



universität
wien

Exposé zur Dissertation

Arbeitstitel:

Familia per definitionem – Der Familien(angehörigen)begriff in potenziell asylrelevanten Sachverhalten

Verfasserin

Mag.^a Julia Bauer

Angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaft (Dr.ⁱⁿ iur.)

Wien, Juni 2021

Studienkennzahl lt Studienblatt

Dissertationsgebiet lt Studienblatt

Betreut von

UA 783 101

Rechtswissenschaften

Univ.-Prof. Dr. Manfred Stelzer

Inhaltsverzeichnis

I.	Problemaufriss	1
II.	Forschungsthese und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes	8
III.	Forschungsstand	10
IV.	Gang der Untersuchung	11
	A. Teil 1 – Grundrechtliche Erwägungen bzgl. divergenter Familiendefinitionen	12
	B. Teil 2 – Darstellung und Analyse des migrationsrechtlichen Rahmens der EU und dessen innerstaatliche Umsetzung sowie der geltenden Rechtslage	13
	C. Teil 3 – Auslegung der Definition von Familien(angehörigen) unter Einbeziehung der Judikatur des VfGH und des VwGH	13
	D. Teil 4 – Prüfung konkreter Konstellationen unter Berücksichtigung der Anerkennung der Familieneigenschaft	14
	E. Ergebnis	15
V.	Vorläufige Gliederung	17
VI.	Zeitplan	19
VII.	Literatur (Auswahl)	20

I. Problemaufriss

Das Recht auf Familienleben gem Art 8 EMRK¹ und Art 7 GRC² umfasst die Möglichkeit der Familienmitglieder, sich untereinander ihrer Gesellschaft zu erfreuen, wodurch das Beisammen- bzw Miteinandersein der Familienmitglieder geschützt ist.³ In grenzüberschreitenden Konstellationen ist der Schutz der familiären Einheit und des Familienlebens häufig gefährdet – besonders, wenn der Herkunftsstaat aufgrund von Verfolgung und durch Flucht verlassen wurde.⁴ Bereits die Konferenz der Bevollmächtigten über den Status von Flüchtlingen und staatenlosen Personen hat bei der Beschließung der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)⁵ die Einheit der Familie als Recht eines Flüchtlings anerkannt. In der GFK selbst wurde ein solches Recht nicht verankert; den Regierungen wurde aber empfohlen, erforderliche Schutzmaßnahmen zur Wahrung der familiären Einheit zu ergreifen.⁶

Der Politikbereich Asyl⁷ ist innerhalb der Europäischen Union (EU) durch das Unionsrecht weitgehend harmonisiert. Die maßgeblichen Regelungen der EU und der Mitgliedstaaten (MS) enthalten klare Begriffsbestimmungen, die festlegen, wer als Familienangehörige*r gilt⁸ und

¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 210/1958.

² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl 2012/326, 391.

³ Siehe statt vielen VfGH 09.10.2015, G 152/2015, Rn 27; EGMR 25.02.1992, 12963/87, *Margareta and Roger Andersson/Schweden*, Rn 72; EGMR 26.05.1994, 16969/90, *Keegan/Vereinigtes Königreich*, Rn 49; *Immervoll/Frühwirth*, Statusdifferenzierung in der Familienzusammenführung, in *Salomon* (Hrsg), *Der Status im europäischen Asylrecht* (2020) 161 (165); *Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2019) Art 7 Rz 25.

⁴ *Jastram/Newland*, Family unity and refugee protection, in *Feller/Turk/Nicholson* (Hrsg), *Refugee protection in international law* (2003) 555 (556); *Battjes* in *Hailbronner/Thym*, *EU immigration and asylum law : a commentary* (2016) Art 23 Qualification Directive Rz 6.

⁵ Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention) BGBl 1955/55, in der durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Jänner 1967, BGBl 1972/78 geänderten Fassung.

⁶ UNO-Konferenz der Bevollmächtigten über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und Staatenlosen, Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 25. Juli 1951, A/CONF.2/108/Rev.1, Empfehlung B, auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <http://www.refworld.org/docid/40a8a7394.html>.

⁷ Im Kapitel 2 enthält der AEUV die Grundlage für die Regelung der Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung. Es handelt sich um eine geteilte Zuständigkeit gem Art 4 Abs 2 lit j AEUV. Die konkrete Arbeitsweise der EU wird in den Art 77 ff AEUV festgelegt.

⁸ Siehe etwa Art 4 RL (EG) 86/2003 des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl L 2003/251, 12; Kurzzitat: Familienzusammenführungs-RL; Art 2 lit j RL (EU) 95/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die 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, ABl L 2011/337, 9, Kurzzitat: Status-RL, Art 2 lit g VO (EU) 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, ABl L 2013/180, 31, Kurzzitat: Dublin-III-VO.

somit Teil der „geschützten Familie“ ist. Erfasst werden dabei stets die Mitglieder der sog „Kernfamilie“; das bedeutet zunächst Ehegatten und minderjährige Kinder.⁹

Darüber hinaus bestehen allerdings Unterschiede, wer Teil des erfassten Personenkreises der Familie ist: In der Status-RL und der Dublin-III-VO¹⁰ gelten etwa nicht-verheiratete Partner als Familienangehörige, sofern diese nach dem Recht oder der Praxis des jeweiligen MS ausländerrechtlich vergleichbar behandelt werden, wie verheiratete Paare.¹¹ In der Familienzusammenführungs-RL¹² ist das nicht der Fall. Die Status-RL und die Dublin-III-VO erkennen zudem den gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen und unverheirateten Kindes als Familienangehörigen an.¹³ Die Dublin-III-VO nennt neben Familienangehörigen auch Geschwister und Verwandte¹⁴, die für unbegleitete Minderjährige im Rahmen dieser VO ein Kriterium für die Zuständigkeit des Asylverfahrens bilden können. Die Familienzusammenführungs-RL räumt den MS hingegen nur einen Gestaltungsspielraum ein, um den Vormund von unbegleiteten, minderjährigen Flüchtlingen als Familienangehörigen anzuerkennen.¹⁵ Einen solchen Gestaltungsspielraum sieht sie – anders als die Status-RL – etwa auch zur Anerkennung von weiteren Verwandten und nicht ehelichen Partnern explizit vor.¹⁶

Grundsätzlich dienen die Dublin-III-VO, die Status-RL und die Familienzusammenführungs-RL nicht demselben Zweck und haben unterschiedliche Anwendungsbereiche. Dennoch überschneiden sich diese Rechtsakte gerade im Bereich des Asylwesens und haben viele Berührungspunkte, gerade wenn es um den Schutz des Familienlebens und der familiären Einheit von Flüchtlingen geht.¹⁷ Dies zeigt sich besonders in der innerstaatlichen Umsetzung, die ebenso abschließende Definitionen von Familienangehörigen enthält:

⁹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch⁷ (2021) §22 Rn 16; vgl ErwGr 9 zur Familienzusammenführungs-RL.

¹⁰ Am 23.09.2020 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Asyl- und Migrationsmanagement und zur Änderung der Richtlinie (EG) 2003/109 des Rates und der vorgeschlagenen Verordnung (EU) XXX/XXX [Asyl- und Migrationsfonds], COM (2020) 610 final eingebracht. In dieser ist die Erweiterung des Familienbegriffs zur derzeitigen Rechtslage vorgesehen. Das Exposé behandelt noch die geltende Rechtslage, in der Dissertation wird auf die Reformbestrebungen bzw auf die sodann geltende Rechtslage eingegangen werden.

¹¹ Art 2 lit j Status-RL und Art 2 lit g Dublin-III-VO.

¹² Art 4 Familienzusammenführungs-RL.

¹³ Art 2 lit j Status-RL.

¹⁴ Art 2 lit h Dublin-III-VO

¹⁵ Art 10 Abs 2 und 3 Familienzusammenführungs-RL.

¹⁶ Art 4 Abs 2 und 3 Familienzusammenführungs-RL.

