zu gelten hat.

Unter Anbetracht der zahlreichen Rechtsquellen, die sich auf Kinderrechte und insb auf den Grundsatz des Kindeswohls berufen, zeigt sich, dass die Qualifizierung des Kindes als Grundrechtsträger mit eigenen durchsetzbaren Ansprüchen Eingang in das Recht gefunden hat. Insbesondere an den Richtlinien und den darin vorgesehenen Standards zeichnet sich ab, dass sowohl die Bedeutung der Kinderrechte und der Maxime des Kindeswohls an sich als auch der Grad an spezifischer Ausgestaltung zunimmt.

Besondere Berücksichtigung soll in dieser Dissertation die gesetzliche Ausgestaltung des Familienverfahrens im Asylrecht, insbesondere ausgehend von minderjährigen Flüchtlingen, finden. Maßgeblich sind hier §§ 34 und 35 AsylG, die einerseits das Familienverfahren im Inland und andererseits das Familienzusammenführungsverfahren regeln. Während für Inlandsfamilienverfahren § 2 Z 22 AsylG den Familienangehörigenbegriff festlegt, findet sich die dem sog „Visumverfahren“ zugrundeliegende Definition in § 35 Abs 5 AsylG. Der grundsätzliche Berechtigtenkreis erstreckt sich demnach auf Ehegatten und Ehegattinnen und

¹⁸ Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen.

¹⁹ Ebenso Dublin III-VO [Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung)] in Erwägungsgrund 13.

eingetragene Partner und Partnerinnen, sofern die Ehe/Partnerschaft bereits vor Einreise in das österreichische Bundesgebiet bestanden hat, sowie auf minderjährige ledige Kinder. Für Familienverfahren im Inland gilt überdies iSd § 2 Z 22 AsylG der/die gesetzliche Vertreter/in des/der minderjährigen Fremden als berechtigt.

Der EGMR hat in seiner Judikatur festgehalten, dass Flüchtlinge ein grundlegendes Recht auf Familieneinheit haben²⁰ und ihnen – im Vergleich zu anderen Fremden – tendenziell ein „privilegierterer“ Zugang zur Durchführung der Familienzusammenführung zuzukommen hat.²¹

Es geht insb aus der Rechtsprechung des EGMR klar hervor, dass Konventionsstaaten unter bestimmten Voraussetzungen zur Gestattung der Einreise und des weiteren Aufenthalts von Familienangehörigen positiv verpflichtet sind.²² Aus diesem Grundsatz kann abgeleitet werden, dass das Recht auf Familienzusammenführung von Fremden der staatlichen Souveränität in Bezug auf Einwanderungskontrollen vorgehen kann.²³ Dies gilt zumindest dann, wenn das Familienleben bereits vor der Einreise in das Hoheitsgebiet des Konventionsstaates bestanden hat, eine Rückkehr ins Herkunftsland nicht möglich ist und das Familienleben in einem Drittstaat nicht geführt werden kann.²⁴

Die gesetzliche Ausgestaltung der Familienverfahren im Asylrecht soll in dieser Dissertation vor allem im Hinblick auf ihre verfassungsrechtliche Konformität untersucht werden. Zentrale Anknüpfungspunkte sollen hier einerseits das Recht auf Wahrung des Familienlebens iSd Art 8 EMRK und Art 7 GRC, das Diskriminierungsverbot iSd Art 14 EMRK²⁵, das Verbot der Ungleichbehandlung Fremder untereinander iSd BVG zum Verbot der Rassendiskriminierung iVm dem allgemeinen Gleichheitssatz sowie grundsätzliche

²⁰ EGMR am 10.7.2014, 2260/12 (Tanda-Muzinga gegen Frankreich).

²¹ *Czech*, Die Exklusivität des asylrechtlichen Familienverfahrens: Warum § 35 Abs 5 AsylG verfassungswidrig ist, FABL 2/2016-I 31 (33).

²² EGMR am 8.11.2016, 56971/10 (El Ghatet gegen die Schweiz); EGMR am 3.10.2014, 12738/10 (Jeunesse gegen die Niederlande); EGMR am 1.12.2005, 60665/00 (Tuquabo-Tekle und Andere gegen die Niederlande); EGMR am 21.12.2001, 31465/96 (Sen gegen die Niederlande).

²³ *Czech*, FABL 2/2016-I 31 (33).

