DISSERTATION | DOCTORAL THESIS

Titel | Title

Aufenthaltsrechte für Familienangehörige - Grundrechtskonforme Migrationssteuerung im asylrechtlichen Kontext?

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Julia Bauer

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien | Vienna, 2024

Studienkennzahl lt. Studienblatt | Degree programme code as it appears on the student record sheet:	UA 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt | Field of study as it appears on the student record sheet:	Rechtswissenschaften
Betreut von | Supervisor:	Univ.-Prof. i.R. Dr. Manfred Stelzer

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis i

Abkürzungsverzeichnis vi

I) Einleitung 1

A) Problemaufriss 1

B) Forschungsfrage, Gang der Untersuchung und Methodik 4

C) Abgrenzung 7

II) Beschränkungen des souveränen Rechts des Staates, die Einreise und den Aufenthalt Drittstaatsangehöriger zu kontrollieren 9

A) Völkerrechtliche Vorgaben 9

1) Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) 9

2) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 11

B) Unionsrechtliche Vorgaben 13

C) Zusammenfassung 16

III) Grundrechtliche Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext 17

A) Vorbemerkungen 17

B) Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext nach der EGMR-Rechtsprechung 18

1) Grundlegendes 18

a) Die „living instrument"-Doktrin und ihre Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand *18*

b) Bindung der EGMR-Rechtsprechung *20*

c) Legitimation des EGMR und die „margin of appreciation"-Doktrin *22*

d) EGMR und Unionsrecht *26*

2) Geschütztes Familienleben gem Art 8 EMRK bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten 27

a) Begriff und Schutzbereich des Familienlebens gem Art 8 EMRK *27*

b) Von Art 8 EMRK geschützte familiäre Konstellationen im Überblick *29*

i) Rechtlich formalisierte Beziehungen von Paaren 29

ii) Lebensgemeinschaft von Paaren 31

iii) Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehe 32

iv) Mehrehe 33

v) Beziehung zwischen Eltern und Kindern 34

vi) Weitere familiäre Verhältnisse und Abhängigkeit von Familienmitgliedern 38

c) Beschränkung des Schutzbereichs von Familienleben bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten? *40*

d) Zwischenfazit *43*

3) Positive Verpflichtung zur „Achtung" des Familienlebens gem Art 8 EMRK 45

a) Allgemeines *45*

b) Erste Entwicklungen zur Anerkennung positiver Verpflichtungen zur Familienzusammenführung bzw Legalisierung *48*

c) Positive Verpflichtung zur Gewährung des Aufenthalts von Familienmitgliedern nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung *52*

d) Maßgebliche Abwägungskriterien *54*

i) Tatsächliche Auswirkungen auf das Familienleben 54

ii) Bestehen unüberwindbarer bzw wesentlicher Hindernisse 55

iii) Umstände und Dauer der Unterbrechung des Familienlebens 58

iv) Kindeswohl 60

v) Bindung zum und Situation im Herkunfts- und Aufnahmestaat 65

vi) Migrationsrechtliche Erwägungen und Verstöße gegen die öffentliche Ordnung 67
vii) Umstände zum Zeitpunkt der Begründung des Familienlebens 69
e) Zwischenfazit 69
4) Prozeduralisierung der EMRK und Bedeutung für die Verpflichtungen gem Art 8 EMRK 72
a) Allgemeines 72
b) Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK 74
c) Zwischenfazit 79
5) Erweiterung von positiven Verpflichtungen zur Achtung des Familienlebens durch gleichheitsrechtliche Anforderungen gem Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK 81
a) Allgemeines 81
b) Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung gem Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK 84
i) Vorbemerkungen 84
ii) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts 86
iii) Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung 87
iv) Diskriminierung aufgrund der nationalen oder ethnischen Herkunft 90
v) Diskriminierung aufgrund des Aufenthaltsstatus – Art des Aufenthaltsrechts (und Zeitpunkt der Eheschließung) 93
vi) Diskriminierung aufgrund des Aufenthaltsstatus – Zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten 95
c) Zwischenfazit 99

C) Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung im europäischen Mehrebenensystem der Grundrechte 101
1) Vorbemerkungen 101
2) Die EMRK im Unionsrecht 102
a) Grundrechtsschutz in der EU und Verhältnis zur EMRK 102
b) Vergleich der relevanten Konventions- und Chartarechte 105
i) Das Recht auf Achtung des Familienlebens 105
ii) Kindeswohl 107
iii) Diskriminierungsverbot und allgemeiner Gleichheitssatz 108
3) Bedeutung der EMRK und der GRC in der österreichischen Rechtslage 109
a) Konventionsrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte 109
b) Verhältnis von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten und Unionsgrundrechten im Anwendungsbereich des Unionsrechts 111
c) Besondere Bedeutung des innerstaatlichen Gleichheitssatzes 113

D) Fazit – Grundrechtliche Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext 115

IV) Aufenthaltsrechte für Familienangehörige im asylrechtlichen Kontext – Geltende Rechtslage 120

A) Vorbemerkungen 120
1) Eine Untersuchung in Phasen 120
2) Rechtliche Anerkennung von Familienangehörigen 123

B) Phase 1: Ermittlung des zuständigen Mitgliedstaates 125
1) Vorbemerkungen zur Anwendung der Dublin-III-VO und der Bedeutung von Familie 125
a) Allgemeines 125
b) Anwendung der Zuständigkeitskriterien 127
c) Anwendung der Verfahrensvorschriften 127
2) Familienbegriff und Schutz des Familienlebens durch Zuständigkeit 128
a) Familienangehörige iSd Dublin-III-VO 128
b) Verwandte iSd Dublin-III-VO 132
c) Familienbezogene Zuständigkeitskriterien 134
i) Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen 134
ii) Zuständigkeit für Minderjährige ohne familiäre Bezugsperson im Hoheitsgebiet der MS 138

iii) Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS ... 138
iv) Gemeinsame Verfahrensführung ... 141
d) Sonderbestimmungen zur Zuständigkeit ... 144
i) Vorbemerkungen ... 144
ii) Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen ... 145
iii) Zuständigkeit durch Selbsteintritt und Ersuchen – Zwischen Ermessen und Pflicht ... 148
e) Zwischenfazit ... 150
3) Grundrechtliche Beurteilung der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 1: Ermittlung des zuständigen Mitgliedstaates ... 152
a) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 1 mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK ... 152
i) Familienangehörige per Definition ... 152
ii) Erweiterter Kreis von familiären Bezugspersonen für unbegleitete Minderjährige ... 153
iii) Erweiterter Kreis von familiären Bezugspersonen durch die Zuständigkeit bei Abhängigkeitsverhältnissen ... 155
iv) Wahrung von Art 8 EMRK durch Selbsteintritt ... 156
v) Interessenabwägung für die Beurteilung einer Pflicht zum Selbsteintritt bzw Ersuchen eines MS ... 157
vi) Ergebnis ... 158
b) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 1 mit den gleichheitsrechtlichen Anforderungen ... 159
i) Voraussetzung des Bestehens der Familie im Herkunftsstaat ... 159
ii) Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften ... 162
iii) Rechtmäßiger Aufenthalt ... 164
iv) Art des Aufenthaltsrechtes ... 166
v) Beachtung von Indizien nach der Sachverhaltsversteinerung ... 168
vi) Ergebnis ... 169
c) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 1 mit den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK ... 170
i) Entscheidungsfindungsprozess ... 170
ii) Ergebnis ... 173
4) Relevante Rechtschutzfragen ... 174
a) Rechtsbehelf gegen Überstellungsentscheidung ... 174
b) Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines (Wieder-)Aufnahmegesuchs eines unbegleiteten Minderjährigen ... 175
c) Genereller Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines (Wieder-)Aufnahmegesuchs? ... 177
d) Bedeutung der jüngsten EuGH-Rechtsprechung und offene Rechtsfragen ... 179
5) Fazit und abschließende Bemerkungen zur Phase 1: Ermittlung des zuständigen Mitgliedstaates ... 182

C) Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland ... 184
1) Grundlegende Vorgaben nach der Status-RL ... 184
a) Inhalt von internationalem Schutz nach der Status-RL ... 184
b) Familienangehörige iSd Status-RL ... 185
2) Aufenthaltstitel für Familienangehörige nach der innerstaatlichen Rechtslage unter Beachtung des Unionsrechts ... 188
a) Innerstaatliche Umsetzung des Familienangehörigenbegriffs ... 188
i) Familienangehörige iSd AsylG 2005 ... 188
ii) Unionsrechtskonformität der Definition von Familienangehörigen gem § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 ... 191
b) Grundsätze des Familienverfahrens ... 192
c) Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit ... 195
d) Ausschluss vom Familienverfahren ... 196
e) Individuelle Prüfung der Anträge auf internationalen Schutz im Familienverfahren ... 198
f) Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienverfahren ... 200

3) Grundrechtliche Beurteilung der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht ... 204
a) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 2 mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK ... 204
i) Familienangehörige per Definition ... 204
ii) Aufenthaltsrecht für weitere familiäre Bezugspersonen im Zusammenhang mit einem AaiS ... 205
iii) Aufenthaltsrecht aufgrund von familiären Bezugspersonen ohne Zusammenhang mit dem AaiS ... 210
iv) Ergebnis ... 211
b) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 2 mit den gleichheitsrechtlichen Anforderungen ... 212
i) Differenzierung zwischen „originärem" und „abgeleitetem" Status von internationalen Schutzberechtigten ... 212
ii) Ergebnis ... 214
4) Ausblick auf die Status-VO ... 214
a) Familienangehörigenbegriff iSd Status-VO ... 214
b) Aufenthaltstitel für Familienangehörige - Familienverfahren ... 217
5) Fazit und abschließende Bemerkungen zur Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland 218

D) Phase 3: Familienzusammenführung ... 220
1) Grundlegende Vorgaben nach der Familienzusammenführungs-RL ... 220
a) Allgemeines ... 220
b) Familienangehörige iSd Familienzusammenführungs-RL ... 224
i) Allgemeiner Familienangehörigenbegriff iSd Familienzusammenführungs-RL ... 224
ii) Besondere Anforderungen an den Familienangehörigenbegriff von asylberechtigten Ankerpersonen ... 226
2) Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten nach der innerstaatlichen Rechtslage unter Beachtung des Unionsrechts ... 229
a) Allgemeines ... 229
b) Familienangehörige, die zur Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 berechtigt sind 230
c) Verfahren zur Familienzusammenführung ... 232
d) Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit ... 234
i) Zwei Fallkonstellationen ... 234
ii) Elternteil beantragt Familienzusammenführung zu asylberechtigtem Kind ... 234
iii) Kind beantragt Familienzusammenführung zu asylberechtigtem Elternteil ... 237
iv) Familienzusammenführung nach dem NAG ... 239
v) Folgeprobleme durch den Verweis ins NAG ... 243
e) Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienzusammenführung ... 246
3) Grundrechtliche Beurteilung der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 3: Familienzusammenführung ... 248
a) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 3 mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK ... 248
i) Familienangehörige per Definition ... 248
ii) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK als Lösung? ... 250
iii) Ergebnis ... 252
b) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 3 mit den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK ... 253
i) Wartefrist und individuelle Prüfung ... 253
ii) Entscheidungsfindungsprozess ... 255
iii) Ergebnis ... 257
c) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 3 mit den gleichheitsrechtlichen Anforderungen ... 257
i) Unterschiedliche Behandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung ... 257

ii) Differenzierung zwischen eingetragenen Partner:innen und verheirateten Paaren 260
iii) Differenzierung zwischen verheirateten und unverheirateten Minderjährigen 262
iv) Ergebnis 264
4) Fazit und abschließende Bemerkungen zur Phase 3: Familienzusammenführung 265

E) Fazit – Aufenthaltsrecht für bestimmte Familienangehörige im asylrechtlichen Kontext nach der geltenden Rechtslage 268
1) Lehren aus einer Phase für die anderen? 268
2) Grundrechtskonforme Migrationssteuerung durch Aufenthaltsrechte für bestimmte Familienangehörige? 272
3) Weitere Erkenntnisse 278

V) Schlussbetrachtung 280

VI) Verzeichnisse 283

A) Literaturverzeichnis 283

B) Judikaturverzeichnis 300
1) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 300
2) Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) 304
3) Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) (inkl Schlussanträge) 305
4) Verfassungsgerichtshof (VfGH) 307
5) Verwaltungsgerichtshof (VwGH) 309
6) Bundesverwaltungsgericht (BVwG) 313
7) Andere Gerichte 313

C) Internetquellen 313

VII) Abstract (Deutsch und Englisch) 316

Abkürzungsverzeichnis

2. ZP-EMRK	Protokoll Nr 2 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
4. ZP-EMRK	Protokoll Nr 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind, BGBl 1969/434 (StF)
7. ZP- EMRK	Protokoll Nr 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1988/628 idF BGBl III 2006/110
12. ZP-EMRK	Protokoll Nr 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
15. ZP-EMRK	Protokoll Nr 15 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Genehmigung BGBl I 2017/112)
aA	andere Ansicht
AaiS	Antrag auf internationalen Schutz
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 1811/946 idF BGBl I 2024/33
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AIDA	Asylum Information Database
Art	Artikel
Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament)	Amendments by the European Parliament to the Commission proposal Regulation (EU) 2024/… of the European Parliament and the Council of … on asylum and migration management, amending Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing Regulation (EU) No 604/2013, 3. 4. 2024, A9-0152/473
Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission)	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
AsylG 1991	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1991), BGBl 1 1992/8 (StF)
AsylG 1997	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997), BGBl I 1997/76 (StF)
AsylG 2005	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005), BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2022/221

Aufnahme-RL	RL 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 (Neufassung), ABL L 2013/180, 96
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl 1991/51 idF BGBl I 2023/88
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl I 2024/5
BFA	Bundesamt für Fremden- und Asylwesen
BFA-VG	Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz), BGBl I 2012/87 idF BGBl I 2023/167
BGBl	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage/n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVG Kinderrechte	Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I 2011/4 (StF)
BVG-RD	Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung, BGBl 1973/390 (StF)
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
COM	European Commission
Daueraufenthalts-RL	RL 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl L 2004/16, 44
Doc	Document
dtBVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Deutschland)
Dublin-II-VO (alt)	VO (EG) 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl L 2003/50, 1
Dublin-III-VO	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 (Neufassung), ABl L 2013/180, 31
Dublin-IV-VO	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates 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), COM(2016) 270 final
ECHR	European Convention on Human Rights oder European Court of Human Rights
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EL	Ergänzungslieferung
EMN	European Migration Network
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210 idF BGBl III 2023/171
endg	endgültig
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
Erk	Erkenntnis
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund/gründe
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
Eur. J. Migr. Law	European Journal of Migration and Law
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWR-Abkommen	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) samt Beilagen, BGBl 1993/909 idF BGBl III 2012/46
f	und der/die folgende
FABL	Fremden- und Asylrechtliche Blätter
Familienzusammenführungs-RL	RL 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl L 2003/251, 12
ff	fortfolgend
FN	Fußnote(n)

FPG	Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005), BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2022/202
FrÄG 2017	Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GEAS	Gemeinsames Europäisches Asylsystem
gem	gemäß
GFK	Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 1955/55 idF BGBl III 2022/27
GG	Grundgesetz
GK	Große Kammer
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Konsolidierte Fassung), ABl C 2016/202, 389
GS	Gedenkschrift
Hrsg	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts
IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
iFamZ	Fachzeitschrift für Familienrecht
ILGA	International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association
insb	insbesondere
inkl	inklusive
IRO	International Refugee Organisation
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JGS	Justizgesetzsammlung
JZ	Juristenzeitung
K	Kommentar

Kap	Kapitel
KOM	Europäische Kommission
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 7/1993
migraLex	Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht
MS	Mitgliedstaat/en
mwN	mit weiteren Nachweisen
NAG	Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz), BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2023/175
NLMR	Newsletter Menschenrechte
no	Number
Nr	Nummer
ÖGKJP	Österreichische Gesellschaft für Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie
ÖJT	Österreichischer Juristentag
österr	österreichisch/e/es/er
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RGBl	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
S	Satz
SA	Schlussanträge
SDÜ	Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, BGBl III 1997/90 (StF)
sog	sogenannt/e/r
Status-RL	RL 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 (Neufassung), ABl L 2011/337, 9

Status-RL 2004 (alt)	RL 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L 2004/304, 12
Status-VO (Standpunkt Parlament)	Amendments by the European Parliament to the Commission proposal Regulation (EU) 2024/… of the European Parliament and of the council of … on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted, amending Council Directive 2003/109/EC and repealing Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council, 26. 3. 2024, A8-0245/178
Status-VO (Vorschlag Kommission)	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates 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 Anspruch auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes sowie zur Änderung der Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, COM(2016) 466 final
StF	Stammfassung
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl 1867/142 idF BGBl 1988/684
ua	und andere
UAbs	Unterabsatz
UN	United Nations
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
Unionsbürger-RL	RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl L 2004/158, 77
Verfahrens-RL	RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl L 2013/180, 60
Verfahrens-VO	Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines gemeinsamen Verfahrens zur Gewährung internationalen Schutzes in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU, COM (2020) 611 final
Vertrag von Lissabon	Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ABl C 2007/306, 1
Vertrag von Maastricht	Vertrag über die Europäische Union ABl C 1992/191, 1

Vertriebenen-Verordnung	Verordnung der Bundesregierung über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für aus der Ukraine Vertriebene, BGBl II 2022/92 idF BGBl II 2023/27.
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
VG	Verwaltungsgericht (Deutschland)
vgl	vergleiche
VO	Verordnung (im Sinne des Unionsrechts)
Vorschlag der Kommission zur Status-RL 2004 (alt)	Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, KOM(2001) 510 endg, C 51 E/327
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WV	Wiederverlautbarung
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge BGBl 1980/40 idF BGBl III 2020/175
Z	Ziffer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZP	Zusatzprotokoll/e

I) Einleitung

A) Problemaufriss

„Familie“ hat die unterschiedlichsten Erscheinungsformen, die beeinflusst sind von gesellschaftlichen Strukturen, ökonomischen Verhältnissen, Religion oder etwa kulturellen Umständen.[1] Dabei unterliegt das Familienverständnis einem ständigen Wandel: So ist in Westeuropa seit den 1950er-Jahren das Familienverständnis stark dominiert von der „bu¨gerlichen Kleinfamilie“, bestehend aus einem verheirateten, heterosexuellen Paar und deren Kindern.[2] In Vergessenheit geraten ist beispielsweise das vorindustrielle Verständnis von der Familie als „ganzes Haus“, zu dem nicht nur Blutsverwandte, sondern jede dem Haus dienende Person zählte.[3] Die bu¨gerliche Kleinfamilie, die nach wie vor als „Idealvorstellung“ präsent ist, wird faktisch immer weniger gelebt: Immer weniger Menschen heiraten; immer mehr Kinder werden außerhalb einer verehelichten Beziehung geboren.[4] Es bestehen ferner offene Beziehungen, gleichgeschlechtliche Paarbeziehungen sowie unverheiratete Paarbeziehungen mit getrennten Haushalten, und innerhalb der Gesamtbiografie einer Person können sich die gelebten Familien- bzw Lebensformen wandeln.[5]

Die Vielfalt unterschiedlicher Familienformen wird noch deutlicher, wenn der Blick auf andere Regionen dieser Welt erweitert wird: So finden sich etwa in Afrika und Asien unterschiedlich stark ausgeprägte Formen von Polygamie sowie Großfamilien, in denen mehrere Generationen eng zusammenleben und die ökonomisch, sozial und emotional stark verbunden sind.[6] Gerade bei Großfamilien, mit einem erweiterten, über die Kleinfamilie hinausgehenden Familienverständnis sind andere familiäre Bezugspersonen für Kinder häufig genauso wichtig wie die biologischen Eltern.[7] Kindspflegschaft, bei der Eltern ihre Kinder Verwandten übergeben, ist in einigen Teilen

[1] *Draghici*, The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law. `Living Instrument' or Extinguished Sovereignty? (2017) 26; *J. Martin/Alber*, Familie in Afrika, in *Arránz Becker/Hank/Steinbach* (Hrsg), Handbuch Familiensoziologie[2] (2023) 263 (279); *Schneider*, Familie in Westeuropa, in *Arránz Becker/Hank/Steinbach* (Hrsg), Handbuch Familiensoziologie[2] (2023) 157 (158).

[2] *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel[9] (2019) 2, 11, 15; vgl auch *J. Martin/Alber* in *Arránz Becker/Hank/Steinbach*[2] 263 (268).

[3] *Mautner*, Ehe und Familie für alle? Die sexuelle Orientierung als zivilrechtliches Problem (2018) 15ff mwN; *Rogalla*, Der Schutz von Ehe und Familie in der Europäischen Grundrechtecharta (2017) 20ff mwN.

[4] Vgl *Spalding*, Where Next After Coman? Eur. J. Migr. Law 2019, 117 (124); *Eurostat*, Marriage and divorce statistics, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#A_rise_in_births_outside_marriage (abgefragt am 30. 4. 2024); dabei wandelt sich vermehrt das Verständnis von Ehe als Wirtschaftsgemeinschaft zur Ehe als Lebensmodell; vgl *Uerpmann-Wittzack*, § 11 Ehe und Familie, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 509 (Rz 8).

[5] *Peuckert*, Familienformen[9] 18ff.

[6] *Draghici*, Legitimacy 26; *J. Martin/Alber* in *Arránz Becker/Hank/Steinbach*[2] 263 (273ff, 277f) mwN; *Nam*, Familie in Asien, in *Arránz Becker/Hank/Steinbach* (Hrsg), Handbuch Familiensoziologie[2] (2023) 299 (304).

[7] *van Bueren*, The International Law on the Rights of the Child (1995) 68f.

Westafrikas gängige Praxis.[8] Hier wie dort ist das Familienverständnis nicht starr: So weisen beispielsweise Japan oder Südkorea einen Trend von der Groß- zur Kleinfamilie auf.[9] In Nigeria gibt es etwa Belege über anerkannte Eheformen zwischen Frauen aus vorkolonialen Zeiten;[10] heute steht Homosexualität in Nigeria unter Strafe.[11] Aufgrund der Vielfalt und dem stetigen Wandel des Familienverständnisses kennt selbst die Soziologie keine einheitliche Definition von Familie.[12]

Der EGMR teilt den Befund, dass die „Familie" nicht abschließend definierbar ist: Die Institution Familie beruht auch seiner Ansicht nach auf keinem fixierten Verständnis – weder historisch noch soziologisch noch rechtlich.[13] Der Kreis an familiären Bezugspersonen, die vom Schutzbereich des Rechtes auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK potenziell erfasst sein können, ist dementsprechend zunächst groß.

Im Kontrast dazu definieren viele unionsrechtliche sowie nationale migrationsrechtliche Bestimmungen den Begriff von Familienangehörigen: Sie legen einen abschließenden Personenkreis von Familienangehörigen im Wege einer Legaldefinition fest, wobei nur diesen bestimmten Familienangehörigen eine begünstigte aufenthaltsrechtliche Stellung zukommt. Dieser bestimmte Familienangehörigenbegriff beschränkt sich häufig auf die „Kernfamilie" – also Ehegatt:innen und ihre minderjährigen Kinder.[14] Dass sich der beschränkte Familienangehörigenbegriff von migrationsrechtlichen Bestimmungen oftmals nicht mit dem subjektiven bzw kulturellen Familienverständnis von Normadressat:innen deckt, liegt nahe.[15]

Der beschränkte Familienangehörigenbegriff dient der vom Staat oftmals angestrebten Migrationssteuerung[16]: Wenn einer Person ein Aufenthaltsrecht erteilt wird, soll dies nicht dazu

---

[8] *J. Martin/Alber* in *Arránz Becker/Hank/Steinbach*[2] 263 (275, 283ff) mwN; die insb den Wandel der Kindspflegschaftspraxis in Nordbenin analysieren.
[9] *Nam* in *Arránz Becker/Hank/Steinbach*[2] 299 (305).
[10] *Msibi*, The Lies We Have Been Told: On (Homo) Sexuality in Africa, Africa Today 2011, 55 (65); wobei teilweise in der Art der Eheform eine Aufrechterhaltung des Patriarchats gesehen wird; vgl *Nwoko*, Female Husbands in Igbo Land, The Journal of Pan African Studies 2012, 69.
[11] *Amusan/Saka/O. Adekeye*, Gay Rights and the Politics of Anti-homosexual Legislation in Africa: Insights from Uganda and Nigeria, Journal of African Union Studies 2019, 45 (53ff); *ILGA*, Criminalisation of consensual same-sex sexual acts, https://database.ilga.org/criminalisation-consensual-same-sex-sexual-acts (abgefragt am 30. 4. 2024).
[12] *Cienfuegos/Therborn*, Families in Latin America, in *Arránz Becker/Hank/Steinbach* (Hrsg), Handbuch Familiensoziologie[2] (2023) 241 (242).
[13] EGMR 1. 2. 2000, 34406/97, *Mazurek/Frankreich* Rz 52; vgl *Draghici*, Legitimacy 26; *Lambert*, Family unity in migration law: the evolution of a more unified approach in Europe, in *Chetail/Bauloz* (Hrsg), Research handbook on international law and migration (2014) 194 (201).
[14] Vgl *Bonjour/Cleton*, Co-constructions of family and belonging in the politics of family migration, in *Carmel/Lenner/Paul* (Hrsg), Handbook on the Governance and Politics of Migration (2021) 161 (164ff), siehe ausführlich die Untersuchung in Teil IV).
[15] Vgl *Stevens*, Asylum-seeking families in current legal discourse: a UK perspective, Journal of Social Welfare and Family Law 2010, 5 (6); *Welfens/Bonjour*, Families First? The Mobilization of Family Norms in Refugee Resettlement, International Political Sociology 2021, 212 (224).
[16] Fu¨ eine ausfu¨h liche Auseinandersetzung mit dem Begriff „Migrationssteuerung" siehe *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung (2011) 7ff.

führen, dass unbeschränkt Familienmitglieder nachziehen können und diesen ebenso ein Aufenthaltsrecht zu erteilen ist. Gleichzeitig soll es aufenthaltsberechtigten Personen unter gewissen Voraussetzungen möglich sein, das Familienleben zumindest mit den nächsten Angehörigen nach dem westeuropäischen Verständnis[17] aufrechtzuerhalten.

Asylrecht sowie Familienmigration sind politisch sensibel.[18] Unterschiedliche politische, gesellschaftliche sowie persönliche Ansichten reihen sich rund um die Familienmigration generell sowie um Aufenthaltsrechte für Familienangehörige im asylrechtlichen Kontext: Einerseits schürt die Familienmigration Ängste: Angst vor Multikulturalismus, Belastungen des Sozialsystems, potenziellen Sicherheitsrisiken und mangelnder Integration.[19] Aktuell bringt der Familiennachzug von Kindern das Wiener Schulsystem an seine Grenzen:[20] Ein Beispiel, das zeigt, wie vielfältig die staatlichen Belastungen durch Familienzusammenführung sind. Gleichzeitig wird die Möglichkeit, mit der Familie an einem Ort zu sein, auch als ein die Integration begünstigender Faktor gesehen.[21] Die Wiederherstellung oder Aufrechterhaltung der familiären Einheit wird häufig als fundamentales Bedürfnis von Asylsuchenden identifiziert und die familiäre Einheit als sicherheitsspendender Aspekt betrachtet.[22] Unter dem Blickwinkel, dass asylsuchende Personen gleichzeitig notwendige Arbeitskräfte sein können, können sie auch als Chance für die Stärkung des Wirtschafts- und Sozialsystems gesehen werden.[23] Familie ist zudem ein Hauptfaktor für Sekundärmigration innerhalb der EU, also für Fälle, in denen Personen in einem MS einen Antrag auf internationalen

[17] Vgl *Bonjour/Cleton* in *Carmel/Lenner/Paul* 161 (168).
[18] Vgl *De Somer/Vink*, 'Precedent' and fundamental rights in the CJEU's case law on family reunification immigration, in *Neuhold/Vanhoonacker* (Hrsg), Dynamics of institutional cooperation in the European Union: Dimensions and effects (2015) 3 (7); allgemein gilt die Einwanderungs- und Aufenthaltskontrolle als sensible Materie, vgl auch Punkt III) B) 1) c) – *Legitimation des EGMR und die „margin of appreciation"-Doktrin*.
[19] *Bonjour/Hart*, A proper wife, a proper marriage: Constructions of 'us' and 'them' in Dutch family migration policy, European Journal of Women's Studies 2013, 61 (62); *Kraler*, A Liberal Paradox: Expanding Rights, Reducing Access? in *Geisen/Studer/Yildiz* (Hrsg), Migration, Familie und Gesellschaft (2014) 357; *Pöschl*, Migration und Mobilität. 19. ÖJT Band I/1 (2015) 102, 143, 146.
[20] *Kurier*, Wie der Familiennachzug Pflichtschulen und Lehrer in Wien überfordert, https://kurier.at/chronik/oesterreich/wie-der-familiennachzug-pflichtschulen-und-lehrer-in-wien-ueberfordert/402840646 (Stand 2. 4. 2024); *Orf.at*, Familiennachzug bringt Schulen in Bedrängnis, https://wien.orf.at/stories/3250676/ (Stand 26. 3. 2024).
[21] *Jastram/Newland*, Family unity and refugee protection, in *Feller/Turk/Nicholson* (Hrsg), Refugee protection in international law (2003) 555 (558); *Kohlenberger/Rengs/Buber-Ennser*, Nuclear family and social capital of refugees in Austria, International Migration 2023, 220 (222) mwN; *Pöschl*, Migration 147; ErwGr 4 Familienzusammenführungs-RL.
[22] *AIDA/ECRE*, Not there yet: Family reunification for beneficiaries of international protection (2023) 5; *Hathaway*, The Rights of Refugees under International Law (2021) 664; *Jastram/Newland* in *Feller/Turk/Nicholson* 555 (556ff); *Kohlenberger/Rengs/Buber-Ennser,* International Migration 2023, 220 (222, 233ff) mwN; *Welfens/Bonjour,* International Political Sociology 2021, 212 (219); vgl auch bereits *Bauer*, Die Rechtsstellung von Familien und Kindern auf der Flucht, in *Bauer/Baumgartl* (Hrsg), 70 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention - altbewährt? (2021) 27 (30f).
[23] *Pöschl*, Migration 102, 143ff, 146ff, 160f.

Schutz (AaiS) stellten, aber schließlich in einen anderen MS weiterzogen – ein Phänomen, dessen Bekämpfung sich die EU zum Ziel gesetzt hat.[24]

Dem allgemeinen Grundsatz nach ist es das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen[25] zu kontrollieren[26] – und somit das Recht des Staates, die zuvor genannten unterschiedlichen Ansichten zu gewichten und zu entscheiden, ob und – wenn ja – welche familiäre Bezugspersonen unter welchen Voraussetzungen aufenthaltsrechtlich begünstigt werden. Durch völkerrechtliche sowie unionsrechtliche Verpflichtungen hat dieser Grundsatz aber seine Absolutheit eingebüßt.[27] So verpflichten sich etwa die Vertragsstaaten der GFK dazu, Personen, die individuell aus bestimmten Fluchtgründen verfolgt werden und Schutz suchen, aufzunehmen und den Aufenthalt zu gewähren. Der EGMR geht wiederum in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK zur positiven Verpflichtung führen kann, familiären Bezugspersonen die Einreise und den Aufenthalt zu gewähren.[28] Beide völkerrechtlichen Verträge wirken sich auf das Unionsrecht aus und mittlerweile bestehen zudem genuin unionsrechtliche Anforderungen, wann die MS die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen einschließlich Schutzsuchender und ihren Familienangehörigen zu gewähren haben.

B) Forschungsfrage, Gang der Untersuchung und Methodik

Da das Konzept „Familie“ mit ihren vielen unterschiedlichen Erscheinungsformen schwer erfassbar erscheint, ist die vorliegende Arbeit von folgender Forschungsfrage geleitet: Inwieweit ist die abschließende Definition von Familienangehörigen, wobei nur diesen bestimmten Personen aufgrund ihrer Familienangehörigeneigenschaft eine aufenthaltsrechtliche Begünstigung zukommt, mit den grundrechtlichen Anforderungen nach der EMRK im asylrechtlichen Kontext vereinbar?

Die Untersuchung nimmt den asylrechtlichen Kontext aufgrund der Annahme in den Blick, dass in Fällen, in denen unfreiwillig der Herkunftsstaat verlassen werden musste, die Intensität der

[24] *Martino*, Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, ZfRV 2017, 196-212 (205, 209); *Thym*, Secondary Movements: Improving Compliance and Building Trust among the Member States? in *Thym/Odysseus Academic Network* (Hrsg), Reforming the common European asylum system (2022) 129 (133ff); COM(2016) 466 final 4f.