¹⁷ Siehe Art 24 Status-RL; ErwGr 36 Status-RL; Art 10 Familienzusammenführungs-RL; ErwGr 8 Familienzusammenführungs-RL; ErwGr 14 Dublin-III-VO.

§ 2 Z 22 AsylG 2005¹⁸ idgF¹⁹ bestimmt die Mitglieder der Kernfamilie – wobei die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist²⁰ – plus den gesetzlichen Vertreter eines unverheirateten, minderjährigen Kindes als Familienangehörige. Dieser Familienbegriff wird insb im Familienverfahren im Inland gem § 34 AsylG 2005 herangezogen: Die Verfahren der Familienangehörigen sind unter einem zu führen und es ist allen Familienangehörigen der gleiche Schutztitel zu gewähren, wobei der Status des Asylberechtigten vorgeht. Beide Normen basieren auf der Status-RL.²¹

Befindet sich ein*e Familienangehörige*r einer Person, der internationaler Schutz gewährt wurde, im Ausland, so kann ein Einreistitel zur Führung eines Familienverfahrens gem § 35 AsylG 2005 beantragt werden. In diesem Fall erfährt der Kreis der Familienangehörigen im Vergleich zum Familienverfahren im Inland eine Einschränkung: Die Möglichkeit einen Antrag gem § 35 AsylG 2005 zu stellen, steht nur der Kernfamilie zu. § 35 AsylG 2005 basiert im Gegensatz zu § 34 AsylG 2005 auf der Umsetzung der Familienzusammenführungs-RL.²²

Kann § 34 Abs 2 AsylG 2005 nicht (mehr)²³ angewendet werden, steht Asylberechtigten die Familienzusammenführung gem § 46 Abs 1 Z 2 lit c NAG²⁴ offen. In diesem Fall ist die Familiendefinition gem § 2 Abs 1 Z 9 NAG maßgeblich: Familienangehörige sind demnach die Mitglieder der Kernfamilie; allerdings müssen beide Teile des Ehepaares oder der eingetragenen Partnerschaft zum Zeitpunkt der Antragstellung das 21. Lebensjahr vollendet haben. Zudem haben sie prinzipiell die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen gem § 11 NAG zu erfüllen, wobei von der Erfüllung abgesehen werden kann, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK geboten ist.

Die maßgeblichen Rechtsakte der EU sowie die innerstaatlichen Rechtsvorschriften sehen einen abgeschlossenen Personenkreis als Definition von Familien(angehörigen) vor, der

¹⁸ Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 – Asyl 2005) BGBl I 2005/100.

¹⁹ Die Definition wurde mehrfach geändert, vgl dazu näher *Nedwed*, Familienverfahren - Schutz des einzelnen und des Kollektivs, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2019 (2019) 207 (222).

²⁰ Die Anpassung erfolgte mit der Erlassung des Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, siehe ErlRV 485 BlgNR 24. GP.

²¹ RV 2144 BlgNR 24. GP 17.

²² Ebd.

²³ In den Erläuterungen (ErlRV BlgNR 952 22. GP 139) wird angenommen, dass dies der Fall ist, wenn ein Familienleben in einem anderen Staat möglich ist. Der VwGH verweist zudem regelmäßig auf die Möglichkeit eines Aufenthaltstitels nach dem NAG, wenn die Familieneigenschaft nach dem AsylG 2005 nicht mehr vorliegt; siehe bspw. VwGH 03.05.2018, Ra 2017/19/0609; vgl *Hinterberger*, Die umgekehrte Familienzusammenführung von nachziehenden Eltern zu unbegleitenden minderjährigen Flüchtlingen, NLMR 2018, 205 (210).

²⁴ Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG) BGBl I 2005/100.

wesentlich enger ist als der Personenkreis, der potenziell durch Art 8 EMRK und Art 7 GRC geschützt ist.²⁵

Das durch Art 8 EMRK und Art 7 GRC geschützte „Familienleben“ umfasst grds „zwischenmenschliche Beziehung zwischen zwei Personen“, aber nicht die „Familie als Kollektiv“.²⁶ Der Anspruch auf „Achtung des Familienlebens“ setzt das Bestehen einer Familie bzw zumindest „potenzieller familiärer Beziehungen“ voraus.²⁷ Art 7 GRC basiert auf Art 8 EMRK, wodurch dieser Bestimmung gem Art 52 Abs 3 GRC dieselbe Tragweite und Bedeutung, insb unter Einbeziehung der Auslegung des EGMR,²⁸ zukommt.

Im Sinne von Art 8 EMRK ist der Begriff des „Familienlebens“ autonom auszulegen und somit unabhängig von den nationalen Rechtsordnungen zu verstehen.²⁹ Eine allgemein gültige Definition des Familienbegriffs ist in der EMRK nicht vorhanden.³⁰ Vielmehr nimmt der EGMR in seiner Judikatur eine kasuistische Bestimmung³¹ vor, bei der er besonders auf tatsächliche familiäre Bindungen abstellt. Dadurch können ebenso nahe Verwandte wie Großeltern und Geschwister, aber auch Lebenspartner von dem geschützten Familienleben über die Kernfamilie hinaus umfasst sein.³² Der Schutzzumfang des Art 8 EMRK erfasst folglich nicht nur „de-iure Familien“ – Familien, die durch rechtliche Akte, wie etwa Heirat oder Adoption entstehen³³ –, sondern ebenso „de-facto-Familien“ – Familien, die etwa durch Zusammenleben, besondere gegenseitige Fürsorge oder Abhängigkeit begründet werden.³⁴

Aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens kann grds keine generelle Verpflichtung des Staates abgeleitet werden, „die Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes eines Ehepaares oder die

²⁵ *Czech*, Die Exklusivität des asylrechtlichen Familienverfahrens: Warum §35 Abs 5 AsylG verfassungswidrig ist, *FABL* 2016, 31 (33).

²⁶ *Oswald*, Das Bleiberecht. Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben als Schranke für Aufenthaltsbeendigungen (2012) 43; *Palm-Risse*, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie (1990) 195.

²⁷ *Feik*, Recht auf Familienleben, in *Heißl* (Hrsg), *Handbuch Menschenrechte* (2009) 176 (9/4 und 9/11); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ §22 Rz 16; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (2002) Art 8 EMRK Rz 73 mwN.

²⁸ Vgl *Uerpmann-Witzack*, Ehe und Familie, in *Grabenwarter* (Hrsg), *Europäischer Grundrechtsschutz* (EnzEuR II)¹ (2014) §10 Rn 7.

²⁹ *Wittinger*, Familien und Frauen im regionalen Menschenrechtsschutz : ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Amerikanischen Menschenrechtskonvention und der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker (1999) 33; *Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*² Art 7 Rz 20; *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht. Kommentar¹⁵ (2016) §34 AsylG K17.

³⁰ Vgl *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl¹⁵ §34 AsylG K17.

³¹ *Wittinger*, Familien 33.

³² *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte - Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 363; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ §22 Rz 18; *Oswald*, Bleiberecht 43; *Palm-Risse*, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie 194ff.

³³ *Oswald*, Bleiberecht 44ff.

³⁴ *Stelzer*, Grundzüge des Öffentlichen Rechts⁴ (2019) 197; *Oswald*, Bleiberecht 45 und 56f.

Familienzusammenführung auf seinen Territorium“ zu akzeptieren.³⁵ Unter besonderen Umständen kann sich aus Art 8 EMRK jedoch eine Gewährleistungspflicht des Staates ergeben, den Aufenthalt einer*s Fremden zu ermöglichen, besonders wenn „unüberwindbare Hindernisse“ der Möglichkeit eines Familienlebens im Herkunftsstaat entgegenstehen.³⁶ Das kann zu einer positiven Schutzpflicht des Staates führen, die Einreise und/oder den Aufenthalt zu ermöglichen und somit etwa eine Familienzusammenführung zu genehmigen.³⁷

Wenn es um das Familienleben geht, ist, soweit Kinder betroffen sind, das Kindeswohl als vorrangige Überlegung zu berücksichtigen. In der Rechtsprechung des EGMR hat das Kindeswohl in die Prüfung von Art 8 EMRK Eingang gefunden.³⁸ Durch die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention (CRC) sind die Rechte des Kindes in Österreich im BVG-Kinderrechte³⁹ gesetzlich verankert.⁴⁰ Dadurch ist das Kindeswohl für die verfassungsrechtliche Auslegung zentral.⁴¹ Gem Art 2 BVG-Kinderrechte sowie Art 24 GRC haben Kinder ein Recht auf regelmäßige persönliche Beziehung und direkten Kontakt zu beiden Elternteilen.