²⁴ Vgl dazu EGMR am 3.10.2014, 12738/10 (Jeunesse gegen die Niederlande); EGMR am 1.12.2005, 60665/00 (Tuquabo-Tekle und Andere gegen die Niederlande).

²⁵ In der heutigen Rsp des EGMR zeigt sich, dass der Anspruch auf Gestattung der Einreise und des Aufenthalts im Zuge von Familienverfahren vermehrt aus Art 14 iVm Art 8 EMRK (und nicht mehr aus Art 8 EMRK alleine) abgeleitet wird.

Kinderrechte (insb KRK und BVG-Kinderrechte sowie Art 24 GRC) und das Prinzip des Kindeswohls (Art 3 KRK, Art 1 BVG-Kinderrechte und insb Art 24 Abs 2 GRC) sein.

II. Forschungsgegenstand

Diese Dissertation soll die Stellung Minderjähriger im Asylverfahren beleuchten und sich insbesondere mit Fragen rund um die Bedeutung von Kindeswohl und Kinderrechten im Asylrecht sowie dem Recht auf Familienzusammenführung (ausgehend von minderjährigen, ledigen Kindern) beschäftigen.

Als wesentliche grundlegende Rechtsquelle für innerstaatliche Bestimmungen im Hinblick auf die Ermöglichung von Familienzusammenführungen nach dem AsylG ist die Familienzusammenführungsrichtlinie²⁶ zu nennen. Unter Zugrundelegung dieser Richtlinie soll beleuchtet werden, unter welchen Voraussetzungen das Recht auf Familienzusammenführung nach unionsrechtlichen Vorgaben überhaupt bestehen soll. Im Weiteren soll die Frage nach den Bedingungen zur Ausübung dieses Rechts im Zentrum stehen.

Davon ausgehend soll die innerstaatliche Rechtslage in Bezug auf Familienverfahren in Österreich behandelt werden und insbesondere auf jene Aspekte Bezug genommen werden, die innerstaatliche Bestimmungen anders – bzw günstiger – regeln, als die Mindeststandards der einschlägigen Richtlinie dies vorsehen.

Die jüngste Auseinandersetzung des EuGH mit dem Recht auf Familienzusammenführung bzw der Familienzusammenführungsrichtlinie allgemein in seinem Urteil A, S gegen die Niederlande²⁷ nimmt als aktueller Wegweiser zur Auslegung der einschlägigen Bestimmungen einen großen Stellenwert in diesem Dissertationsvorhaben ein. Insbesondere sollen die Auswirkungen auf die Rechtsprechung in Österreich selbst beleuchtet werden. Da laut Rsp des VwGH²⁸ aufgrund der sog „Günstigkeitsklausel“²⁹ keine unmittelbaren Schlüsse aus der diesbezüglichen Entscheidung im Hinblick auf die Bestimmungen des AsylG gezogen

²⁶ Richtlinie 2003/86/EG vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

²⁷ EuGH am 12.4.2018, C-550/16 (A, S gegen Niederlande).

²⁸ VwGH am 3.5.2018, Ra 2017/19/0609, uvm.

²⁹ Art 3 Abs 5 FamilienzusammenführungsRL.

werden können, sollen jene „günstigeren“ Abweichungen des österreichischen Gesetzes zu den in der RL selbst vorgesehenen Bestimmungen herausgearbeitet und analysiert werden. Darüber hinaus soll die Frage nach der Ausgestaltung der Familienverfahren im Asylrecht in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten der EU beantwortet werden und sollen insbesondere die Bestimmungen des niederländischen Rechts (als Ausgangslage für das genannte Urteil des EuGH) beleuchtet werden. Wesentlicher Aspekt des Vorhabens ist außerdem die Frage, ob die Ansicht des VfGH und seine Rsp – im Hinblick auf die unionsrechtlichen Grundsätze der Effektivität und Rechtseinheit – in weiterer Folge unionsrechtskonform ist.

Die Familienzusammenführungsrichtlinie findet ausdrücklich keine Anwendung auf jene Fremde, denen „lediglich“ der Status der subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt worden ist.³⁰ Dennoch soll hinterfragt werden, inwiefern die rezente Judikatur Konsequenzen für Familienverfahren ausgehend von subsidiär Schutzberechtigten bereithält und ob in manchen Aspekten sogar von einer analogen Anwendung der mit dem Urteil ins Leben gerufenen Rechtssätze ausgegangen werden kann.