[25] Als „Drittstaatsangehörige“ werden im Rahmen dieser Arbeit jene Personen bezeichnet, die keine Unionsbürger:innen iSv Art 9 EUV und Art 20 AEUV sowie keine Staatsangehörige der am EWR-Abkommen beteiligten Staaten sind.

[26] Vgl etwa *Farahat/Markard*, Flüchtlingssteuerungsrecht: Auf der Suche nach der verlorenen Souveränität, in FS Barwig (2018) 325 mwN; *Hruschka* in GFK (2022) Einleitung Rz 1; *Thym*, European Migration Law (2023) 123 mwN.

[27] *Bast*, Aufenthaltsrecht 177; *Pöschl*, Zusammenfassung des Gutachtens, in *19. ÖJT* (Hrsg), Migration und Mobilität (2016) 17; *Walter*, Familienzusammenführung in Europa: Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht, nationales Recht (2009) 74, 80, 391.

[28] Zur GFK sowie der EMRK und deren Einfluss auf die Souveränität der Staaten bei der Einreisekontrolle, siehe Teil II) – *Beschränkungen des souveränen Rechts des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren*.

grundrechtlichen Vorgaben stärker[29] und dadurch das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, weiter eingeschränkt ist. „Asylrechtlicher Kontext" ist in dieser Arbeit weit iSd GEAS zu verstehen und meint generell Personen, die internationalen Schutz suchen – sei es aufgrund einer individuellen Verfolgung aus den Gründen nach der GFK oder aufgrund einer allgemeinen Gefährdungssituation im Herkunftsstaat.

Wie schon der Problemaufriss zeigte, steht das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, im Hintergrund der Forschungsfrage. Deshalb gilt es in einem ersten Schritt (Teil II)) die Beschränkungen dieses Grundsatzes durch völkerrechtliche und unionsrechtliche Verpflichtungen und somit Beschränkungen des staatlichen Gestaltungsspielraums mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand überblicksmäßig darzustellen.

Der Teil III) widmet sich den grundrechtlichen Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext. Dabei fokussiert sich die Untersuchung auf die Judikatur des EGMR: Von dieser gehen wesentliche Grundsätze aus, inwieweit es das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK erfordern kann, Familienmitgliedern von Personen, die sich bereits in einem Konventionsstaat aufhalten, die Einreise und den Aufenthalt zu gewähren.

Dafür ist zunächst zu untersuchen, wann der EGMR von einer Familie und einem geschützten Familienleben iSv Art 8 EMRK ausgeht. Sodann gilt es zu beurteilen, welche grundrechtlichen Anforderungen, konkret positive Verpflichtungen, gem Art 8 EMRK an die Einreise und den Aufenthalt von Familienmitgliedern bestehen. Da der EGMR Einzelfallentscheidungen trifft, in der insbesondere im aufenthaltsrechtlichen Bereich oftmals klare Rechtsprechungslinien fehlen,[30] erfolgt für diese Beurteilung eine Judikaturanalyse: Im Rahmen dieser sind Kriterien zu identifizieren und zu beleuchten, die der EGMR regelmäßig zur Abwägung heranzieht, ob Familienmitgliedern aufgrund von Art 8 EMRK die Einreise und ein Aufenthaltsrecht zu erteilen ist.[31]

Prozedurale Anforderungen gem Art 8 EMRK, die der EGMR an Gesetzgebungs- und Entscheidungsfindungsprozesse stellt, wirken sich darauf aus, wie ein etwaiges Recht auf Einreise und Aufenthalt von Familienmitgliedern zu beurteilen bzw auszugestalten ist; deshalb sind auch diese zu untersuchen. Weiters ist Art 8 EMRK gemeinsam mit dem Diskriminierungsverbot gem Art 14 EMRK in den Blick zu nehmen: Dabei interessiert, welche gleichheitsrechtlichen Anforderungen gem Art 14 iVm Art 8 EMRK einzuhalten sind, wenn bestimmte Personengruppen

[29] Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 3.
[30] *Caroni*, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht (1999) 2.
[31] Erste vertiefende Untersuchungen zu diesem Themenkomplex einschließlich einer Kriterienbildung hat bereits *Czech* vorgenommen; siehe *Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017, 229; die Untersuchung baut auf diesen Ergebnissen auf, nimmt aber eine eigene Kriterienbildung vor.

und ihre Familienmitglieder bei der Einreise und dem Aufenthalt gegenüber anderen privilegiert werden.

Innerhalb der Untersuchung der Rechtsprechung des EGMR gilt es zu ermitteln, inwieweit asylrechtliche Erwägungen eine besondere Bedeutung für die grundrechtlichen Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder einnehmen. Abschließend erfolgt eine Darstellung in Teil III), welche Bedeutung die EMRK und deren Auslegung durch den EGMR für das Unionsrecht sowie die österr innerstaatliche Rechtslage hat.

Teil IV) widmet sich der geltenden Rechtslage und deren Vereinbarkeit mit den grundrechtlichen Anforderungen, die in Teil III) ermittelt wurden. Dabei werden jene Rechtsakte untersucht, die den Begriff von Familienangehörigen definieren und diesen Familienangehörigenbegriff mit aufenthaltsrechtlichen Folgen im asylrechtlichen Kontext verknüpfen.[32] Die vorliegende Arbeit interessiert sich für die Ausgestaltung und den Vollzug im österr innerstaatlichen Recht; da die Politikbereiche Asyl und Migration stark unionsrechtlich harmonisiert sind, sind die maßgeblichen innerstaatlichen Bestimmungen bzw der Vollzug von Unionsrechtsnormen durch österr Behörden vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Anforderung zu betrachten und auf ihre Unionsrechtskonformität ebenso zu prüfen.

Innerhalb der geltenden Rechtslage bestehen unterschiedliche Definitionen von Familienangehörigen, die aufenthaltsrechtlich begünstigt werden. Es gilt zu untersuchen, in welchen Verhältnis die unterschiedlichen Definitionen zueinanderstehen und ob die unterschiedlichen Definitionen bzw deren Auslegung sich aufeinander auswirken (können).

Die maßgeblichen Bestimmungen werden durch gängige Methoden[33] und unter Berücksichtigung der einschlägigen Judikatur des EuGH, des VfGH und des VwGH ausgelegt. Dabei geht die Untersuchung davon aus, dass die Legaldefinitionen von Familienangehörigen jene Bestimmungen ergänzen, die den Begriff von „Familienangehörigen“ verwenden und die Legaldefinitionen durch die Verwendung in diesen Bestimmungen normative Geltung entfalten.[34] Um die Vereinbarkeit mit den grundrechtlichen Anforderungen beurteilen zu können, sind die Definitionen von Familienangehörigen folglich im Kontext der jeweiligen Rechtsakte und insbesondere der die

[32] Welche Rechtsakte konkret untersucht werden, wird im Abschnitt IV) A) 1) – *Eine Untersuchung in Phasen* dargestellt.

[33] Siehe etwa *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff[2] (1991 - Nachdruck 2011) 428ff, 472ff, 501ff; *Potacs*, Rechtstheorie (2019) 165ff; *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre[4] (2021) 285ff, 323ff, 351ff, 377ff, 521ff; *Rill*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, 461 (467ff); *Rill*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, 577 (583ff); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre[12] (2022) 430ff, 513ff, 573ff.

[34] *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre[2] 441; vgl VfSlg 17.340/2004; 18.087/2007; VfGH 12. 12. 2016, G 105/2016; vgl bereits *Bauer*, Verfassungs- und unionsrechtskonforme Interpretation des Familienangehörigenbegriffs im NAG durch "Abkoppelung"? migraLex 2022, 34 (34); zu Legaldefinitionen im Kontext von Verfassungsinterpretation siehe auch *Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012) 35ff.

Legaldefinition verwendenden Bestimmungen zu betrachten. Dabei gilt es auch zu ermitteln, inwieweit die geltende Rechtslage Ermessensspielräume lässt, um Familienmitgliedern, die keine Familienangehörige per Definition sind, die Einreise und den Aufenthalt bei entsprechender grundrechtlicher Verpflichtung zu ermöglichen. Generell interessiert, ob und – wenn ja – welche Vorteile die Definition von Familienangehörigen mit sich bringt.

Abgerundet wird die Arbeit in Teil V) durch eine Schlussbetrachtung, in der die wesentlichen Erkenntnisse zusammengefasst werden.

C) Abgrenzung

Die vorliegende Arbeit interessiert sich für grundrechtliche Anforderungen für die erstmalige Gewährung der Einreise und des Aufenthalts aufgrund des Familienlebens mit einer Person, die sich bereits in einem Konventionsstaat[35] aufhält. Darunter fallen auch Konstellationen, in denen sich die Familienmitglieder seit kurzer Zeit bereits in einem Konventionsstaat aufhalten, aber über kein Aufenthaltsrecht verfügen (Legalisierungen).[36] Der EGMR präzisierte diese grundrechtlichen Anforderungen in vergleichsweise jüngerer Rechtsprechung, wobei diese Rechtsprechungsentwicklungen in der Literatur noch weniger behandelt sind.[37]

Nicht Teil dieser Arbeit ist die Aufenthaltsverfestigung nach bereits längerem (rechtmäßigen) Aufenthalt und Art 8 EMRK als Schranke zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen: Zu diesem Aspekt von Art 8 EMRK präzisierte der EGMR seine Rechtsprechung schon zu Beginn der 2000er-Jahre deutlich.[38] In der Rechtsprechungslinie sind bereits klare, als „Boultif-Kriterien" bezeichnete Abwägungskriterien[39] erkennbar, aufgrund derer zu beurteilen ist, ob eine aufenthaltsbeendende Maßnahme iSv Art 8 Abs 2 EMRK verhältnismäßig oder mangels Verhältnismäßigkeit ein „Bleiberecht" aufgrund von Art 8 EMRK zu erteilen ist. Dabei sind neben dem Familienleben Aspekte des Privatlebens, wie etwa die Dauer des Aufenthalts, die Integration, Sprachkenntnisse oder die Arbeitssituation, für die Abwägung bedeutend.[40] Wie die Judikaturanalyse zur

[35] Als Konventionsstaaten werden im Rahmen dieser Arbeit die Vertragsstaaten der EMRK bezeichnet.
[36] Vgl *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (231).
[37] Vgl *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (230); *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 58).
[38] Insb EGMR 2. 11. 2001, 54273/00, *Boultif/Schweiz*; 18. 10. 2006, 46410/99, *Üner/Niederlande*.
[39] Etwa *Feik*, Recht auf Familienleben, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 176 (9/19); *Kunesch/Matti*, Asyl- und Fremdenrecht, in *Aigner/Erlacher/Forster/Friedrichkeit-Lebmann/Frommelt/Holl/Holzer/Huber/Kunesch/Matti/Mittermüller/Reithmayer-Ebner* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht[4] (2023) 189 (268); *Thym*, Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration cases: A Human Right to regularize Illegal Stay? International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (96).
[40] Siehe etwa *Chvosta*, Die Beendigung langjähriger Aufenthalte von Fremden und Art 8 EMRK, in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2022 (2022) 199; *Oswald*, Das Bleiberecht. Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben als Schranke für Aufenthaltsbeendigungen (2012); *Sander*, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (2008).

Rechtsprechung des EGMR in Teil III) zeigen wird[41], ist eine klare Trennung der beiden Themenkomplexe, (Pflicht zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts bzw Legalisierung einerseits und Art 8 EMRK als Schranke zu aufenthaltsbeenden Maßnahmen) nicht immer möglich. Eingriffe in das Familienleben sind in der Regel grundrechtsintensiver als Eingriffe in das Privatleben.[42] Allein aus Gründen des Privatlebens nahm der EGMR bisher keine Verpflichtung zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts nach kurzer Aufenthaltsdauer an.

Im September 2020 präsentiert die Europäische Kommission unter *von der Leyen* das „Neue Asyl- und Migrationspaket".[43] Die durch das Asyl- und Migrationspaket vorgeschlagenen Änderungen betreffen unter anderem Unionsrechtsakte, die Teil des Untersuchungsgegenstandes der vorliegenden Arbeit sind.[44] Im Dezember 2023 trafen die MS eine politische Vereinbarung zu den Änderungsvorschlägen der Kommission.[45] Im April 2024 nahm das Europäische Parlament die Vorschläge mit Änderungen an; der Standpunkt des Rates der Europäischen Union und der Abschluss des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens stehen derzeit noch aus.[46] Da die für die vorliegende Arbeit relevanten Unionsrechtsakte nach dem Standpunkt des Europäischen Parlaments erst zwei Jahre nach dem Inkrafttreten anzuwenden sind[47], konzentriert sich die vorliegende Arbeit weiterhin auf die derzeit geltende Rechtslage. Wesentliche Aspekte der Änderungsvorschläge[48] werden berücksichtigt, und es wird überlegt, inwieweit die Auslegung der derzeitigen Rechtslage sowie die dazu angestellten grundrechtlichen Erwägungen auf die Änderungsvorschläge zu übertragen sind.

---

[41] Siehe Punkt III) B) 3) c) – *Positive Verpflichtungen zur Gewährung des Aufenthalts von Familienmitgliedern nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung*.

[42] Vgl etwa *Oswald*, Bleiberecht 72f; *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509; zum Verhältnis der einzelnen Schutzbereiche ausführlich etwa *Brötel*, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens. Rechtsgrund und Grenzen staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten in familiäre Rechtspositionen nach der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, dargestellt an ausgewählten Beispielen des deutschen Familienrechts (1991) 43ff; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (2002 5. EL) Art 8 EMRK Rz 5 mwN.

[43] COM(2020) 609 final; zu einem guten Teil handelt es sich um eine modifizierte Version der Vorschläge aus den Jahren 2015/16; vgl *Rossi* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar[6] (2022) Art 78 AEUV Rz 7.

[44] Konkret soll die Dublin-III-VO durch die Asyl- und Migrationsmanagement-VO und die Status-RL durch die Status-VO ersetzt werden; die Rechtsakte sind relevant für die Untersuchung in den Kapiteln IV) B) – *Phase 1: Ermittlung des zuständigen Mitgliedstaates* und IV) C) – *Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland*.

[45] *European Commission,* A new Pact on Migration and Asylum – State of Play, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_23_1850 (abgefragt am 30. 4. 2024).

[46] *European Parliament,* Procedure file – Asylum and migration management, https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020%2f0279(COD) (abgefragt am 30. 4. 2024); *European Parliament,* Procedure file – Qualification Directive, https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016%2f0223(COD) (abgefragt am 30. 4. 2024); zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren siehe Art 294 AEUV.

[47] Art 85 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament); Art 42 Status-VO (Standpunkt Parlament.

[48] Sofern generelle Aussagen zu den geplanten Änderungen der Unionsrechtsakte sowohl auf den Vorschlag der Kommission als auch auf den Standpunkt des Parlaments zutreffen, wird allgemein auf die geplanten Rechtsakte verwiesen; Unterschiede des Vorschlags der Kommission und des Standpunktes des Parlaments werden ausgewiesen.

II) Beschränkungen des souveränen Rechts des Staates, die Einreise und den Aufenthalt Drittstaatsangehöriger zu kontrollieren

A) Völkerrechtliche Vorgaben

1) Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)

Wie bereits in der Einleitung vorweggenommen, hat die GFK das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt Drittstaatsangehöriger zu kontrollieren, beschränkt:[49]

Aufgrund des non-refoulement-Gebotes gem Art 33 GFK ist es den Vertragsstaaten untersagt, Flüchtlinge iSd GFK in ein Gebiet aus- oder zurückzuweisen, wo ihnen Verfolgung droht. Aus dem non-refoulement-Gebot ergibt sich, dass die Vertragsstaaten Flüchtlingen so lange den Aufenthalt auf ihrem Staatsgebiet zu gewähren haben, so lange ihr Schutzbedarf nicht ausgeschlossen ist.[50]

Flüchtling ist gem Art 1 A Z 2 GFK, wer sich aus wohlbegründeter Furcht, aus Gründen der „Rasse“[51], Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung verfolgt zu werden, außerhalb seines Herkunftsstaates befindet und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen. Aus denselben Gründen sind staatenlose Personen Flüchtlinge iSd GFK, die sich außerhalb des Landes ihres gewöhnlichen Aufenthalts befinden. Sobald eine Person diese Voraussetzungen erfüllt, ist sie Flüchtling iSd GFK; die Rechte, die mit der Flüchtlingseigenschaft einhergehen, sind ab diesen Zeitpunkt zu gewähren. Die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft durch eine staatliche Behörde hat lediglich deklaratorischen Charakter.[52]

---

[49] Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 107; zur Entstehung des internationalen Flüchtlingsschutzes und der Rolle des Souveränitätsprinzips siehe etwa *Davy*, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht. Völkerrechtliche Bindungen staatlicher Schutzgewährung, dargestellt am österreichischen Recht Band I: Völkerrechtlicher Rahmen (1996) 7ff mwN.

[50] Vgl etwa *Bast*, Aufenthaltsrecht 186; *Hruschka* in *Hruschka* Einleitung Rz 1; *Frei/Hinterberger/Hruschka* in *Hruschka*, GFK. Genfer Flüchtlingskonvention: Handkommentar (2022) Art 33 Rz 1; *C. W. Wouters*, International legal standards for the protection from refoulement. A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Convenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture (2009) 33ff.

[51] Der Begriff „Rasse“ ist humanbiologisch falsch und historisch belastet; vgl für eine kritische Auseinandersetzung etwa *Prinz*, „Rasse“ in der Genfer Flüchtlingskonvention - ist dieser Begriff (noch) zeitgemäß? in *Bauer/Baumgartl* (Hrsg), 70 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention - altbewährt? (2021); als Rechtsbegriff besteht der Terminus leider fort – nur als solcher wird der Terminus unter Anführungszeichen in dieser Arbeit verstanden.

[52] Vgl etwa *Frei/Hinterberger/Hruschka* in *Hruschka*, GFK. Genfer Flüchtlingskonvention: Handkommentar (2022) Art 1 Rz 17 mwN; *UNHCR*, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection (2019) Rz 28.

Die Flüchtlingsdefinition der GFK stellt auf eine persönliche, individuelle Verfolgung ab: Bei jeder einzelnen Person gilt es festzustellen, ob sie die Voraussetzungen erfüllt.[53] Für Familienmitglieder von Flüchtlingen sieht die GFK per se keinen Schutz oder ein Aufenthaltsrecht vor, sofern sie nicht selbst persönlich iSd GFK verfolgt sind. Die familiäre Beziehung zu einer Person, die Flüchtling iSd GFK ist, kann allerdings ein Grund für die individuelle Verfolgung von Familienmitgliedern selbst sein: In der Staatenpraxis ist die Zugehörigkeit zur sozialen Gruppe der „Familie" als Verfolgungsgrund vielfach anerkannt,[54] wobei der Verfolgungsgrund aufgrund der Zugehörigkeit einer sozialen Gruppe Gegenstand vieler Diskussionen ist und Uneinigkeit besteht, wann von einer sozialen Gruppe auszugehen ist.[55] Eine gängiges Beispiel für die Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zur sozialen Gruppe der „Familie" ist etwa die „Blutrache", bei der beispielsweise aufgrund einer Ehrverletzung alle Familienmitglieder von Vergeltungshandlungen bedroht sein können.[56]

Der individuelle Ansatz der GFK bestand in dieser Form nicht immer: Die *International Refugee Organisation* schützte vor der Entstehung der GFK mit dem Familienvorstand, der als Flüchtling unter ihrem Mandat stand, auch dessen Familienmitglieder.[57] Bei den Beratungen zur GFK bestand noch der Vorschlag, diesen Zugang fortzusetzen und mit dem anerkannten Flüchtling die jeweiligen Familienmitglieder als Flüchtlinge anzuerkennen und zu schützen.[58] Der Vorschlag ging nicht in die beschlossene Fassung der GFK ein; die Bevollmächtigten Konferenz empfahl in der Schlussakte zur GFK dennoch, Maßnahmen zum Schutz der Familie von Flüchtlingen zu ergreifen und insbesondere die Rechte, die einem Flüchtling zu gewähren sind, auch dessen Familienmitglieder

[53] Hier und im Folgenden vgl *Nedwed*, Familienverfahren - Schutz des Einzelnen und des Kollektivs, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2019 (2019) 207 (209); vgl auch bereits *Bauer* in *Bauer/Baumgartl* 27 (31).

[54] *UNHCR*, Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 2: „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe" im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (2002) Rz 1; die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe alleine reicht nicht aus; wenn die Verfolgung allerdings allein aufgrund der Zugehörigkeit besteht, kann die Flüchtlingseigenschaft iSd GFK erfüllt sein, vgl *UNHCR*, Handbook Rz 79; VwGH 14. 1. 2003, 2001/01/0508; 15. 12. 2010, 2007/19/0265; *Hembach/Thaler/Nedwed*, Die „soziale Gruppe", in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2021 (2021) 151 (178ff); auch bereits *Bauer* in *Bauer/Baumgartl* 27 (31f).

[55] Vgl *Frei/Hinterberger/Hruschka* in *Hruschka* Art 1 Rz 91ff; *Hathaway/Foster*, The law of refugee status[2] (2014) 423ff; *Hembach/Thaler/Nedwed* in *Filzwieser/Kasper* 151 (154, 156ff) mwN; im Wesentlichen bestehen zwei Ansätze, um die „soziale Gruppe" zu definieren: Der „protected characteristics approach" und der „social perception approach": Nach ersterem Ansatz charakterisiert sich die soziale Gruppe aufgrund eines gemeinsamen geschützten Merkmales; nach letzteren dadurch, dass die soziale Gruppe von der umgebenden Gesellschaft als solche wahrgenommen wird; siehe auch Kapitel II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben* zur Auslegungsdiskussion im Zusammenhang mit der Status-RL.

[56] VwGH 15. 12. 2010, 2007/19/0265; 28. 3. 2023, Ra 2022/20/0289 (Ausgangssachverhalt eines derzeit anhängiges Vorabentscheidungsersuchens vor dem EuGH zur C-217/23); *Hembach/Thaler/Nedwed* in *Filzwieser/Kasper* 151 (178ff).

[57] *Grahl-Madsen*, The Status of Refugees in International Law Volume 1: Refugee character (1966) 412f; *IRO*, Manual for Eligibility Officers (1987) 9ff; vgl hier und im Folgenden auch bereits *Bauer* in *Bauer/Baumgartl* 27 (32f).

[58] *Grahl-Madsen*, Status Volume 1: Refugee character 413; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (209).

zu gewähren.[59] *UNHCR* wiederholt diese Empfehlung regelmäßig und fordert, auch den Familienmitgliedern von Flüchtlingen den Flüchtlingsstatus zuzuerkennen.[60]

2) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Nach dem Wortlaut ergibt sich aus der EMRK kein Recht auf Aufenthalt oder Asyl. Zwar befasste sich die beratende Versammlung des Europarates schon in ihrer ersten Sitzung mit Fragen rund um Flucht und Asyl, aber der Inhalt der EMRK blieb davon unberührt.[61] Im Rahmen der Ausarbeitung des 2. ZP-EMRK wurde vorgeschlagen, ein Recht, Asyl zu suchen, aufzunehmen.[62] Das Expertenkomitee des Ministerkomitees, dem die Ausarbeitung des Zusatzprotokolls oblag, entschied sich schließlich gegen die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung: Es solle weiterhin im Ermessen der Konventionsstaaten liegen, über die Gewährung von Asyl zu entscheiden, zumal es ohnehin nur schwer kontrollierbar sei, inwieweit ein solches Recht auf Asyl tatsächlich gewährleistet werde.[63] Wie die Begründung der Entscheidung gegen ein Recht auf Asyl andeutet, nimmt das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, auch im Europarat eine gewichtige Rolle ein; ein möglicher Mitgrund, weshalb sich der EGMR zu Beginn seiner Rechtsprechung bei aufenthaltsrechtlichen Fragestellungen zurückhaltend zeigte.[64]

Art 1 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten dazu, allen Personen, die ihrer Jurisdiktion unterliegen, die Rechte und Freiheiten gem Art 2 bis einschließlich Art 18 EMRK zu sichern. Ob sich eine Person auf die Konvention berufen kann, hängt folglich nicht von ihrer Staatsangehörigkeit ab. Entscheidend ist, inwieweit die Person der Hoheitsgewalt des jeweiligen Staates unterliegt und gegebenenfalls von dessen staatlicher Hoheitsgewalt betroffen ist.[65] Drittstaatsangehörige, insbesondere Personen, die internationalen Schutz suchen, stehen demnach ebenso die Rechte und Freiheiten nach der EMKR zu, sofern sie Adressaten von der Hoheitsgewalt

---

[59] UN-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.

[60] Etwa *UNHCR*, Handbook Rz 181ff; vgl GA *Mengozzi*, SA zu C-652/16, *Ahmedbekova*, ECLI:EU:C:2018:514 Rz 51.

[61] *Holborn*, Refugees, a problem of our time. The work of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1951 - 1972 1 (1975) 114ff; *Uibopuu*, Der Schutz des Flüchtlings im Rahmen des Europarates, Archiv des Völkerrechts 1983, 60 (61).

[62] *Europarat*, Yearbook of the European Convention on Human Rights 5 (1962) 48ff; *Uibopuu,* Archiv des Völkerrechts 1983, 60 (63f).

[63] *Uibopuu,* Archiv des Völkerrechts 1983, 60 (64); *Europarat*, Yearbook of the European Convention on Human Rights 6 (1963) 76.

[64] Vgl etwa EKMR 14. 7. 1977, 7289/75, *X. und Y./Schweiz*, wo die Kommission den Eingriff in das Privat- und Familienleben bei der Aufenthaltsverweigerung verneinte; *Thym,* International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (95f).

[65] Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch[7] (2021) § 17 Rz 2.

eines Konventionsstaates sind.[66] Die Staatsangehörigkeit[67] bildet dabei keine Basis für eine mögliche Benachteiligung bei der Anwendung der EMRK.[68]

Dieser persönliche Geltungsbereich bildet die Basis für wesentliche Rechtsprechungslinien des EGMR im aufenthaltsrechtlichen Bereich: In ständiger Rechtsprechung leitet der EGMR aus Art 3 EMRK, dem Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe, ein non-refoulement-Gebot ab:[69] Es ist den Konventionsstaaten untersagt, Personen in einen Staat abzuschieben oder auszuweisen, in denen eine Verletzung von Art 3 EMRK droht.[70] Das Refoulementverbot gem Art 3 EMRK geht über jenes gem Art 33 GFK hinaus, da Art 3 EMRK nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen eine Verfolgung aus Gründ n der „Rasse", Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung vorliegt.[71]

Die verstärkte Zuwanderung von Gastarbeiter:innen in den 80er-Jahren und in weiterer Folge der Umgang mit sog „Migrant:innen der zweiten Generation"[72] forderten den Primat der staatlichen Souveränität bei der Einreise und des Aufenthalts weiter heraus.[73] Nach und nach wendete der EGMR Art 8 EMRK, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, auch auf migrationsrechtliche Sachverhalte an.[74] Aus der mittlerweile umfassenden Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex lassen sich zwei Kategorien bilden: Einerseits kann nach der Rechtsprechung des EGMR von einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme abzusehen und ein Aufenthaltsrecht zu erteilen sein, weil die aufenthaltsbeendende Maßnahme ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Privat- und Familienleben iSv Art 8 EMRK wäre, das im Konventionsstaat besteht. Andererseits kann die Einreise und der Aufenthalt (etwa in Form der

---

[66] Vgl *Uibopuu,* Archiv des Völkerrechts 1983, 60 (82).

[67] Nur vereinzelt stellt die EMRK explizit auf die Staatsangehörigkeit ab: Etwa beim Verbot der Ausweisung eigener Staatsangehöriger gem Art 3 4. ZP-EMRK, beim Verbot der Kollektivausweisung von „Ausländer:innen" gem Art 4 4. ZP-EMRK sowie gem Art 1 7. ZP-EMRK hinsichtlich verfahrensrechtlicher Schutzvorschriften in Bezug auf die Ausweisung von Ausländer:innen; vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] §17 Rz 2.

[68] Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 17 Rz 2; *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023) Art 1 Rz 22.

[69] Grundlegend EGMR 7. 7. 1989, 14038/88, *Soering/Vereinigtes Königreich*; für eine ausführliche Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung des EGMR zum non-refoulement-Gebot siehe etwa *Thurin*, Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung. Das Prinzip des Non-Refoulement nach Artikel 3 EMRK[2] (2012); *C. W. Wouters*, International 187ff.

[70] Vgl etwa *Lehnert* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023) Art 3 Rz 65.

[71] Vgl etwa *Frei/Hinterberger/Hruschka* in *Hruschka* Art 33 Rz 25.

[72] Unter dem Begriff „Migrant:innen der zweiten Generation" werden die Kinder von Eltern verstanden, die einst in einen Staat eingewandert sind oder Kinder, die in jungem Alter mit ihren Eltern gemeinsam eingewandert sind.

[73] *Thym,* International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (96 mwN); *Wiederin*, Migranten und Grundrechte. Ein Überblick (2003) 10.

[74] *Thym,* International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (96); siehe etwa EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich*; 21. 6. 1988, 10730/84, *Berrehab/Niederlande*; 18. 2. 1991, 12313/86, *Moustaquim/Belgien*.

Familienzusammenführung) von Familienmitgliedern oder, wenn sich die Familienmitglieder bereits seit relativ kurzer Zeit ohne Aufenthaltsrecht im Konventionsstaat befinden, die Erteilung eines Aufenthaltsrechts (Legalisierung) zur Aufrechterhaltung bzw Wiederherstellung des Familienlebens iSv Art 8 EMRK zu gewähren sein.[75] Die zweite Kategorie ist Teil des Untersuchungsgegenstandes: In Teil III) dieser Arbeit gilt es eben jene grundrechtlichen Anforderungen zu erarbeiten, wonach trotz des Grundsatzes des souveränen Rechts des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, die Familienzusammenführung bzw die Legalisierung aufgrund eines Familienlebens iSv Art 8 EMRK zu gewähren ist.

B) Unionsrechtliche Vorgaben

Mittlerweile[76] verfügt die EU über wesentliche Kompetenzen für Harmonisierungen in der Asyl- und Einwanderungspolitik:

Seit dem Vertrag von Lissabon ist die EU gem Art 78 Abs 2 AEUV zur Setzung von Maßnahmen[77] für ein gemeinsames europäisches Asylsystem ermächtigt; die Bildung einheitlicher Standards in der Asylpolitik der MS ist erklärtes Ziel.[78] Insbesondere obliegt es der EU, Maßnahmen für einen einheitlichen Asylstatus bzw subsidiären Schutzstatus zu erlassen.[79] Der entsprechende derzeit geltende Unionsrechtsakt ist die Status-RL, die Kriterien festlegt, wann ein internationaler Schutzstatus zuzuerkennen ist. Der internationale Schutzstatus wird im Folgenden als Überbegriff für den Status von Asylberechtigten sowie den Status von subsidiären Schutzberechtigten verstanden.[80]

Gem der Status-RL richtet sich der Status von Asylberechtigten nach der GFK: Dementsprechend ist er Drittstaatsangehörigen sowie staatenlosen Personen zuzuerkennen, die aus begründeter Furcht vor Verfolgung aus Gründ n der „Rasse", Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder

---

[75] Vgl etwa *Müller-Elschner*, Menschenrechtliche Vorgaben für das Recht auf Familienleben nach Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in *Barwig/Brinkmann/Beichel-Benedetti* (Hrsg), Perspektivwechsel im Ausländerrecht? (2007) 165 (166f); *Wiederin*, Migranten 10f; die jeweils in ähnlicher Form Kategorien bilden; siehe aber auch *Mayer*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Fremdenrechts in Österreich, in *ÖJT* (Hrsg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1997) 87 (90), der argumentiert, dass sich auch aus Gründen des Privatlebens ein Recht auf Einreise ergeben kann; der EGMR folgte diesem Ansatz bisher nicht.

[76] Für einen ersten allgemeinen Überblick siehe etwa *Peers*, Overview, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg), EU Asylum Law[2] (2015) 1.

[77] Die Maßnahmen haben im Einklang mit der GFK zu stehen; zum Verhältnis von Art 78 AEUV und der GFK siehe etwa *Muzak* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (Stand 1. 6. 2022, rdb.at) Art 78 AEUV Rz 5; *Peers*, Institutional Framework, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg), EU Asylum Law[2] (2015) 7 (7ff); *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (2020 71. EL) Art 78 AEUV Rz 6ff, 16ff.