Im Lichte der skizzierten Grundrechte erscheint es notwendig, dass die Familieneigenschaft und die tatsächliche familiäre Bindung von der Vollziehung im Einzelfall festgestellt werden. Während die konkrete Bestimmung von Familienangehörigen für den erfassten Personenkreis wohl ein Vorteil sein kann, erscheint sie für Personen außerhalb des Personenkreises problematisch. Es stellt sich deshalb die Frage, inwiefern von der Definition allein durch die Vollziehung abgewichen werden kann und muss. Sofern der EGMR rechtsfortbildend tätig wird, stellt sich die Frage, inwieweit dies auch den innerstaatlichen Gesetzgeber als demokratisch legitimierte Volksvertretung beeinflussen kann.

Durch Art 1 BVG-Rassendiskriminierung⁴² findet der Gleichheitssatz ebenso auf das Verhältnis von Fremden untereinander sowie bei der Prüfung der Sachlichkeit von Regelungen,

³⁵ *Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017, 229 (229).

³⁶ Siehe etwa EGMR 19.02.1996, 23218/94, *Gül/Schweiz*; 03.10.2014, 12738/10, *Jeunesse/Niederlande*, Rn 107; EGMR, 60665/00, *Tuquabo-Tekle/Niederlande*, Rn 48; *Battjes* in *Hailbronner/Thym* Art 23 Qualification Directive Rz 6; *Czech*, EuGRZ 2017, 229 (235).

³⁷ Siehe etwa EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen/Niederlande*; *Feik* in *Heißl* 176 (9/17); *Thym*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? EuGRZ 2006, 541 (541ff).

³⁸ Siehe etwa EGMR 27.11.1992, 13441/87, *Olsson/Schweden*, Rn 72; vgl *Sax*, Kinderrechte, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 542 (30/6).

³⁹ Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern BGBl I 2011/4.

⁴⁰ *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte 602f.

⁴¹ *Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁷ (2018) 1406a.

⁴² Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung, BGBl 1973/390.

die Fremde betreffen, Anwendung.⁴³ Der EGMR hat in den letzten Jahren häufig ein Recht auf Familienzusammenführung aus Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK abgeleitet,⁴⁴ wodurch sich die Bedeutung des Diskriminierungsverbotes und des Gleichheitssatzes in diesem Zusammenhang zeigt.⁴⁵ Es stellt sich die Frage, ob die Festlegung unterschiedlicher, abgeschlossener Personenkreise dem Gleichheitssatz entsprechen kann.

Das Spannungsverhältnis zwischen den Definitionen von Familienangehörigen, die aus einer taxativen Aufzählung bestehen, und dem Schutzbereich von Art 8 EMRK, Art 7 GRC, Art 24 GRC, BVG-Kinderrechte, Art 7 B-VG iVm Art I BVG-Rassendiskriminierung, Art 21 GRC sowie Art 14 EMRK, wird in den unterschiedlichsten Konstellationen deutlich. Beispielsweise fällt die Beziehung zwischen zwei Personen nicht erst durch die Verrechtlichung – wie etwa durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft – in den Schutzbereich von Art 8 EMRK. Ausschlaggebend ist die tatsächlich gelebte Beziehung.⁴⁶ Zwischen Eltern und Kindern endet das Familienleben nicht zwangsweise durch das Erreichen der Volljährigkeit; bei einem Abhängigkeitsverhältnis, das über die gefühlsmäßige Bande hinausgeht, kann weiterhin ein Familienleben angenommen werden.⁴⁷ Dasselbe gilt für nahe Verwandte außerhalb der Kernfamilie. Dieses Spannungsverhältnis wird durch einen Blick in die Judikatur verdeutlicht:

In stetiger Rechtsprechung judiziert der VfGH zu § 46 NAG 2005, dass es – um ein verfassungs- oder unionsrechtswidriges Ergebnis zu vermeiden – geboten sein kann, im Einzelfall den Begriff des Familienangehörigen nach § 46 NAG vom Begriff des „Familienangehörigen“ nach der Legaldefinition des § 2 Abs 1 Z 9 NAG „abzukoppeln“.⁴⁸ Dadurch soll in Fällen, in denen aus Gründen von Art 8 EMRK ein Anspruch auf Familiennachzug besteht, auch jene*r Familienangehörige*r erfasst werden, der nicht von der Legaldefinition gem § 2 Abs 1 Z 9 NAG erfasst ist. Anders betrachtet der VfGH die Anwendung des § 35 Abs 5 AsylG 2005, wo er bis dato eine „Abkoppelung“ ausschließt: Die eindeutige Absicht des Gesetzgebers, den Familienbegriff in diesen Fall einzuschränken, stehe

⁴³ Berka, Verfassungsrecht⁷ Rz 1712; Berka/Binder/Kneihls, Grundrechte 611.

⁴⁴ Siehe etwa EGMR 24.05.2016, 38.590/10, *Biao/Dänemark*; EGMR 23.02.2016, 68.453/13, *Pajic/Kroatien*.

⁴⁵ Czech, FABL 2016, 31 (33f).

⁴⁶ Czech, FABL 2016, 31 (34).

⁴⁷ Czech, FABL 2016, 31 (34). VfGH 24.11.2014, E 1091/2014, Rn 18; VfGH 12.03.2014, U 1904/2013; EGMR 12.01.2010, 47.486/06, *Khan/Vereinigtes Königreich*.

⁴⁸ Siehe grundlegend VfGH 17.11.2011, 2010/21/0494; dem folgend etwa VfGH 13.11.2012, 2011/22/0074; VfGH 26.06.2013, 2011/22/0278; VfGH 27.01.2015, Ra 2014/22/0203; VfGH 03.05.2018; Ra 2017/19/0609; VfGH 25.04.2019, Ra 2018/22/0177; siehe auch Ecker, Schnittstellen zwischen AsylG 2005 und NAG unter besonderer Berücksichtigung von "Bleiberecht" und Familienzusammenführung, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht 2016 (2016) 84 (110).

eine derartige Auslegung entgegen; zudem sei die Möglichkeit, einen Titel nach dem NAG zu erhalten, ausreichend.⁴⁹

Im Rahmen eines Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 hat der VfGH festgestellt, dass mit Großeltern kein solches Familienverfahren zu führen ist. Der VfGH hat in diesem Fall angenommen, dass sich die Fluchtgeschichte des Großvaters auf den Enkel auswirkt, da diese bereits zuvor zusammenlebten und der Enkel insofern mitziehen musste. Auffällig ist, dass der VfGH dabei das Recht auf Achtung des Familienlebens nicht eigens geprüft hat.⁵⁰ Es stellt sich die Frage, wie diese Entscheidung im Verhältnis zu jener des VwGH zu sehen ist. Im Vergleich zu § 35 AsylG 2005 ist § 34 AsylG 2005 keine eindeutige Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen, den Familienbegriff gem § 34 AsylG 2005 iVm § 2 Z 22 AsylG 2005 einer erweiternden Auslegung jedenfalls zu entziehen.