Die ausdrückliche Formulierung des Generalanwalts – und anschließend des EuGH -, dass die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten rückwirkend (bezogen auf den Antragstellungszeitpunkt) erfolgt, lässt die Frage offen, welche Auswirkungen diese Rechtsansicht auf andere Teilbereiche des Asylrechts hat.

Das Recht auf Familiennachzug besteht sowohl für Asylberechtigte iSd § 3 AsylG als auch für subsidiär Schutzberechtigte iSd § 8 AsylG. Obwohl grundsätzlich der Status des/der subsidiär Schutzberechtigten jenem von Asylberechtigten weiter angeglichen werden soll³¹, besteht die Möglichkeit das Familienverfahren abhängig vom zuerkannten Status unterschiedlich zu gestalten.³² So sieht § 35 Abs 2 AsylG eine dreijährige Wartefrist ab Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten vor, bevor Familienangehörige ein Einreisevisum nach § 35 AsylG beantragen können. Gerade diese Wartefrist scheint unbegleitete minderjährige Fremde unverhältnismäßig hart zu treffen; zumal das Abstellen auf den Entscheidungszeitpunkt in Bezug auf das Vorliegen der Minderjährigkeit zur besonderen

³⁰ Art 3 Abs 2 lit c FamilienzusammenführungsRL.

³¹ Siehe hiezu ua Erwägungsgrund 13 der Aufnahme richtlinie.

³² Diese fußt grundlegend auf den Bestimmungen der Familienzusammenführungsrichtlinie, die in Art 3 Abs 2 subsidiär Schutzberechtigte ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich herausnimmt.

Gewichtung der – nicht in der Disposition der Antragsteller/innen liegenden – Verfahrensdauer führt.³³

Wesentlicher Bestandteil dieser Dissertation soll daher auch die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung – vor allem im Hinblick auf das Verbot von Ungleichbehandlung Fremder untereinander, auf das Recht zur Wahrung des Familienlebens sowie das Kindeswohlprinzip – sein.

Das Institut der Familienzusammenführung dient primär dem Zweck Fremden in Österreich die Möglichkeit zu gewähren, Familienleben zu etablieren bzw fortzusetzen.³⁴ Insbesondere in asylrechtlichen Verfahren ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Trennung von Familienmitgliedern nicht freiwillig erfolgt ist und vor diesem Hintergrund besondere Verfahren vorzusehen sind, die Flüchtenden niederschweligen Zugang zur Möglichkeit der Familienzusammenführung bieten.³⁵ In diesem Zusammenhang sollen daher auch die zu erfüllenden Voraussetzungen für das Bestehen eines Anspruches auf Familienzusammenführung insbesondere im Lichte der EGMR-Rsp in dieser Dissertation behandelt werden. Abgesehen von den durch die Judikatur festgelegten materiellen Voraussetzungen sollen die besonderen Anforderungen an die Verfahren zur Familienzusammenführung selbst erörtert werden. Es gilt zu prüfen, ob die zugrunde liegende gesetzliche Ausgestaltung dazu geeignet ist, diesen – großteils vom EGMR selbst entwickelten – formellen Kriterien gerecht zu werden.

i. Wird das Kindeswohl iSd Art 3 KRK im österreichischen Asylverfahren ausreichend berücksichtigt?

Das Kindeswohlprinzip als abstrakte, menschenrechtliche Zielbestimmung entfaltet seinem Charakter nach auch abseits des Privatrechts Wirkungen. Der Umstand, dass die diesbezüglichen Rechtsgrundlagen verhältnismäßig jung sind, führt dazu, dass eine umfassende Auseinandersetzung mit dem Kindeswohl im Verwaltungsverfahren, insbesondere dem Asylverfahren, noch nicht erfolgt ist. Gegenstand dieser Dissertation soll

³³ *Czech*, § 35 Abs 5 AsylG, FABL 2/2016-I, 31 (35).

³⁴ *Ecker*, Familienzusammenführung – Die Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG in Österreich (2008) 123.

³⁵ EGMR vom 1.12.2005, 60665/00 (Tuquabo-Tekle ua gegen Niederlande); siehe dazu auch *Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017/Heft 7-10, 221 (239).

daher einerseits die Untersuchung der normativen Qualität des Kindeswohlprinzips und andererseits eine Erörterung der kinderspezifischen Garantien sein, die im Asylverfahren in Österreich für Minderjährige Wirkung entfalten können.

ii. Für wen kann und soll das Kindeswohlprinzip Wirkung entfalten?