[78] *Muzak* in *Jaeger/Stöger* Art 78 AEUV Rz 15; *Peers*, Institutional, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild*[2] 7 (11); *Rossi* in *Calliess/Ruffert*[6] Art 78 AEUV Rz 14; *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 78 AEUV Rz 22; zur Entwicklungshistorie ausführlich etwa *Chetail*, The Common European Asylum System: Bric-à-brac or System? in *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System (2016) 3 (5ff); *Thym*, European Migration Law 339ff.

[79] Art 78 Abs 2 lit a und b AEUV.

[80] Vgl Art 2 lit a Status-RL.

Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe sich außerhalb ihres Landes befinden, deren Staatsangehörigkeit sie besitzen bzw außerhalb des Landes ihres vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts befinden und nicht dorthin zurückkehren können oder wegen dieser Furcht nicht dorthin zurückkehren wollen.[81]

Die Status-RL konkretisiert den Flüchtlingsbegriff nach der GFK und verfolgt ebenso grundsätzlich einen individuellen Ansatz bei der Statuszuerkennung.[82] Eine bestimmte soziale Gruppe liegt nach der RL dann vor, wenn die Mitglieder angeborene Merkmale oder einen nicht veränderbaren gemeinsamen Hintergrund gemein haben oder Merkmale oder eine Glaubensüberzeugung teilen, die so bedeutsam für die Identität oder das Gewissen sind, dass die betroffene Person nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten; *und* die Gruppe in dem betreffenden Land von der sie umgebenden Gesellschaft aufgrund einer deutlich abgegrenzte Identität als andersartig betrachtet wird.[83] In einem Vorabentscheidungsersuchen versucht der VwGH derzeit zu klären, wann sich eine Familie als „soziale Gruppe" iSd Status-RL qualifiziert – konkret, wann sie über eine deutlich abgegrenzte Identität verfügt, um als andersartig iSd Status-RL betrachtet zu werden.[84]

Erfüllen Personen, die einen AaiS stellen, die Voraussetzungen für Asyl nicht, ist ihnen der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen, wenn die Gefahr besteht, dass sie bei einer Rückkehr in den Herkunftsstaat[85] einen ernsthaften Schaden erleiden. Als ernsthafter Schaden gilt Verhängung bzw Vollstreckung der Todesstrafe, Folter oder unmenschliche, erniedrigende Behandlung sowie eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines bewaffneten Konflikts.[86] Der „subsidiäre Schutz"

---

[81] Art 2 lit d und Art 10 Status-RL; zum Verhältnis der GFK und der Status-RL konkret siehe etwa *Dörig* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Asylum Qualification Directive Art 1 Rz 13ff; aufgrund dessen, dass sich die Status-RL nach der GFK richtet, wird im Folgenden „Status von Asylberechtigten" und „anerkannter Flüchtling" synonym verwendet, auch wenn die Begriffe grundsätzlich nicht identisch sind, vgl *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 78 AEUV Rz 24.

[82] Siehe Art 10 Status-RL; siehe Punkt IV) C) 1) a) – *Inhalt von internationalem Schutz nach der Status-RL*; vgl *Muzak* in *Jaeger/Stöger* Art 78 AEUV Rz 17; *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 78 AEUV Rz 24.

[83] Zur Entstehungsgeschichte der Definition sowie für einen Überblick der Rechtsprechung des EuGH siehe *Hembach/Thaler/Nedwed* in *Filzwieser/Kasper* 151 (162ff).

[84] VwGH 28. 3. 2023, Ra 2022/20/0289 unter Verweis auf das dtBVerwG (19. 4. 2018, 1 C 29.17 Rz 31f), das unter Abstellung auf den „social perception approach" die Anerkennung der sozialen Familie ablehnt, wenn die Familie nicht von der umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet bzw keine deutlich abgegrenzte Identität verfügt; beim EuGH anhängig seit 4. 4. 2023 zur Zahl C-217/23; dass der EuGH die Familie als soziale Gruppe grundlegen verneinen könnte, ist – obwohl der EuGH mehr dem kumulativen Ansatz folgt – unwahrscheinlich: Einerseits aufgrund der anerkannten Staatenpraxis; andererseits aufgrund der Bedeutung, die der EuGH der Ansicht von *UNHCR* bei der Auslegung beimisst (vgl EuGH C-621/21, *WS/Bulgarien,* ECLI:EU:C:2024:47 Rz 56), der die Familie als ein Beispiel für eine soziale Gruppe nennt und sich grundsätzlich dafür ausspricht, dass die Auslegungsansätze alternativ angewendet werden sollten; vgl hierzu *Frei/Hinterberger/Hruschka* in *Hruschka* Art 1 Rz 95; *Hembach/Thaler/Nedwed* in *Filzwieser/Kasper* 151 (163, 165) mwN; *UNHCR*, Richtlinie Nr. 2 Rz 1.

[85] Bei staatenlosen Personen, in das Land des gewöhnlichen Aufenthalts.

[86] Art 2 lit f und Art 15 Status-RL; die genauen Voraussetzungen für subsidiären Schutz sind nicht primärrechtlich verankert; die Bestimmung von subsidiärem Schutz erfolgt durch Sekundärrecht und ist somit durch eine Anpassung des Sekundärrechts abänderbar; vgl *Muzak* in *Jaeger/Stöger* Art 78 AEUV Rz 22; *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 78 AEUV Rz 29; *Thym*, European Migration Law 350ff.

baut auf den non-refoulement-Verpflichtungen der MS auf; allen voran auf der dazu ergangenen EGMR-Judikatur zu Art 3 EMRK.[87] Vor den ersten Harmonisierungsmaßnahmen der EU zum Status von international Schutzberechtigten, die bereits mit der Status-RL 2004 (alt) begannen, waren die subsidiären Schutzformen innerhalb der MS sehr unterschiedlich, was als ein Faktor für „Asylshopping" erkannt wurde.[88] Mit der Neufassung der Status-RL sollte schließlich ein einheitlicher Status etabliert werden, um Sekundärmigration, die auf unterschiedlichen Rechtsvorschriften beruht, einzudämmen.[89]

Nach den unionsrechtlichen Vorgaben sind Personen, die internationalen Schutz begehren, während des Asylverfahrens, in dem es zu beurteilen gilt, ob der Status von Asyl- oder subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen ist, sowie im Falle der Zuerkennung aufenthaltsberechtigt.[90] Die Status-RL verlangt grundsätzlich, dass auch Familienangehörigen von international Schutzberechtigten ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist; dieser Aspekt wird in Teil IV) dieser Arbeit näher beleuchtet.[91]

Gem Art 79 AEUV verfügt die EU weiters über die Kompetenz, Rechtsakte zu erlassen, in denen Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen für einen langfristigen Aufenthaltstitel in den MS, einschließlich Voraussetzungen für die Familienzusammenführung, bestimmt sind.[92]

Die Rechtsprechung des EGMR fand nicht nur in der Ausgestaltung des subsidiären Schutzstatus Berücksichtigung: Grundsätzlich werden die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR innerhalb der EU als Unionsgrundrechte anerkannt.[93] Zudem verankert die GRC der EU wie Art 3 EMRK in Art 4 ein Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung.[94] Mit Art 19 Abs 2 GRC ist das non-refoulement-Gebot ausdrücklich in den Chartatext eingeflossen, wonach die Abschiebung, Ausweisung oder Auslieferung in einen Staat untersagt ist, indem eine

---

[87] *Bauloz/Ruiz*, Refugee Status and Subsidiary Protection: Towards a Uniform Content of International Protection? in *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System (2016) 240 (240, 261); *Kaspar*, Differenzierungen zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten, NLMR 2020, 5 (6) mwN.

[88] Jeweils mit Hinweisen zur Entwicklung *Bast*, Vom subsidiären Schutz zum europäischen Flüchtlingsbegriff, ZAR 2018, 41 (42f); *Frik*, Die Entwicklung des subsidiären Schutzes für Geflüchtete in der Europäischen Union bis 2004, ÖZG 2017, 49 (59ff); *Hasel/Salomon*, Differenzierungen zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten: Zu einem einheitlichen Schutzstatus, in *Salomon* (Hrsg), Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 113 (116ff); *Moreno-Lax/Garlick*, Qualification: Refugee Status and Subsidiary Protection, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg), EU Asylum Law[2] (2015) 65 (65ff); *Muzak* in *Jaeger/Stöger* Art 78 AEUV Rz 25.

[89] Vgl etwa *Dörig* in *Thym/Hailbronner*[3] Asylum Qualification Directive Art 1 Rz 1ff; ErwGr 13 Status-RL.

[90] Art 9 Abs 1 Verfahrens-RL; Art 24 Status-RL.

[91] Art 23 iVm Art 24 Status-RL; siehe Punkt IV) C) 1) a) – *Inhalt von internationalem Schutz nach der Status-RL*.

[92] Zur Entstehungsgeschichte etwa *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (2020 71. EL) Art 79 AEUV Rz 1f mwN; gem Art 77 AEUV verfügt die EU weiters auch über die Kompetenz, Regelungen für den kurzfristigen Aufenthalt zu erlassen, siehe dazu etwa *Muzak* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (Stand 1. 6. 2022, rdb.at) Art 77 AEUV Rz 13ff mwN.

[93] Siehe ausführlich Punkt III) C) 2) a) – *Grundrechtsschutz in der EU und Verhältnis zur EMRK*.

[94] Art 4 GRC beruht auf Art 3 EMRK, weshalb Art 4 GRC gem Art 52 Abs 3 GRC dieselbe Tragweite und Bedeutung wie Art 3 EMRK zukommt; vgl Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/18.

Verletzung iSv Art 4 GRC bzw Art 3 EMRK droht.[95] Weiters verschreibt sich die EU in Art 18 GRC ein weiteres Mal der Verpflichtung, das Recht auf Asyl nach Maßgabe der GFK zu gewährleisten.[96]

C) Zusammenfassung

Teil II) stellt dar, dass das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, durch völker- und unionsrechtliche Vorgaben beschränkt ist. Die für den Untersuchungsgegenstand wesentlichen völkerrechtlichen Vorgaben fließen dabei auch in unionsrechtliche Vorgaben ein. Zusätzlich verfügt die EU über weitgehende Kompetenzen, die Voraussetzungen für die Gewährung der Einreise und des Aufenthalts innerhalb der MS weiter zu bestimmen. Insbesondere sind die Vertragsstaaten der GFK und der EMRK, zu denen alle MS der EU zählen, nicht frei, über die Einreise und den Aufenthalt von Personen, die internationalen Schutz suchen, zu bestimmen. Die Status-RL konkretisiert, wer als international Schutzberechtigter anzuerkennen und dadurch aufenthaltsberechtigt ist. Sowohl die völkerrechtlichen als auch die unionsrechtlichen Vorgaben enthalten Anforderungen, inwieweit auch Familienmitgliedern von Personen, die sich bereits in einem Staat aufhalten, die Einreise und der Aufenthalt zu gewähren ist.

[95] Vgl auch *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK; Kommentar[4] (2021) Art 19 Rz 1; Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/24,34.

[96] Mit einer Auseinandersetzung des Rechtes auf Asyl als Grundrecht siehe etwa *Matti* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019) Art 18 Rz 50ff.

III) Grundrechtliche Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext

A) Vorbemerkungen

In Teil III) gilt es, die grundrechtlichen Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext zu erarbeiten. Dabei konzentriert sich der folgende Abschnitt III) B) auf die Auslegung der EMRK durch den EGMR, da von dieser Auslegung wesentliche Grundsätze ausgehen, ob und wann auch Familienmitgliedern von Personen, die sich bereits in einem Konventionsstaat aufhalten, die Einreise und der Aufenthalt aufgrund des Familienlebens zu gewähren ist.

Bevor analysiert wird, wann der EGMR überhaupt von einer Familie und einem geschützten Familienleben iSv Art 8 EMRK ausgeht (III) B) 2)), gilt es grundlegende Aspekte zur richtigen Einordnung von EGMR-Judikatur darzulegen (III) B) 1)): Es ist mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des EGMR, dass es sich bei der EMRK um ein „living instrument" handelt, dessen Inhalt sich weiterentwickeln kann – eine wichtige Basis für ein sich stetig wandelndes Familienverständnis. Für die Einordnung der grundrechtlichen Anforderungen ist weiters die Bindungswirkung, die von der Rechtsprechung des EGMR ausgeht, zu beleuchten sowie auch grundlegende Fragen zur Legitimation des EGMR. Da die Politikbereiche Asyl und Migration weitgehend unionsrechtlich harmonisiert sind – und somit auch die in Teil IV) zu beurteilende geltende Rechtslage – interessiert weiters, wie der EGMR seinerseits mit unionsrechtlichen Vorgaben umgeht.

Anschließend widmet sich der Abschnitt III) B) 3) der Frage nach positiven Verpflichtungen zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts von Familienmitgliedern aus Gründen von Art 8 EMRK. Da der EGMR vermehrt prozedurale Anforderungen aus der EMRK ableitet, ist in Abschnitt III) B) 4) zu untersuchen, ob und – wenn ja – welche prozeduralen Anforderungen an die Gewährung der Einreise und des Aufenthalts von Familienmitgliedern gem Art 8 EMRK bestehen. Weiters gilt es zu untersuchen, welcher Bedeutung Art 14 iVm Art 8 EMRK für den Untersuchungsgegenstand zukommt und inwieweit die wesentlichen grundrechtlichen Anforderungen durch das akzessorische Diskriminierungsverbot erweitert werden (III) B) 5)).

Bevor in einem Fazit die grundrechtlichen Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext zusammengefasst werden (III) D)), ist die Bedeutung der EMRK und der entsprechenden Rechtsprechung des EGMR im Mehrebenensystem der Grundrechte und insbesondere die Bedeutung innerhalb der EU sowie für Österreich, wo die EMRK im Verfassungsrang steht, prägnant zu analysieren (III) C)).

B) Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext nach der EGMR-Rechtsprechung[97]

1) Grundlegendes

a) Die „living instrument"-Doktrin und ihre Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand

Im Fall *Tyrer*[98] bezeichnete der EGMR erstmals die EMRK als „living instrument": Demnach ist die EMRK im Lichte der „present-day conditions" auszulegen, wodurch sich der Inhalt der EMRK im Laufe der Zeit, je nach gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen, verändern kann (und sich auch bereits veränderte).[99] Insofern spricht man auch von einer „evolutiven" bzw „dynamischen" Auslegung, bei welcher der EGMR den Inhalt der EMRK an gegenwärtige Ansichten bzw Lebensrealitäten innerhalb der Konventionsstaaten durch Auslegung anpasst.[100] Damit stellt sich der EGMR keine einfache Aufgabe: Während innerhalb der einzelnen Konventionsstaaten noch einigermaßen homogene gesellschaftliche Verhältnisse vorfindbar sein können, stellen die Mitglieder des Europarates eine heterogene Staatengemeinschaft dar.[101] Was die EMRK im Lichte der gegenwärtigen Umstände enthält, lässt sich insofern pauschal schwer feststellen, da die gesellschaftlichen Umstände, gegenwärtige Ansichten sowie Lebensrealitäten zwischen den Konventionsstaaten stark variieren können. Daher überrascht es kaum, dass sich der EGMR für seine evolutiven Ansätze teilweise auch Kritik stellen muss, wenn er einen geänderten Inhalt aufgrund geänderter Lebensumstände annimmt.[102]

Dass die EMRK evolutiv auszulegen ist, wird häufig mit der Präambel der EMRK begründet, nach der es das Ziel des Europarates ist, größere Einigkeit unter seinen Mitgliedern herbeizuführen; zur Erreichung dieses Ziels diene die „Wahrung und *Entwicklung* der Menschenrechte und Grundfreiheiten".[103] Demnach besage die Präambel der EMRK schon selbst, dass eine (Weiter-)Entwicklung der Menschenrechte notwendig und als Ziel zu erstreben sei. Nachdem die EMRK dem Menschenrechtsschutz dienen solle, müssen die Konventionsrechte praktisch und effektiv

---

[97] Teilweise wurden Erkenntnisse aus diesem Teil bereits publiziert; siehe *Bauer*, International Schutzberechtigte und ihr Recht auf Familienzusammenführung, juridikum 2023, 384.
[98] EGMR 25. 4. 1978, 5856/72, *Tyrer/Vereinigtes Königreich* Rz 31.
[99] *Breuer*, Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR, ZÖR 2013, 729 (732); *Caroni*, Privat- und Familienleben 22 FN 67; *Karl*, Die Rolle des Staatenverhaltens bei der Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention, in FS Wildhaber (2007) 379.
[100] *Karl* in FS Wildhaber 379 (380 FN 4) mwN; *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights[5] (2023) 7f.
[101] *Breuer,* ZÖR 2013, 729 (731).
[102] Siehe etwa *Czech*, Zwischen dynamischer Auslegung und gerichtlicher Zurückhaltung - Zur Weiterentwicklung der Menschenrechte durch den EGMR, in *Autengruber/Bertel/Drexel/Sanader/Schramek* (Hrsg), Zeit im Recht - Recht in der Zeit (2016) 105 (106) mwN; *Draghici*, Legitimacy 1 mwN.
[103] *Breuer,* ZÖR 2013, 729 (733); *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Hrsg), Law (2023) 7.

ausgelegt werden.[104] Der EGMR scheint davon auszugehen, dass eine praktische und effektive Auslegung allein durch den Inhalt, den der historische Gesetzgeber vor Augen hatte, nicht im notwendigen Maß möglich ist.[105] Neben der Präambel wird oft Art 19 EMRK als Begründung für die evolutive Auslegung herangezogen, wonach der EGMR die Einhaltung der Konventionsverpflichtungen sicherzustellen hat.[106]

Seit *Tyrer* hat der EGMR in vielen Bereichen seinen Zugang und somit die Auslegung der Konventionsrechte an gesellschaftliche Veränderungen angepasst; so etwa bezüglich der Rechtsstellung unehelicher Kinder oder gleichgeschlechtlicher Paare.[107] Dabei stützte sich der EGMR regelmäßig auf die (unterschiedlichen) Zugänge der einzelnen nationalen Rechtsordnungen; beispielsweise, wie viele Konventionsstaaten gleichgeschlechtliche Paare anerkannten bzw mit heterosexuellen Paaren gleichstellten.[108] Je mehr nationale Rechtsordnungen einen bestimmten Zugang wählen (also etwa gleichgeschlechtliche Partnerschaften anerkennen), desto mehr geht der EGMR von einem europäischen Konsens aus, der eine evolutive Auslegung erfordert.[109] Teilweise zieht der EGMR auch unionsrechtliche oder völkerrechtliche Verpflichtungen heran, um zu beurteilen, ob ein europäischer Konsens vorliegt.[110] Hat sich ein Konventionsstaat nicht den jeweiligen unionsrechtlichen bzw völkerrechtlichen Verpflichtungen unterworfen, kann es im Rahmen der evolutiven Auslegung der EMRK dennoch sein, dass diese Verpflichtungen als Teil des europäischen Standards in die Auslegung der EMRK durch den EGMR miteinfließen und somit den jeweiligen Konventionsstaat über die EMRK binden.[111] In Fällen, in denen sich der EGMR auf eine allgemeine Rechtsentwicklung in der Mehrheit der Konventionsstaaten für die Feststellung eines europäischen Konsenses stützt, während der betroffene Konventionsstaat die Entwicklung selbst nicht mitträgt, wird der Kontrast der evolutiven Auslegung zum demokratisch legitimierten

---

[104] Etwa EGMR 7. 7. 1989, 14038/88, *Soering/Vereinigtes Königreich* Rz 87; *Sonnleitner*, Gesellschaftlicher Wandel in Europa: Die evolutive Auslegung der EMRK als notwendige Antwort oder illegitime Rechtsfortbildung? in *Becker/Hofer/Paar/Pail/Reiter/Romirer/Saywald-Wedl/Schneeberger* (Hrsg), Gesellschaftliche Herausforderungen - Öffentlich-rechtliche Möglichkeiten (2020) 26; *Thym*, Residence as De Facto Citizenship? Protection of Long-term Residence under Article 8 ECHR, in *Rubio-Marin* (Hrsg), Human rights and immigration (2014) 106 (109).

[105] Das entspricht auch den Grundsätzen des Völkervertragsrechts, wonach die historische Auslegung subsidiär anzuwenden ist; siehe Art 31ff WVK; vgl statt vieler etwa *Beham/Fink/Janik*, Völkerrecht verstehen. Lehrbuch[3] (2022) 75f; *Letsas*, A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights (2007) 59, 74.

[106] *Breuer,* ZÖR 2013, 729 (733ff); *Grabenwarter*, Menschenrechtsschutz und Menschenrechtspolitik durch den EGMR, in *Hillgruber* (Hrsg), Gouvernement des juges - Fluch oder Segen (2014) 45 (64ff).

[107] Etwa EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien* Rz 31; 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 91f; *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Hrsg), Law (2023) 8.

[108] Siehe dazu Unterpunkt III) B) 2) b) iii) – *Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehen* und die dortigen Verweise.

[109] Etwa EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 27ff, 91ff; *Czech* in *Autengruber/Bertel/Drexel/Sanader/Schramek* 105 (114ff).

[110] *Grabenwarter* in *Hillgruber* 45 (52ff); *Krieger*, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität? ZaöRV 2014, 187 (204ff).

[111] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark*; *Grabenwarter* in *Hillgruber* 45 (48ff).

Gesetzgeber besonders deutlich. Der EGMR begibt sich dadurch in eine Position, in der er vermehrt mit Kritik rechnen muss.[112]

Die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Paare ist ein Beispiel, das zeigt, wie die Rechtsauslegung des EGMR auch traditionelle Familienkonzepte innerhalb der Konventionsstaaten herausfordert.[113] Während bei diesem Thema noch ein (mehr oder weniger) eindeutiger Rechtsrahmen in den einzelnen Konventionsstaaten beurteilt werden kann, sind der Rechtsrahmen bei aufenthaltsrechtlichen Fragestellungen und die Zugänge der einzelnen Konventionsstaaten schwieriger zu erfassen. Der Themenkomplex ist groß, die rechtlichen Rahmenbedingungen sehr detailliert und je nach Ausgangssituation differenziert sowie häufig innerhalb der einzelnen Staaten unübersichtlich. Weiters handelt es sich um eine (sicherheits-)sensible Materie, die mitunter politisch emotionalisiert und umstritten ist.

Festzuhalten ist, dass die dynamisch-evolutive Auslegungsmethode nicht zu unumkehrbaren Entscheidungen des EGMR führt: Die Konventionsstaaten können beispielsweise in späteren Verfahren Gegenpositionen vorbringen, wenn sie Ansichten des EGMR nicht teilen; der EGMR kann auf eine mangelnde Akzeptanz der Konventionsstaaten reagieren und sich in seiner weiteren Rechtsprechung wieder mehr in Zurückhaltung üben.[114] Zwar ist der EGMR aus Rechtssicherheitserwägungen grundsätzlich um eine einheitliche Rechtsprechungslinie bemüht; eine Bindung an frühere Entscheidungen besteht für den EGMR aber nicht.[115] Der EGMR kann von seiner Rechtsprechung abweichen und selbst bei vergleichbaren Ausgangssachverhalten zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Eine Garantie, dass ein durch Rechtsprechung erreichtes Schutzniveau der Konventionsrechte erhalten bleibt, besteht daher nicht.

b) Bindung der EGMR-Rechtsprechung

Gem Art 46 Abs 1 EMRK verpflichten sich die Konventionsstaaten in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des EGMR zu befolgen. Nach der Bestimmung entfaltet eine

[112] Vgl *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (208f).
[113] Vgl EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 92ff; *Sonnleitner*, A Constitutionalist Approach to the European Convention on Human Rights: The Legitimacy of Evolutive and Static Interpretation (2022) 1.
[114] Sog „dialogisches Verfahren"; *Cremer*, Regeln der Konventionsinterpretation, in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz[3] (2022) 149 (Rz 129) mwN; *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (202f) mwN.
[115] Vgl EGMR 20. 10. 2016 (GK), 7334/13, *Muršić/Kroatien* Rz 109 mwN; *Cremer* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 149 (Rz 215) mwN.

Entscheidung bzw ein Urteil[116] des EGMR nur für die Konventionsstaaten, die im jeweiligen Verfahren Partei waren, verbindliche Wirkung.[117]

Stellt der EGMR in einem Urteil eine Konventionsverletzung fest, hat der jeweilige Konventionsstaat die Verletzung abzustellen und eine Wiedergutmachung für die Verletzung zu leisten; so weit wie möglich soll jene Situation wiederhergestellt werden, die vor der Konventionsverletzung bestand.[118] Gem Art 41 EMRK kann der EGMR weiters eine gerechte Entschädigung zusprechen, die in der Regel in einer Geldleistung besteht, wenn das innerstaatliche Recht keine oder nur eine unvollkommene Wiedergutmachung ermöglicht.[119] Mit welchen Mitteln der Konventionsstaat einen konventionskonformen Zustand herstellt, ist grundsätzlich ihm selbst überlassen, sofern die Mittel mit dem Urteil des EGMR vereinbar sind.[120]

Eine darüber hinausgehende Kompetenz, innerstaatliche Rechtsakte – sowohl gesetzliche Bestimmungen als auch Vollzugsakte – aufzuheben, kommt dem EGMR nicht zu.[121] Je nachdem, wie der einzelne Ausgangsfall gelagert ist, kann aber die Feststellung der Konventionsverletzung bedeuten, dass das Gesetz oder die Norm selbst, auf dessen Basis ein Vollzugsakt die Konvention verletzte, konventionswidrig ist.[122] In diesem Fall, kann die Feststellung der Konventionsverletzung jedenfalls eine über den Ausgangsfall hinausgehende Wirkung für den betroffenen Konventionsstaat haben, als der Konventionsstaat für einen konventionskonformen Zustand die Rechtslage anpassen muss.[123] Ebenso kann eine Konventionsverletzung aufgrund eines individuellen Rechtsaktes Auswirkungen über den Einzelfall haben, wenn es sich um keine besondere Konstellation handelte und die Konventionsverletzung etwa aufgrund einer gängigen

---

[116] Entscheidungen fällt der EGMR in erster Linie bei Fragen der Zulässigkeit; über die inhaltliche Begründetheit einer Beschwerde wird mit Urteil entschieden; siehe etwa *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 14 Rz 1.

[117] *Okresek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (1999 1. EL) Art 46 EMRK Rz 4; *Brunozzi* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023) Art 46 Rz 14ff.

[118] *Grabenwarter*, Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem, EuGRZ 2011, 229 (229); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 3; *Okresek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 46 EMRK Rz 10; *Ress*, Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit, ZaöRV 2004, 621 (626, 631).

[119] Näher etwa *Okresek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (1999 1. EL) Art 41 EMRK; *Ress,* ZaöRV 2004, 621 (631f).

[120] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 3; *Okresek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 46 EMRK Rz 10.

[121] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 2; zu den dahingehenden Überlegungen siehe etwa *Okresek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 41 EMRK Rz 1ff.

[122] *Okresek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 46 EMRK Rz 14f.

[123] *Okresek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 46 EMRK Rz 14; *Ress,* ZaöRV 2004, 621 (626); solche Konstellationen werden auch als Parallelfälle bezeichnet, vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 9.

Verwaltungs- bzw Rechtsprechungspraxis erfolgte.[124] Ob das Urteil des EGMR auch befolgt wird, überwacht das Ministerkomitee des Europarates gem Art 46 Abs 2 EMRK.[125]

Für Konventionsstaaten, die nicht Partei des Verfahrens waren, hat ein Urteil des EGMR keine verbindliche, unmittelbare Rechtswirkung. Vielfach wird vertreten, dass der Rechtsprechung des EGMR über die entschiedene Rechtssache hinaus eine Orientierungsfunktion oder ein „quasi erga omnes-Effekt"[126] zukommt: Andere Konventionsstaaten haben die Rechtsprechung des EGMR bei ihrer Rechtssetzung bzw Rechtspraxis miteinzubeziehen und zu achten; dadurch können sie eine Konventionsverletzung ihrerseits vermeiden.[127] Die über die verbindliche, unmittelbare Rechtswirkung hinausgehende Bedeutung von EGMR-Rechtsprechung wird teilweise auf Art 1 EMRK gestützt: Demnach verpflichten sich die Konventionsstaaten zur Gewährleistung der Konventionsrechte; der Auslegung durch den EGMR kommt dabei eine gewisse Autorität für den Gewährleistungsumfang iSd Art 1 EMRK zu.[128] Auch der EGMR suggeriert immer wieder, dass er eine Achtung seiner Rechtsprechung über die einzelne Rechtssache hinaus beansprucht.[129]

Nicht zu unterschätzen ist auch der öffentliche Druck, der mit einem Urteil des EGMR einhergehen kann und etwa durch Menschenrechtsorganisationen oder die Gesellschaft ausgeübt wird.[130] Zu bedenken ist bei der Orientierungsfunktion allerdings, dass die Prüfung des EGMR, ob eine Konventionsverletzung vorliegt, vor dem Hintergrund eines konkreten Sachverhaltes und einer konkreten Rechtsordnung erfolgt. Nicht jedes Urteil bzw nicht jede Begründung des EGMR kann ohne Weiteres auf andere Rechtsordnungen umgelegt werden, weshalb die Feststellung einer Konventionsverletzung in einem Fall nicht unbedingt bedeutet, dass ähnliche Sachverhalte vor einer anderen Rechtsordnung gleich beurteilt werden müssen.[131]

c) Legitimation des EGMR und die „margin of appreciation"-Doktrin

Der EGMR übt, auch wenn er keine staatlichen Rechtsakte aufheben kann und seiner Rechtsprechung über den Einzelfall hinaus keine rechtsverbindliche Wirkung zukommt, öffentliche Gewalt aus:[132] Schließlich prüft er staatliche Akte auf ihre Konventionskonformität, stellt unter Umständen eine Konventionsverletzung fest und verpflichtet mitunter den jeweiligen Staat zu einer

---

[124] Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 17.
[125] Näher etwa *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 15ff; *Grabenwarter*, § 2 Institutionen des gerichtlichen Grundrechteschutzes, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 79 (Rz 31ff).
[126] *Ress,* ZaöRV 2004, 621 (630).
[127] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 8f; *Ress,* ZaöRV 2004, 621 (630); kritisch zum Begriff „Orientierungsfunktion" aber *Grabenwarter,* EuGRZ 2011, 229 (229f).
[128] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 8; *Ress,* ZaöRV 2004, 621 (630).
[129] Etwa EGMR 7. 1. 2010, 25965/04, *Rantsev/Zypern und Russland* Rz 197; *Bogdandy/Hering*, Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien, JZ 2020, 53 (54, 61) mwN.
[130] *Bogdandy/Hering,* JZ 2020, 53 (54).
[131] *Grabenwarter,* EuGRZ 2011, 229 (229); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 16 Rz 9.
[132] *Bogdandy/Krenn*, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, 529 (529f).

gerechten Entschädigung. Dabei entwickelt er unter Rückgriff auf die „living instrument"-Doktrin auch den Grundrechtsschutz fort, den die EMRK bietet.[133] Nicht selten muss sich der EGMR auch der Frage stellen, woher er seine demokratische Legitimität bezieht, wenn er den Inhalt der Konvention fortentwickelt, diesen Inhalt als Prüfungsmaßstab für innerstaatliche Rechtsakte heranzieht und mitunter den Konventionsstaaten konkrete, positive Verpflichtungen auferlegt.[134] Insbesondere die Feststellung von positiven Verpflichtungen für ein staatliches Tun kann mit der Kompetenz des demokratisch legitimierten nationalen Gesetzgebers kollidieren, wenn innerstaatlich keine Mehrheit für eine entsprechende gesetzliche Verankerung besteht.[135]

Häufig wird diese demokratische Legitimation des EGMR in der Richter:innenwahl gesucht:[136] Die Konventionsstaaten übermitteln einen Dreiervorschlag an möglichen Richter:innen an die parlamentarische Versammlung des Europarates, der aus diesen Dreiervorschlag eine:n Richter:in ernennt.[137] Dadurch besteht eine gewisse Rückbindung an die demokratisch legitimierte Staatsgewalt des Konventionsstaates. Diese Rückbindung alleine reicht allerdings nicht aus, um eine umfassende demokratische Legitimation anzunehmen, zumal der EGMR keinem gewählten Parlament gegenübersteht.[138]

Damit die Rechtsprechung des EGMR trotz des Legitimationsdefizites geachtet wird, muss der EGMR seinerseits den Konventionsstaaten eine gewisse Achtung entgegenbringen: Als ein Instrument zur Ausübung eben jener Achtung hat sich der „margin of appreciation" entwickelt.[139] Obwohl der margin of appreciation mittlerweile durch das 15. ZP-EMRK in der Präambel der EMRK verankert wurde, mangelt es bis heute an einer einheitlichen Definition.[140] Verstanden werden kann der margin of appreciation als Ermessensspielraum, den der EGMR den Konventionsstaaten bei der Erfüllung der Verpflichtungen aus der EMRK gewährt; er ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob ein staatliches Handeln (oder Unterlassen) mit der EMRK vereinbar ist.[141] Um den Begriff sprachlich zum Ermessensspielraum von staatlichen Behörden oder

---

[133] *Breuer,* ZÖR 2013, 729.
[134] *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Hrsg), Law (2023) 8; *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (insb 195f) mwN.
[135] *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (188).
[136] Näher *Biela*, Demokratische Legitimation in den Jurisdiktionskonflikten zwischen Bundesverfassungsgericht, Europäischen Gerichtshof und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in *Klatt* (Hrsg), Jurisdiktionskonflikte (2015) 291; *Bogdandy/Krenn,* JZ 2014, 529; *Grabenwarter* in *Hillgruber* 45.
[137] Gem Art 22 EMRK; näher zum Verfahren etwa *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 7.
[138] *Grabenwarter* in *Hillgruber* 45 (74).
[139] Zur Entstehung etwa *Arai-Takahashi*, Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR (2002) 5ff; *Dopplinger/Mörth*, Rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Margin of Appreciation: zwei Seiten einer Medaille? Journal für Rechtspolitik 2022, 240 (245f).
[140] Vgl *Letsas*, Two Concepts of the Margin of Appreciation, Oxford Journal of Legal Studies 2006, 705 (705) mwN; zur Geschichte des 15.ZP-EMRK und Kritik siehe ausführlich *Schulte*, Zur Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten (2018) 60ff mwN.
[141] *Behrendt*, Die Margin of Appreciation – der Beurteilungsspielraum der konventionsstaatlichen Organe am Beispiel des Burka-Urteils, in *Klatt* (Hrsg), Jurisdiktionskonflikte (2015) 225 (229) mwN; *Dopplinger/Mörth,* Journal für Rechtspolitik 2022, 240 (241); *Schulte*, Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin 22.