Erst kürzlich hat der VfGH von Amts wegen eine Gesetzesprüfung bei der Anwendung von § 2 Z 22 AsylG 2005 vorgenommen und diese Bestimmung als verfassungswidrig aufgehoben, da sie nach Ansicht des VfGH gegen Art I Abs 1 BVG-Rassendiskriminierung verstoßen hat.⁵¹ In der noch geltenden Rechtslage⁵² ist es zwar der*m gesetzlichen Vertreter*in möglich, den Schutzstatus seines*ihren Schutzbefohlenen gem § 34 AsylG 2005 zu erlangen, der umgekehrte Fall ist aber nicht vorgesehen. Der VfGH hat darin eine unsachliche Differenzierung festgestellt; dabei wurde besonders das Kindeswohl und Art I BVG-Kinderrechte erwogen sowie ein Eltern-Kind-ähnliches Verhältnis zwischen einem Kind und dessen gesetzliche*n Vertreter*in angenommen.

Hinsichtlich des Begriffs „Familie“ ist bei fremdenrechtlichen Konstellationen zu bedenken, dass es nicht nur „das eine Verständnis“ von Familie gibt.⁵³ Allein in Österreich unterliegt die Konzeption von „Familie“ einem stetigen gesellschaftlichen Wandel.⁵⁴ Durch die „funktionale, flexible und dynamische“ Interpretation des Begriffs Familie(nleben) durch den EGMR finden auch die europaweit divergierenden und die sich wandelnden Familienkonzepte Beachtung.⁵⁵ Darüber hinaus schützt Art 8 EMRK auch „außereuropäische“ Familienmodelle, sofern diese

⁴⁹ Vgl VwGH 28.01.2016, Ra 2015/21/0230; 03.05.2018; Ra 2017/19/0609, Rz 28, 36 – 38; *Czech*, FABL 2016, 31 (37).

⁵⁰ VfGH 18.09.2015, E 1174/2014.

⁵¹ VfGH 26.06.2020, G 117-121/2020.

⁵² Die Aufhebung tritt erst mit Ablauf des 30.06.2021 in Kraft, die entsprechende Gesetzesanpassung befindet sich bereits in Beratung; siehe https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00349/index.shtml#tab-Uebersicht (abgerufen am 27.11.2020).

⁵³ Auch *Oswald*, Bleiberecht 59.

⁵⁴ Vgl *Mautner*, Ehe und Familie für alle? Die sexuelle Orientierung als zivilrechtliches Problem (2018) 11ff.

⁵⁵ *Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*² Art 7 Rz 20.

nicht grundlegenden Werten der Konventionsstaaten widersprechen.⁵⁶ Das könnte etwa bei Mehrfach- oder Kinderehen fraglich sein.

Im Bereich des Asyl- und Fremdenrechts werden etwa die Begriffe der Ehe und der Ehegatten nach dem IPRG⁵⁷ ausgelegt.⁵⁸ Daher müssen bei der Anerkennung teils Rechtsordnungen herangezogen werden, die auf einem anderen Familienverständnis als jenem der Konventionsstaaten basieren: Ob solche Ehen auch in der österreichischen Rechtsordnung als wirksam zu beachten sind, ist neben der Bestimmung des anzuwendenden Rechts häufig auch nach dem „ordre public“-Prinzip zu beurteilen.⁵⁹ Hier gilt es, die Frage zu beurteilen, welche Rolle dem „ordre public“-Prinzip in diesem Kontext zukommt und wie sich eine aufgrund des „ordre-public“-Prinzips verweigerte Anerkennung zu Art 8 EMRK und dem Kindeswohl verhält. Außerdem stellt sich die Frage, wie in Fällen vorzugehen ist, in der die ausländische Rechtsordnung, ein Rechtsinstitut, wie beispielsweise die eingetragene Partnerschaft oder die Adoption, nicht kennt. Durch die strenge Anwendung der Definition von Familienangehörigen könnte dadurch gewissen Personengruppen die Möglichkeit auf Schutz faktisch verwehrt bleiben.

II. Forschungsthese und Abgrenzung des **Untersuchungsgegenstandes**

Die der Arbeit zu Grunde liegende These lautet: Eine abschließende Begriffsbestimmung von Familienangehörigen, die in einer Aufzählung eines konkreten, abgeschlossenen Personenkreises besteht, ist nicht mit Art 8 EMRK (iVm Art 14 EMRK), Art 7 GRC, BVG-Kinderrechte, Art 24 GRC, dem Gleichheitssatz und dem Diskriminierungsverbot gem Art I BVG-Rassendiskriminierung sowie Art 21 GRC vereinbar.

Vielmehr legt die Judikatur des EGMR nahe, dass ein Ermessensspielraum zur Feststellung der Familieneigenschaft gewährt werden muss. Im Lichte der genannten Grundrechte scheint das Vorhandensein der Familie vielmehr im Einzelfall von der Vollziehung zu prüfen zu sein. Dadurch stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Rechtsprechung des EGMR für Gesetzgebung und Vollziehung der Konventionsstaaten hat – schließlich hat die

⁵⁶ *Palm-Risse*, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie 200f.

⁵⁷ Bundesgesetz vom 16. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPRG), BGBl 1978/304.

⁵⁸ *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl¹⁵ § 2 AsylG K47.

⁵⁹ *Lukits*, Mehrehen und Familiennachzug Ist eine Familienzusammenführung polygamer Ehegatten in Österreich möglich?, iFamZ 2017, 261; *Melcher*, (Un-)Wirksamkeit von Kinderehen in Österreich, EF-Z 2018, 50.

Rechtsprechung des EGMR „nur“ eine Orientierungsfunktion, sofern die Vertragsstaaten nicht Parteien des Verfahrens sind.⁶⁰ Insofern stellt sich die Frage, inwieweit die Judikatur des EGMR die EU, aber auch für die Vertragsstaaten der EMRK verpflichten kann, ihrer Auslegung des Familienbegriffs zu folgen. Es gilt zu untersuchen, ob auch eine Verpflichtung des Gesetzgebers entstehen könnte, die Weichen für eine entsprechende Auslegung zu stellen.

Für die Untersuchung des Familien(angehörigen)begriffs in asylrelevanten Sachverhalten wird auf den Familien(angehörigen)begriff im Asylverfahren, inklusive dem Dublin-III-Verfahren zur Ermittlung des zur Prüfung des Asylantrages zuständigen MS, sowie in der nachfolgenden Möglichkeit der Familienzusammenführung abgestellt.

Das Dissertationsprojekt beschränkt sich aus mehreren Gründen auf die Frage des Familienbegriffs in asylrelevanten Sachverhalten:

Zunächst ist die Frage nach der Wahrung der Familieneinheit schon seit jeher Teil des internationalen Flüchtlingsrechts; Maßnahmen, um die familiäre Einheit von Flüchtlingen zu schützen, wurden schon in der Schlussakte zur GFK empfohlen.⁶¹ Aus diesem Grund interessiert es besonders, wer Teil der familiären Einheit eines Flüchtlings sein kann.

Den Konventionsstaaten der EMRK steht hinsichtlich des Migrationsrechts ein Ermessensspielraum zu; die Vertragsstaaten haben „gemäß den anerkannten Regeln des Völkerrechts vorbehaltlich ihrer vertraglichen Verpflichtungen das Recht, die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von Fremden zu kontrollieren“.⁶² Wie bereits erwähnt, ist aus Art 8 EMRK auch keine Verpflichtung des Staates ableitbar, die Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes eines Ehepaares oder die Familienzusammenführung auf seinem Territorium zu akzeptieren. Eine solche kann aber insbesondere dann bestehen, wenn dies der einzige Weg zu einem Familienleben ist bzw wenn es der einzige angemessene Weg zu einem Familienleben ist und unüberwindbare Hindernisse bestehen.⁶³ Deshalb beschränkt sich die Dissertation auf potenziell asylrelevante Sachverhalte, da hier im Gegensatz zu anderen Fällen der Migration meist „unüberwindbare Hindernisse“ anzunehmen sind.⁶⁴ Das entspricht auch der Systematik der österreichischen Rechtsordnung, die zwischen Migration aufgrund von potenziellen

⁶⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷§16 Rz 8f.

⁶¹ *Grahl-Madsen*, The status of refugees in international law : 1 : Refugee character (1966) 412ff; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (209f).

⁶² EGMR 18.02.1991, 12313/86, *Moustaquim/Belgien*, Rn 43; *Thym*, EuGRZ 2006, 541 (541).