In diesem Zusammenhang soll erörtert werden, welche Voraussetzungen im konkreten Fall vorzuliegen haben, um von einer zwingenden Berücksichtigung des Kindeswohls ausgehen zu können. Da die KRK vorsieht, dass grundsätzlich alle Personen unter 18 Jahren Kinder und daher berechtigt sind, ist die Festlegung des Zeitpunkts, zu dem die Minderjährigkeit zu bestehen hat, als maßgeblich zu qualifizieren. Während die österreichische Gesetzgebung und höchstgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf Kinder als Familienangehörige oder als Bezugspersonen auf jeweils unterschiedliche Zeitpunkte abstellt³⁶, formuliert der EuGH in seiner rezenten Rechtsprechung klar, dass eine uneinheitliche Vorgehensweise bzw Normierung der einzelnen Mitgliedstaaten im Hinblick auf die gebotene Einheitlichkeit des Unionsrechts bzw der darauf fußenden nationalen Gesetze keinesfalls gewollt ist.³⁷

iii. Hat der österreichische Gesetzgeber in den Bestimmungen, die Kinder im Asylverfahren betreffen, das Kindeswohlprinzip ausreichend berücksichtigt?

Als wesentliche nationale Rechtsgrundlage in Bezug auf Kinderrechte ist das BVG über die Rechte der Kinder zu nennen. Dieses ist – entsprechend seines Anwendungsbereichs – auch im Asylverfahren maßgebend. Weder dem Materiengesetz (AsylG 2005), noch dem dazugehörigen Verfahrensgesetz (BFA-VG) ist eine ausdrückliche Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohlprinzips zu entnehmen. Lediglich in zwei Bestimmungen ist die Berücksichtigung der Kindesinteressen ausdrücklich normiert.³⁸ Da Art 3 KRK eine umfassende Berücksichtigung des Kindeswohls bei allen zu setzenden Maßnahmen, die Kinder betreffen, vorsieht, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, warum der Gesetzgeber nicht explizit darauf Bezug nimmt. So wären spezielle Bestimmungen

³⁶ Siehe dazu § 2 Abs 1 Z 22, § 35 Abs 5 AsylG 2005.

³⁷ Zuletzt EuGH am 12.4.2018, C-550/16 (A, S gegen Niederlande).

³⁸ § 40 AsylG 2005; § 13 Abs 6 BFA-VG.

beispielsweise zur zwingenden Berücksichtigung der Minderjährigkeit im laufenden Verfahren³⁹ sowie auch Vorschriften zur Begrenzung der Dauer des Asylverfahrens für Minderjährige denkbar, um grundlegende Interessen von Minderjährigen zu schützen.

iv. Wie kann dem Kindeswohlprinzip in der Vollziehung ausreichend entsprochen werden?

Unionssekundärrechtsakte sehen vielfach Bestimmungen vor, welche auf die Minderjährigkeit von Antragsteller*innen Rücksicht nehmen. Auch innerstaatlich sind einzelne Bestimmungen vorgesehen, die dem Schutz Minderjähriger und der Gewährleistung rudimentärer Verfahrensgarantien dienen sollen. So ist bspw. normiert, dass die Einvernahme von Minderjährigen durch dazu kompetente, spezifisch geschulte Personen erfolgen soll. Die im BFA-VG eigens vorgesehene Regelung der gesetzlichen Vertretung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden soll ebenso sicherstellen, dass Minderjährigen entsprechender Schutz und Fürsorge zukommt. Einerseits stellt sich die Frage, wie diese wenigen Bestimmungen in der Praxis umgesetzt sind. Andererseits gilt es zu erörtern, wie andere Mindeststandards, die in diversen Richtlinien der Europäischen Union normiert sind, im österreichischen Asylverfahren berücksichtigt werden. Konkret sei hier an das Gebot der raschen Verfahrensführung in Bezug auf minderjährige Antragsteller*innen Bezug genommen.

v. Entsprechen die nationalen Bestimmungen zur Familienzusammenführung (§§ 34 und 35 AsylG 2005) den vorgesehenen Garantien?

Die von der Familienzusammenführungsrichtlinie vorgesehenen Garantien sollen unter dem Bezugspunkt der Wahrung der Familieneinheit die Familienzusammenführung ausgehend von Fremden in einem Mitgliedstaat ermöglichen. Insbesondere in den jüngsten Entscheidungen setzten sich die österreichischen Höchstgerichte, sowie der EuGH vermehrt mit Fragestellungen rund um das Institut der Familienzusammenführung auseinander. Zentraler Aspekt gegenständlicher Dissertation soll die Umsetzung der vorgegebenen

³⁹ Vgl. VfGH am 27.6.2012, U98/12; VfGH am 26.6.2013, U1343/2012.