Gerichten bei einer Entscheidung sowie zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers abzugrenzen, wird im Folgenden die englische Bezeichnung margin of appreciation für jenen Spielraum verwendet, den der EGMR den Konventionsstaaten einräumt.[142]

Der margin of appreciation ist ein Instrument, um die Kontrolldichte an die Umstände des Einzelfalls anzupassen, und dient dadurch der Arbeitsteilung zwischen dem EGMR und den Konventionsstaaten:[143] Zunächst obliegt es den Konventionsstaaten, die Rechte der EMRK zu gewährleisten; dies beruht unter anderem auf dem Gedanken, dass die Konventionsstaaten mit den Werten der eigenen Gesellschaft vertrauter sind und sich durch die Sachnähe grundsätzlich besser zur Beurteilung eignen.[144] Der margin of appreciation bietet die notwendige Flexibilität, um die Legitimation der Konventionsstaaten und ihre staatliche Souveränität zu achten und somit Konflikte zwischen den Konventionsstaaten und dem EGMR zu vermeiden.[145] Aus dieser Perspektive ist der margin of appreciation auch Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips, da dem EGMR „nur" eine nachprüfende Kontrolle zukommt, in deren Rahmen – je nachdem, ob ein weiter oder ein enger margin of appreciation besteht – der EGMR sich hinsichtlich der Kontrollintensität zurücknehmen kann (oder auch sollte).[146]

Weiters kann der marign of appreciation als notwendiges Korrektiv zur dynamischen Auslegung dienen:[147] Der EGMR ist abhängig von der Kooperation der Konventionsstaaten. Nur solange er und seine Judikatur akzeptiert wird, kann der EGMR sein Ziel, zu einem einheitlichen europäischen Standard der Menschrechte beizutragen, ernsthaft verfolgen. Zeigt sich der EGMR zu aktivistisch, riskiert er, das Vertrauen der Konventionsstaaten zu verlieren.[148] Entwickelt der EGMR den Schutz der EMRK durch seine Judikatur weiter und räumt den Konventionsstaaten aber gleichzeitig einen margin of appreciation ein, so können die Konventionsstaaten weiterhin selbst eine Beurteilung

[142] Vgl *Dopplinger/Mörth,* Journal für Rechtspolitik 2022, 240.
[143] *Behrendt* in *Klatt* 225 (230); *Brems*, Positive subsidiarity and its implications for the margin of appreciation doctrine, Netherlands Quarterly of Human Rights 2019, 210 (216) *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 18 Rz 10; *Mahoney*, Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin, Human Rights Law Journal 1990, 57 (81); *Schulte*, Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin 64.
[144] EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 52; 5. 9. 2017 (GK), 78117/13, *Fábián/Ungarn* Rz 115; *Behrendt* in *Klatt* 225 (232); *Dopplinger/Mörth,* Journal für Rechtspolitik 2022, 240 (254, 260); *Draghici*, Legitimacy 21; *Saul*, The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments, Human Rights Law Review 2015, 745 (772).
[145] *Arai-Takahashi*, Margin 239; *Macdonald*, The Margin of Appreciation, in *Macdonald/Matscher/Petzold* (Hrsg), The European System for the Protection of Human Rights (1993) 83 (123).
[146] *Dopplinger/Mörth,* Journal für Rechtspolitik 2022, 240 (249f, 260); *Saul,* Human Rights Law Review 2015, 745 (749); EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rz 129.
[147] *Draghici*, Legitimacy 21.
[148] *Arai-Takahashi*, Margin 3; *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, 240 (298).

bzw Gestaltung vornehmen, ohne dass diese bereits vollständig durch die grundrechtlichen Anforderungen nach der Auslegung des EGMR determiniert wäre.[149]

Wie groß der margin of appreciation der Konventionsstaaten ist, hängt von unterschiedlichen Faktoren ab. In der Literatur wurde die Judikatur des EGMR mehrfach auf Kriterien untersucht, die einen engen bzw einen weiten margin of appreciation indizieren; eine abschließende Aufzählung ist kaum möglich.[150] An dieser Stelle kann nur auf jene für den Untersuchungsstand besonders relevanten Kriterien weiter eingegangen werden. Hervorzuheben ist zunächst die Bedeutung des europäischen Konsenses: Haben die Konventionsstaaten zu einer bestimmten Angelegenheit unterschiedliche Auffassungen bzw Zugänge, so weist dies meist auf einen weiten margin of appreciation hin – insbesondere dann, wenn es sich um sensible ethische oder moralische Bereiche handelt, wie etwa beim Schutz eines traditionellen Familienkonzeptes.[151] Liegt hingegen bei einer Frage ein einheitlicher Standard der Konventionsstaaten vor, indiziert dies einen engeren margin of appreciation.[152] Ein europäischer Standard im Sinne eines einheitlichen Zugangs kann somit sowohl den Umfang der Konventionsrechte im Rahmen der evolutiven Auslegung beeinflussen als auch den margin of appreciation, der den Konventionsstaaten bei der Beurteilung eines Sachverhalts verbleibt.

Bedeutend für den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit sind zudem Erwägungen, die aus der Achtung der staatlichen Souveränität resultieren: Besonders bei sensiblen oder sicherheitsrelevanten Bereichen ist eher von einem weiten margin of appreciation auszugehen; als solcher sicherheitsrelevanter bzw sensibeler Bereich gilt auch die Einwanderungs- und Aufenthaltskontrolle.[153] Bei der Fragestellung, inwieweit Familienmitgliedern von Personen, die sich bereits in einem Konventionsstaat aufhalten, ein Aufenthaltsrecht aufgrund des Familienlebens einzuräumen ist, ist demnach grundsätzlich ein weiter margin of appreciation anzunehmen.

Bei der Beurteilung des margin of appreciation setzt sich der EGMR teilweise auch mit dem gesetzgeberischen Prozess des jeweiligen Konventionsstaates auseinander: Fand in diesem eine Abwägung mit dem betroffenen Grundrecht statt, kann dies für einen weiten margin of appreciation sprechen.[154] Auch hier ist die intendierte Achtung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers

---

[149] Vgl *Schulte*, Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin 67.
[150] *Saul,* Human Rights Law Review 2015, 745 (750) mwN; mögliche Kategorisierungen finden sich etwa bei *Arai-Takahashi*, Margin 206ff; *Brems,* ZaöRV 1996, 240 (256ff); *Dopplinger/Mörth,* Journal für Rechtspolitik 2022, 240 (254ff).
[151] Vgl EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 92f.
[152] *Brems,* ZaöRV 1996, 240 (248, 276, 306f); *Dopplinger/Mörth,* Journal für Rechtspolitik 2022, 240 (254); *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (204f); EGMR 17. 1. 2023 (GK), 40792/10, *Fedetova ua/Russland* Rz 186f; 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 98.
[153] *Brems,* ZaöRV 1996, 240 (276); *Thym,* International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (103).
[154] *Dopplinger/Mörth,* Journal für Rechtspolitik 2022, 240 (254); EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 148.; siehe auch Abschnitt III) B) 4) – *Prozeduralisierung der EMRK und Bedeutung für die Verpflichtungen gem Art 8 EMRK*.

erkennbar. Wie bereits dieser kurze Abriss zeigt, können der Kontext und die Umstände des Einzelfalls die Beurteilung des margin of appreciation erheblich beeinflussen.[155]

Geht der EGMR von einem weiten margin of appreciation aus, tendiert er dazu, sich bei der Kontrolldichte zurückzunehmen – insbesondere bei der Interessenabwägung, aber auch hinsichtlich des staatlichen Entscheidungs- bzw Gesetzgebungsprozesses. Bei einem engen margin of appreciation nimmt der EGMR meist eine im Vergleich detailliertere, engmaschigere Verhältnismäßigkeitsprüfung der staatlichen Maßnahme vor.[156] Die Anwendung des margin of appreciation ist aber teilweise von Uneinheitlichkeit geprägt; nicht immer hält sich der EGMR klar an seine eigenen Kriterien.[157] In Fällen, in denen der EGMR zum Ergebnis gelangt, dass ein Konventionsstaat den margin of appreciation überschritt und keine entsprechende, ausreichende Interessenabwägung iSd EMRK vornahm, stellt der EGMR eine Konventionsverletzung fest.[158]

d) EGMR und Unionsrecht

Da innerhalb der EU das Asyl- und Migrationsrecht und somit wesentliche Rechtsgrundlagen des Untersuchungsgegenstandes stark unionsrechtlich harmonisiert sind[159] und die EU selbst (noch) keine Vertragspartei der EMRK ist[160], stellte sich die Frage, wie der EGMR mit unionsrechtlichen Vorgaben, die die Konventionsstaaten binden, umgeht. Im Fall *Bosphorus* hätte der EGMR erstmals beurteilen müssen, ob eine Verordnung der EU mit der EMRK vereinbar ist.[161] Nach dem EGMR ist in Fällen, in denen die Konventionsstaaten als Mitglieder einer internationalen oder supranationalen Organisation Recht umsetzen bzw handeln, zu prüfen, ob der Grundrechtsschutz der jeweiligen Organisation mit jenem der EMRK „gleichwertig" ist. Sofern ein gleichwertiger Grundrechtsschutz innerhalb der Organisation besteht, sind Handlungen aufgrund vertraglicher Verpflichtungen als Mitglied dieser Organisation gerechtfertigt.[162]

Für die EU wird grundsätzlich von einem gleichwertigen Grundrechtsschutz vermutet; der EGMR nimmt sich dadurch in den Bereichen, in denen die MS über keinen Handlungsspielraum bei der

[155] *Brems,* ZaöRV 1996, 240 (313).
[156] *Arai-Takahashi*, Margin 2; *Dopplinger/Mörth,* Journal für Rechtspolitik 2022, 240 (251, 260); *Gerards*, Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights, Human Rights Law Review 2018, 495 (499).
[157] Vgl *Gerards,* Human Rights Law Review 2018, 495 (499); *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (209).
[158] Vgl *Mahoney,* Human Rights Law Journal 1990, 57 (78); *Letsas,* Oxford Journal of Legal Studies 2006, 705 (712).
[159] Vgl bereits Kapitel II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben*; Art 77-79 AEUV.
[160] Siehe dazu auch Punkt III) C) 2) a) – *Grundrechtsschutz in der EU und Verhältnis zur EMRK*.
[161] EGMR 30. 6. 2005 (GK), 45036/98, *Bosphorus Airways/Irland*; vgl *Grabenwarter*, § 1 Das System des Europäischen Grundrechteschutzes, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 47 (Rz 79); *Vranes* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019) Art 53 Rz 15.
[162] EGMR 30. 6. 2005 (GK), 45036/98, *Bosphorus Airways/Irland* Rz 155; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 18 Rz 23.

Umsetzung von Unionsrecht verfügen, bei der Kontrolle zurück.[163] Sofern die MS über einen Gestaltungsspielraum verfügen, wie insbesondere bei der Umsetzung von Richtlinien, unterliegen sie weiterhin der Kontrolle des EGMR.[164]

2) Geschütztes Familienleben gem Art 8 EMRK bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten

a) Begriff und Schutzbereich des Familienlebens gem Art 8 EMRK

Die EMRK enthält keine Definition des Begriffs „Familie" oder „Familienleben"; es handelt sich um offene Rechtsbegriffe der Konvention, die der EGMR autonom auslegt:[165] Unter autonomer Auslegung versteht der EGMR eine Art systematische Interpretation, in der er die Systematik und die Zielsetzung der EMRK berücksichtigt.[166] Weiters fließen die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen der Konventionsstaaten in die Auslegung mit ein, wobei der Konventionsbegriff unabhängig von der konkreten Bedeutung innerhalb der jeweiligen nationalen Rechtsordnung ausgelegt und verstanden wird.[167] Die autonome Auslegung ist ein wichtiger Ansatzpunkt[168] für die evolutive Interpretation, da dadurch aktuelle soziale und gesellschaftliche Entwicklungen bei der jeweiligen Auslegung berücksichtigt werden können.[169]

Insofern erscheint auch die Tatsache, dass die Konvention keine eigene Definition von Familie bzw Familienleben enthält, sachgerecht: Wie bereits im Problemaufriss[170] der Arbeit dargelegt, ist das Verständnis von Familie und Familienleben stark geprägt durch unterschiedliche Faktoren, wie Kultur, Wirtschaft, Gesellschaft oder Religion.[171] Das Konzept von Familie ist kein starres; vielmehr verändern sich Familienstrukturen stetig.[172] Dadurch ist Art 8 EMRK und das Familienleben eines der plakativsten Beispiele für die Art und Weise, wie der EGMR die

---

[163] *Brunozzi* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*[5] Art 46 Rz 35; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 18 Rz 23; *Grabenwarter*, § 1, in *Grabenwarter*[2] 47 (Rz 79); *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar[6] (2022) Art 6 EUV Rz 23; EGMR 30. 6. 2005 (GK), 45036/98, *Bosphorus Airways/Irland* Rz 159ff.

[164] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 18 Rz 23; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*[6] Art 6 EUV Rz 23; *Vranes* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 53 Rz 15.

[165] Vgl etwa *Caroni*, Privat- und Familienleben 21; *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.

[166] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 5 Rz 9; für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Konzept der autonomen Auslegung siehe etwa *Letsas*, theory 37ff.

[167] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 5 Rz 9ff.

[168] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 5 Rz 12; vgl auch *Brems,* ZaöRV 1996, 240 (241); aA *Caroni*, Privat- und Familienleben 21 FN 63, die die autonome Auslegung als Ausfluss der evolutiven Interpretation sieht; aA *Letsas*, theory 79, der die autonome und evolutive Auslegung gleichsetzt.

[169] Vgl *Caroni*, Privat- und Familienleben 21 FN 63 mwN.

[170] Kapitel I) A) – *Problemaufriss*.

[171] Vgl auch *Caroni*, Privat- und Familienleben 21ff mwN.

[172] Vgl *Brötel*, Anspruch 63; *De Vries*, Right to Respect for Private and Family Life, in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak* (Hrsg), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights[5] (2018) 667 (702).

Konvention dynamisch und evolutiv auslegt, um den sozialen Änderungen in der Gesellschaft Rechnung zu tragen.[173] Dementsprechend legt der EGMR dem Konventionsbegriff „Familienleben" nicht nur ein traditionelles Familienbild zugrunde.[174]

Für die Annahme eines Familienlebens iSv Art 8 EMRK muss bereits eine Familie vorhanden sein.[175] Nicht umfasst von Art 8 EMRK ist das Recht, eine Familie zu gründen.[176] Die Annahme, dass eine Familie besteht, richtet sich nicht ausschließlich nach biologischen oder rechtlichen Beziehungen; eine Familie kann auch aufgrund sozialer Verbindungen anzunehmen sein.[177] Als Familie iSv Art 8 EMRK gelten insofern nicht nur „de iure-Familien", die aufgrund einer rechtlich formalisierten Beziehung wie etwa der Ehe als Familien zu werten sind, sondern ebenso „de facto-Familien", bei denen etwa das Zusammenleben, besondere gegenseitige Fürsorge oder Abhängigkeit für das Vorhandensein einer Familie spricht.[178]

Ob zwischen den vorhandenen Familienmitgliedern auch ein Familienleben vorliegt, beurteilt der EGMR im Einzelfall; dabei stellt er auf tatsächlich gelebte, enge, persönliche Beziehungen zwischen den Familienmitgliedern ab.[179] In der Rechtsprechung des EGMR lässt sich hier bezüglich de facto-Familien ein Zirkelschluss erkennen: Eine de facto-Familie ist aufgrund tatsächlich gelebter familiärer Beziehungen anzunehmen. Liegt eine de facto-Familien vor, ist auch immer ein Familienleben zu bejahen, da das Familienleben ebenso auf tatsächlich enge Beziehungen abstellt. Anders verhält es sich bei de iure-Familien: Auch, wenn rechtlich betrachtet eine Familie vorliegt (beispielsweise bei einem verheirateten Paar), heißt es noch nicht, dass ein Familienleben iSv Art 8 EMRK besteht: Viel mehr müssen die Familienmitglieder miteinander auch tatsächlich diese familiäre Beziehung ausleben, um in den Schutzbereich von Art 8 EMRK zu fallen. Dabei genießen rechtlich formalisierte Familien einen Vertrauensvorschuss, und ein Familienleben wird grundsätzlich angenommen.[180]

---

[173] *Bryanston-Cross*, Article 8: The Right to Respect for Private and Family Life, Home, and Correspondence, in *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights[5] (2023) 508 (508, 511); *Caroni*, Privat- und Familienleben 22; *Draghici*, Legitimacy 1f; *Sonnleitner*, A Constitutionalist 1.

[174] *Bryanston-Cross* in *Harris/O'Boyle/Warbrick*[5] 508 (511); *Tettinger/Geerlings*, Ehe und Familie in der europäischen Grundrechtsordnung, EuR 2005, 419 (433).

[175] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 62; 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien* Rz 31; *Caroni*, Privat- und Familienleben 12; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 22 Rz 16; *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023) Art 8 Rz 54.

[176] Etwa *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*[5] Art 8 Rz 54; *Jarass*, Charta[4] Art 7 Rz 20; zum gem Art 12 EMRK eingeschränkten Schutz, eine Familie zu gründen, siehe etwa *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023) Art 12 Rz 13.

[177] *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*[5] Art 8 Rz 54, 56.

[178] Etwa *Caroni*, Privat- und Familienleben 24; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 22 Rz 16; *Oswald*, Bleiberecht 45 und 56f; *Stelzer*, Grundzüge des Öffentlichen Rechts[4] (2019) 197.

[179] Vgl etwa EGMR 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 53, wo der EGMR zunächst feststellt, dass aufgrund der Beziehung zwischen den Antragsteller:innen ein Familienleben vorliegt; vgl auch *Jarass*, Charta[4] Art 7 Rz 18.

[180] Dazu sogleich Unterpunkt III) B) 2) b) i) – *Rechtlich formalisierte Beziehungen von Paaren*.

Als fundamentalen Aspekt des Familienlebens bezeichnet der EGMR die Möglichkeit der Familienmitglieder von „mutual enjoyment of each other's company".[181] Die vom EGMR gewählte Formulierung erinnert an ein sehr optimistisches Familienbild, nachdem sich die einzelnen Familienmitglieder immer über das Beisammen sein erfreuen würden – das Verständnis wird nicht immer die Realität widerspiegeln. Zu verstehen ist unter der Floskel die Möglichkeit, beisammen zu sein und persönliche Kontakte zu pflegen.[182]

Diese erste Annäherung zeigt bereits, dass es kaum möglich ist, das von Art 8 EMRK geschützte Familienleben allgemein festzulegen. Je nach Beziehung der Familienmitglieder variiert der Prüfungsmaßstab zur Beurteilung, inwieweit ein geschütztes Familienleben iSv Art 8 EMRK vorliegt. Die folgenden Unterpunkte i) – vi) umreißen die kasuistische Rechtsprechung des EGMR zum Vorhandensein von Familie und dem geschützten Familienleben. Nur für Familienmitglieder, die Teil eines geschützten Familienlebens iSv Art 8 EMRK sind, kommt eine grundrechtliche Verpflichtung zur Gewährung eines Aufenthaltstitels gem Art 8 EMRK in Frage. Daher bildet die folgende Darstellung den Grundstein für die konkrete Untersuchung positiver Verpflichtungen zur Gewährung eines Aufenthaltstitels, auf die im Abschnitt 3) dieses Teils eingegangen wird.[183]

b) Von Art 8 EMRK geschützte familiäre Konstellationen im Überblick

i) Rechtlich formalisierte Beziehungen von Paaren

Rechtlich formalisierte Beziehungen – wie etwa durch Eheschließung – haben grundsätzlich eine große Indizwirkung bei der Frage, ob ein Familienleben besteht; das effektive und tatsächliche Familienleben wird vermutet, weshalb die „rechtliche" Begründung von Familie meist für die Eröffnung des Schutzbereichs gem Art 8 EMRK ausreichend ist.[184] Nur unter außergewöhnlichen Umständen, die an der Existenz des Familienlebens zweifeln lassen, ist das Vorhandensein eines Familienlebens dennoch zu beweisen, beispielsweise bei fehlendem Zusammenleben. Eine Scheinehe, die ohne den Willen tatsächlich eine eheliche Lebensgemeinschaft zu führen und etwa nur zur Umgehung von Einwanderungsbeschränkungen oder für den Erhalt einer Staatsbürgerschaft geschlossen wurde, fällt nicht in den Schutzbereich von Art 8 EMRK.[185] Ob nun eine Scheinehe

[181] Etwa EGMR 26. 5. 1994, 16969/90, *Keegan/Irland* Rz 50; *Immervoll/Frühwirth*, Statusdifferenzierung in der Familienzusammenführung, in *Salomon* (Hrsg), Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 161 (166).
[182] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 22 Rz 19; *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*[5] Art 8 Rz 67; vgl auch *Jarass*, Charta[4] Art 7 Rz 4, 20.
[183] Abschnitt III) B) 3) – *Positive Verpflichtung zur „Achtung" des Familienlebens gem Art 8 EMRK*.
[184] *Bryanston-Cross* in *Harris/O'Boyle/Warbrick*[5] 508 (512); *Caroni*, Privat- und Familienleben 24; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (230); *Sander*, Schutz des Aufenthalts 53.
[185] Etwa EKMR 6. 1. 1992, 18643/91, *Benes/Österreich*; *Bryanston-Cross* in *Harris/O'Boyle/Warbrick*[5] 508 (512); *Sander*, Schutz des Aufenthalts 55 mwN.

vorliegt, ist schwer zu beurteilen und zu beweisen. Bei dem Verdacht der Scheinehe sind die Motive zur Eheschließung eingehend zu beleuchten.[186]

Liegt zwar eine religiöse oder traditionelle Ehe vor, die aber nicht rechtmäßig geschlossen wurde, ist zu beurteilen, ob das Paar davon ausging, rechtmäßig verheiratet zu sein. Im Fall *Abdulaziz, Cabales und Balkandali* hielt sich der EGMR zurück, sich hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Eheschließung zu äußern. Für den EGMR war es ausreichend, dass sich das Ehepaar *Cabales* einer Zeremonie zur Eheschließung unterzogen und bewiesen hatte, von einer tatsächlichen Heirat auszugehen und beabsichtigte, wirklich ein Familienleben zu führen.[187] *Sander*[188] und *Caroni*[189] schließen daraus, dass es bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ehe im Lichte von Art 8 EMRK nicht primär auf das Recht des Konventionsstaates ankommt, sondern darauf, ob die Ehe an dem Ort der Eheschließung rechtmäßig zustande gekommen ist. Meines Erachtens lässt sich dies nicht aus der Rechtsprechung des EGMR ableiten; viel mehr stellte der EGMR stattdessen auf den Willen des Ehepaares ab, ohne zur Rechtmäßigkeit Stellung zu nehmen. Das erscheint auch konventionskonform, da die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ehe nicht dem EGMR obliegt, sondern den nationalen Behörden; der EGMR prüft lediglich, inwieweit die Entscheidung der nationalen Behörden hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Ehe nachvollziehbar und dadurch mit Art 8 EMRK vereinbar ist.[190] Die rechtliche Anerkennung der Ehe ist grundsätzlich keine Voraussetzung, damit ein Familienleben gem Art 8 EMRK geschützt ist.[191]

Weiters prüfte der EGMR bei religiöser oder traditioneller Eheschließung die „Substanz" der Beziehung und betrachtet die Umstände des Einzelfalls um festzustellen, ob ein Familienleben iSd Art 8 EMRK existiert.[192] Der Prüfungsmaßstab gleicht jenen für Lebensgemeinschaften (auf die im nächsten Unterpunkt eingegangen wird); es werden unterschiedliche Faktoren für die Beurteilung erwogen, wie die Dauer der Beziehung, inwieweit eine gegenseitige Verantwortung füreinander übernommen wird sowie das Vorhandensein gemeinsamer Kinder.[193] Auch bei einer vorhandenen Verlobung müssen diese Faktoren zumindest teilweise erfüllt sein; der Akt der Verlobung allein reicht nicht für die Annahme eines geschützten Familienlebens, kann aber ein weiteres Indiz für ein vorhandenes Familienleben iSd Art 8 EMRK sein.[194]

---

[186] Vgl *Sander*, Schutz des Aufenthalts 56.
[187] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 63; anders zu beurteilen war etwa EGMR 2. 11. 2010 (GK), 3976/05, *Şerife Yiğit/Türkei*
[188] *Sander*, Schutz des Aufenthalts 54.
[189] *Caroni*, Privat- und Familienleben 173f.
[190] Etwa EGMR 29. 11. 2007, 25709/05, *Taher/Schweden*; vgl auch *Sander*, Schutz des Aufenthalts 55.
[191] EGMR 8. 12. 2015, 60119/12, *Z.H. und R.H./Schweiz*.
[192] EGMR 2. 11. 2010 (GK), 3976/05, *Şerife Yiğit/Türkei*; *Bryanston-Cross* in *Harris/O'Boyle/Warbrick*[5] 508 (512).
[193] EGMR 2. 11. 2010 (GK), 3976/05, *Şerife Yiğit/Türkei* insb Rz 79,96f.
[194] EKMR 1. 10. 1990, 15817/89, *Wakefield/Vereinigtes Königreich*; 9. 4. 1997, 32339/96, *Gorman/Vereinigtes Königreich*; *Sander*, Schutz des Aufenthalts 62f.

Unter Umständen kann auch ein „nur beabsichtigtes“ Familienleben, das noch nicht ausgelebt werden konnte, von Art 8 EMRK geschützt sein. Möglich ist dies in erster Linie bei einer echten und rechtmäßigen Ehe.[195] Der EGMR geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass das „Familienleben“ bei Ehepaaren normalerweise ein Zusammenleben umfasst. Dieses Argument untermauert er mit Erwägungen zum Recht auf Eheschließung gem Art 12 EMRK, da das Recht, durch Eheschließung eine Familie zu begründen, seiner Ansicht nach nicht verständlich wäre, wenn es nicht das Recht zusammenzuleben umfassen würde.[196]

Mit der Scheidung endet das Familienleben der Eheleute jedenfalls;[197] es kann sich bereits davor auflösen, wenn die Eheleute vor der formalen Scheidung die eheliche Lebensgemeinschaft faktisch aufgaben.[198]

ii) Lebensgemeinschaft von Paaren

Wie bereits erwähnt, sind nicht nur rechtlich formalisierte Beziehungen als Familienleben iSd Art 8 EMRK geschützt, sondern unter Umständen auch de facto-Beziehungen. Die Faktoren, die ein de facto-Familienleben indizieren, haben sich im Laufe der Zeit verändert:[199] Waren anfangs jedenfalls ein gemeinsamer Haushalt und ein dauerhaftes Zusammenleben Voraussetzung,[200] so rückte der EGMR in weiterer Folge davon ab und stellte im Fall *Kroon*[201] ein Familienleben allein aufgrund gemeinsamer Kinder des Paares fest. Zu diesem Zeitpunkt betrachtete er ein Zusammenleben dennoch als grundsätzliche Notwendigkeit, von der allerdings bei außergewöhnlichen Umständen, die eine ausreichende Stabilität der Beziehung demonstrieren, abgesehen werden kann.[202] Mittlerweile ist das Zusammenleben ein Faktor von vielen, der ein etwaiges de facto-Familienleben vermuten lässt.[203] Im Fall *X, Y und Z*[204], in welchem es um die Lebensgemeinschaft eines transidentitären Partners, seiner Lebensgefährtin sowie des von ihr durch künstliche Befruchtung geborenen Kindes ging, stellte der EGMR zur Beurteilung von Familienleben folgendes fest: „When deciding whether a relationship can be said to amount to ‚family life‘, a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means“, und bestätigte schließlich ein faktisches Familienleben.[205] Neben dem

[195] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 62.
[196] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 62.
[197] EGMR 26. 3. 2002, 51268/99, *Mir/Schweiz*; *Sander*, Schutz des Aufenthalts 55
[198] EKMR 26. 6. 1996, 30079/96, *J.O./Österreich*; *Sander*, Schutz des Aufenthalts 55.
[199] Vgl *Sander*, Schutz des Aufenthalts 61.
[200] EKMR 14. 7. 1977, 7289/75, 7349/76, *X. und Y./Schweiz*
[201] EGMR 27. 10. 1994, 18535/91, *Kroon ua/Niederlande* Rz 30.
[202] EGMR 27. 10. 1994, 18535/91, *Kroon ua/Niederlande* Rz 30.
[203] Vgl etwa *Sander*, Schutz des Aufenthalts 61.
[204] EGMR 22. 4. 1997 (GK), 21830/93, *X, Y und Z/Vereinigtes Königreich*..
[205] EGMR 22. 4. 1997 (GK), 21830/93, *X, Y und Z/Vereinigtes Königreich* 36f; die Beschwerde erfolgte, da X nicht gesetzlich als Vater von Z anerkannt wurde; eine Verletzung wurde in weiterer Folge verneint. Weiterführend

Zusammenleben, der Dauer der Beziehung, dem Vorhandensein von Kindern und der Bezeugung gegenseitiger Verantwortung sind also auch „andere, weitere Umstände“ in die Beurteilung miteinzubeziehen. Insofern erscheint ein umfassender Gesamteindruck der Intensität der tatsächlich ausgelebten Beziehung einschließlich dieser genannten Faktoren für die Beurteilung entscheidend, ob im Einzelfall ein Familienleben iSd Art 8 EMRK anzunehmen ist.[206]

iii) Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehe

Lange Zeit sah der EGMR gleichgeschlechtliche Beziehungen als Teil des „Privatlebens“ an und schützte sie nur unter diesem Tatbestand gem Art 8 EMRK.[207] Mit der Entscheidung *Schalk und Kopf*[208] hat der EGMR diese Rechtsprechungslinie verworfen und die Bedeutung von Familie ausgeweitet, da immer mehr Konventionsstaaten gleichgeschlechtliche Paare als Familie anerkennen: „In view of this evolution, the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy ‚family life' for the purposes of Article 8."[209] In *Vallianatos ua* baute der EGMR auf der Entscheidung *Schalk und Kopf* auf und stellte klar, dass gleichgeschlechtliche Paare unter denselben Gründen ein Familienleben iSv Art 8 EMRK führen wie heterosexuelle Paare; unabhängig davon, ob sie zusammenleben oder aus sozialen oder beruflichen Gründen getrennt voneinander leben: Ein fehlendes Zusammenleben bedeutet nicht, dass es der Beziehung an der nötigen Stabilität für ein Familienleben iSv Art 8 EMRK fehle.[210] Folglich sind de facto-Beziehungen von gleichgeschlechtlichen Personen nach der Judikatur des EGMR gleich zu beurteilen, wie de facto-Beziehungen von heterosexuellen Paaren; sie sind unter den gleichen Umständen vom Schutzbereich des Familienlebens umfasst.[211]

Ging der EGMR 2010 im Fall *Schalk und Kopf* noch von einem weiten margin of appreciation zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare aus,[212] stellte er 2015 im Fall *Oliari ua* nur noch einen

---

zu Transidentität und Familienrechten etwa *Draghici*, Legitimacy 223ff mwN; eine vertiefte Auseinandersetzung mit Fragestellungen zur Transidentität hat an dieser Stelle zu unterbleiben, da diese meist eher im Bereich des Tatbestandes des Privatlebens zu verorten sind und weniger das Familienleben einschränken; als Beispiel siehe etwa EGMR 16. 7. 2014, 37359709, *Hämäläinen/Finnland* Rz 85ff.