⁶³ Siehe insb *Czech*, EuGRZ 2017, 229 (229 ff).

⁶⁴ *Battjes* in *Hailbronner/Thym* Art 23 Qualification Directive Rz 6; *Jastram/Newland* in *Feller/Turk/Nicholson* 555 (556).

asylrelevanten Sachverhalten und Migration aus anderen Gründen, die nur nach dem NAG aufenthaltszweckgebunden möglich ist, unterscheidet.⁶⁵

Die Arbeit begrenzt sich auf jene Fallkonstellationen, in welchen die Wahrung der familiären Einheit während des Asylverfahrens oder die Wiederherstellung eines zuvor bestehenden Familienlebens im Vordergrund steht. Das bedeutet, dass der Themenkomplex von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen außer Acht gelassen werden wird.⁶⁶ Grund dafür ist, dass bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen nicht auf einen Familienbegriff, der in einem abgeschlossenen Personenkreis besteht, abgestellt wird – es werden im Rahmen von Art 8 EMRK ebenso mögliche ungerechtfertigte Eingriffe in das dogmatisch weiter gefasste Privatleben geprüft.

Im Rahmen der Dissertation wird sowohl der Familienbegriff für Asylwerber*innen, Asylberechtigte aber auch für subsidiär Schutzberechtigte in den jeweiligen Verfahrensstadien analysiert. Dabei soll der Fokus auf der Frage nach dem Schutz der familiären Einheit und einen allfälligen (un)einheitlichen Schutzbedürfnis liegen. Eine detaillierte Analyse der Differenzierungen zwischen Asylberechtigten bzw Asylwerber*innen auf der einen Seite und subsidiär Schutzberechtigten auf der anderen kann im Rahmen dieser Dissertation nicht stattfinden.⁶⁷

III. Forschungsstand

In der Literatur ist die Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK bereits gut aufbereitet worden,⁶⁸ dabei wurde auch ein aus Art 8 EMRK resultierendes Recht auf Familienzusammenführung oder auf Legalisierung des Aufenthalts berücksichtigt.⁶⁹ Des Weiteren hat man sich auch mit

⁶⁵ Ecker in Filzwieser/Taucher 84 (84).

⁶⁶ Siehe dazu aber beispielsweise Oswald, Bleiberecht.

⁶⁷ Siehe dazu aber beispielsweise Hasel/Salomon, Differenzierungen zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten: Zu einem einheitlichen Schutzstatus, in Salomon (Hrsg), Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 113; Immervoll/Frühwirth in Salomon 161.

⁶⁸ Etwa Draghici, The legitimacy of family rights in Strasbourg case law. "living instrument" or extinguished sovereignty? (2017); Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter Art 8 EMRK; Caroni, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Auslaendrecht (1999).

⁶⁹ Thym, EuGRZ 2006, 541; Czech, EuGRZ 2017, 229.

der konkreten Umsetzung diverser EU-RL auseinandergesetzt.⁷⁰ In Österreich speziell wurden zum Teil bereits einzelne, für das Dissertationsprojekt essenzielle Normen untersucht.⁷¹

Inwiefern die „geschützte Familie“ durch eine taxative Aufzählung von Personen bestimmt werden kann und wie sich die einzelnen Normen zueinander verhalten, wurde bisher nicht untersucht. Es fehlt zudem eine Aufarbeitung der Rechtsprechung des VfGH und VwGH zu den einzelnen Bestimmungen und deren Zusammenspiel.

Die „Bedeutung des Kollisionsrecht für das Asylrecht“ hat in der Literatur bereits Eingang gefunden.⁷² Ebenso sind gewisse Konstellationen, wie die Anerkennung der Kinderehe⁷³ und der Mehrfachehe⁷⁴, schon genauer beleuchtet worden. Im Rahmen des Dissertationsprojekts soll die Relevanz der (Nicht-)Anerkennung unter dem Blickwinkel des geschützten Familienlebens im Verhältnis zum „ordre public“ Prinzip beleuchtet werden.

IV. Gang der Untersuchung

Zu Beginn der Arbeit soll kurz die Entstehung der Konzeption von Familie und eben jenes Konzept im gesellschaftlichen Wandel skizziert werden.⁷⁵ Im Gegensatz zur Ehe ist die Familie kein Rechtsinstitut, welches durch einen formalen Akt zustande kommt – deshalb lohnt es sich, den Hintergrund dieses Konzeptes darzustellen, um den Schutzzumfang besser nachvollziehen zu können.⁷⁶ Zudem soll auf kulturelle Unterschiede bezüglich des Verständnisses von Familie eingegangen werden. Dabei interessiert es, wie außereuropäische Familienmodelle den grundlegenden Werten der Konventionsstaaten entgegenstehen können. Ebenso soll die Rolle der Familie im internationalen Flüchtlingsrecht veranschaulicht werden.⁷⁷

Sodann gliedert sich die Dissertation in vier wesentliche Teile. Zunächst sollen das Recht auf Familienleben, die Rechte des Kindes und das Kindeswohl sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz dargestellt werden und die Wechselwirkung zwischen der

⁷⁰ Vgl zB *Ecker*, Die Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung : Fragen zur Umsetzung in Österreich.

⁷¹ *Czech*, FABL 2016, 31; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207; *Gruber*, Einreisetitel für den Familiennachzug nach dem AsylG und "abgeleitete" Familienangehörigeneigenschaft? in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2019 237.

⁷² *Müller/Schreiner*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Asylrecht (Teil I), *migraLex* 2018, 62; *Müller/Schreiner*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Asylrecht (Teil II), *migraLex* 2019, 16.

⁷³ *Melcher*, EF-Z 2018, 50.

⁷⁴ *Lukits*, iFamZ 2017, 261.

⁷⁵ Siehe dazu auch *Mautner*, Ehe 215; *Uerpmann-Witzack* in *Grabenwarter*¹ (8ff).

⁷⁶ *Mautner*, Ehe 218.

⁷⁷ *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (209f); *Grahl-Madsen* The status of refugees 412ff.

Rechtsprechung von EGMR und EuGH und der innerstaatlichen Rechtslage aufgezeigt werden. Im zweiten Schritt wird der migrationsrechtliche Rahmen des Unionsrechts und dessen Umsetzung veranschaulicht. Das dritte Kapitel widmet sich der möglichen Auslegung der innerstaatlichen Familienbegriffe – dabei wird zunächst untersucht, wie sich konventions-, unionsrechts-, und verfassungskonforme Interpretationen gestalten können. Danach wird die einschlägige Judikatur des VfGH und VwGH analysiert. Im vierten Teil der Arbeit wird zunächst ein Blick in die Praxis geworfen und das Verfahren zur Anerkennung der Familienangehörigeneigenschaft kurz umrissen und dargestellt, welche Probleme sich in Hinblick auf das *ordre-public* Prinzip ergeben können. Anschließend werden konkrete Fallkonstellationen geprüft, bei denen der Schutz des Familienlebens durch die Definition von Familienangehörigen nicht eindeutig garantiert zu sein scheint.

A. Teil 1 – Grundrechtliche Erwägungen bzgl. divergenter Familiendefinitionen

In diesem Kapitel soll das Recht auf Achtung des Familienlebens sowie die Rechte des Kindes dargestellt werden. Es wird der Schutzbereich veranschaulicht und mögliche Eingriffe und Rechtfertigungen anhand einer Analyse der maßgeblichen Judikatur dargestellt. Dabei steht das Ziel im Vordergrund, die Judikatur zu systematisieren und Kriterien zu identifizieren, die der EGMR bei seiner kasuistischen Bestimmung des Familienlebens heranzieht. In der Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich aufenthaltsbeendender Maßnahmen haben sich Kriterien herausgebildet, die insb zu berücksichtigen sind (sog „Boultif-Kriterien“⁷⁸). Im Rahmen des Dissertationsprojekts wird versucht, Kriterien herauszuarbeiten, die indizieren, dass eine staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung eines Familienlebens gem Art 8 EMRK, Art 7 GRC und den Rechten des Kindes besteht. Dabei soll eine Abwägung erfolgen zwischen dem Recht auf Schutz der familiären Einheit auf der einen Seite und dem Recht des Staates, seine Einwanderungskontrolle zu regulieren, auf der anderen. In diesem Kapitel wird weiters der für das Dissertationsprojekt relevante Anwendungsbereich, Inhalt und der Schutzbereich „der Gleichheitssätze“⁷⁹ aufbereitet.