Mindeststandards in die österreichische Rechtsordnung sein. Insbesondere die Familienzusammenführung ausgehend von einem*einer Minderjährigen wird näher erörtert. Darüber hinaus sollen unter dem Gesichtspunkt minderjähriger Bezugspersonen geprüft werden, ob die vorgesehene dreijährige Wartefrist bei Anträgen ausgehend von subsidiär Schutzberechtigten mit dem Recht auf Wahrung des Familienlebens sowie insbesondere mit dem Kindeswohlprinzip vereinbar ist. Thema soll überdies der im AsylG 2005 normierte Familienangehörigenbegriff⁴⁰ sein, der nach Ansicht der Höchstgerichte keine Abweichungen vom gesetzlichen Wortlaut zulässt.⁴¹

vi. Kann die österreichische höchstgerichtliche Rechtsprechung mit der Judikatur des EuGH zur Familienzusammenführung (konkret Rs A, S gegen die Niederlande) in Einklang gebracht werden?

Hauptaugenmerk soll überdies auf die rezente Entscheidung des EuGH⁴² gelegt werden, mit welcher dieser zahlreiche Fragen bezüglich der gesetzlichen Ausgestaltung sowie den Vollzug der Familienzusammenführung nach den österreichischen Rechtsgrundlagen aufwirft. Da die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten lediglich deklaratorisch und sohin rückwirkend erfolgt, ist zu untersuchen, welche Rechte minderjährigen Antragsteller*innen schon vor Zuerkennung des Status zukommen. Darüber hinaus wird geprüft, inwiefern diese Entscheidung geeignet ist, Auswirkungen auf Anträge ausgehend von subsidiär schutzberechtigten Minderjährigen nach sich zu ziehen und Analogien zuzulassen.

III. Forschungsstand

Da die in den oben näher beschriebenen Rechtsgrundlagen normierten Kinderrechte erst mit der Erlassung des BVG-Kinderrechte im Jahr 2011 in den Verfassungsrang erhoben wurden, handelt es sich noch um vergleichsweise „junge“ verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte.

Durch die grundlegende Novellierung des Kindschaftsrechts im Jahr 2013 hat die Kindeswohlmaxime umfassenden Einzug in den Privatrechtsbereich gefunden. Die

⁴⁰ § 2 Abs 1 Z 22, § 35 Abs 5 AsylG 2005.

⁴¹ Zuletzt VwGH am 3.5.2018, Ra 2017/19/0609.

⁴² EuGH am 12.4.2018, C-550/16 (A, S gegen Niederlande).

zwingende Berücksichtigung der Kindesinteressen bei sie betreffenden Maßnahmen ist dadurch im Familienrecht, insbesondere im Obsorgerecht, gesetzlich weitreichend verankert.

Während es im Familienrecht zu umfassenden gesetzlichen Änderungen gekommen ist, die gleichwohl Auswirkungen auf die Vollziehung hatten, erscheinen die Kinderrechte im öffentlichen Recht zu deutlich weniger Wandel in Gesetzgebung und Vollziehung geführt zu haben.

Eine umfassende und detaillierte wissenschaftliche Behandlung des in diesem Exposé dargelegten Themenkomplexes ist bisher nicht erfolgt. Die bisher erschienenen Publikationen behandeln zwar Kinderrechte an sich⁴³, sowie teilweise die Stellung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge⁴⁴, insbesondere die Familienzusammenführung nach der Familienzusammenführungsrichtlinie⁴⁵, doch fehlt eine grundlegende Auseinandersetzung mit jenen asylrechtlichen Maßnahmen, die vor allem Kinder betreffen, und daher den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Kinderrechten Rechnung zu tragen haben.

IV. Arbeitsweise

Zunächst soll anhand von Recherche und Analyse einschlägiger Bestimmungen die Rechtsstellung des Kindes, insbesondere im Verwaltungsverfahren erarbeitet werden. Als maßgebende Rechtsquellen sind hier die Kinderrechtskonvention, das BVG-Kinderrechte sowie die Grundrechtecharta der Europäischen Union zu nennen. Um die Ausgestaltung der Rechtsposition von Kindern umfassend beleuchten zu können, wird überdies wesentliche, darauf bezugnehmende juristische Fachliteratur zur Recherche herangezogen.