[206] Vgl etwa EGMR 20. 6. 2002, 50963/99, *Al-Nashif/Bulgarien* Rz 112; *Sander*, Schutz des Aufenthalts 62.

[207] Vgl etwa *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (703 insb FN 221); *Lafferty*, Article 8: The Right to Respect for Private and Family Life, Home, and Correspondence, in *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights[4] (2018) 501 (505); *Sußner*, Invisble intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law, in *Spijkerboer* (Hrsg), Fleeing Homophobia (2013) 176 (182); EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 63ff.

[208] EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* insb Rz 90, 92ff.

[209] EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 94; *Sußner* in *Spijkerboer* 176 (182); *Wiederin*, §10 Schutz der Privatsphäre, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa[2] (2014) 363 (Rz 56).

[210] EGMR 7. 11. 2013 (GK), 29381/09, *Vallianatos ua/Griechenland* Rz 73.

[211] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 64; 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 91ff; vgl etwa *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (230); *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (703).

[212] EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 92; der EGMR betonte aber schon damals, dass der margin of appreciation je nach den Umständen in den Konventionsstaaten variieren wird, dazu Rz 98.

geringen margin of appreciation fest und forderte auch eine Möglichkeit, gleichgeschlechtliche Partnerschaften in einer Form rechtlich anerkennen zu lassen[213]. Dass gleichgeschlechtliche Paare gem Art 8 EMRK die Möglichkeit haben müssen, ihre Partnerschaft rechtlich anerkennen zu lassen, bestätigte der EGMR kürzlich erneut.[214] Zu unterscheiden ist die Verpflichtung zur rechtlichen Anerkennung von einem Recht auf Eheschließung: Auch wenn sich eine Tendenz der Konventionsstaaten erkennen lässt, gleichgeschlechtlichen Paaren eine Eheschließung zu ermöglichen, ergibt sich (derzeit) aus Art 8 EMRK bzw Art 12 EMRK nach der Auslegung des EGMR (noch) keine Verpflichtung für alle Konventionsstaaten, ein solches Recht zur Eheschließung zu verankern.[215]

iv) Mehrehe

Bisher hat der EGMR die Frage, inwieweit Polygamie bzw Mehrehen als Familienleben von Art 8 EMRK geschützt sind, nicht eindeutig beantwortet.[216] Generell existiert bisher wenig Judikatur des EGMR zum Thema Mehrehen bzw Polygamie, und die Judikatur stammt großteils aus den Neunzigern.

Da faktisches Familienleben an sich von Art 8 EMRK umfasst ist, vertreten einige Stimmen in der Literatur, dass grundsätzlich auch polygame Ehen in den Schutzbereich des Familienlebens fallen müssen[217] oder schließen es zumindest nicht aus.[218] In *Al-Nashif*[219] stellte der EGMR zumindest fest, dass eine zweite (religiöse) Heirat nichts an der ersten ändere, wenn das erste Ehepaar weiterhin ihr Eheleben fortführt; eine zweite Ehe stellt auch keinen außergewöhnlichen Umstand dar, der etwas an der Beziehung zwischen Elternteil und Kind (dazu sogleich) ändere.[220] Ob die zweite Ehe als Familienleben iSd Art 8 EMRK geschützt ist, beurteilte der EGMR aber nicht. In einer kürzlich ergangenen Entscheidung nahm der EGMR eine Interessensabwägung gem Art 8 EMRK bei einer Mehrehe vor, ohne sich damit auseinanderzusetzen, ob die familiäre Beziehung

[213] EGMR 21. 7. 2015, 18766/11, *Oliari ua/Italien* Rz 177ff.
[214] EGMR 17. 1. 2023 (GK), 40792/10, *Fedetova ua/Russland*; 1. 6. 2023, 75135/14, *Maymulakhin und Markiv/Ukraine*.
[215] Etwa EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 64; 21. 7. 2015, 18766/11, *Oliari ua/Italien* Rz 192; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (230); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 22 Rz 83; ausführlich hinsichtlich der unterschiedlichen Zugänge innerhalb der Konventionsstaaten sowie eingehender Analyse der einschlägigen EGMR-Rechtssprechung *Fenwick/Hayward*, Rejecting asymmetry of access to formal relationship statuses for same and different-sex couples at Strasbourg and domestically, European human rights law review 2017, 544.
[216] Vgl etwa *Manoharan*, Der Familiennachzug zu Drittstaatsangehörigen 76; *Sander*, Schutz des Aufenthalts 58.
[217] Etwa *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (230); *Lukits*, Mehrehen und Familiennachzug, iFamZ 2017, 261 (264); *Sander*, Schutz des Aufenthalts 53.
[218] *Brötel*, Anspruch 64 mwN
[219] EGMR 20. 6. 2002, 50963/99, *Al-Nashif/Bulgarien* Rz 113.
[220] EGMR 20. 6. 2002, 50963/99, *Al-Nashif/Bulgarien* Rz 113; vgl auch *Sander*, Schutz des Aufenthalts 59.

als Familienleben iSv Art 8 EMRK zu bewerten ist.[221] Dadurch bestätigte der EGMR implizit, dass auch eine Mehrehe vom Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK geschützt sein kann.

Zu unterscheiden ist jedenfalls die Frage, ob die Personen einer Mehrehe grundsätzlich ein Familienleben iSv Art 8 EMRK führen und somit in den Schutzbereich fallen, und die Frage, inwieweit ein Staat aufgrund dessen auch verpflichtet ist, die Mehrehe anzuerkennen. Nach der bisherigen Judikatur sind die Konventionsstaaten zur Anerkennung nicht verpflichtet, soweit Mehrehen mit ihrem ordre public nicht vereinbar sind. „Christliche Werte" erkannte die EKMR in der Vergangenheit ebenso als legitimes Interesse, die Mehrehe nicht anzuerkennen.[222] Die Beschränkung eines Familiennachzugs auf einen Eheteil wird im Rahmen des öffentlichen Interesses als gerechtfertigt gesehen.[223] Es ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass sich der Zugang der Konventionsstaaten und dadurch jener des EGMR zur Anerkennung von Mehrehen wandeln kann; aus derzeitiger Perspektive erscheint es allerdings unwahrscheinlich, da die meisten Konventionsstaaten die Mehrehe nach wie vor ablehnen und rechtlich untersagen.[224]

In aufenthaltsrechtlichen Fällen kann die Mehrehe dann zu besonderen Herausforderungen führen, wenn Kinder betroffen sind: Nach Art 9 Abs 3 KRK und Art 24 Abs GRC[225] steht Kindern ausdrücklich das Recht auf Kontakt mit beiden Elternteilen zu. Dabei kann es den Kindern nicht vorwerfbar sein, dass sie von ihren Eltern in einer Mehrehe geboren wurden.

v) Beziehung zwischen Eltern und Kindern

Grundsätzlich ist die familiäre Beziehung von minderjährigen Kindern und ihren Eltern *ipso iure* mit der Geburt als Familienleben gem Art 8 EMRK zu werten.[226] Ob die Eltern verheiratet sind oder nicht und ob das Kind „ehelich" oder „unehelich" auf die Welt kam, ist für das Familienleben irrelevant. Grundsätzlich wird ein Zusammenleben der Eltern und der Kinder für ein Familienleben vorausgesetzt; dennoch können auch andere Faktoren, die eine (zumindest ursprünglich) dauerhafte Beziehung der Eltern bezeugen, ein gemeinsames Familienleben indizieren.[227] Kinder haben das

[221] EGMR 18. 1. 2024, 12510/18, *Dabo/Schweden*; es handelte sich um einen Antrag auf Familienzusammenführung, der aufgrund mangelnder Einkommensnachweise abgewiesen wurde; das Familienleben mit der ersten Ehefrau wurde nicht angezweifelt.
[222] EKMR 5. 10. 1987, 12139/86, *M. und O.M./Niederlande*; 6. 1. 1992, 14501/89, *E.A. und A.A./Niederlande*; 29. 6. 1992, 19628/92, *Bibi/Vereinigtes Königreich*; *Sander*, Schutz des Aufenthalts 60.
[223] EKMR 6. 1. 1992, 14501/89, *E.A. und A.A./Niederlande*; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (230).
[224] Vgl *EMN,* Ad-Hoc Query on Polygamous marriage, https://www.refworld.org/pdfid/58ac4d2fd.pdf (Stand 23. 2. 2016).
[225] Siehe dazu auch die Unterpunkte III) B) 3) d) iv) – *Kindeswohl* und III) C) 2) b) ii) – *Kindeswohl.*
[226] Etwa EGMR 21. 6. 1988, 10730/84, *Berrehab/Niederlande* Rz 21; 21. 12. 2010, 20578/07, *Anayo/Deutschland* Rz 55; *Caroni*, Privat- und Familienleben 29; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 22 Rz 16.
[227] Etwa EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien* Rz 31; 27. 10. 1994, 18535/91, *Kroon ua/Niederlande* Rz 30; 21. 12. 2010, 20578/07, *Anayo/Deutschland* Rz 55 und 59; *Sander*, Schutz des Aufenthalts 69f.

Recht auf Familienleben mit beiden Elternteilen; selbst dann, wenn die Beziehung zwischen den Eltern vor der Geburt endete und ein Elternteil vom gemeinsamen Haushalt auszog: Soweit tatsächlich gelebte Beziehungen iSv regelmäßigen Kontakten zwischen dem Elternteil und dem Kind weiterhin existieren, besteht auch das Familienleben fort.[228]

Im Mutter-Kind-Verhältnis nimmt der EGMR auch dann ein von Art 8 EMRK geschütztes, beabsichtigtes Familienleben an, wenn das Fehlen tatsächlicher familiärer Beziehungen der Mutter nicht zurechenbar ist.[229] Während bei einem biologischen Mutter-Kind-Verhältnis ein Familienleben in der Regel vermutet wird, ist der EGMR bei biologischen Vätern strenger; [230] der Wille des Vaters, den Kontakt weiterhin zu pflegen, muss ersichtlich sein, um trotz des Fehlens tatsächlicher familiärer Beziehungen von einem Familienleben iSv Art 8 EMRK auszugehen.[231] Weiters ist von Relevanz, in welcher Beziehung die Elternteile stehen, ob nachweisliches Interesse an der Beziehung zum Kind besteht, ob Betreuungsbeiträge oder Unterhaltszahlungen geleistet werden und inwieweit überhaupt Verantwortung für das Kind vor und nach der Geburt übernommen wurde.[232] Kann der notwendige Grad der tatsächlichen, familiären Beziehung bzw den Willen an deren Aufrechterhaltung nicht dargelegt werden, so kann dieses Verhältnis noch im Rahmen des Privatlebens gem Art 8 EMRK geschützt sein.[233]

Dass der EGMR beim Mutter-Kind-Verhältnis eher geneigt ist, trotz mangelnder ausgelebter familiärer Bindungen von einem Familienleben auszugehen, ist diskriminierend iSv Art 14 iVm Art 8 EMRK[234] und scheint von einem traditionellen Rollenbild beeinflusst zu sein. Insofern stellt sich die Frage, ob der EGMR nicht früher oder später seine Maßstäbe angleichen wird.

Wenn Kinder volljährig werden, stellt die familiäre Beziehung von Kindern und Eltern grundsätzlich kein geschütztes Familienleben iSd Art 8 EMRK mehr dar, außer die Beziehung ist geprägt von weiteren Faktoren besonderer Abhängigkeit, die über die übliche, gefühlsmäßige Zuneigung hinausgeht.[235] Anzunehmen ist dies vor allem in Fällen, in denen das Kind beeinträchtigt

---

[228] Etwa EGMR 21. 6. 1988, 10730/84, *Berrehab/Niederlande* Rz 21; *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (703); *Caroni*, Privat- und Familienleben 30.
[229] Etwa EGMR 8. 1. 2013, 37956/11, *A.K. und L./Kroatien* Rz 52; *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (704).
[230] Etwa EGMR 15. 9. 2011, 17080/07, *Schneider/Deutschland* Rz 80; 22. 3. 2012, 45071/09, *Ahrens/Deutschland* Rz 58f; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (230); *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (704).
[231] Etwa EGMR 21. 12. 2010, 20578/07, *Anayo/Deutschland* Rz 60ff; 15. 9. 2011, 17080/07, *Schneider/Deutschland* Rz 80f; vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 22 Rz 17.
[232] Etwa EGMR 26. 5. 1994, 16969/90, *Keegan/Irland* Rz 45, 48 und 51; 24. 4. 1996, 22070/93, *Boughanemi/Frankreich* Rz 35; 22. 3. 2012, 45071/09, *Ahrens/Deutschland* Rz 58; vgl *Caroni*, Privat- und Familienleben 30f; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (230).
[233] Siehe dazu etwa *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (683ff).
[234] Zu Art 14 EMRK siehe auch Abschnitt III) B) 5) – *Erweiterung von positiven Verpflichtungen zur Achtung des Familienlebens durch gleichheitsrechtliche Anforderungen gem Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK*.
[235] Vgl etwa EGMR 13. 12. 2007, 39051/03, *Emonent ua/Schweiz* Rz 35; *Caroni*, Privat- und Familienleben 34; *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (705).

oder krank und von der Pflege der Eltern abhängig ist.[236] Im Fall *Nasri* nahm der EGMR beispielsweise weiterhin ein bestehendes Familienleben an, da sich der volljährige taubstumme Beschwerdeführer fast nur mit der eigenen Familie verständigen konnte.[237] Aber auch im umgekehrten Fall, wenn ein Elternteil auf die Pflege oder die Unterstützung der volljährigen Kinder angewiesen ist, kann durch die Abhängigkeit ein Familienleben fortbestehen bzw wieder aufleben. So stellte der EGMR im Fall *I.M.* ein Familienleben fest, da die volljährigen Kinder ihren invaliden Vater pflegten und finanziell unterstützten.[238]

Wenn junge Erwachsene weiterhin im Haushalt der Eltern wohnen und noch keine eigene Familie begründet haben, besteht das Familienleben iSv Art 8 EMRK zumindest eine gewisse Zeit fort.[239] Die Frage, ob im Fall einer rein finanziellen Unterstützung (beispielsweise, wenn sich die Kinder im Studium befinden) ein Fortbestehen des Familienlebens anzunehmen ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Im Fall *Berisha* ließ der EGMR die Frage offen, ob die finanzielle Abhängigkeit für die Annahme eines Familienlebens iSd Art 8 EMRK ausreiche.[240]

Die Judikatur deutet daraufhin hin, dass eine finanzielle Unterstützung alleine nicht ausreichend ist: Im Fall von *I.M.* stellte der EGMR fest, dass die Möglichkeit einer finanziellen Unterstützung durch Transaktion in einen anderen Staat nichts am vorliegenden Abhängigkeitsverhältnis (der notwendigen Pflege) änderte.[241] Der EGMR wog hier die finanzielle Abhängigkeit mit jener Abhängigkeit ab, die einen direkten Kontakt erfordert. Insofern kann die finanzielle Unterstützung als ein Faktor der Abhängigkeit zu anderen Faktoren wie der Pflege hinzutreten, reicht aber für sich allein noch nicht für die Annahme eines Familienlebens aus, da sie auch ohne faktisch zusammen zu sein (etwa auch grenzüberschreitend) möglich ist.

Vor der Volljährigkeit endet das Familienleben von Eltern und ihren Kindern nur „unter außergewöhnlichen Umständen".[242] Als außergewöhnlicher Umstand galt in der Vergangenheit etwa, wenn die Eltern vom Kind über Jahre hinweg getrennt lebten und kein Kontakt bestand, wenn ein Elternteil die Familie verließ und die Familie nicht mehr unterstützte oder wenn das Kind von Geburt an an einem anderen Ort aufwuchs.[243] Bricht der Kontakt für eine Zeit lang ab und wird dann aber wieder aufgenommen, liegen keine außergewöhnlichen Umstände vor, die das

[236] Etwa EGMR 13. 12. 2007, 39051/03, *Emonent ua/Schweiz* Rz 37; vgl *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (705).
[237] EGMR 13. 7. 1995, 19465/92, *Nasri/Frankreich* insb Rz 46.
[238] EGMR 4. 9. 2019, 23887/16, *I.M./Schweiz* Rz 62.
[239] Etwa EGMR 23. 6. 2008, 1638/03, *Maslov/Österreich* Rz 103; 7. 12. 2021 (GK), 57467/15, *Savran/Dänemark* Rz 174; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 76.
[240] EGMR 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 46.
[241] EGMR 4. 9. 2019, 23887/16, *I.M./Schweiz* Rz 62.
[242] Etwa EGMR 24. 4. 1996, 22070/93, *Boughanemi/Frankreich* Rz 35; 8. 7. 2014, 3910/13, *M.P.E.V. ua/Schweiz* Rz 31; vgl *Caroni*, Privat- und Familienleben 29; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (231).
[243] Etwa EKMR 20. 1. 1989, 14522/89, *Gabriel/Vereinigtes Königreich*; 13. 5. 1992, 15723/89, *Zariouhi ua/Niederlande*; 2. 7. 1997, 36223/97, *H.K. und A.K./Schweiz*; vgl *Sander*, Schutz des Aufenthalts 68.

Familienleben dauerhaft beenden.[244] Das Familienleben endet auch nicht allein deshalb, weil die Eltern ins Ausland emigrieren, ein Elternteil inhaftiert wird oder etwa das Kind in einer Pflegefamilie oder einem staatlichen Heim aufwächst, solange nicht der Kontakt vollständig abbricht.[245]

Das familiäre Verhältnis von Adoptiveltern und Adoptivkindern stellt ebenso ein Familienleben iSd Art 8 EMRK dar; das Kind tritt in die Familie der Adoptiveltern ein.[246] Wenn ein Kind von einer Lebenspartner:in einer der beiden leiblichen Elternteile adoptiert wird, bleibt das Familienleben zu dem leiblichen Elternteil bestehen.[247] Ansonsten endet mit der Adoption grundsätzlich das Familienleben mit den leiblichen Eltern, sofern die Obsorge auf die Adoptiveltern übergeht und kein Zusammenleben mit den leiblichen Eltern mehr besteht.[248] Die Beziehung, allfällige Kontakt- oder Informationsrechte zwischen dem leiblichen Elternteil und dem Kind kann dennoch als Teil des Privatlebens gem Art 8 EMRK geschützt sein.[249]

In den Fällen *Harroudj* und *Chbihi Loudoudi*[250] ging es um Sachverhalte, in denen keine Adoption vorlag (die nach islamischen Recht untersagt ist), sondern eine „Kafala" – eine Art gesetzliche Betreuung nach islamischen Recht, nach der Erwachsene für Kinder Verantwortung übernehmen und für deren Wohl und Ausbildung zuständig sind. In beiden Fällen bejahte der EGMR das Vorliegen von Familienleben gem Art 8 EMRK, da die Erwachsenen mit dem Kind in einer Art zusammenlebten, die sich nicht vom Familienleben anderer unterscheidet. Eine positive Verpflichtung aufgrund von Art 8 EMRK, die Beziehung auch rechtlich anzuerkennen, bestand in beiden Fällen aber nicht. Die Fälle dienen als weitere Beispiele, die aufzeigen, dass ein von Art 8 EMRK geschütztes Familienleben auch ohne rechtliche Anerkennung vorliegen kann.

Auch Pflegeeltern können mit einem Kind ein faktisches Familienleben iSd Art 8 EMRK führen, wenn die Pflegeeltern wahrlich die Rolle der Eltern übernehmen und sich eine emotionale Beziehung entwickelt, wie sie im Eltern-Kind-Verhältnis üblich ist.[251]

---

[244] Etwa EGMR 11. 7. 2000, 29192/95, *Ciliz/Niederlande* Rz 60.
[245] EGMR 18. 2. 1991, 12313/86, *Moustaquim/Belgien* Rz 36; 28. 11. 1996, 21702/93, *Ahmut/Niederlande* Rz 60; 8. 1. 2013, 37956/11, *A.K. und L./Kroatien* Rz 51; vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 22 Rz 17; *Sander*, Schutz des Aufenthalts 68f.
[246] Etwa EGMR 22. 6. 2004, 78028/01, *Pini ua/Rumänien* Rz 140; vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 22 Rz 17.
[247] Etwa EKMR 14. 7. 1977, 7289/75, 7349/76, *X. und Y./Schweiz*; vgl *Sander*, Schutz des Aufenthalts 73.
[248] Etwa EKMR 15. 12. 1977, 7229/75, *X. and Y./Vereinigtes Königreich*.
[249] Etwa EGMR 5. 6. 2014, 31021/08, *I.S./Deutschland* Rz 69.
[250] EGMR 4. 10. 2012, 43631/09, *Harroudj/Frankreich*; 16. 12. 2014, 52265/10, *Chibihi Loudoudi ua/Belgien*.
[251] Etwa EGMR 17. 1. 2012, 1598/06, *Kopf und Liberda/Österreich* Rz 73f.

vi) Weitere familiäre Verhältnisse und Abhängigkeit von Familienmitgliedern

Im Fall *Marckx*[252] hielt der EGMR erstmals fest, dass auch die familiäre Beziehung zu nahen Verwandten als Familienleben iSd Art 8 EMRK geschützt sein kann, wie etwa zwischen Großeltern und Enkelkindern. Der EGMR begründete dies mit der Annahme, dass auch diesen nahen Verwandten eine beachtliche Rolle im Familienleben zukommen kann. In der Folgejudikatur konkretisierten sich die Anforderungen für ein Familienleben gem Art 8 EMRK von Großeltern und ihren Enkeln; der EGMR nimmt hier ein Familienleben etwa dann an, wenn die Enkelkinder zumindest zeitweise bei ihren Großeltern aufwachsen oder zumindest eine enge Beziehung durch regelmäßigen Kontakt zwischen ihnen besteht.[253] Allerdings unterscheidet sich diese Beziehung von jener zwischen Eltern und ihrem Kind und benötigt grundsätzlich ein geringeres Maß an Schutz, soweit die Eltern ihren elterlichen Pflichten nachkommen und nicht die Großeltern die Elternrolle faktisch übernommen haben.[254]

Ebenso kann die familiäre Beziehung von Tanten oder Onkeln und ihren Nichten oder Neffen ein Familienleben gem Art 8 EMRK darstellen. Ähnlich wie bei den Großeltern verlangt dieses Verhältnis tatsächlich gelebte, enge Beziehungen, die etwa durch viel gemeinsame Zeit oder Zusammenleben gekennzeichnet sind, sowie die Übernahme von elternähnlichen Rollen oder ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis.[255]

Weiters können Geschwister ein Familienleben iSd Art 8 EMRK führen; auch hier verlangt der EGMR grundsätzlich das Bestehen einer tatsächlich ausgelebten Beziehung.[256] Bei erwachsenen Geschwistern ist nur dann von einem Familienleben auszugehen, wenn sich die tatsächliche Beziehung ebenso durch Elemente der Abhängigkeit kennzeichnet.[257] Im Fall *I. und U.*[258] ging er aber weiter und erachtete, wenn auch zurückhaltend, den Wunsch nach einem Kennenlernen der jüngeren Schwester, die in einer anderen Pflegefamilie und somit nicht gemeinsam mit ihren Geschwistern aufwuchs, als Teil des Familienlebens.

An dieser Stelle ist bereits augenscheinlich, dass es keine eindeutige Judikaturlinie des EGMR hinsichtlich des Familienlebens iSd Art 8 EMRK gibt: Während bei der Kernfamilie grundsätzlich ein Familienleben vermutet wird, ist ansonsten nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen,

---

[252] EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien* Rz 45.
[253] Etwa EGMR 9. 6. 1998, 22430/93, *Bronda/Italien* Rz 51; 25. 11. 2014, 10140/13, *Kruškić/Kroatien* Rz 108
[254] EGMR 25. 11. 2014, 10140/13, *Kruškić/Kroatien* Rz 110, 114.
[255] EGMR 28. 2. 1994, 16580/90, *Boyle/United Kingdom*; 3. 7. 2001, 47390/99, *Javeed/Niederlande*; 4. 12. 2012, 47017/09, *Butt/Norwegen* Rz 76; 17. 9. 2013, 3202/09, *F.N./Vereinigtes Königreich* Rz 36.
[256] Etwa EGMR 18. 2. 1991, 12313/86, *Moustaquim/Belgien* Rz 36.
[257] EGMR 7. 12. 2021 (GK), 57467/15, *Savran/Dänemark* Rz 174; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 76.
[258] EGMR 21. 10. 2004, 75531/01, *I. und U./Norwegen*.

ob ein Familienleben vorliegt. Aus diesen Einzelfällen können unterschiedliche Indizien gewonnen werden, die jedenfalls eine Gemeinsamkeit aufweisen: Es bedarf zumindest den Ansatz einer tatsächlich gelebten Beziehung zwischen Personen, die in einer verwandtschaftlichen Beziehung stehen (außer bei Paaren).[259] Davon unterscheidet sich der Fall von *I. und U.* insoweit klar, als sich die Geschwister nicht kannten und zunächst einmal ein Kennenlernen im Zentrum des Begehrens stand. Insofern ist diese Entscheidung schwer in die Rechtsprechungslinie des EGMR einzuordnen, und der Wunsch, seine Geschwister zu kennen, könnte ebenso als Teil des Privatlebens gesehen werden. Das wäre nur konsequent, da ansonsten selbst die relativ klare Voraussetzung des Vorhandenseins von tatsächlich gelebten familiären Beziehungen in den Hintergrund rückt, von der der EGMR nur bei verheirateten Paaren abwich, wo auch ein beabsichtigtes Familienleben in den Schutzbereich fallen kann.

Die familiäre Beziehung von erwachsenen Verwandten ist, wie grundsätzlich bei volljährigen Kindern und ihren Eltern, nur dann als Familienleben zu qualifizieren, wenn gewisse Elemente der Abhängigkeit vorliegen, die eine über die normale gefühlsmäßige Bande hinausgehende Beziehung indizieren.[260] Im Fall *F.N.* bestätigte der EGMR beispielsweise das Vorliegen eines Familienlebens, da die volljährige Nichte sich in einem verletzlichen mentalen Zustand befand und mit ihrer Tante zusammenwohnte.[261]

Nach der bisherigen Rechtsprechung kommt es bei den familiären Verhältnissen außerhalb der Kernfamilie und abseits des faktischen Familienlebens bei der Lebensgemeinschaft noch viel mehr auf die Umstände des Einzelfalls an, ob im konkreten Fall eine hinreichend intensive Beziehung für die Annahme eines Familienlebens iSd Art 8 EMRK vorliegt. Häufig spricht der EGMR von der Notwendigkeit eines Abhängigkeitsverhältnisses, das ein über die normalen gefühlsmäßigen familiären Bande hinausgehende Beziehung indiziert.[262] Dabei erscheint es noch nicht abschließend geklärt, was diese Abhängigkeit ausmacht, da der EGMR gleichzeitig auch ein Zusammenleben oder regelmäßige Kontakte etwa von Tanten/Onkeln und ihren Nichten/Neffen ausreichen lässt, um von einem Familienleben auszugehen. Jedenfalls werden im Fall von notwendiger Pflege[263], mentaler Unterstützung[264] oder der Übernahme von Verantwortung für Minderjährige Abhängigkeitselemente vorliegen, die eine über die üblichen gefühlsmäßigen familiären Bande hinausgehende Beziehung darstellen. Erreicht die Beziehung nicht diese Intensität, kann die

[259] Vgl *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 364 (Rz 54ff).
[260] EGMR 13. 2. 2001, 47160/99, *Ezzouhdi/Frankreich* Rz 34; 15. 7. 2003, 52206/99, *Mokrani/Frankreich* Rz 33.
[261] EGMR 17. 9. 2013, 3202/09, *F.N./Vereinigtes Königreich* Rz 36.
[262] Etwa EGMR 13. 12. 2007, 39051/03, *Emonent ua/Schweiz* Rz 35; *Caroni*, Privat- und Familienleben 24f, 34f.
[263] Etwa EGMR 13. 7. 1995, 19465/92, *Nasri/Frankreich*; 4. 9. 2019, 23887/16, *I.M./Schweiz*.
[264] Etwa EGMR 17. 9. 2013, 3202/09, *F.N./Vereinigtes Königreich*.

Beziehung dennoch als Familienleben gem Art 8 EMRK gelten, wird aber nicht dasselbe Schutzniveau erreichen wie etwa das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern.[265]

c) Beschränkung des Schutzbereichs von Familienleben bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten?

Im Fall *Slivenko*[266] beschränkte der EGMR erstmals den Schutzbereich vom Recht auf Achtung des Familienlebens in einem migrationsrechtlichen Fall auf die Kernfamilie und subsumiert sonstige familiäre Beziehungen (im Fall konkret die Beziehung zu den Großeltern) unter den Tatbestand des Privatlebens gem Art 8 EMRK, da auch keine besondere Abhängigkeit bestand. Der EGMR nahm an, dass das Familienleben von sich rechtmäßig aufhaltenden Drittstaatsangehörigen, welches auf dem Territorium der Konventionsstaaten begründet wurde, normalerweise auf die Kernfamilie limitiert sei. Ohne die Beweggründe näher zu erläutern, wich der EGMR somit in *Slivenko* vom Fall *Marckx* und der darauf basierenden Judikaturlinie für aufenthaltsrechtliche Sachverhalte ab: Nach *Marckx* kann der Schutzbereich des Familienlebens gem Art 8 EMRK grundsätzlich die familiären Beziehungen von nahen Verwandten wie Großeltern und Enkelkindern ebenso umfassen, da diese füreinander eine beachtliche Rolle im Familienleben spielen können.[267]

Richter *Kovler* führte in seinem Sondervotum in der Sache *Slivenko*[268] aus, dass der EGMR sich dadurch wieder am traditionellen Konzept von Familie von Mutter-Vater-minderjährigem Kind orientiere. Dieses Konzept sei zwar in den europäischen Staaten von zivilrechtlicher Bedeutung, doch in Anbetracht gesellschaftlicher Veränderungen werde dieses traditionelle Konzept immer mehr obsolet. *Kovler* betonte außerdem, dass östliche und südliche europäische Staaten schon immer ein breiteres Familienverständnis hatten und auch Familienmitglieder außerhalb der Kernfamilie gesetzlich beachten. Aus diesem Grund lag nach *Kovler* auch im Fall *Slivenko* ein Familienleben iSd Art 8 EMRK vor, das verletzt wurde.

Teile der Literatur sahen in dieser Entscheidung eine Klarstellung der Trennung von Privat- und Familienleben bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten, wonach Beziehungen außerhalb der Kernfamilie nur mehr als Teil des Privatlebens gem Art 8 EMRK geschützt sind. Andere familiäre Verhältnisse zu Verwandten, wie etwa Großeltern, Geschwistern, Onkeln, Tanten, etc, können – anders als bei Inlandssachverhalten ohne Auslandsbezug – nicht mehr in den Schutzbereich des Familienlebens fallen und seien unter der Brille des Privatlebens zu beurteilen.[269] Eingriffe in das

[265] Etwa EGMR 25. 11. 2014, 10140/13, *Kruškić/Kroatien*.
[266] EGMR 9. 10. 2003, 48321/99, *Slivenko/Lettland*.
[267] EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien* insb Rz 45.
[268] Hier und im Folgenden: EGMR 9. 10. 2003, 48321/99, *Slivenko/Lettland*, Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion *Kovler*.
[269] Etwa *Feik* in *Heißl* 176 (9/9 und 9/22); *Thym*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? EuGRZ 2006, 541 (541ff); *Thym,* International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (88).