Zudem wird analysiert werden, welche Wirkung die Rechtsprechung des EGMR auf das Unionsrechts und die nationale Rechtsordnung hat. Während gem Art 46 EMRK Urteile des

⁷⁸ EGMR 02.08.2011, 54273/00, *Boultif/Schweiz*; *Feik in Heißl* 176 (9/19); *Kunesch/Matti*, Asyl- und Fremdenrecht, in *Aigner/Erlacher/Forster/Friedrichkeit-Lebmann/Frommelt/Gumprecht/Holl/Huber/Kunesch/Matti/Mittermüller/Reithmayer-Ebner* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*³³ (2020) 278 und 209ff.

⁷⁹ Vgl *Berka/Binder/Kneihls*, *Grundrechte* 511.

EGMR eine Bindungswirkung entfalten, wenn die Vertragsstaaten auch Parteien des Verfahrens waren, wird in den sonstigen Fällen angenommen, dass der Rechtsprechung des EGMR eine „Orientierungsfunktion“ zukommt.⁸⁰

B. Teil 2 – Darstellung und Analyse des migrationsrechtlichen Rahmens der EU und dessen innerstaatliche Umsetzung sowie der geltenden Rechtslage

Im Rahmen dieses Kapitels sollen die für das Dissertationsprojekt relevanten Rechtsakte der EU und deren Umsetzung im österreichischen Recht skizziert werden.

Im Vordergrund stehen die Vorgaben der Definition von Familienangehörigen sowie deren Rechte und allfällige damit im Zusammenhang stehende Verfahrensvorgaben.

Bei der Darstellung der österreichischen Rechtsordnung wird die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben und die einzelne Definition von Familienangehörigen sowie deren Entwicklung untersucht. Speziell konzentriert sich dieser Teil auf die §§ 2 Z 22, 34 und 35 AsylG 2005 sowie §§ 2 Z 9 und 46 NAG. Dabei wird auf einen etwaigen Ermessensspielraum bei der Umsetzung eingegangen werden. Des Weiteren wird die Rolle des Familienangehörigenbegriffs im Rahmen des Familienverfahrens und des Familienzusammenführungsverfahrens veranschaulicht. Innerhalb dieser Schritte sollen mögliche Ungleichbehandlungen sowie Räume für Interessensabwägungen verortet werden. Die Erkenntnisse sollen in einem Zwischenresümee zusammengefasst und den zuvor analysierten Grundrechten gegenübergestellt werden.

C. Teil 3 – Auslegung der Definition von Familien(angehörigen) unter Einbeziehung der Judikatur des VfGH und des VwGH

Dieses Kapitel widmet sich der Frage, wie sich der Auslegungsspielraum der Begriffsbestimmungen von Familienangehörigen gestaltet. Dazu wird zunächst auf die Grundsätze einer verfassungs- bzw unionsrechtskonformen Interpretation sowie einer konventionskonformen Auslegung eingegangen. Danach wird die einschlägige Judikatur des VfGH und des VwGH zu den Familien(angehörigen)begriffen analysiert. Bei der ersten Sichtung der Judikatur erscheint diese uneinheitlich und nicht eindeutig. Durch die Aufarbeitung soll mehr Klarheit geschaffen und untersucht werden, wie der Familien(angehörigen)begriff in der Rechtsprechung angewendet und verstanden wird, unter welchen Umständen eine allfällige Auslegung über den Wortlaut hinaus überhaupt erfolgen

⁸⁰ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ §16 Rn 8ff.

kann und in welchem Verhältnis die genannten Definitionen stehen. Im Zwischenresümee sollen die Erkenntnisse dieses Kapitels zusammengefasst und beurteilt werden.

D. Teil 4 – Prüfung konkreter Konstellationen unter Berücksichtigung der Anerkennung der Familieneigenschaft

Zu Beginn dieses Kapitels wird das System zur Anerkennung von Familieneigenschaften umrissen. Dabei ist das IPRG sowie Art 12 GFK zur Ermittlung des anwendbaren Privatrechts maßgeblich.⁸¹ In diesem Zusammenhang wird der „ordre-public“ Vorbehalt analysiert. Fraglich ist, welche Konsequenzen die Versagung der Anerkennung für die Familieneigenschaft hat bzw wie in Fällen vorzugehen ist, wo die anzuwendende Rechtsordnung ein Rechtsinstitut, wie die Adoption oder eingetragene Partnerschaft, nicht kennt. Danach sollen vier Konstellationen geprüft werden. Bei jeder Konstellation wird zunächst die Anwendbarkeit des jeweiligen Familien(angehörigen)begriffs auf den fiktiven Sachverhalt dargestellt. Danach wird jedes mögliche Verfahren, welches dem Schutz der familiären Einheit dient, auf seine Grundrechtskonformität in der jeweiligen Konstellation geprüft: im Dublin-Verfahren hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit des MS; das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005, soweit eine gemeinsame Einreise stattgefunden hat; die Möglichkeit eines Einreisetitel gem § 35 AsylG 2005 zur Führung eines Familienverfahrens, wenn keine gemeinsame Einreise erfolgte; die Möglichkeit einer Familienzusammenführung gem § 46 NAG.

Folgende Konstellationen werden dieser Prüfung unterzogen:

a) Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge und Familienverhältnis zu Verwandten und gesetzlichen Vertretern außerhalb der Kernfamilie

Die Konstellation soll geprüft werden, da der*die gesetzliche Vertreter*in gem §§ 2 Z 22 und 34 AsylG 2005 als Familienangehöriger gilt, jedoch nicht gem §35 AsylG 2005 sowie §§ 2 Z 9 und 46 NAG. Dabei wird ebenso dargestellt, wie das Verhältnis zu nahen Verwandten bei Abwesenheit der Eltern aussieht und wann diese als gesetzliche Vertreter fungieren können.

b) Erwachsene, nicht selbst erhaltungsfähige Flüchtlinge im Abhängigkeitsverhältnis und deren Familienverhältnis zu ihren Eltern

In der Rechtsprechung des EGMR werden häufig auch erwachsene Kinder, die in einem

⁸¹ Lukits, iFamZ 2017, 261 (261); Müller/Schreiner, migraLex 2018, 62; Müller/Schreiner, migraLex 2019, 16; Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer, Asyl¹⁵ § 2 AsylG K47 und § 34 AsylG K5.

Abhängigkeitsverhältnis zu ihren Eltern stehen, durch Art 8 EMRK geschützt. Inwiefern dies berücksichtigt werden kann, erscheint fraglich und soll hier genauer beleuchtet werden.

c) Gleichgeschlechtliche Paare

Sowohl in der österreichischen Rechtsordnung als auch in der Rechtsprechung des EGMR erfolgte nach und nach eine Gleichstellung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften und Ehepaaren. Da in vielen anderen Staaten kein vergleichbares Rechtsinstitut besteht, soll die Konstellation von gleichgeschlechtlichen Paaren genauer betrachtet werden

d) Ehegatten, deren Ehe im Kindesalter geschlossen wurde

Die Kinderehe soll als Beispiel herangezogen werden, welche Konsequenzen mit einer anzuwendenden Bestimmung einhergehen, die potenziell mit der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist.