Abgesehen von verfassungsrechtlichen Vorgaben sollen Bestimmungen einfachgesetzlichen Ranges, insbesondere Sekundärrechtsakte der EU, auf welche sich die grundlegenden

⁴³ Bspw. *Sax* in *Heißl*, Handbuch Menschenrechte, Kinderrechte; *Sax*, Im besten Interesse des Kindes – Kindeswohlprüfung als kinderrechtliche Herausforderung, *Jahrbuch Menschenrechte* 2010 (2009); *Sax*, Verfassungsrechtliche Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Österreich (1999).

⁴⁴ *Sax* in *Sperl/Lukas/Sax* (Hrsg), Soziale Rechte unbegleiteter minderjähriger AsylwerberInnen: Wirtschaftliche soziale und kulturelle Rechte von AsylwerberInnen in Österreich (2004); *Kasper*, Kinder auf der Flucht. Eine Kritik der derzeitigen Lage der Kinderrechte im Asyl- und Fremdenrechtsbereich (2016).

⁴⁵ *Ecker*, Familienzusammenführung – Die Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG in Österreich (2008).

Fragestellungen dieser Dissertation beziehen (insb Verfahrensgarantien für Minderjährige, Familienzusammenführungsbestimmungen) näher beleuchtet werden.

Da die KRK sowie die GRC in sämtlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Geltung stehen, soll die Umsetzung der daraus resultierenden Rechte und Ansprüche unionsweit beleuchtet werden und unter Umständen alternative Ausgestaltungen aufgezeigt werden.

Anschließend wird analysiert, inwiefern die zuvor erarbeiteten Normen, welche die Rechtsstellung von Kindern und die ihnen zukommenden Ansprüche und Rechte näher beschreiben, den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung tragen.

Mithilfe anerkannter juristischer Interpretationsmethoden soll die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften überprüft werden. Insbesondere der systematischen sowie der verfassungskonformen Auslegung sollen hier besondere Bedeutung zukommen.

V. Vorläufiger Arbeitsplan

SoSe 2018 – WiSe 2019	Erfolgreiche Absolvierung aller Pflichtveranstaltungen mit gleichzeitiger Recherche und Analyse der entsprechenden Literatur und anderen Quellen sowie Entwurf der Dissertationsarbeit
2019	Recherche und Analyse
WiSe 2019	Schreibprozess
2020	Geplanter Abschluss

VI. Vorläufiges Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Position des Kindes auf verfassungsrechtlicher & völkerrechtlicher Ebene
 - a. Diskriminierungsverbot
 - b. Kindeswohl
 - c. Recht auf Beziehungen zu beiden Elternteilen/ Recht auf Familieneinheit
 - d. Flüchtlingskinder
- III. Der rechtliche Status des Kindes
 - a. Minderjährigkeit
 - b. Altersermittlung
 - c. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende
- IV. Problemfelder in der Gesetzgebung
 - a. Bestimmung von Minderjährigen als Familienangehörige
 - b. Umsetzung der RL 2003/86/EG in nationales Recht in Bezug auf Familienzusammenführung ausgehend von Minderjährigen
 - c. Maßgeblichkeit des Familienangehörigenbegriffs – Verhältnis zum NAG
 - d. Bestehende Wartefrist für subsidiär Schutzberechtigte
 - e. Bedeutung des Kindeswohls bei der Erlassung aufenthaltsbeendender Maßnahmen
- V. Problemfelder in der Vollziehung
 - a. Prioritäre Berücksichtigung des Kindeswohls bei Zuständigkeitsprüfung iSd VO (EU) 604/2013
 - b. Bedürfnis nach Begrenzung der Verfahrensdauer bei minderjährigen Antragstellenden
 - c. Bedeutung des Kindeswohls bei der Erlassung aufenthaltsbeendender Maßnahmen
- VI. Conclusio

VII. Vorläufiges Literaturverzeichnis

Monografien und Kommentare

Anerinhof Peter/Filzwieser Christian/Frank Michaela, AsylG 2005⁶ (NWV 2012)

Berka Walter, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (Springer 1999)

Berka Walter, Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁶ (Verlag Österreich 2016)

Bielefeldt Heiner/Deile Volkmar/Hamm Brigitte/Hutter Franz-Josef/Kurtenbach Sabine/Tretter Hannes, Kinder und Jugendliche – Jahrbuch Menschenrechte 2010.