Privatleben wiegen in der Regel weniger schwer als Eingriffe in das Familienleben, das als „besondere Ausprägung“[270] des Privatlebens zu sehen ist.[271]

In der Folgejudikatur wies der EGMR vor allem bei Ausweisungen auf *Slivenko* und eine allfällige Einschränkung des Familienbegriffs auf die Kernfamilie hin; häufig stand das familiäre Verhältnis zwischen volljährigen Kindern und ihren Eltern zur Debatte sowie die Frage, inwieweit ein Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen sei.[272]

Bei Ausweisungen erwägt der EGMR bei sich im Konventionsstaat langfristig aufhaltenden Personen grundsätzlich sowohl das Privat- als auch das Familienleben.[273] Ob nun eine familiäre Beziehung von Familienmitgliedern bzw Verwandten außerhalb der Kernfamilie („erweiterte Familie“) im Rahmen des Privatlebens oder des Familienlebens in die Erwägung miteinfließt, ist hier von geringerer Bedeutung als bei Familienzusammenführungen bzw Legalisierungen: Nach der bisherigen Judikatur des EGMR ist ausgeschlossen, dass sich eine positive Verpflichtung zur Gewährung einer Familienzusammenführung allein aufgrund des Privatlebens ergibt.[274] Gleiches gilt für die Legalisierung eines Aufenthaltes bei kurzer Aufenthaltsdauer, bei welcher ein ungerechtfertigter Eingriff in das Privatleben aufgrund des meist geringen Gebietskontaktes in der Regel nicht vorliegt.[275]

Würde man die Beziehung zu Mitgliedern der erweiterten Familie nur noch dem Privatleben zu rechnen, könne das meines Erachtens nicht dazu führen, dass die Beziehung generell nicht beachtlich sei, sondern nur, dass auch in den Fällen von Familienzusammenführung bzw Legalisierungen nach kurzzeitigen Aufenthalt Aspekte des Privatlebens – sofern es die familiäre Beziehung zu Personen der erweiterten Familie betrifft – ebenso zu berücksichtigen sind. Zwar wiegen Eingriffe in das Privatleben regelmäßig weniger schwer als in das Familienleben, aber auch bei Beziehungen zu Familienmitgliedern außerhalb der Kernfamilie wiegt ein Eingriff in das Familienleben weniger schwer, sofern kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht oder beispielsweise Personen aus der erweiterten Familie die Elternrolle für minderjährige Kinder

---

[270] *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 23).
[271] Etwa *Oswald*, Bleiberecht 72f; *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509; zum Verhältnis der einzelnen Schutzbereiche ausführlich etwa *Brötel*, Anspruch 43ff; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 8 EMRK Rz 5 mwN.
[272] Siehe vor allem EGMR 15. 5. 2012, 16567/10, *Nacic ua/Schweden* Rz 73, 76, in der ausdrücklich auf die Fälle der Ausweisung hingewiesen wurde und zudem ein Familienleben von einem volljährigen Sohn und seinen Eltern auf Grund von Abhängigkeit angenommen wurde; vgl auch EGMR 7. 12. 2007 (GK), 58822/00, *Shevanova/Lettland* Rz 67; 20. 12. 2011, 6222/10, *A.H. Khan/Vereinigtes Königreich* Rz 32; 15. 6. 2016, 31039/11, *Novruk ua/Russland* Rz 88.
[273] Vgl EGMR 15. 5. 2012, 16567/10, *Nacic ua/Schweden* Rz 74; *Oswald*, Bleiberecht 72f; *Zeichen*, Ausweisungsschutz für integrierte Fremde, ZÖR 2002, 413 (433f).
[274] Vgl *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 8 EMRK Rz 52 mwN; *Wiederin*, Migranten 11 FN 15;
[275] Vgl *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 8 EMRK Rz 52 mwN; *Wiederin*, Migranten 11 FN 15.

faktisch übernommen haben. Als Folge wären bei der Frage, ob eine positive Verpflichtung zur Gewährung eines Aufenthaltstitels durch Legalisierung oder Familienzusammenführung besteht, nicht nur Aspekte des Familien-, sondern auch jene des Privatlebens jedenfalls zu prüfen.

Im Fall *Maslov*[276] stellte der EGMR trotz der Rechtsprechungslinie nach *Slivenko* fest, dass bei jungen Erwachsenen, die noch keine eigene Familie gegründet haben, das Familienleben mit den Eltern und weiteren nahen Verwandten fortbesteht; der EGMR erwog hier keine Beschränkung des Familienbegriffs trotz der aufenthaltsrechtlichen Fragestellung. Auch im Fall *Pajić*, der den Familiennachzug einer gleichgeschlechtlichen Partnerin ohne rechtlich formalisiertes Verhältnis behandelte, stellte der EGMR das Familienleben von den zwei Partnerinnen nicht in Frage. Die Partnerinnen führten auch noch keinen gemeinsamen Haushalt, da ein Zusammenleben gerade wegen der einwanderungsrechtlichen Bestimmungen nicht möglich war.[277] In der kürzlich ergangene Entscheidung *M.T. ua* ging es um das Familienleben von teilweise erwachsenen Geschwistern bzw von einer Mutter und ihrem mittlerweile erwachsenen Sohn – das Bestehen des Familienlebens wurde, obwohl es sich um einen migrationsrechtlichen Fall handelt, nicht in Zweifel gezogen.[278] Diese Beispiele zeigen, dass weiterhin bzw wieder auch in aufenthaltsrechtlichen Fällen die faktische Beziehung außerhalb der Kernfamilie unter dem Aspekt des Familienlebens iSd Art 8 EMRK zu beachten und zu beurteilen ist, ob sie in den Schutzbereich des Familienlebens fallen.[279] Der Unterscheidung nach *Slivenko* ist kaum mehr eine Bedeutung beizumessen.

Mit Blick auf das verfolgte Schutzziel des Art 8 EMRK, nämlich den Familienmitgliedern ein Zusammensein und persönliche Kontakte zu ermöglichen, erscheint dies nur konsequent: Wie bereits erörtert, bietet eine unterschiedliche Staatsangehörigkeit keine Grundlage für eine unterschiedliche Behandlung beim Umfang der Konventionsrechte.[280] Der Schutzbereich von Art 8 EMRK kann deshalb kein anderer sein, nur weil es sich um einen aufenthaltsrechtlichen Sachverhalt handelt. In diesem Sinne ist meines Erachtens auch Richter *Kovler* in seinem Sondervotum zuzustimmen, dass der Prüfungsmaßstab, inwieweit ein Familienleben vorliegt, auch vor dem Hintergrund aktueller Lebensrealitäten bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten derselbe ist wie bei Inlandssachverhalten. Vielmehr hat der migrationsrechtliche Aspekt bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit bzw der Interessenabwägung, inwieweit eine positive Verpflichtung besteht, miteinzufließen und ist dort wie bisher gegen das generelle, öffentliche Interesse vor dem Hintergrund des souveränen Rechts des Staates, die Einreise von Drittstaatsangehörigen zu kontrollieren, abzuwägen.

---

[276] EGMR 23. 6. 2008, 1638/03, *Maslov/Österreich* Rz 62.
[277] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* insb Rz 66f.
[278] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 76ff.
[279] Ähnlich auch *Oswald*, Bleiberecht 57f.
[280] Vgl Abschnitt II) A) 2) – *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)*.

Betrachtet man zudem die vorhergehende allgemeine Darstellung, welche familiäre Konstellationen von Art 8 EMRK geschützt sind, so ist augenscheinlich, dass auch bei Inlandssachverhalten bei der erweiterten Familie zusätzliche Faktoren wie Abhängigkeit, Zusammenleben oder ein besonderes Naheverhältnis für die Annahme eines geschützten Familienlebens iSd Art 8 EMRK vorliegen müssen. Eine tatsächliche Beschränkung auf die Kernfamilie, außer im Fall von Abhängigkeit, wäre insbesondere für Lebensgefährt:innen sowie bei Beziehungen, die rechtlich nicht formalisiert sind bzw unter Umständen auch nicht formalisiert werden können, von Bedeutung. Diese könnten nur mehr unter dem Aspekt des Privatlebens in eine allfällige Interessenabwägung miteinfließen. In Anbetracht der diversen bestehenden Familienformen würde eine dahingehende Auslegung den derzeitigen Lebensrealitäten nicht ausreichend Rechnung tragen, und wäre somit mit der EMRK als „living instrument" nicht vereinbar.

d) Zwischenfazit

Ein Familienleben iSv Art 8 EMRK setzt zunächst das Vorhandensein von „Familie" voraus. Der Kreis der Personen, die Teil der Familie sein können, ist groß: Verheiratete, verpartnerte Paare sowie Paare ohne rechtlich formalisierte Beziehung, (erwachsene) Kinder, Geschwister, Onkel und Tanten, Nichten und Neffen sowie Großeltern, Adoptiveltern, Stiefeltern zählen alle grundsätzlich zum familiären Personenkreis – die Aufzählung ist nicht abschließend.

Jedenfalls muss entweder eine Art verwandtschaftliches Verhältnis oder eine auf Dauer angelegte Beziehung bestehen, wobei sich der EGMR an der sozialen Familie orientiert und das tatsächliche Ausleben der familiären Beziehung für ihn maßgeblich ist. Die familiären Verhältnisse, die in den Schutzbereich des Familienlebens gem Art 8 EMRK fallen, erschöpfen sich dadurch nicht in biologischen und rechtlichen Verhältnissen.[281] Personen, die in erster Linie aus ökonomischen Gründen vorübergehend in einer Wohngemeinschaft leben, bilden mangels auf Dauer angelegter Beziehung und mangels über finanzielle Erwägungen hinausgehender Abhängigkeit keine soziale Familie; auch wenn die Personen eine innige Freundschaft teilen. Solche Verhältnisse sind dem Privatleben zuzurechnen.

Für den grundrechtlichen Schutz gem Art 8 EMRK ist im zweiten Schritt zu beurteilen, ob die Personen, die zum Kreis der Familie gehören, auch tatsächlich eine familiäre Beziehung ausleben. Anders als bei der Frage, ob überhaupt eine Familie vorhanden ist, scheint der EGMR hier noch stark geprägt vom Bild der bürgerlichen Kleinfamilie zu sein: Ein Familienleben liegt nach dem EGMR ipso iure nur zwischen Eltern und minderjährigen Kindern vor. Bei verheirateten Paaren ist ein Familienleben anzunehmen; das Fehlen von einer familiären Beziehung muss bei diesen Personen bewiesen werden. Außerhalb von diesem Kreis der familiären Personen müssen weitere

[281] Vgl *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 24ff).

Faktoren für die Annahme eines Familienlebens hinzutreten, wie etwa eine besondere Abhängigkeit oder Zusammenleben. Je „weiter" das verwandtschaftliche Verhältnis ist, desto wichtiger erscheinen die konkreten Umstände der tatsächlichen, gelebten Beziehung für die Beurteilung als Familienleben gem Art 8 EMRK. Dabei erscheint schon die Qualifikation als Familienleben von Wertungen der entscheidenden Instanz beeinflusst; eine klare, verallgemeinerungsfähige Linie, wann eine tatsächliche, gelebte Beziehung auch ein Familienleben bildet, kann kaum gezogen werden.

Im Zweifelsfall sollte das Familienleben bejaht werden; schließlich ist die Intensität der Beziehung bei der Schutzintensität des Familienlebens ohnehin zu berücksichtigen: In den Fällen, in denen ein Familienleben mit Personen außerhalb der Kernfamilie („erweiterte Familie") vorliegt, besteht zwar ein grundrechtlicher Schutz gem Art 8 EMRK, aber dieser grundrechtliche Schutz hat nicht per se dieselbe Schutzintensität wie bei der Kernfamilie: Führen beispielsweise Großeltern mit ihren Enkelkindern ein Familienleben durch Zusammenleben, ist die Schutzintensität nicht dieselbe wie bei der Beziehung zwischen Eltern und Kindern – außer, die Beziehung zu den Eltern des Kindes fehlt, und die Großeltern haben faktisch die Rolle der Eltern in der Kernfamilie übernommen. Dasselbe zeigt sich bei der Judikatur zu Pflege- und Adoptiveltern: Der EGMR scheint davon auszugehen, dass ein Familienleben grundsätzlich zwei Elternteile und (wenn vorhanden) deren Kinder umfasst. Treten Adoptiveltern in das Familienleben ein, treten die leiblichen Eltern aus diesem grundsätzlich aus, wobei die Beziehung als Teil des Privatlebens nach wie vor geschützt ist.

Auch bei nicht verheirateten Paaren kann diese Orientierung am Bild der bürgerlichen Kleinfamilie festgestellt werden: Je mehr die Beziehung einer traditionellen Vorstellung von einem Eheleben ähnelt, also einem Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt und gemeinsamen Kindern, desto eher scheint der EGMR ein Familienleben iSv Art 8 EMRK anzunehmen.

Gleichzeitig verdeutlicht die Darstellung der familiären Konstellationen, die von Art 8 EMRK geschützt sind, dass der EGMR nicht starr an der Vorstellung der bürgerlichen Kleinfamilie festhält und den Begriff des Familienlebens öffnet und flexibilisiert. Unbestritten ist mittlerweile, dass homosexuelle Beziehungen denselben Schutz genießen wie heterosexuelle. Auch wenn eine höhere Beweislast besteht, ist klar, dass die Beziehung von unverheirateten Paaren genauso ein Familienleben darstellen kann, selbst wenn sie nicht zusammenleben. Weiters zeigt sich der EGMR großzügig bei der Beurteilung als Familienleben in Fällen, in denen nach religiösen oder kulturellen Traditionen familiäre Beziehungen geschlossen wurden, wie die Beispiele zur Kafala oder der religiösen Heirat zeigten. Das bedeutet aber nicht, dass die Konventionsstaaten verpflichtet sein müssen, diese Beziehungen rechtlich anzuerkennen oder auch ein tatsächliches Zusammensein der Familienmitglieder zu ermöglichen – aber zumindest hat ein Eingriff in das Familienleben in solchen Fällen verhältnismäßig zu sein. Aus grundrechtlicher Perspektive sollten Mehrehen gleich

beurteilt werden: Es besteht kein Grund, Mehrehen pauschal vom Schutzbereich des Familienlebens auszunehmen. Viel mehr indiziert die Judikatur des EGMR, dass eine faktisch ausgelebte familiäre Beziehung auch in der Form einer Mehrehe in den Schutzbereich des Rechtes auf Achtung des Familienlebens fallen kann. Das bedeutet noch nicht, dass Eingriffe unzulässig wären bzw der Staat die Ankerkennung der Mehrehe oder Zusammensein der Familienmitglieder durch Aufenthaltsrechte ermöglichen müsste. Es ist ein großer margin of appreciation der Konventionsstaaten anzunehmen, da sie vielfach Mehrehen nicht anerkennen und es sich um eine sensible, ethische Materie handelt.

Zumindest eine Zeit lang schränkte der EGMR den Schutzbereich des Familienlebens iSv Art 8 EMRK auf die Kernfamilie bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten ein; diese Einschränkung gibt vor allem die jüngere Judikatur nicht mehr wieder. Folglich ist davon auszugehen, dass dieser Ansatz vom EGMR wieder verworfen wurde. Das ist zu begrüßen, da eine Einschränkung des Schutzbereiches kaum zu begründen ist und zum anderen komplexe Fragestellungen zum Verhältnis des Privat- und Familienlebens auch bei der Beurteilung grundrechtlicher Anforderungen zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts nach sich ziehen könnten. Nunmehr ist davon auszugehen, dass der Schutzbereich des Familienlebens sowohl bei aufenthaltsrechtlichen Fragestellungen als auch bei Inlandssachverhalten derselbe ist. Das bedeutet nicht, dass allen potenziellen Familienmitgliedern in gleicher Weise Nachzugsrechte zustehen müssen: Das Naheverhältnis der Familienmitglieder und die Intensität der familiären Beziehung ist ein Aspekt, der in die Interessenabwägung zur Beurteilung grundrechtlicher Anforderungen miteinfließt, wie der folgende Abschnitt zeigen wird.

3) Positive Verpflichtung zur „Achtung“ des Familienlebens gem Art 8 EMRK

a) Allgemeines

Grundrechte sind zunächst Abwehrrechte und erfordern das Unterlassen ungerechtfertigter Eingriffe in den Schutzbereich (negative Verpflichtungen).[282] So sind etwa Ausweisungen oder Abschiebungen unzulässig, wenn sie in das Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK eingreifen und unverhältnismäßig iSv Art 8 Abs 2 EMRK sind.[283] Neben dieser abwehrrechtlichen Schutzdimension anerkennt der EGMR, dass die Konventionsrechte ebenso positive Verpflichtungen[284] verbürgen können: Dadurch haben die Konventionsstaaten unter Umständen

[282] Zur Prüfungsstruktur ausführlich etwa *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 18 Rz 1ff.
[283] Siehe ausführlich etwa *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199; *Oswald*, Bleiberecht; *Sander*, Schutz des Aufenthalts.
[284] Zum Begriff sowie zur methodischen Herleitung siehe ausführlich etwa *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention (2003) 4ff, 227ff mwN.

erforderliche Maßnahmen vorzunehmen (müssen also tätig werden), damit Grundrechtsträger:innen auch in der Lage sind, ihre Grundrechte auszuüben.[285] Unter positiver Verpflichtung versteht der EGMR nicht nur eine Schutzpflicht iSd Pflicht, ein Individuum vor Gefahren Dritter zu schützen,[286] sondern auch eine Gewährleistungspflicht, im Rahmen derer der Staat ein bestimmtes Verhalten und unter Umständen eine Handlung für das Interesse des Einzelnen setzen muss.[287]

In der Sache *Marckx* stellte der EGMR in Bezug auf Art 8 Abs 1 EMRK erstmals fest, dass die „Achtung"[288] des Familienlebens nicht nur bedeutet, das Individuum vor Eingriffen durch den Staat zu bewahren. Zusätzlich sind gegebenenfalls positive Verpflichtungen für eine wirksame Achtung des Familienlebens nötig, um eine normale Entwicklung familiärer Beziehungen zu ermöglichen.[289] Demnach enthält das Recht auf Achtung des Familienlebens unter Umständen auch den Anspruch gegenüber dem Konventionsstaat, rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, um ein Familienleben effektiv zu führen.[290]

Die dogmatische Struktur von positiven Verpflichtungen ist stark von jener der Abwehrrechten beeinflusst; sie unterscheiden sich dennoch punktuell.[291] Bei einer positiven Verpflichtung muss der grundrechtsberechtigten Person ein Anspruch auf die staatliche Erfüllung zukommen; anders als bei der Prüfung von Abwehrrechten steht nicht die Frage eines Eingriffs im Vordergrund, sondern inwieweit die Person durch das Unterlassen des Staates in ihrer Grundrechtssphäre tangiert wurde.[292] Durch den vom EGMR gewählten Zugang weicht das „Pru¨ungsschema" von positiven Verpflichtungen von den negativen leicht ab: Die Frage, ob eine positive Verpflichtung besteht und Maßnahmen durch den Staat notwendig sind, beinhaltet bereits eine Interessenabwägung. Bei dieser Interessenabwägung ist eine „fair balance" zwischen den individuellen Interessen der einzelnen

---

[285] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 19 Rz 1; *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik (1997) 54.

[286] Vgl *Isensee*, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HStR IX[3] (2011) 413 (Rz 1).

[287] Vgl *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten 54ff; *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (189); *Kucsko-Stadlmayer*, § 3 Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa[2] (2014) 77 (Rz 57, 59); *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 8 EMRK Rz 11; *Jellinek* bezeichnet dies als den „positiven Status"; *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892) 100, 115, 122; vgl auch *Murswiek*, § 192 Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HStR IX[3] (2011) 570 (Rz 22), der „individuelle Schutzansprüche" auch als Teilhaberechte im weiteren Sinne bezeichnet; sowie *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten 61, nach welchem gewisse Schutzwirkungen gem Art 8 EMRK im Zusammenhang mit der Erteilung von Aufenthaltstitel „in die Nähe von Teilhaberechten gerückt werden können".

[288] Bei Art 8 EMRK stützt der EGMR sich vor allem auf den Wortlaut und leitet aus der „Achtung" in Art 8 Abs 1 EMRK positive Gewährleistungspflichten ab; EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien* Rz 31; vgl etwa *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten 57f; *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (201).

[289] EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien* Rz 31; bestätigend etwa 26. 5. 1994, 16969/90, *Keegan/Irland* Rz 49; 29. 11. 2007, 25709/05, *Taher/Schweden*.

[290] *Dröge*, Positive Verpflichtungen 91; *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten 31; *Isensee* in *Isensee/Kirchhof*[3] IX, 413 (Rz 10).

[291] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 19 Rz 5.

[292] Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 19 Rz 5.

Person und den öffentlichen Interessen der Gemeinschaft zu finden.[293] Anders als in der Beurteilung aus abwehrrechtlicher Perspektive entfällt bei der Frage nach positiven Verpflichtungen weitgehend eine Prüfung, inwieweit ein Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft zu den – im jeweiligen Konventionsrecht vorgesehenen – legitimen öffentlichen Interessen erforderlich und geeignet ist.[294]

Konkret zu Art 8 EMRK führte der EGMR im Fall *Lopez Ostra* aus, dass die Unterscheidung, ob eine Beurteilung aus der Perspektive positiver Verpflichtungen – und somit, inwieweit der Staat Maßnahmen setzen müsste, um der einzelnen Person die aus Art 8 Abs 1 EMRK erwachsenden Rechte zu sichern – oder aus der abwehrrechtlicher Perspektive – also, inwieweit ein Eingriff zugunsten der in Abs 2 genannten Interessen gerechtfertigt ist – erfolgt, letztlich von geringer Bedeutung ist.[295] *Wildhaber* sprach sich in einem zustimmenden Sondervotum für eine Ausdehnung des Eingriffs-Begriffs aus: Demnach soll auch ein Unterlassen einer notwendigen Maßnahme als Eingriff gelten und derselben Prüfungsstruktur folgen. Seiner Meinung nach führe beides zum selben Ergebnis, da sich die grundlegenden Prinzipien von negativen und positiven Verpflichtungen stark ähneln.[296] Der von *Wildhaber* verfolgte Ansatz würde jenem des VfGH gleichen, der meist auch ein Unterlassen als Eingriff betrachtet und in der Folge prüft, ob das Unterlassen aufgrund der legitimen Interessen gem Abs 2 gerechtfertigt war.[297] Der EGMR behielt seine Unterscheidung bei, betont aber regelmäßig, dass es keine klare Abgrenzung zwischen positiver und negativer Verpflichtung gibt und die anzuwendenden Grundsätze ähnlich sind.[298] Ob sich die Prüfung an einem legitimen Interesse gem Art 8 Abs 2 EMRK orientiert oder auf ein generelles, öffentliches Interesse abstellt, ist von untergeordneter Bedeutung: Die legitimen Eingriffsziele gem Art 8 Abs 2

---

[293] Etwa EGMR 25. 11. 1994, 18131/91, *Stjerna/Finnland*, Concurring Opinion of Judge *Wildhaber*.

[294] Vgl *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law[2] (2014) 203; *Caroni*, Privat- und Familienleben 10f; *Reid*, A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights (2019) Rz 3 ff; EGMR 25. 11. 1994, 18131/91, *Stjerna/Finnland*, Concurring Opinion of Judge *Wildhaber*.

[295] EGMR 9. 12. 1994, 16798/90, *López Ostra/Spanien* Rz 51; *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten 58f.

[296] EGMR 25. 11. 1994, 18131/91, *Stjerna/Finnland*, Concurring Opinion of Judge *Wildhaber*; vgl auch *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten 59; *Wiederin*, Migranten 13f.

[297] Siehe insb *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 8 EMRK Rz 13; *Wiederin*, Migranten 12 (insb FN 18), der ausführt, dass der VfGH aufgrund seines normativen Eingriffsverständnisses auch die Verweigerung der Einreise als Eingriff bewertet; währenddessen folgt der EGMR einem naturalistischen Eingriffskonzept, in dem er nicht auf einen Rechtsakt abstellt, sondern beurteilt, ob eine staatliche Handlung zur Grundrechtsausübung notwendig oder von einer solchen abzusehen gewesen wäre; zum Eingriffsverständnis des VfGH vgl etwa auch *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte - Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019) 183; *Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium[8] (2021) Rz 1285; *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten 35ff; *Oswald*, Bleiberecht 88; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 364 (Rz 65).

[298] Vgl etwa EGMR 19. 2. 1996, 23218/94, *Gül/Schweiz* Rz 38; 6. 11. 2001, 50568/99, *Adnane/Niederlande*; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 38; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 43; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (231).

EMRK werden vom EGMR weit ausgelegt;[299] die Einwanderungskontrolle wird unter anderem als Aspekt zum Schutz der nationalen Sicherheit, Verteidigung der öffentlichen Ordnung sowie des wirtschaftlichen Wohls des jeweiligen Staates subsumiert.[300]

Wie bei negativen Verpflichtungen ist bei der Prüfung positiver Verpflichtungen der margin of appreciation von Bedeutung. Der EGMR und Teile der Literatur gehen zum Teil davon aus, dass der margin of appreciation bei positiven Verpflichtungen weiter sei als bei negativen.[301] In Anbetracht dessen, dass die Formulierung von positiven Verpflichtungen stärker in die Kompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers der Konventionsstaaten eingreifen können, ist die Ansicht grundsätzlich schlüssig.[302] *Brems* stellte allerdings bereits 1996 fest, dass sich die Kriterien des margin of appreciation in beiden Schutzdimensionen immer mehr angleichen und kaum mehr Unterschiede wahrzunehmen sind.[303] Die Analyse in diesem Abschnitt vermag zumindest für aufenthaltsrechtliche Sachverhalte mehr Klarheit zu verschaffen.

Da in diesem Teil III) in erster Linie jene grundrechtlichen Anforderungen analysiert werden, die sich aus der EMRK durch die Auslegung des EGMR ergeben, wird die Dogmatik des EGMR beibehalten.

Eine Konventionsverletzung aufgrund einer positiven Verpflichtung liegt dann vor, wenn der EGMR davon ausgeht, der jeweilige Konventionsstaat hätte etwas zum Schutz bzw zur möglichen Grundrechtsausübung der einzelnen Person tun müssen, und die Beurteilung des Sachverhalts außerhalb des margin of appreciation des Konventionsstaates liegt.[304]

b) Erste Entwicklungen zur Anerkennung positiver Verpflichtungen zur Familienzusammenführung bzw Legalisierung

Bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten ist anerkannt, dass sich aus Art 8 EMRK keine allgemeine Verpflichtung eines Staates ergibt, die Wahl des Aufenthalts bzw des Wohnsitzes von Einwander:innen generell zu akzeptieren und die Familienzusammenführung auf seinem Territorium zu ermöglichen.[305] Zurückzuführen ist dies insbesondere auf den allgemeinen

---

[299] Vgl *Holoubek*, Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte. System oder Schrankenwirrwarr? (1997) 19f; *Oswald*, Bleiberecht 92.

[300] *Oswald*, Bleiberecht 140ff mwN; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 8 EMRK Rz 24; EGMR 9. 10. 2003, 48321/99, *Slivenko/Lettland* Rz 111; 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 96.

[301] Etwa EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 67; 25. 11. 1994, 18131/91, *Stjerna/Finnland*, Concurring Opinion of Judge *Wildhaber*; *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten 55; siehe auch *Jarass*, Charta[4] Art 52 Rz 48; *Wiederin*, Migranten 11.

[302] Vgl Punkt III) B) 1) c) – *Legitimation des EGMR und die „margin of appreciation"-Doktrin.*

[303] *Brems,* ZaöRV 1996, 240 (247); dem folgend *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 57).

[304] Vgl *Caroni*, Privat- und Familienleben 10f.

[305] Grundlegend EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 68; weiters etwa 19. 2. 1996, 23218/94, *Gül/Schweiz* Rz 38; 28. 11. 1996, 21702/93, *Ahmut/Niederlande* Rz 57; 13. 1. 2001, 39329/98, *Lahnifi/Niederlande*; 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und*

Grundsatz, dass Staaten vorbehaltlich völkerrechtlicher Verpflichtungen über das souveräne Recht verfügen, die Einreise von Drittstaatsangehörigen in das Staatsgebiet zu kontrollieren.[306] Die staatliche Souveränität kann somit als ein „Rechtfertigungsgrund" bezeichnet werden, die nationalen fremdenrechtlichen Bestimmungen durchzusetzen.[307]

Dennoch stellte der EGMR im Fall *Abdulaziz ua*[308] 1985 erstmals fest, dass Art 8 EMRK eine positive Verpflichtung zur Gewährung (der Einreise und) eines Aufenthaltstitels im Rahmen der Familienzusammenführung begründen kann.[309] In den Folgejahren zeigte sich der EGMR allerdings zunächst zurückhaltend, wann von einer positiven Verpflichtung zur Gewährung der Familienzusammenführung bzw Legalisierung auszugehen ist.

Im Fall *Gül* ging der EGMR 1996 davon aus, dass nur dann eine positive Verpflichtung zur Gewährung der Familienzusammenführung besteht, wenn die Familienzusammenführung der *einzige* Weg für ein Familienleben ist.[310] Bestanden neben der Familienzusammenführung andere Optionen, um das Familienleben fortzuführen (insbesondere im Herkunftsstaat)[311], verneinte der EGMR eine positive Verpflichtung. Wenige Monate später blieb der EGMR im Fall *Ahmut* im Ergebnis ähnlich restriktiv, stützte sich zwar auf die Rechtsprechung von *Gül*, aber ohne zu betonen, dass die Familienzusammenführung die *einzige* Möglichkeit für ein Familienleben sein müsse:[312] Stattdessen stellte der EGMR fest, dass jene Intensität des Familienlebens, die die antragstellende Person durch seine Auswanderung herbeiführte und frei wählte, beibehalten werden kann. Eine Rückkehr in den Herkunftsstaat zur Tochter, die die Familienzusammenführung begehrte, sei zudem möglich.[313] Beide Judikate legen nahe, dass mit der freiwilligen Migration das selbstgewählte Risiko einhergeht, getrennt von der Familie zu wohnen. Wird ein gemeinsames Familienleben gewünscht, so ist dieses nach dem Duktus von *Gül* und *Ahmut* im Herkunftsstaat zu

Hoogkamer/Niederlande Rz 39; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 100; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 132.

[306] Grundlegend EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 67; die Abwägung, inwieweit eine positive Verpflichtung besteht, hat vor dem Hintergrund dieses Grundsatzes zu erfolgen, vgl insb 19. 2. 1996, 23218/94, *Gül/Schweiz* Rz 38; 28. 11. 1996, 21702/93, *Ahmut/Niederlande* Rz 67; weiters etwa 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* 100 und 107; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 131.

[307] *Thym,* International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (108).

[308] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich*.

[309] *De Vries*, Rewriting Abdulaziz: The ECtHR Grand Chamber's Ruling in Biao v. Denmark, Eur. J. Migr. Law 2016, 467 (469); *Sußner* in *Spijkerboer* 176 (183).

[310] EGMR 19. 2. 1996, 23218/94, *Gül/Schweiz* Rz 39; *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law^2 225; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (232).

[311] Sog *elsewhere-approach*, der teilweise auch im Zusammenhang mit dem Bleiberecht aufgrund von Art 8 EMRK eine Rolle spielt; vgl *Oswald*, Bleiberecht 94ff; *Walter*, Familienzusammenführung 77ff.

[312] EGMR 28. 11. 1996, 21702/93, *Ahmut/Niederlande* insb Rz 67f; vgl *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law^2 225f.

[313] EGMR 28. 11. 1996, 21702/93, *Ahmut/Niederlande* Rz 70.

führen – außer, es ist absolut unmöglich. Art 8 EMRK verleihe eben kein Recht, den Wohnsitz, der für die Entwicklung des Familienlebens am besten geeignet ist, frei zu wählen.[314]

Angefangen mit dem Fall *Sen*[315] im Jahr 2001, schwächte der EGMR diesen Ansatz ab: Als wesentlichen Unterschied zum Fall *Ahmut* wertete der EGMR im Fall *Sen* das Bestehen wesentlicher Hindernisse für die Rückkehr der Familie in den Herkunftsstaat.[316] Die Tochter der Familie Sen hielt sich noch in der Türkei auf, während die Eltern in den Niederlanden lebten. Die Eltern der Familie Sen hatten ihr Eheleben in den Niederlanden begründet, hielten sich dort seit vielen Jahren rechtmäßig auf und brachten dort zwei weitere Kinder zur Welt. Die zwei in den Niederlanden geborenen Kinder hatten immer in den Niederlanden gelebt, hatten dort ihr kulturelles Umfeld und besuchten dort die Schule. Daher schlussfolgerte der EGMR, dass für die Kinder ein wesentliches Hindernis gegen die Verlegung des Familienlebens in den Staat Türkei bestehe, zu dem die zwei in den Niederlanden geborenen Kinder fast keine Bindungen hatten. Angesichts dieser Umstände betrachtete der EGMR es als den *angemessensten* („le moyen le plus adéquat"[317]) Weg, dass die Tochter aus der Türkei zu ihrer Familie in die Niederlande ziehe, um ein Familienleben zu entwickeln. Aufgrund des jungen Alters der Tochter bestünde ein besonderes Bedürfnis an der Förderung der Familieneinheit.