E. Ergebnis

Der Dissertation liegt die These zu Grunde, dass eine abschließende Begriffsbestimmung von Familienangehörigen, die in einer Aufzählung eines konkreten, abgeschlossenen Personenkreises besteht, nicht mit Art 8 EMRK, Art 7 GRC, BVG-Kinderrechte, Art 24 GRC, dem Gleichheitssatz und dem Diskriminierungsverbot gem Art I BVG-Rassendiskriminierung, Art 14 EMRK sowie Art 21 GRC vereinbar ist. Im Ergebnis soll zunächst dargelegt werden, inwiefern sich diese These im Rahmen der Untersuchung verifiziert bzw falsifiziert hat.

Weiters soll gezeigt werden, wie sich die EMRK, das Unionsrecht, die Rechtsprechung des EGMR und EuGH und die innerstaatliche Rechtsordnung im Bereich des Asylrechts bezüglich der Definition von Familienangehörigen zueinander verhalten. Dabei interessiert besonders, inwieweit eine Rechtsfortbildung des EGMR hinsichtlich des Familienbegriffs im Unionsrecht und in der innerstaatlichen Rechtsordnung durch Gesetzgebung und Vollziehung beachtet werden muss.

Durch die eingehende Untersuchung der Judikatur und der Prüfung der einzelnen Fallkonstellationen sollte erkannt werden, ob, und wenn ja wo, Problemstellungen hinsichtlich der Begriffsbestimmungen von Familienangehörigen vorhanden sind. Zunächst soll die Frage beantwortet werden, ob eine Anpassung der Definition von Familienangehörigen notwendig

ist. Wenn ja soll festgestellt werden, ob eine solche nur in einzelnen Instrumenten notwendig ist oder die Familienbegriffe der einzelnen Rechtsgrundlagen angepasst werden müssen. Sofern eine Änderung notwendig ist, soll gezeigt werden, ob eine solche im unionsrechtlichen Rahmen notwendig ist oder die MS im Rahmen ihres Ermessensspielraumes tätig werden können.

Sofern festgestellt wird, dass keine Anpassung aus grundrechtlicher Perspektive notwendig ist, soll gezeigt werden, ob sich Kriterien herauskristallisiert haben, die eine Abweichung vom Familienbegriff erfordern, und ob die Vollziehung selbst eine Abweichung vornehmen kann oder der Gesetzgeber zuvor eine Grundlage hierfür schaffen muss.

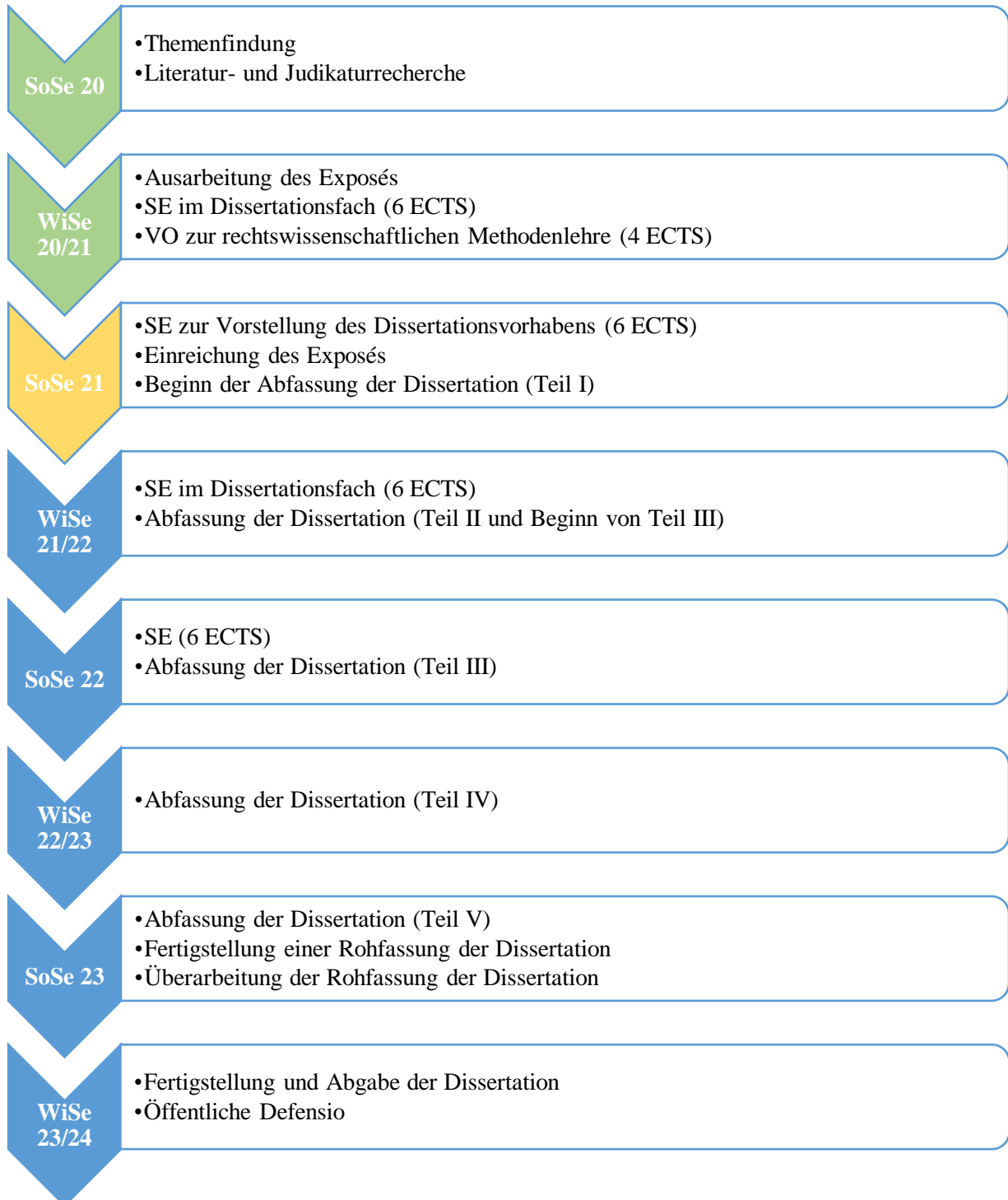
Außerdem soll gezeigt werden, welchen allfälligen Einfluss das ordre-public Prinzip auf die Anerkennung als Familienangehöriger haben kann.

V. Vorläufige Gliederung

- I. Einleitung
- II. Begriff der „Familie“
 - A. Entstehung der Konzeption von Familie
 - B. Kulturell unterschiedlich geprägtes Verständnis von Familie
 - C. Die „Familie“ im Kontext von Flucht und Asyl
- III. Grundrechtliche Erwägungen
 - A. Das Recht auf Achtung des Familienlebens
 - 1. Art 8 EMRK
 - 2. Art 7 GRC
 - B. Das Kindeswohl und dessen Berücksichtigung beim Schutz der familiären Einheit
 - 1. UN-Kinderrechtskonvention und Umsetzung im BVG Kinderrechte
 - 2. Art 24 GRC
 - C. Diskriminierungsverbot und Gleichheitssatz
 - 1. Art 7 B-VG und Art I BVG-Rassendiskriminierung
 - 2. Art 14 EMRK
 - 3. Art 20 und 21 GRC
 - D. Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH für Gesetzgebung und Vollziehung
 - E. Zwischenresümee
- IV. Migrationsrechtlicher Rahmen des Unionsrecht und dessen Umsetzung in der österreichischen Rechtsordnung
 - A. Maßgebliche Rechtslage der Europäischen Union und deren Vorgaben an den Familienbegriff
 - 1. Dublin-III-VO
 - 2. Statusrichtlinie
 - 3. Richtlinie betreffend das Recht auf Familienzusammenführung
 - B. Innerstaatliche Umsetzung und maßgebliche Definitionen von Familienangehörigen unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums des Gesetzgebers
 - 1. AsylG
 - 2. NAG