Bruckner René/Hudsky Dietmar/Marth Thomas/Taucher Wolfgang/Vogl Mathias, Fremdenrecht: Textausgabe mit umfangreichen Materialien⁴ (NWV 2010)

Davy Ulrike, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht (Wien Verlag Österreich 1996)

Ecker Julia, Familienzusammenführung (Verlag Österreich 2008)

European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life (Council of Europe 2017)

Freeman Michael, Article 3: The best interests of the Child (Martinus Nijhoff Publishers 2007)

Fröhlich Daniel, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts: Verfassungsentwicklung in Europa 5 (Mohr 2011)

Frowein Jochen A/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar³ (N.P.Engel 2009)

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Die Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (C.H.Beck 2016)

Grabenwarter Christoph/Holoubek Michael, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht² (facultas 2014)

Heißl Gregor, Handbuch Menschenrechte: Allgemeine Grundlagen – Grundrechte – Entwicklungen – Rechtsschutz (facultas 2009)

Hengstschläger Johannes/Leeb David, Grundrechte² (Manz 2013)

Jarass Hans D, Charta der Grundrechte der EU³ (C.H.Beck 2016)

Korinek Karl/Holoubek Michael/Bezemek Christoph/Fuchs Claudia/Martin Andrea/Zellenberg Ulrich (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Loseblattsammlung, Juni 2016

- Loos Thomas/Zlatojevic Ljilijana/Czech Philip*, Österreichisches und europäisches Fremdenrecht² (2012)
- Meyer Jürgen*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (Helbing & Lichtenhahn und facultas 2014)
- Muzak Gerhard/Pinter Christoph*(Hrsg), Das Fremden- und Asylrecht, Loseblattsammlung (Verlag Österreich 2016)
- Neuschwendtner Thomas/Peyrl Johannes/Schmaus Christian*, Fremdenrecht: Asyl – Ausländerbeschäftigung – Einbürgerung – Einwanderung – Verwaltungsverfahren⁶ (ÖGB Verlag 2017)
- Öhlinger Theo/Eberhard Harald*, Verfassungsrecht¹⁰ (facultas 2014)
- Oswald Melina*, Das Bleiberecht (Verlag Österreich 2012)
- Putzer Judith*, Asylrecht. Leitfaden zum Asylgesetz 2005² (Manz 2011)
- Sax/Hainzl*, Die verfassungsrechtliche Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Österreich (1999)
- Schrefler-König Alexandra*, Entscheidungen zum Fremdenrecht (Manz Online, 3. Ergänzungslieferung 2015)
- Schrefler-König Alexandra/Gruber Thomas*, Asylrecht: AsylG 2005, Verordnungen, Europa- und Völkerrecht mit umfassendem Kommentar und höchstgerichtlicher Judikatur (Ed. Juridica 2012)
- Schumacher Sebastian/Peyrl Johannes/Neuschwendtner Thomas*, Fremdenrecht⁴ (ÖGB Verlag 2012)
- Sperl Louise/Lukas Karin/Sax Helmut*, Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von AsylwerberInnen (BIM Studienreihe 2004)
- Steindorff-Classen*, Europäischer Kinderrechtsschutz nach dem EU-Reformvertrag von Lissabon, EuR 2011, 19.
- Stern Joachim*, Rechtsberatung für Asylsuchende. Völkerrecht, Unionsrecht und Grundrechtecharta, Verfassungsrecht (Facultas; Nomos 2012)
- Thurin Oliver*, Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung³ (Verlag Österreich 2012)
- UNHCR* (Hrsg), Europäische Asylpolitik (2003)

UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr 5, CRC/GC/2003/5 vom 3. 10. 2005, Abs 12. Deutsche Übersetzung in Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg), Die »General Comments« zu den VN-Menschenrechtsverträgen (2005) 599.

Vogl *Mathias*, Fremdenrecht⁴ (NWV 2014)

Walter *Anne*, Familienzusammenführung in Europa: Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht, nationales Recht (Nomos 2009)

Wapler *Friederike*, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht (Mohr Siebeck 2015).