Trotz der Entscheidung im Fall *Sen* setzte sich der „Prüfungsmaßstab"[318], inwieweit die Familienzusammenführung der angemessenste Weg für die Fortsetzung bzw Wiederherstellung eines Familienlebens ist, nicht sogleich durch.[319] Es folgten einige Entscheidungen, in denen der EGMR die Beschwerden als unbegründet zurückwies und sich mehr an die Rechtsprechungslinie von *Gül* und *Ahmut* hielt.[320] Dabei lag mit dem Fall *I.M.*[321] ein zum Fall *Sen* wesentlich ähnlicher Sachverhalt vor: Die sich in den Niederlanden rechtmäßig aufhaltende Mutter gebar dort ein zweites Kind mit niederländischer Staatsangehörigkeit; die ältere Tochter wuchs zunächst mit ihren Großeltern im Herkunftsstaat auf, sollte aber schließlich zu ihrer Mutter nachziehen. In seinen Erwägungen betonte der EGMR, dass sich die Antragstellerin nicht auf das Bestehen eines Rückkehrhindernisses aufgrund ihres Sohnes, der die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt

---

[314] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 68; 19. 2. 1996, 23218/94, *Gül/Schweiz* Rz 38; 28. 11. 1996, 21702/93, *Ahmut/Niederlande* Rz 71; 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*; vgl auch *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law^2 226.
[315] EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande*
[316] Hier und im Folgenden: EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 40.
[317] Für den Fall *Sen* existiert keine offizielle englische Übersetzung; in späteren Entscheidungen mit englischer Sprachfassung verwendete der EGMR den Ausdruck „most adequate means"; vgl etwa EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 47; vgl auch *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law^2 229; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (233).
[318] *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (231ff).
[319] *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (232).
[320] EGMR 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (232) mwN.
[321] EGMR 25. 3. 2003, 41226/98, *I.M./Niederlande*.

und dessen Vater ebenso in den Niederlanden lebt, bei Gericht vorbrachte. Der EGMR erwog daher diesen Umstand nicht. Stattdessen schlussfolgerte der EGMR, dass es dem Staat nicht vorzuwerfen sei, einen fairen Ausgleich („fair balance“) zwischen den Interessen der Antragstellerin und dem staatlichen Interesse an der Einwanderungskontrolle verabsäumt zu haben.[322]

Nach wie vor nimmt der EGMR immer wieder einmal in seiner Rechtsprechung auf *Gül* und *Ahmut* Bezug.[323] Aus der Judikatur des EGMR ergibt sich bis heute nicht eindeutig, ob die Erteilung des Aufenthaltstitels im Rahmen einer Familienzusammenführung oder zur Legalisierung nun der einzige oder der angemessenste Weg für ein Familienleben sein muss, um eine positive Verpflichtung iSv Art 8 EMRK zu begründen.[324] In der jüngeren Rechtsprechung des EGMR lässt sich eine Tendenz erkennen, auf den angemessensten Weg abzustellen.[325] Das verdeutlicht den Eindruck, dass der EGMR seine Achtung gegenüber dem souveränen Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt Drittstaatsangehöriger abschwächte und bei begründetem Individualinteresse der Feststellung einer positiven Verpflichtung zur Gewährung der Familienzusammenführung bzw Legalisierung aufgrund von Art 8 EMRK offener gegenübersteht. Teilweise nennt er auch keinen der beiden Prüfungsmaßstäbe, sondern nimmt schlichtweg eine Interessenabwägung der konkurrierenden Interessen vor.[326] Vor allem bei Legalisierungen neigt der EGMR zu einer Interessenabwägung ohne sich damit auseinanderzusetzen, inwieweit es sich um den einzigen oder angemessensten Weg zur Fortführung des Familienlebens handelt.[327] Die Frage, inwieweit grundsätzlich ein Familienleben woanders möglich ist, verliert dadurch an Gewicht bzw wird dieses Kriterium durch andere relativiert.[328] Zwar weist der EGMR in manchen Fällen daraufhin, dass Art 8 EMRK kein Recht auf den geeignetsten Platz für ein Familienleben verleiht;[329] das Familienleben im Herkunftsstaat hat aber zumindest zumutbar zu sein, damit der Staat diesen Umstand einwenden kann.[330]

---

[322] EGMR 25. 3. 2003, 41226/98, *I.M./Niederlande*; zur selben Schlussfolgerung gelangte der EGMR auch in 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*.
[323] EGMR 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 48; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 39.
[324] *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (232, 235).
[325] EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 47; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 55; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 40; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 45.
[326] Etwa EGMR 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen*.
[327] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande*; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen*; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande*.
[328] Vgl *Bast*, Aufenthaltsrecht 191f.
[329] EGMR 13. 2. 2001, 39329/98, *Lahnifi/Niederlande*; 6. 11. 2001, 50568/99, *Adnane/Niederlande*; 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*.
[330] *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (235).

c) Positive Verpflichtung zur Gewährung des Aufenthalts von Familienmitgliedern nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung

Die Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung zeigt bereits, dass bei der Feststellung positiver Verpflichtungen zur Gewährung der Familienzusammenführung bzw Legalisierung aus Gründen des Familienlebens die Interessenabwägung maßgeblich ist: Die individuellen Interessen der einzelnen Person (am Aufenthalt aufgrund des Familienlebens) sind gegen das öffentliche Interesse (insbesondere an der Einwanderungskontrolle) abzuwägen; insgesamt ist ein fairer Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessenspositionen herzustellen. Das Ausmaß der positiven Verpflichtung des Konventionsstaates variiert je nach den Umständen des Einzelfalls.[331]

Mittlerweile gibt es ein Dickicht von EGMR-Rechtsprechung zu diesem Themenfeld, in dem - wie auch *Czech*[332] feststellte – klare Leitlinien weitgehend fehlen, welche Kriterien im Rahmen dieser Interessenabwägung im Einzelfall wie zu berücksichtigen sind. Zwar stellt der EGMR teilweise in jüngerer Rechtsprechung einen Rahmen für die Interessenabwägung dar,[333] allerdings meist nicht abschließend unter Berücksichtigung aller Abwägungskriterien, denen bisher in der Judikatur eine Relevanz zukam. Außerdem ist aus der bloßen Bezeichnung der Abwägungskriterien häufig nicht ersichtlich, was genau unter dem Abwägungskriterium zu verstehen ist und welche Aspekte das „Gewicht“ des jeweiligen Kriteriums beeinflussen können. Insofern ist die Judikatur auf die relevanten Abwägungskriterien und deren Bedeutungsgehalt zu untersuchen.

Wie auch der EGMR immer wieder betont, lässt sich die Grenze zwischen negativen und positiven Verpflichtungen nicht klar definieren. Dieses Abgrenzungsproblem zeigt sich auch deutlich zwischen der positiven Verpflichtung zur Gewährung eines Aufenthaltstitels nach relativ kurzem Aufenthalt (Legalisierung) und negativen Verpflichtungen bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, bei denen neben dem Familienleben auch Erwägungen hinsichtlich des Privatlebens regelmäßig von Bedeutung sind: Beim Ergebnis, dass etwa eine Ausweisung nicht mit Art 8 EMRK vereinbar ist, muss in Folge der Aufenthalt unter Umständen legalisiert werden.[334] Bei Legalisierungen kann je nach Verfahrensgang entweder die aufenthaltsbeendende Maßnahme (also etwa die Ausweisung oder Abschiebung) im Vordergrund stehen und somit die negative Verpflichtung, ob aus Gründen von Art 8 Abs 2 EMRK die aufenthaltsbeendende Maßnahme zu unterlassen ist; oder die Gewährung eines Aufenthaltstitels und somit die positive Verpflichtung, ob ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist. Dadurch besteht mitunter ein fließender Übergang zwischen der

[331] Vgl etwa EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 132; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (235); *Immervoll/Frühwirth* in *Salomon* 161 (166).
[332] *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (231).
[333] Etwa EGMR 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 107ff; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 134ff.
[334] EGMR 7. 12. 2007 (GK), 58822/00, *Shevanova/Lettland*.

Interessenabwägung, ob eine aufenthaltsbeendende Maßnahme im Lichte von Art 8 Abs 2 EMRK verhältnismäßig ist oder ob eine positive Verpflichtung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels gem Art 8 Abs 1 EMRK vorliegt. Der EGMR legt sich teilweise auch nicht auf eine der beiden Herangehensweise bei der Beurteilung der Konventionskonformität fest und vermischt mitunter beide „Pru ̈ungsschemen" bei seiner Beurteilung.[335] Aufgrund der grundsätzlich unterschiedlichen Herangehensweise des EGMR ist die Abgrenzung dennoch bedeutend.[336] Da die positive Verpflichtung zur Gewährung der (Einreise und) des Aufenthalts nicht immer klar von der negativen Verpflichtung zum Unterlassen einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme trennbar ist, ist es essenziell abzugrenzen, welche Fälle in die Judikaturanalyse zur Ermittlung der maßgeblichen Abwägungskriterien einbezogen werden:

Zu analysieren sind jedenfalls Fälle der Familienzusammenführung, bei denen es sich um die erste Einreise in das jeweilige Staatsgebiet handelt: Bei diesen erfolgt die Beurteilung, ob Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist, nahezu ausschließlich aufgrund Erwägungen hinsichtlich des Rechtes auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK. Eine Berührung des Privatlebens würde einen intensiven Bezug zum Staatsgebiet voraussetzen, der in diesen Fällen unwahrscheinlich ist.[337] Gab es allerdings schon einmal ein Aufenthaltsrecht, das aus bestimmten Gründen endete, und wird in der Folge eine Familienzusammenführung oder eine Legalisierung angestrebt, können auch Aspekte des Privatlebens aufgrund des erstmaligen Aufenthalts relevant sein.[338] Diese Fälle werden bei der Analyse der Judikatur zur positiven Verpflichtung zur Gewährung eines Aufenthaltsrechtes außer Acht gelassen.[339]

Schwieriger ist die Abgrenzung bei Fällen der Legalisierung: Sie können sowohl aus der Perspektive von negativen Verpflichtungen als auch von positiven Verpflichtungen beurteilt werden. Zur Abgrenzung wird zunächst darauf abgestellt, was im Vordergrund der Prüfung des EGMR stand: Die Ausweisung oder die Legalisierung.[340] Kann der Fall dennoch nicht einen der beiden Kategorien zugeordnet werden, wird die Aufenthaltsdauer als Orientierung herangezogen:

---

[335] EGMR 19. 2. 1996, 23218/94, *Gül/Schweiz* Rz 38; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 69; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (231); *Smyth*, The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle? Eur. J. Migr. Law 2015, 70 (74); eine eindeutige Feststellung einer positiven Verpflichtung findet sich etwa in EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 38; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 70; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 59; in EGMR 5. 9. 2000, 44328/98, *Solomon/Niederlande* erfolgte wiederum eine Eingriffsprüfung.

[336] Vgl *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (716).

[337] *Wiederin*, Migranten 11 FN 15.

[338] EGMR 21. 6. 1988, 10730/84, *Berrehab/Niederlande*.

[339] Der EGMR spricht in diesem Zusammenhang auch von „settled migrants"; vgl EGMR 8. 12. 2015, 60119/12, *Z.H. und R.H./Schweiz* Rz 39 mwN.

[340] Vgl EGMR 11. 7. 2000, 29192/95, *Ciliz/Niederlande* Rz 61, 62, wo sich der EGMR ausführlich damit auseinandersetzt, ob die Ausweisung oder die Verweigerung des Aufenthaltsrechts vordergründig zu einem Eingriff führte.

Gerade in Fällen mit langer Aufenthaltsdauer sind neben den Aspekten des Familienlebens auch Aspekte des Privatlebens zu berücksichtigen; diese Fälle werden nicht in die Analyse miteinbezogen. Bei Sachverhalten, in der die Aufenthaltsdauer eher kurz ist, ist eine Interessenabwägung zu Gunsten eines Bleiberechts aufgrund des Privat- und Familienlebens unwahrscheinlich. In diesen Fällen sind es hauptsächlich triftige Gründe aufgrund des Familienlebens, die den Konventionsstaat zu einer Gewährung eines Aufenthalts und somit zu einem positiven Tun verpflichten können. Diese Fälle sind Teil der Untersuchung. Da der EGMR bei der Aufenthaltsdauer keine klare Grenze definiert,[341] gibt es dennoch Fälle, die beiden Kategorien zugeordnet werden könnten. Im Zweifelsfall werden Fälle miteinbezogen, in denen es nie einen rechtmäßigen Aufenthalt gab und der EGMR eine positive Verpflichtung in erster Linie aus Gründen des Familienlebens prüft.[342]

Im Folgenden werden jene Abwägungskriterien veranschaulicht, die die Judikaturanalyse ergab. Die einzelnen Abwägungskriterien werden unter Bezugnahme auf beispielhaft ausgewählte Judikatur beschrieben.

Manche nationalen Rechtsordnungen ordnen auch Fälle der Legalisierung, in denen sich Familienmitglieder bereits ohne Aufenthaltsrecht mit aufenthaltsberechtigten familiären Bezugspersonen in einem Konventionsstaat aufhalten und ein Aufenthaltsrecht begehren, der Familienzusammenführung zu.[343] Da die Abwägungskriterien teilweise für Legalisierungen und Familienzusammenführungen, in denen die Antragstellung aus dem Ausland erfolgt, unterschiedliche Bedeutung haben, wird die Terminologie zum besseren Verständnis so beibehalten und nicht die Terminologie der jeweiligen nationalen Rechtsordnung des Ausgangssachverhalts übernommen.

d) Maßgebliche Abwägungskriterien

i) Tatsächliche Auswirkungen auf das Familienleben

Als Abwägungskriterium nennt der EGMR regelmäßig das „Ausmaß," in welchem das Familienleben ohne die Familienzusammenführung bzw Legalisierung „faktisch zerrissen" wird.[344] Dabei erwägt der EGMR die Intensität der Beziehung zwischen den betroffenen Familienmitgliedern: Besteht eine besonders starke Beziehung bzw ein besonderes Naheverhältnis oder eine Abhängigkeit zwischen den betroffenen Familienmitgliedern, wiegt der Umstand

[341] *Ecker/Ziegelbecker*, Die Rückkehrentscheidung, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2017 (2017) 149 (159).
[342] Etwa EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 38; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 104.
[343] Etwa EGMR 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen*.
[344] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 39, 41f; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 70; 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 44; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 66; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 107; die gängige Formulierung des EGMR lautet im Original: „the extent to which family would effectively be ruptured".

schwerer, dass ein Aufenthalt am selben Ort durch die Verweigerung der Familienzusammenführung bzw Legalisierung und dadurch die Fortsetzung des Familienlebens wie bisher nicht möglich ist.[345]

Nicht verwechselt werden darf die tatsächliche Auswirkung auf das Familienleben als Abwägungskriterium mit der Frage, ob überhaupt ein Familienleben iSv Art 8 EMRK aufgrund tatsächlich familiärer Beziehungen vorliegt: Zwar gibt es eine gewisse Überschneidung, wie etwa das Abhängigkeitsverhältnis von Familienmitgliedern zueinander zeigt; aber in einem Fall ist zu beurteilen, ob ein Sachverhalt überhaupt in den Schutzbereich von Art 8 EMRK fällt; im anderen, hier im Fokus stehenden Fall, ist zu beurteilen, ob die individuellen Interessen am Aufenthalt aufgrund eines vorliegenden Familienlebens iSv Art 8 EMRK gegenüber den öffentlichen Interessen überwiegen.[346] Dabei bildet die Intensität der Beziehung einen Aspekt, der zu berücksichtigen ist.

Weiters beurteilt der EGMR, ob die betroffenen Familienmitglieder regelmäßigen Kontakt[347] sowie die Intensität der Beziehung aufrechterhalten können und ob eine Rückkehr in den Herkunftsstaat für alle möglich wäre.[348] Ist dem so, so fällt das individuelle Interesse weniger ins Gewicht.

ii) Bestehen unüberwindbarer bzw wesentlicher Hindernisse

Maßgebliche Bedeutung hat in der Judikatur des EGMR die Frage, inwieweit „unüberwindbare“ bzw „wesentliche“ Hindernisse[349] existieren, die ein Familienleben im Herkunftsstaat unmöglich machen.[350] Auch wenn der Wortlaut einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt vermuten lässt, scheint der EGMR nicht darauf abzustellen, ob es sich nun tatsächlich um „unüberwindbare“ oder um „wesentliche“ Hindernisse handelt. Teilweise nennt der EGMR nur eine der beiden Bezeichnungen in seinen Entscheidungen[351]; teilweise führt er beide Bezeichnungen an[352]. Im

[345] Insb EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 39, 41f; 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 122 ff; *Oswald*, Bleiberecht 203, 206.
[346] Vgl *Oswald*, Bleiberecht 202f, 207.
[347] Der VfGH und der VwGH haben einen strengere Anforderungen hinsichtlich der Möglichkeit, Kontakt aufrechtzuerhalten, als der EGMR: Für sie ist eine pauschale Verweisung auf die Möglichkeit, dass der Kontakt telefonisch oder etwa über das Internet aufrecht gehalten werden könne, unzulässig; der VfGH bezeichnet dies regelmäßig als lebensfremd; vgl etwa VfGH 26. 2. 2019, E 3079/2018 mwN; VwGH 14. 4. 2021, Ra 2020/18/0288; siehe auch *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (212) mwN; vgl auch Unterpunkt IV) C) 3) a) ii) – *Aufenthaltsrecht für weitere familiäre Bezugspersonen im Zusammenhang mit einem AaiS.*
[348] EGMR 28. 11. 1996, 21702/93, *Ahmut/Niederlande* Rz 70; 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 39, 41f; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 184.
[349] In der französischen Originalfassung bezeichnet der EGMR dieses Kriterium als „*obstacles insurmontables*“ bzw als „*obstacle majeur*“; in der englischen Fassung als „*insourmountable obstacles*“ bzw als „*major impediments*“.
[350] Statt vieler EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 134f mwN.
[351] So bezieht sich der EGMR etwa im Fall *Mugenzi* nur auf "unüberwindbare Hindernisse" und im Fall *Sen* nur auf "wesentliche Hindernisse", EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 44; 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 40.
[352] Etwa EGMR 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 40.

Folgenden wird für einen besseren Lesefluss der (in der jüngeren Rechtsprechung häufiger verwendete) Begriff „unüberwindbare Hindernisse“ als Bezeichnung für dieses Kriterium verwendet, ohne damit einen semantischen Unterschied zu „wesentlichen Hindernissen“ zu indizieren. „Unüberwindbar“ ist dabei nicht wörtlich zu verstehen; ein unüberwindbares Hindernis kann schon dann vorliegen, wenn ein Familienleben im Herkunftsstaat unzumutbar ist.[353]

Das Abwägungskriterium „unüberwindbarer Hindernisse“ verschwimmt häufig mit anderen Abwägungskriterien: Zum Teil zieht der EGMR das Bestehen unüberwindbarer Hindernisse als eigenständiges Abwägungskriterium[354] heran und beurteilt, welche allgemeinen Gründe dem Familienleben entgegenstehen. Andernorts scheint der EGMR allgemein auf das Bestehen unüberwindbarer Hindernisse abzustellen, um zu beurteilen, ob das Leben im Aufnahmestaat insgesamt der einzige bzw der angemessenste Weg für ein Familienleben im Sinne von Art 8 EMRK ist.[355] Im zweiten Fall bezieht der EGMR andere Abwägungskriterien mit ein – insbesondere die Bindung zum und die Situation im Herkunftsstaat[356] oder das Kindeswohl[357] –, um zu beurteilen, ob unüberwindbare Hindernisse vorliegen. Verwendet der EGMR das Kriterium unüberwindbarer Hindernisse als „Gesamtbetrachtung“, scheint dieses Kriterium die vom EGMR früher bemühten „Prüfungsmaßstäbe“ des einzigen bzw angemessensten Weges abzulösen. Da schließlich bei beiden Zugängen dennoch die gleichen Faktoren in die gesamte Interessenabwägung einfließen, erscheint die Unterscheidung von untergeordneter Bedeutung. In beiden Fällen führte die Annahme unüberwindbarer Hindernisse häufig dazu, dass der EGMR eine positive Verpflichtung feststellte, die Fortsetzung eines Familienlebens durch ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat zu ermöglichen.

Meist beurteilt der EGMR ausschließlich, ob unüberwindbare Hindernisse einem Familienleben *im Herkunftsstaat* entgegenstehen. Manchmal beurteilt der EGMR darüber hinaus, ob das Familienleben auch in einem anderen Staat, zu dem enge Beziehungen etwa durch derzeitigen Aufenthalt von Familienmitgliedern bestehen, geführt werden kann.[358]

Die Frage nach unüberwindbaren Hindernissen ist für die gesamte Familie zu erwägen. Das heißt, für alle betroffenen Familienmitglieder ist neben der antragstellenden Person zu beurteilen, ob

[353] Vgl *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (235).
[354] Wovon etwa auch *Czech* ausgeht, *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (235f); in diese Richtung gehend EGMR 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 57; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 66.
[355] EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 40; 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 47f; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 107; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 40; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 45.
[356] Siehe dazu sogleich Unterpunkt III) B) 3) d) v) – *Bindung zum und Situation im Herkunfts- und Aufnahmestaat*.
[357] Siehe dazu sogleich Unterpunkt III) B) 3) d) iv) – *Kindeswohl*.
[358] EGMR 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 44.

unüberwindbare Hindernisse einer Rückkehr in den Herkunftsstaat entgegenstehen.[359] Führt die Verweigerung der Familienzusammenführung dazu, dass sich betroffene Person entscheiden müssen, mit welchen Familienmitgliedern sie zusammenleben und somit ihr Familienleben fortsetzen wollen, ist dieser Umstand und die Interessen der einzelnen betroffenen Personen bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.[360]

Bei anerkannten Flüchtlingen geht der EGMR jedenfalls von unüberwindbaren Hindernissen aus, da eine Rückkehr in den Herkunftsstaat in diesem Fall nicht möglich ist.[361] Gleiches gilt für Fälle, bei denen das Risiko einer unmenschlichen Behandlung iSv Art 3 EMRK – etwa aufgrund der allgemeinen Gefährdungslage – besteht.[362]

Unüberwindbare Hindernisse können weiters dann vorliegen, wenn die antragstellende Person oder andere betroffene Familienmitglieder überhaupt keinen Bezug zum Herkunftsstaat haben; insbesondere dann, wenn dies für Kinder gilt, die aus ihrem gewohnten kulturellen Umfeld gerissen werden, wenn sie in den Herkunftsstaat zurückkehren müssen.[363] Bei erwachsenen Personen tendiert der EGMR dazu, eine Niederlassung in einem fremden Staat als zumutbar zu erachten, um dort das Familienleben fortzuführen[364] – vor allem, wenn einschlägige Sprachkenntnisse vorhanden sind.[365] Soziale und berufliche Herausforderungen alleine stellen noch keine unüberwindbaren Hindernisse dar.[366] Wurde der jeweilige Herkunftsstaat in der Vergangenheit bereits öfter besucht, sind Reisen dahin grundsätzlich möglich und können regelmäßige Kontakte aufrechterhalten werden, liegen in der Regel keine unüberwindbaren Hindernissen vor.[367]

In *M.A.* und *M.T. ua* führte der EGMR im Zusammenhang mit Wartefristen aus, dass nach zwei Jahren, in denen eine Familienzusammenführung nicht möglich ist, dem Familienleben entgegenstehende unüberwindbare Hindernisse zunehmend an Bedeutung innerhalb der Interessenabwägung gewinnen.[368] Je länger Familien also aufgrund unüberwindbarer Hindernisse

---

[359] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 39; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 70; 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 44; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 117.
[360] EGMR 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 49.
[361] EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 53; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 74; 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 115.
[362] EGMR 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 45; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 77, 184; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 77.
[363] EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 40; 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 47.
[364] EGMR 6. 7. 2004, 53675/00, *Ramos Andrade/Niederlande*.
[365] EGMR 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 66.
[366] EGMR 4. 12. 2012, 47017/09, *Butt/Norwegen* Rz 88; *De Vries* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 667 (717).
[367] EGMR 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* Rz 98; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 60.
[368] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 162f, 193; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 58; siehe dazu ausführlich Punkt III) B) 4) b) – *Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK*.

getrennt sind, desto mehr Gewicht ist den individuellen Interessen am Aufenthalt aufgrund des Familienlebens beizumessen.[369]

Auch wenn keine überwindbaren Hindernisse bestehen, kann dennoch die Interessenabwägung in der Feststellung einer positiven Verpflichtung münden: So verneinte der EGMR im Fall *Jeunesse*[370] das Bestehen unüberwindbarer Hindernisse, stellte aber eine „gewisse Härte" fest, die die gesamte Familie bei der Verweigerung der Legalisierung treffen würde: Die Antragstellerin reiste mit einem Visum in die Niederlande ein, wo sie sich auch nach Auslaufen des Visum weiterhin aufhielt; in der Folge beantragte sie zwar ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht, erschien aber nicht vor den Behörden, was wiederum zur Verweigerung des Aufenthaltsrechts führte. In der Zwischenzeit heiratete die Antragstellerin einen niederländischen Staatsangehörigen und hatte mit diesen zwei Kinder mit ebenfalls niederländischer Staatsangehörigkeit; sie versuchte erneut und wiederholt, ein Aufenthaltsrecht zu erhalten. Aufgrund der Härte, wenn mangels Aufenthaltsrecht der Antragstellerin die ganze Familie gezwungen wäre, sich für die Fortsetzung des Familienlebens im Herkunftsstaat der Antragstellerin niederzulassen, ging der EGMR trotz der migrationsrechtlichen Verstöße von einer positiven Verpflichtung zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts aus.

iii) Umstände und Dauer der Unterbrechung des Familienlebens

Besonderes Augenmerk schenkt der EGMR den jeweiligen Umständen, die zur Trennung geführt haben. Das Interesse der einzelnen betroffenen Personen wiegt dann weniger, wenn die im Aufnahmestaat sich (rechtmäßig) aufhaltenden Personen den Herkunftsstaat freiwillig verließen und bewusst die Entscheidung trafen, auszuwandern und Familienmitglieder (insbesondere Kinder) im Herkunftsstaat zurückzulassen.[371] Der EGMR beurteilt dabei, ob die Verweigerung der Familienzusammenführung daran hindert, jene Intensität des Familienlebens beizubehalten, welche die (sich im Aufnahmestaat aufhaltenden) Personen bewusst durch das Verlassen des Herkunftsstaates wählten.[372] Nach dem EGMR kann aber allein aus der Entscheidung, die Kinder zurückzulassen, noch nicht geschlossen werden, dass sich die jeweiligen Personen mit einer

[369] Siehe auch EGMR 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 105, wo der EGMR generell feststellte, dass unüberwindbare Hindernisse mit zunehmender Dauer wichtiger werden.
[370] Hier und im Folgenden EGMR 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 117; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (235); der Fall *Jeunesse* ist ein plakatives Beispiel, für die schwierige Abgrenzung zwischen positiven und negativen Verpflichtungen bzw zwischen Legalisierung und Ausweisung.
[371] EGMR 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 25. 3. 2003, 41226/98, *I.M./Niederlande*; 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*; 6. 7. 2004, 53675/00, *Ramos Andrade/Niederlande*; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 59; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 43.
[372] EGMR 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 6. 11. 2001, 50568/99, *Adnane/Niederlande*; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 59.

dauerhaften Trennung der Familie abgefunden hätten und insofern eine Familienzusammenführung aufgrund von Art 8 EMRK generell nicht geboten sei.[373]

Der EGMR stellt hier insbesondere auf die Intention ab, inwieweit die ausgewanderten Personen (insbesondere Elternteile) vorhatten, die Familieneinheit so bald wie möglich bzw in absehbarer Zeit wiederherzustellen.[374] Dabei berücksichtigt er, wie lange die sich im Aufnahmestaat aufhaltenden Personen gewartet hatten, bis sie eine Familienzusammenführung beantragten bzw versuchten, die Familieneinheit wiederherzustellen: Je mehr Zeit verstrichen war, bis ein entsprechender Antrag gestellt wurde (vor allem dann, wenn er bereits möglich war), desto weniger wiegt das Interesse der einzelnen betroffenen Personen mit Blick auf die Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK.[375] War von Beginn an die Intention ersichtlich, die Familie wieder zusammenzuführen, fällt das Interesse der einzelnen Personen mehr ins Gewicht.[376] Als Indiz betrachtet der EGMR unter anderem, ob immer offengelegt wurde, dass es weitere Familienmitglieder im Herkunftsstaat gibt.[377] Im Gegensatz dazu wiegt das Interesse der Einzelnen weniger, wenn sie erst dann eine Familienzusammenführung begehrten als, sich die Umstände im Herkunftsstaat änderten; beispielsweise da Personen, in deren Obsorge sie Kinder zurückließen, nicht mehr in der Lage waren, weiterhin für die Kinder zu sorgen.[378]

Bei der Beurteilung der Trennungsumstände und vornehmlich, inwieweit die Trennung freiwillig erfolgte, ist die anerkannte Flüchtlingseigenschaft ein wichtiger Faktor: In *Tuquabo-Tekle* stellte der EGMR in Frage, inwieweit eine Trennung freiwilliger Natur sein könne, wenn die Mutter das Land verlassen hat, um Asyl zu suchen.[379] In *Tanda-Muzinga* wurde der EGMR deutlicher und stellte fest, dass eine Trennung den antragstellenden Personen nicht vorwerfbar ist, wenn die Trennung erfolgte, weil die Person aufgrund einer wohlbegründeten Furcht vor Verfolgung iSd GFK den Herkunftsstaat verließ.[380] Vielmehr müsse die Familieneinheit als wesentliches Recht von Flüchtlingen beachtet werden.[381] Auch wenn ein AaiS abgewiesen wurde, ist nach Ansicht des

[373] EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 40; 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 45; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 54; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 43.
[374] EGMR 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 45; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 54; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 58.
[375] EGMR 13. 2. 2001, 39329/98, *Lahnifi/Niederlande*; 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*; 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 6. 7. 2004, 53675/00, *Ramos Andrade/Niederlande*; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 43, 46.
[376] EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 45f; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 54.
[377] EGMR 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 79; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 6, 43.
[378] EGMR 6. 7. 2004, 53675/00, *Ramos Andrade/Niederlande*; 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*.
[379] EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 9, 47; der Asylantrag wurde zwar abgelehnt, aber ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen gewährt.
[380] EGMR 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 74.
[381] EGMR 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 75.

EGMR Vorsicht bei der Frage geboten, inwieweit die Trennung freiwillig erfolgte.[382] Indes betonte der EGMR im Fall von *I.A.A.*, dass die Mutter eben keinen bewaffneten Konflikt entfloh, sondern die bewusste, freiwillige Entscheidung traf, ihren Herkunftsstaat zu verlassen, auch wenn sie sich dadurch von ihren Kindern trennte.[383] Auch wenn in *I.A.A*. die Trennung vorzuwerfen war, lässt sich aus der Entscheidung schließen, dass die Trennung auch in Situationen, in denen aus Gründen, die für subsidiären Schutz sprechen, der Herkunftsstaat verlassen wurde, wie bei der Trennung aus Gründen iSd GFK nicht vorzuwerfen ist.[384]

Weiters berücksichtigt der EGMR, in welchem Verhältnis die Familienmitglieder seit der Trennung standen, vor allem inwieweit Kontakt bestand oder ob gegenseitige Besuche erfolgten.[385] Besonders bei Kindern erwägt der EGMR, wie abhängig diese im Zeitpunkt der Trennung waren[386] und ob weiterhin (freiwillig) Beiträge finanzieller Natur, zur Erziehung oder zur Bildung geleistet wurden.[387] Wenn diese Faktoren eine geringere Intensität der Beziehung indizieren, fließt das individuelle Interesse am Aufenthalt aufgrund des Familienlebens weniger stark in die Abwägung mit ein.

iv) Kindeswohl

Dem Wortlaut nach ist in der EMRK grundsätzlich kein „Kindeswohl-Prinzip" verankert. Der EGMR stützt sich aber immer wieder auf die KRK und zieht das in Art 3 Abs 1 KRK verankerte Kindeswohl-Prinzip bei der Auslegung von Art 8 EMRK heran,[388] wonach das Kindeswohl bei allen Maßnahmen, die das jeweilige Kind betreffen, eine vorrangige Erwägung sein muss.