- C. Zwischenresümee
- V. Die Definition von Familienangehörigen und deren Auslegung
 - A. Konventions-, unionsrechts- und verfassungskonforme Interpretation
 - B. Konkrete Auslegung in der Rechtsprechung des EuGH, VfGH und des VwGH
 - C. Zwischenresümee
- VI. Prüfung exemplarischer Fallkonstellationen
 - A. Die Anerkennung der Familieneigenschaft unter Berücksichtigung des ordre public-Prinzips als Vorfrage
 - B. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge und Familienverhältnis zu Verwandten und gesetzlichen Vertretern außerhalb der Kernfamilie
 - C. Erwachsene, nicht selbst erhaltungsfähige Flüchtlinge im Abhängigkeitsverhältnis und deren Familienverhältnis zu ihren Eltern
 - D. Gleichgeschlechtliche Paare und (Un-)Möglichkeit der Anerkennung
 - E. Ehegatten, deren Ehe im Kindesalter geschlossen wurde
- VII. Conclusio
 - A. Rechtskonformität von Familienbegriffen, die in einem abgeschlossenen Personenkreis bestehen
 - B. Problemstellungen
 - C. Mögliche Lösungsansätze

VI. Zeitplan



VII. Literatur (Auswahl)

- Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht. Band 3: Grundrechte³ (2019).
- Aigner/Erlacher/Forster/Friedrichkeit-Lebmann/Frommelt/Gumprecht/Holl/Huber/Kunesch/Matti/Mittermüller/Reithmayer-Ebner* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht³³ (2020).
- Baldaccini/Guild/Toner* (Hrsg), Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy (2007).
- Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁷ (2018).
- Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte - Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019).
- Caroni*, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Auslaendrecht 58 (1999).
- Czech*, Die Exklusivität des asylrechtlichen Familienverfahrens: Warum §35 Abs 5 AsylG verfassungswidrig ist, FABL 2016, 31–39.
- Czech*, Die Neuerungen des Asylrechtspakets 2016. Einschränkungen des Familiennachzugs, FABL 2016, 15–22.
- Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017, 229–240.
- Draghici*, The legitimacy of family rights in Strasbourg case law. "living instrument" or extinguished sovereignty? volume 62 (2017).
- Druschke*, Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht (2019).
- Ecker*, Die Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung : Fragen zur Umsetzung in Österreich.
- Ecker*, Schnittstellen zwischen AsylG 2005 und NAG unter besonderer Berücksichtigung von "Bleiberecht" und Familienzusammenführung, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht 2016 (2016) 84.
- Fahrenhorst*, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention. Das Ehe- und Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland und seine Vereinbarkeit mit der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten : dargestellt anhand von ausgewählten Beispielen (1994).
- Feller/Turk/Nicholson* (Hrsg), Refugee protection in international law. UNHCR's global consultations on international protection (2003).
- Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht. Kommentar¹⁵ (2016).
- Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2019.
- Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht 2016.
- Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention : EMRK-Kommentar⁴ (2020).
- Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechtsschutz (EnzEuR II) 2¹ (2014).
- Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch⁷ (2021).
- Grahl-Madsen*, The status of refugees in international law : 1 : Refugee character (1966).

- Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁷ (2015).
- Gruber*, Einreisetitel für den Familiennachzug nach dem AsylG und "abgeleitete" Familienangehörigeneigenschaft? in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2019 237–252.
- Hailbronner/Thym*, EU immigration and asylum law : a commentary (2016).
- Hathaway*, The rights of refugees under international law (2005).
- Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte. Allgemeine Grundlagen - Grundrechte in Österreich - Entwicklungen - Rechtsschutz (2009).
- Hinterberger*, Asyl- und Fremdenpolizeirecht : Migrationsrecht 2 (2017).
- Hinterberger*, Die umgekehrte Familienzusammenführung von nachziehenden Eltern zu unbegleitenden minderjährigen Flüchtlingen. Kritische Anmerkungen zu EuGH 12.4.2018, C-550/16, A., S. gg Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, NLMR 2018, 205–213.
- Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2019).
- Hruschka*, Den Behörden Beine machen: Das EuGH-Urteil zur Familien-zusammen-führung von Flüchtlingen, <https://verfassungsblog.de/den-behoerden-beine-machen-das-eugh-urteil-zur-familienzusammenfuehrung-von-fluechtlingen/> (10. 8. 2020).
- Jastram/Newland*, Family unity and refugee protection, in *Feller/Turk/Nicholson* (Hrsg), Refugee protection in international law. UNHCR's global consultations on international protection (2003) 555–603.
- Karpenstein/F. C. Mayer*, EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten : Kommentar² (2015).
- Kasper*, Die Inklusion von Kinderrechten ins Asyl- und Fremdenrecht, in *Salomon* (Hrsg), Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 187–229.
- Kittenberger*, Asylrecht kompakt (2017).
- Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (1999-2019).
- Löhr*, Die kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs Bd. 14¹ (2009).
- Lukits*, Die Obsorge für unbegleitete minderjährige Asylwerber Teil I, EF-Z, 140.
- Lukits*, Die Obsorge für unbegleitete minderjährige Asylwerber Teil II, EF-Z, 5.
- Lukits*, Mehrehen und Familiennachzug Ist eine Familienzusammenführung polygamer Ehegatten in Österreich möglich? (Rain, iFamZ, 261).
- Lukits*, Die Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen in Österreich : = Family reunification of third-country nationals in Austria (2016).
- Maiani*, Der Schutz der Einheit der Familie in Dublin-Verfahren. Auf dem Weg zu einer schutzorientierten Umsetzungspraxis (2019).
- Mautner*, Ehe und Familie für alle? Die sexuelle Orientierung als zivilrechtliches Problem (2018).
- H. Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015).
- Melcher*, (Un-)Wirksamkeit von Kinderehen in Österreich, EF-Z, 50.
- Müller/Schreiner*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Asylrecht (Teil I), migraLex 2018, 62.

- Müller/Schreiner*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Asylrecht (Teil II), *migraLex* 2019, 16.
- Nedwed*, Familienverfahren - Schutz des einzelnen und des Kollektivs, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), *Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht* 2019 207–236.
- Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹² (2019).
- Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich⁷ (2020).
- Oswald*, Das Bleiberecht. Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben als Schranke für Aufenthaltsbeendigungen (2012).
- Palm-Risse*, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie (1990).
- Peers/Rogers*, *EU Immigration and Asylum Law*¹² (2006).
- Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus*, *Fremdenrecht : Asyl - Ausländerbeschäftigung - Einbürgerung - Einwanderung - Verwaltungsverfahren*⁷ (2018).
- Pöschl*, *Gleichheit vor dem Gesetz* 147 (2008).
- Potacs*, *Rechtstheorie* (2019).
- Reid*, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights* (2019).
- Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie : und Juristische Methodenlehre*¹¹ (2020).
- Salomon* (Hrsg), *Der Status im europäischen Asylrecht* (2020).
- Schöllhorn*, *Die Familienzusammenführung mit Drittstaatsangehörigen im Recht der Europäischen Union*.
- Schulte-Rudzio*, *Minderjährigenehen in Deutschland. Eine Analyse der Rechtslage unter Berücksichtigung der Vorgaben des Verfassungs-, Europa- und Völkerrechts* (2020).
- Stelzer*, *Grundzüge des Öffentlichen Rechts*⁴ (2019).
- 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, 541–554.
- Uerpmann-Witzack*, *Ehe und Familie*, in *Grabenwarter* (Hrsg), *Europäischer Grundrechtsschutz (EnzEuR II)*¹ (2014).
- van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak* (Hrsg), *Theory and practice of the European Convention of Human Rights* (2018).
- Walter*, *Familienzusammenführung in Europa : Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht, nationales Recht*¹ (2009).
- Welser/Kletecka*, *Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*¹⁵ (2018).
- Welte*, *Der Familienschutz im Spektrum des Ausländerrechts* 7¹ (2012).
- Winkler*, *Grundrechte in der EU*, in *Heißl* (Hrsg), *Handbuch Menschenrechte. Allgemeine Grundlagen - Grundrechte in Österreich - Entwicklungen - Rechtsschutz* (2009) 59–117.
- Wittinger*, *Familien und Frauen im regionalen Menschenrechtsschutz : ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Amerikanischen Menschenrechtskonvention und der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker* (1999).