Wiederin *Ewald*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (Verlag der Wirtschaftsuniversität Wien 1993)

Wiederin *Ewald*, Migranten und Grundrechte (NWV 2003)

Beiträge in Fachzeitschriften

Barth Peter, Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, iFamZ 2011, 60

Bundesministerium für Inneres (Hrsg), Asyl- Migration- Integration (2010)

Chvosta Peter, Die Ausweisung von Asylwerbern und Art 8 MRK, ÖJZ 2007, 74

Czech Philip, Bleiberecht zur Wahrung des Kindeswohls: Besprechung von EGMR 28.6.2011, 55597/09, Nunez v Norway, FABL 2/2011-II, 18

Czech Philip, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017, 229

Czech Philip, Die Exklusivität des asylrechtlichen Familienverfahrens: Warum §35 Abs 5 AsylG verfassungswidrig ist, FABL 2/2016, 31

Czech Philip, Die Neuerungen des Asylrechtspaktes 2016 – Einschränkungen des Familiennachzugs, FABL 1/2016, 15

Czech Philip, Jedes Kind zählt – oder doch nicht? – Zur Bedeutung der Kinderrechte bei Ausweisungen, FABL 1/2012, 1

Czech Philip, Kein Bleiberecht bei Begründung von Familienleben während unrechtmäßigen Aufenthalts: Besprechung von EGMR 31.7.2008, 265/07, Darren Omoregie and Others v Norway, FABL 2/2009-II, 51

Ecker Julia, Die Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, migraLex 3/2004

Ecker Julia, Umsetzung der RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung in Österreich, migralex 2005, 13

Friedl Gernot, Die Stellung unbegleiteter minderjähriger Asylwerber im Asylverfahren und in ausgewählten Grundversorgungsverfahren, FABL 2/2010

Herbek Gerhard, Die Altersfeststellung mittels sonographischer Messgrößen liefert nicht die notwendige Sicherheit, um eine Volljährigkeit festzustellen, FABL JSLG E/2009-V/89, 70

Kessler Kathrin/Zipfel Daniel, Der asylrechtliche Ehegattenbegriff und das Erfordernis der im Herkunftsland bestandenen Ehe, *migraLex* 2014, 30

Kilkelly Ursula, The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child, *Human Rights Quarterly* 2001, 309

Krappmann Lothar, The weight of the child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child), *International Journal of Children's Rights* 2010, 501

Lukits Rainer, Die Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen in Österreich (EMN, IOM 2016)

Lukits Daniela/Lukits Rainer, Die Altersfeststellung im österreichischen Asylverfahren, *migraLex* 1/2011, 17

Lukits Daniela/Lukits Rainer, Die medizinische Altersuntersuchung im österreichischen Asylrecht, EF-Z 2013/129, 196

Marx Gerda, Umsetzung der Aufnahmerichtlinie in Österreich, *migraLex* 2005, 82

Marth Thomas, Das Bleiberecht im Asylverfahren, *migralex* 2009, 45

McAdam Jane, Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A case for Complementary Protection, *International Journal of Children's Rights* 2006, 251

Muzak Gerhard, Beschränkung des Nachzugs von Ehegatten auf Personen unter 21 Jahren zur Erreichung des Ziels der Vermeidung von Zwangsehen gerechtfertigt, - Besprechung der Entscheidung VfGH 17. 6. 2011, B 711/10, *migralex* 2012, 54

Muzak Gerhard/Hurich Christoph, Familienzusammenführung im Lichte der neueren höchstgerichtlichen Judikatur, *migralex* 2012, 86

Peter Erich, Unbegleitete Minderjährige im Lichte des Zuwanderungsgesetzes und der EU Asylrechtsharmonisierung, ZAR 2005, 11

RudolfErnst, Medizinische Sachverständigenbegutachtung zur Alterseingrenzung im Rahmen von Asylverfahren unter Berücksichtigung der Verwendung von radiologischen Befunden, FABL 3/2009-1, 78

Schmid Christian, Aufnahmerichtlinie der Europäischen Gemeinschaft, *migraLex* 2003, 108

Schöpfer Eduard Christian, Unzureichende Berücksichtigung des Kindeswohls bei Ausweisung einer illegal im Land lebenden Fremden: Nunez gegen Norwegen, Urteil vom 28.6.2011, 55597/09, NLMR 3/2011-EGMR

Strasser Victoria-Sophie, Die verfahrensrechtliche Qualifikation der medizinischen »Altersfeststellung« im Asylverfahren, 2/2016-I FABL, 41

Woolf Virginia, Coming of Age? - The Principle of »The Best Interests of the Child«, European Human Rights Law Review 2003, 205

Zermatten Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, International Journal of Children's Rights 2010, 483