Bedeutung findet das Kindeswohl-Prinzip in der EGMR-Judikatur auch in migrationsrechtlichen Fällen als gewichtiges Abwägungskriterium. Sofern Kinder betroffen sind, muss ihr Kindeswohl bei der Entscheidung miteinbezogen und vorrangig gewichtet werden.[389] Explizit erwähnt wurde das Kindeswohl-Prinzip in einem migrationsrechtlichen Sachverhalt erstmals in *Rodrigues da Silva*

[382] EGMR 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 48.
[383] EGMR 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 43.
[384] Vgl *Immervoll/Frühwirth* in *Salomon* 161 (174).
[385] EGMR 6. 11. 2001, 50568/99, *Adnane/Niederlande*; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 59; 10. 7. 2014, 19113/09, *Senigo Longue ua/Frankreich* Rz 67.
[386] EGMR 6. 7. 2004, 53675/00, *Ramos Andrade/Niederlande*.
[387] EGMR 13. 2. 2001, 39329/98, *Lahnifi/Niederlande*; 6. 11. 2001, 50568/99, *Adnane/Niederlande*; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 59.
[388] EGMR 6. 7. 2010, 41615/07, *Neulinger und Shuruk/Schweiz* Rz 135; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande*; siehe auch *Kasper*, Die Inklusion von Kinderrechten ins Asyl- und Fremdenrecht, in *Salomon* (Hrsg), Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 187 (195); *Smyth,* Eur. J. Migr. Law 2015, 70 (71).
[389] EGMR 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 109, 118; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 46; *Reid*, practitioner's guide Rz 3 ff.

und Hoogkamer.[390] Doch auch schon zuvor beachtete der EGMR das Kindeswohl, ohne diese Kindeswohlerwägungen ausdrücklich als solche zu bezeichnen.[391]

Kinder können in unterschiedlichen Konstellationen bei Familienzusammenführungen bzw Legalisierungen betroffen sein:[392] Das jeweilige Kind kann sich noch im Herkunftsstaat befinden und eine Familienzusammenführung zu Familienmitgliedern im Aufnahmestaat begehren. Oder das jeweilige Kind hält sich bereits im Aufnahmestaat auf und begehrt eine Legalisierung für einen gemeinsamen Aufenthalt mit Familienmitgliedern, die sich bereits dort aufhalten. Weiters kann das Kind die Person sein, die sich bereits rechtmäßig aufhält und Familienangehörige begehren entweder die Familienzusammenführung zu diesem oder die Legalisierung für einen gemeinsamen Aufenthalt im Aufnahmestaat. In letzterer Konstellation betrifft die Verweigerung des Aufenthalts das Kind mittelbar: Befindet sich kein anderes Familienmitglied rechtmäßig im Aufnahmestaat, kann die Verweigerung zu einem faktischen Ausreisezwang des Kindes führen, wenn keinem obsorgefähigen Familienmitglied ein Aufenthaltsrecht zukommt. Zudem kann es das Familienleben des jeweiligen Kindes betreffen, wenn einem seiner Familienmitglieder der Aufenthalt verweigert wird. Das Kindeswohl ist in all diesen Konstellationen zu berücksichtigen – auch dann, wenn das jeweilige Kind in erster Linie mittelbar betroffen und nicht selbst Antragsteller:in ist.[393]

Bei den Erwägungen zum Kindeswohl beurteilt der EGMR insbesondere, inwieweit eine Abhängigkeit von den Eltern besteht und inwieweit die betroffenen Kinder in einem Alter sind, in dem sie für sich selbst sorgen können.[394] Jüngere Kinder erachtet der EGMR als besonders schutzbedürftig; regelmäßige Kontakte zu den Eltern sowie die Familieneinheit ist für sie besonders bedeutend, und eine gewisse Abhängigkeit zu den Eltern ist anzunehmen.[395] Je jünger die betroffenen Kinder sind, desto gewichtiger erscheinen die Kindeswohlerwägungen hinsichtlich einer etwaigen positiven Verpflichtung zur Aufenthaltsgewährung. Demgegenüber legt der EGMR bei älteren Kindern – vor allem, wenn sie fast erwachsen sind – einen weniger strengen Maßstab bei den Kindeswohlerwägungen an.[396] Außergewöhnliche Umstände, die trotz höheren Alters eine besondere Gefährdung für das jeweilige Kind bedeuten, haben dennoch in die Beurteilung

[390] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande*.
[391] EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 40; *Smyth,* Eur. J. Migr. Law 2015, 70 (74).
[392] Vgl *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (237f).
[393] Vgl EGMR 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen,* Concurring Opinion of Judge *Jebens*; aA 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande,* Joint Dissenting Opinion of Judges *Villiger*, *Mahoney* and *Silvis*.
[394] EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 44; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 51, 56; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 118; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 41, 46; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 46, 51.
[395] EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 40; 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 42; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (237).
[396] EGMR 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*; 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 56; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 51.

miteinzufließen: In diesem Sinne gewichtete der EGMR etwa in *Tuquabo-Tekle* die besondere Gefährdung der 15-jährigen Tochter durch die drohende Zwangsverheiratung sowie die Verweigerung des Schulbesuchs im Herkunftsstaat stark.[397]

Bei Ausweisungen geht der EGMR davon aus, dass jüng ren Kindern in einem „anpassungsfähigen Alter" eine Rückkehr eher zumutbar ist, da sie sich im Herkunftsstaat leichter wieder sozialisieren und integrieren könnten.[398] In dieser Hinsicht spricht ein höheres Alter eher für die Unzulässigkeit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme. Dem wissenschaftlich umstrittenen Kriterium[399] des „anpassungsfähigen Alters" kommt bei begehrter Familienzusammenführung oder Legalisierung nach kurzzeitigem Aufenthalt aber nach der bisherigen Judikatur kaum eine Bedeutung zu.[400]

Nach dem Gesagten würde man meinen, das Alter biete einen mehr oder weniger klaren Faktor bei der Beurteilung des Kindeswohls bei Familienzusammenführungen bzw Legalisierungen. Doch diese vermeintliche Klarheit trübt der EGMR durch seine uneinheitliche Vorgehensweise, welchen Zeitpunkt er der Altersfeststellung zugrunde legt: Teilweise stellt er auf den Zeitpunkt der Antragstellung[401], teilweise auf jenen der innerstaatlichen Entscheidung[402] und teilweise auf den Zeitpunkt seiner eigenen Urteilsfindung für die Altersfeststellung des Kindes ab.[403]

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen und verfahrensrechtlichen Ansätze der Konventionsstaaten ist es verständlich, dass sich der EGMR auf keinen einheitlichen Beurteilungszeitpunkt festlegen möchte. In Anbetracht der langen Verfahrensdauer vor dem EGMR ist der Zeitpunkt der Urteilsfindung durch den EGMR als Referenz für das Alter aber ungeeignet; immerhin können seit der innerstaatlichen Entscheidung mehrere Jahre vergangen sein. Mag das

---

[397] EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 50; siehe auch 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 55; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (237).

[398] EGMR 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 66; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (237); dieser Ansicht folgt auch der VwGH; VwGH 3. 5. 2018, Ra 2018/18/0195; 25. 11. 2022, Ra 2021/17/0026; der EuGH hält eine größere Anpassungs- bzw Integrationsfähigkeit bei jüngeren Kindern jedenfalls für möglich; EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 67ff; vgl *Kasper*, Der Mythos vom „anpassungsfähigen Alter", https://www.blogasyl.at/2023/01/der-mythos-vom-anpassungsfaehigen-alter/ (abgefragt am 30. 4. 2024) mwN.

[399] Siehe etwa *Kindeswohlkommission*, Bericht der unabhängigen Kommission für den Schutz der Kinderrechte und des Kindeswohls im Asyl- und Fremdenrecht (2021) Rz 14, 171, 261ff; *ÖGKJP*, Stellungnahme der Österreichischen Gesellschaft für Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie betreffend den Begriff Adaptable Age/Anpassungsfähiges Alter, https://oegkjp.at/parirof/2023/03/Stellungnahme_OEGKJP_AdaptableAge.pdf (abgefragt am 30. 4. 2024); *ÖGKJP*, Hat der juristische Begriff "anpassungsfähiges Alter" eine entwicklungswissenschaftliche Grundlage? iFamZ 2023, 72.

[400] Zur Relevanz dieses Kriteriums bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie beim Bleiberecht siehe etwa *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (207ff); *Czech*, Jedes Kind zählt - oder doch nicht? FABL 2012, 1; *Kasper*, Das Kindeswohlprinzip bei Rückkehrentscheidungen, in *Filzwieser* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2020 (2020) 271; *Kindeswohlkommission*, Bericht Rz 86, 100; *Smyth,* Eur. J. Migr. Law 2015, 70 (75ff).

[401] Etwa EGMR 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 51.

[402] Etwa EGMR 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*.

[403] Etwa EGMR 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 60; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (237); *Smyth,* Eur. J. Migr. Law 2015, 70 (75); *Spijkerboer*, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, Eur. J. Migr. Law 2009, 271 (288f).

Kindeswohl zum Zeitpunkt der Urteilsfindung weniger bedeutsam sein, weil das Kind mittlerweile ein höheres Alter oder sogar die Volljährigkeit erreicht hat: Ein Entfall der Opfereigenschaft kann nicht allein aus diesem Grund angenommen werden, wenn mangels festgestellter Konventionsverletzung keine Wiedergutmachung bzw Genugtuung erfolgte.[404] Das Recht der betroffenen Personen, eine Konventionsverletzung feststellen zu lassen, besteht in so einer Konstellation fort.[405] Hinsichtlich Legalisierungen ist zu berücksichtigen, dass bei drohender Ausweisung aufgrund der Unsicherheit des Aufenthalts die Opfereigenschaft iSd EMRK bis zu einer Erteilung des Aufenthaltstitels fortbestehen kann.[406] Bei Familienzusammenführungen erachtet der EGMR zudem lange Verfahren bei Kindern als schweren Eingriff: In *Tanda-Muzinga* hat der EGMR explizit aufgrund der negativen Auswirkungen auf die Kinder durch die lange Trennung die fortwährende Opfereigenschaft bejaht, obwohl die Familie zum Zeitpunkt der Beurteilung wiedervereinigt war.[407] Ein Gesamtbild des jeweiligen Sachverhalts unter Berücksichtigung der Dauer und der Entwicklung des Kindes sowie des Alters in den jeweiligen Verfahrensstadien erscheint daher meines Erachtens bei der Anwendung des Abwägungskriteriums Kindeswohl notwendig. Ansonsten könnten die Konventionsstaaten durch lange Verfahren das Gewicht von Kindeswohlerwägungen aufgrund des steigenden Alters schmälern.

Bei der Beurteilung des Kindeswohls ist weiters zu berücksichtigen, welche Rolle der jeweilige Elternteil oder die jeweilige Person, dessen oder deren Aufenthaltsrecht in Frage steht, in der Erziehung des Kindes einnimmt.[408] Maßgeblich ist dabei, wer sich hauptsächlich um das Kind kümmert, wer das Sorgerecht innehat und wer die Hauptbezugsperson des jeweiligen betroffenen Kindes ist.[409] Weiters ist zu beurteilen, inwieweit durch die Trennung (mangels Legalisierung bzw Familienzusammenführung) die Beziehung faktisch beeinträchtigt oder gar zerrissen werden würde.[410] Kann Kontakt aufrechterhalten werden, kann dies das Gewicht der individuellen Interessen mindern,[411] jedoch ist dies immer vor dem Hintergrund der Beziehungsintensität zu beurteilen. Dieser Abwägungsaspekt gleicht dem generellen Abwägungskriterium der tatsächlichen

[404] Vgl *Kulick* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023) Art 34 Rz 30ff; *Schäfer* in *Karpenstein/Mayer*, EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten[3] (2022) Art 34 Rz 79.
[405] *Kulick* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*[5] Art 34 Rz 30.
[406] *Kulick* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*[5] Art 34 Rz 32; *Schäfer* in *Karpenstein/Mayer*[3] Art 34 Rz 86.
[407] EGMR 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 58.
[408] EGMR 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* Rz 95.
[409] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 42; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 78f; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 119.
[410] EGMR 21. 6. 1988, 10730/84, *Berrehab/Niederlande* Rz 29; 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 42; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 119.
[411] EGMR 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 81.

Auswirkung auf das Familienleben[412], ist aber bei Kindern speziell mit dem Blick auf das Kindeswohl zu beurteilen.

Regelmäßig weist der EGMR daraufhin, dass das Kindeswohl und die jeweiligen einschlägigen Erwägungen keine „Trumpfkarten“[413] sind: Auch wenn dem Kindeswohl am besten gedient ist, wenn dem betroffenen Kind oder seinen Familienmitgliedern der Aufenthalt gewährt wird, begründet dies allein noch keine Verpflichtung für den Konventionsstaat, den Aufenthalt zu ermöglichen. Manche Entscheidungen des EGMR erwecken dennoch den Eindruck, dass Kindeswohlerwägungen in der Lage sind, die anderen Abwägungskriterien „zu übertrumpfen“ und aufgrund des Kindeswohls eine positive Verpflichtung bejaht wird, auch wenn nahezu alle anderen Abwägungskriterien dagegensprechen.[414]

Auch wenn die Wortwahl des EGMR, das Kindeswohl sei keine „Trumpfkarte“ eigenartig anmutet, so hat der EGMR meines Erachtens im Grunde Recht: Allein die Tatsache, dass ein Kind betroffen ist, kann nicht dazu führen, dass jegliches öffentliche Interesse an der Verweigerung des Aufenthaltes – etwa aufgrund von Straffälligkeit der Eltern bei besonders verpönten Straftaten – hinter dem individuellen Interesse am Aufenthalt der betroffenen Personen zurücktritt. Aber das Kindeswohlprinzip besagt, dass die Kindeswohlerwägungen sehr wohl eine vorrangige Bedeutung zu kommen muss: Wenn der EGMR Kindeswohlerwägungen eine besonders große Bedeutung beimisst, so steht er auf einem starken Fundament aufgrund der völkerrechtlichen Bindung der Konventionsstaaten an die KRK. Auch das Unionsrecht bindet die MS an das Kindeswohlprinzip.[415]

Situationen, in denen Kinder betroffen sind, macht das große Problem von Abwägungsentscheidungen besonders deutlich: Die Interessenabwägung ist facettenreich, starke Argumente und emotionalisierende Aspekte[416] liegen auf beiden Seiten vor. Die Entscheidung ist beeinflusst von den Wertvorstellungen des jeweils entscheidenden Organs. Mitunter kann es zu Sachverhalten kommen, in denen sowohl für das Ergebnis, das Aufenthaltsrecht sei zu gewähren,

---

[412] Unterpunkt III) B) 3) d) i) – *Tatsächliche Auswirkung auf das Familienleben*.

[413] EGMR 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 46; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 46.

[414] So etwa EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande*; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen*.

[415] Gem Art 24 GRC; siehe dazu Unterpunkt III) C) 2) b) ii) – *Kindeswohl*.

[416] So überrascht es kaum, dass die Abschiebung eines Kindes zu besonders großem Aufsehen führte: Im „Fall *Tina*“ war ein in Österreich geborenes 12-jähriges Kind betroffen, deren Eltern in Österreich aber nie einen rechtmäßigen Aufenthalt hatten. Der Fall führte zur Einsetzung einer Kindeswohlkommission, deren Bericht nach das Kindeswohl nur unzureichend Berücksichtigung in Österreich fand; einige der Empfehlungen der Kindeswohlkommission wurden mittlerweile umgesetzt; siehe etwa *Der Standard*, Van der Bellen über Schülerinnenabschiebung, https://www.derstandard.at/story/2000123699588/nach-der-schuelerinnen-abschiebung-kracht-es-im-koalitionsgebaelk (Stand 28. 1. 2021); *Kindeswohlkommission*, Bericht; *Gemeinsam für Kinderrechte*, Status der Umsetzung der Empfehlungen der Kindeswohlkommission, https://gemeinsamfuerkinderrechte.at/status-der-umsetzung-der-empfehlungen-der-kindeswohlkommission/ (Stand 13. 7. 2022); zur letztinstanzlichen Entscheidung im „Fall *Tina“* siehe VwGH 26. 7. 2022, Ra 2022/21/0093.

sowie für das Ergebnis, das Aufenthaltsrecht sei zu verweigern, triftige Gründe vorliegen und beide Ergebnisse rechtskonform sein können.

Die Beurteilung des Kindeswohls obliegt grundsätzlich den Konventionsstaaten; dabei kommt ihnen auch ein gewisser Ermessenspielraum zu (unter „europäischer Aufsicht" – sprich: der Prüfung des EGMR unterliegend).[417] Die Aufgabe des EGMR sei es dementsprechend sicherzustellen, dass die Konventionsstaaten den Garantien der EMRK Rechnung tragen und dabei das Kindeswohl ausreichend beachten; Letzteres muss aus der Begründung durch die jeweiligen Behörden der Konventionsstaaten hervorgehen.[418] Erfolgt keine ausreichende Abwägung hinsichtlich des Kindeswohls bzw geht eine solche nicht dokumentiert aus den relevanten Entscheidungen hervor, kann diese mangelnde Auseinandersetzung bzw mangelnde Begründung an sich eine Konventionsverletzung bedeuten.[419] Insofern leitet der EGMR hinsichtlich des Kindeswohls auch prozedurale Anforderungen aus Art 8 EMRK für Entscheidungsfindung ab.[420]

Die Entscheidungsbegründung durch die Konventionsstaaten beeinflusst stark ihren margin of appreciation:[421] In Fällen, in denen sowohl auf der individuellen als auch auf der öffentlichen Seite gewichtige Gründe nach den Maßstäben des EGMR für die Interessensabwägung vorliegen, sich das entscheidende Organ mit beiden Seiten auseinandersetzte und unter ausreichender Berücksichtigung der Kindeswohlerwägungen eine nachvollziehbar begründete Entscheidung traf, hat sich der EGMR aufgrund seiner subsidiären Rolle zurückzunehmen.

v) Bindung zum und Situation im Herkunfts- und Aufnahmestaat

Ein weiteres Abwägungskriterium für die Frage, inwieweit eine positive Verpflichtung zur Genehmigung eines Aufenthaltsrecht aufgrund von Art 8 EMRK besteht, stellt die Bindung zum und die Situation im Herkunftsstaat dar. Dabei erwägt der EGMR, inwieweit eine kulturelle Bindung zum Herkunftsstaat besteht und die jeweiligen betroffenen Personen, der Sprache im Herkunftsstaat mächtig sind.[422] Gerade, wenn die betroffenen Personen im Herkunftsstaat aufgewachsen sind bzw lange Zeit dort lebten, ist eine kulturelle Bindung zum Herkunftsstaat

[417] EGMR 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 47 mwN.
[418] EGMR 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 47 mwN.
[419] EGMR 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* Rz 103; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 52f.
[420] Zu weiteren prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK siehe Abschnitt III) B) 4) – *Prozeduralisierung der EMRK und Bedeutung für die Verpflichtungen gem Art 8 EMRK*.
[421] Vgl Punkt III) B) 1) c) – *Legitimation des EGMR und die „margin of appreciation"-Doktrin*; Punkt III) B) 4) a) – *Allgemeines*.
[422] EGMR 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*.

anzunehmen.[423] Hinsichtlich der Situation im Herkunftsstaat ist zu beachten, ob Verwandte vor Ort sind, die die betroffene Person sozial sowie finanziell unterstützen können.[424]

Bei einer (nach wie vor) starken Bindungen zum Herkunftsstaat sowie einem sozialen, insbesondere familiären Netzwerk vor Ort und, wenn eine Aufrechterhaltung familiärer Kontakte durch Besuche möglich ist, wiegt das individuelle Interesse an der Erteilung eines Aufenthaltsrechts weniger.[425] Im Gegensatz dazu wiegt bei Fehlen jeglicher Bindungen zum Herkunftsstaat das individuelle Interesse am Aufenthalt aufgrund des Familienlebens im Aufnahmestaat schwerer.[426]

Als Kehrseite zur Bindung zum Herkunftsstaat ist auch die Bindung bzw die Beziehung zum Aufnahmestaat, sprich dem jeweiligen Konventionsstaat, abzuwägen.[427] Die Bindung zeigt sich auch hier etwa durch Integration und Sprachkenntnisse. Da eine Beziehung zum Aufenthaltsstaat meist erst mit einer gewissen Aufenthaltsdauer entsteht, spielt dieses Kriterium bei Familienzusammenführungen und Legalisierungen bei kurzem Aufenthalt eine untergeordnete Rolle; größere Bedeutung kommt der Beziehung zum Aufenthaltsstaat bei der Frage nach einem Bleiberecht mangels zulässiger Ausweisung bzw Abschiebung zu.[428] Unter Umständen sind die Bindung zum Herkunftsstaat und die Bindung zum Aufnahmestaat gegeneinander abzuwägen und ist die Frage zu stellen, inwieweit die Bindung zum Herkunftsstaat mittlerweile untergegangen ist bzw die Bindung zum Aufnahmestaat überwiegt.[429]

Wie bereits erwähnt, kann die (fehlende) Bindung zum Herkunftsstaat sowie die allgemeine Situation auch unter dem Aspekt „Bestehen unüb rwindbarer Hindernisse“ Beachtung finden.[430] Handelt es sich bei der bzw einer der betroffenen Person(en) um ein Kind, beurteilt der EGMR die Situation im Herkunftsstaat häufig unter dem Aspekt des Kindeswohls und lässt diese Beurteilung

---

[423] EGMR 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande* 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 40; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 76; 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* Rz 92; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 46; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 51.

[424] EGMR 13. 2. 2001, 39329/98, *Lahnifi/Niederlande*; 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 6. 11. 2001, 50568/99, *Adnane/Niederlande*; 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*; 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 49; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 56, 60.

[425] EGMR 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*; 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 66.

[426] EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 40; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 119.

[427] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 39; 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 57; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 70; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 66; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 107.

[428] Siehe dazu etwa *Oswald*, Bleiberecht 68f.

[429] EGMR 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*; 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* 92f; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 60.

[430] Unterpunkt III) B) 3) d) ii) – *Bestehen unüberwindbarer bzw wesentlicher Hindernisse*.

in die Kindeswohl-Erwägungen miteinfließen.[431] Da die Bindung zum und die Situation im Herkunftsstaat bei erwachsenen Personen aber ebenso abzuwägen ist,[432] erscheint eine Darstellung als eigenes Abwägungskriterium konsequent. Bei Kindern ist insbesondere dem Umstand, ob Personen im Herkunftsstaat vorhanden sind, die sich um die Kinder kümmern können, mehr Gewicht beizumessen als bei erwachsenen Personen.[433] Dabei stellt der EGMR nicht immer tatsächlich auf das Kindeswohl ab: Teilweise beurteilt er schlichtweg, ob sich generell jemand um das jeweilige Kind kümmern kann, ohne sich damit zu befassen, inwieweit dies auch (am besten) dem Kindeswohl diene und ob die jeweiligen Personen tatsächlich geeignet und gewillt sind, sich um die Kinder zu kümmern.[434] Auch aus diesem Grund erscheint eine Darstellung als eigenständiges Abwägungskriterium sinnvoll, da bei Kindern die Beurteilung der Situation im Herkunftsstaat nicht immer mit den zu berücksichtigen Faktoren der Kindeswohlerwägung gleichzusetzen sind.

vi) Migrationsrechtliche Erwägungen und Verstöße gegen die öffentliche Ordnung

Auf der Seite des öffentlichen Interesses, insbesondere des Staates an der Einwanderungskontrolle, fallen migrationsrechtliche Erwägungen sowie Erwägungen der öffentlichen Ordnung besonders ins Gewicht:[435] So wiegt das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Einwanderungskontrolle schwerer, wenn in der Vergangenheit gegen migrationsrechtliche Vorschriften verstoßen wurde; etwa durch Einreise, ohne die Einreisevoraussetzungen zu erfüllen.[436] Gleiches gilt bei einem mittlerweile illegalen Aufenthalt ohne Aufenthaltsberechtigung:[437] Der EGMR geht davon aus, dass Personen, die sich ohne Beachtung aufenthaltsrechtlicher Bestimmungen unrechtmäßig in einem Staat niederlassen, grundsätzlich keinen Anspruch auf Gewährung eines Aufenthaltsrechts haben.[438] War den Behörden der unrechtmäßige Aufenthalt allerdings bekannt und blieben sie dennoch untätig, mindert dies das öffentliche Interesse.[439] Bei Kindern, die ohne rechtmäßigen

---

[431] EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 44; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 51; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 118; 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich* Rz 41; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 46, 50f.

[432] EGMR 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 66; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 76; 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* Rz 92.

[433] EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 49; 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz* Rz 56, 60; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 50.

[434] Vgl etwa EGMR 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*; wo der EGMR erwog, dass die gerade erst volljährig gewordene Schwester sich um ihre Geschwister im Herkunftsstaat kümmern könne.

[435] EGMR 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 66; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 107, 113.

[436] EGMR 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*; 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*.

[437] EGMR 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 39; 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 57ff; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 70; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 107, 113.

[438] EGMR 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*; 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 43.

[439] EGMR 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 116; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (239).

Aufenthalt in einem Staat aufwuchsen, ist zu prüfen, ob ihnen ein Verstoß gegen Migrationsrecht auch objektiv zurechenbar ist.[440] Konnte ihnen nicht bewusst sein oder ist es objektiv nachvollziehbar, dass ihnen der unrechtmäßige Aufenthalt nicht bewusst war, so wiegt dieses Argument auf der Seite des öffentlichen Interesses weniger.

Wurde ein Aufenthaltsrecht etwa durch Falschinformationen zur Identität erschlichen, wiegen diese gravierenden, aufenthaltsrechtlichen Verstöße, die mitunter auch von strafrechtlicher Bedeutung sind, schwer auf der Seite des öffentlichen Interesses.[441] Grundsätzlich fallen strafrechtliche Verurteilungen im Rahmen des öffentlichen Interesses ins Gewicht.[442] Der EGMR hebt es häufig hervor, wenn Personen strafrechtlich unbescholten sind, da zumindest in dieser Hinsicht kein besonderes gewichtiges öffentliches Interesse an der Verweigerung des Aufenthaltstitels besteht.[443]

Verfügen einige der betroffenen Personen bereits über ein Aufenthaltsrecht, so stärkt dies ihr individuelles Interesse daran, dass auch ihren jeweiligen Familienmitgliedern ein Aufenthaltsrecht erteilt wird.[444] In diesem Sinne betont der EGMR regelmäßig, dass es gegen Art 8 EMRK verstoßen kann, wenn Personen vor die Wahl gestellt werden, entweder auf ihr Aufenthaltsrecht bzw den erworbenen Aufenthaltsstatus oder auf die Wiedervereinigung mit ihren Familienmitgliedern zu verzichten.[445] Haben die aufenthaltsberechtigte Personen (mittlerweile) die Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaates erlangt, ist der Umstand als gesichertes Aufenthaltsrecht auch für die Frage, ob den Familienmitgliedern ein Aufenthaltsrecht zu erteilen ist, zu berücksichtigen.[446]

Dass eine Familienzusammenführung oder eine Legalisierung an bestimmte Voraussetzungen wie ein Mindesteinkommen geknüpft wird, um die Selbsterhaltungsfähigkeit der Familie und dadurch das wirtschaftliche Wohl des Konventionsstaates sicherzustellen, ist nach Ansicht des EGMR grundsätzlich sachlich und zulässig.[447] Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann allerdings nicht allein deshalb eine Familienzusammenführung bzw Legalisierung verweigert werden; es hat dennoch eine individualisierte Abwägung gem Art 8 EMRK stattzufinden.[448] Das mangelnde

[440] EGMR 4. 12. 2012, 47017/09, *Butt/Norwegen* Rz 86.
[441] EGMR 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 73.
[442] EGMR 4. 12. 2012, 47017/09, *Butt/Norwegen* Rz 89.
[443] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 43; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 80, 116.
[444] EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande*; 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande* Rz 47.
[445] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 68; 13. 2. 2001, 39329/98, *Lahnifi/Niederlande*; 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande* Rz 41; 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*; 10. 7. 2014, 19113/09, *Senigo Longue ua/Frankreich* Rz 67.
[446] EGMR 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 115; von Bedeutung war auch der Umstand, dass die Antragstellerin vor der Unabhängigkeit Suriname selbst niederländische Staatsangehörige war.
[447] EGMR 26. 4. 2007, 16351/03, *Konstatinov/Niederlande* Rz 50; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 134; 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 95ff mwN; EGMR 18. 1. 2024, 12510/18, *Dabo/Schweden*.
[448] EGMR 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* 105, 126ff.

Vorliegen an Voraussetzungen wie ausreichendes Einkommen ist dabei ein weiteres Abwägungskriterium, dass das Interesse des Staates an der Verweigerung stärken kann.[449]

vii) Umstände zum Zeitpunkt der Begründung des Familienlebens

Besonders in Fällen, in denen es um die Legalisierung eines Familienmitglieds geht, aber auch in Fällen der Familienzusammenführung ist zu beachten, unter welchen Umständen das Familienleben begründet wurde: Wenn das Familienleben zu einem Zeitpunkt entstand, wo den beteiligten Personen bewusst sein musste, dass der Aufenthaltsstatus unsicher ist und es nicht klar ist, ob das Familienleben um Aufnahmestaat fortgesetzt werden kann, wiegt das individuelle Interesse der einzelnen Personen weniger.[450] In diesen Fällen wird die Verweigerung (der Einreise und) des Aufenthalts nur in außergewöhnlichen Umständen mit Art 8 EMRK unvereinbar sein.[451] Bewusst sein musste der unsichere Aufenthaltsstatus den Personen besonders bei laufenden Asylverfahren, wenn eine Person zum Zeitpunkt der Eheschließung über kein Aufenthaltsrecht verfügt oder wenn der Aufenthaltsstatus durch Falschinformationen erschlichen wurde.[452] Im Gegensatz dazu ist zu berücksichtigen, wenn die Personen berechtigterweise davon ausgehen konnten, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt möglich ist.[453]

e) Zwischenfazit

Die Judikaturanalyse der Rechtsprechung des EGMR zur Frage, inwieweit eine positive Verpflichtung zur Erteilung eines (Einreise- und) Aufenthaltstitels aus Gründen von Art 8 EMRK besteht, zeigt zunächst, welche Abwägungskriterien der EGMR für diese Beurteilung in den Blick nimmt und wie er sie gewichtet. Grundsätzlich erscheinen die Abwägungskriterien des Bestehens unüberwindbarer Hindernisse sowie das Kindeswohl als besonders entscheidungserheblich: In den Fällen, in denen der EGMR eine positive Verpflichtung feststellte, war häufig eines oder waren gar beide dieser Kriterien ausschlaggebend.

Einige Abwägungskriterien nehmen konkret auf asylrechtliche Spezifika Rücksicht: So sind unüberwindbare Hindernisse bei anerkannten internationalen Schutzberechtigten grundsätzlich anzunehmen; für sie ist klar, dass sie nicht zur Fortführung des Familienlebens in den Herkunftsstaat

[449] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 134; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (239) mwN.
[450] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 39; 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 57; 4. 12. 2012, 47017/09, *Butt/Norwegen* Rz 79, 82; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 108, 113.
[451] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 68; 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 39; 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 57; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 70.
[452] EGMR 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen* Rz 59f, 64; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen* Rz 70, 74; 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* Rz 91.
[453] EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande* Rz 43 mwN.

zurückkehren können. Weiters ist die Trennung von der Familie nicht vorwerfbar, wenn sie erfolgte, um internationalen Schutz außerhalb des Herkunftsstaates zu suchen.

Insgesamt scheint der EGMR in seiner Judikatur mehr und mehr zu beurteilen, was der angemessenste Weg für die Fortsetzung des Familienlebens ist und weniger darauf abzustellen, ob der Aufenthalt im Aufnahmestaat der einzige Weg für die Fortsetzung eines Familienlebens ist.[454] Deutlich zeigt dies auch die Berücksichtigung der Bindung zum Aufnahmestaat neben den Bindungen zum Herkunftsstaat.

Die Analyse hat weiters verdeutlicht, dass einzelfallspezifische Umstände einen großen Unterschied im Rahmen der Interessenabwägung machen können. Die Rechtsprechung des EGMR ist sehr kasuistisch und nach wie vor unvorhersehbar, obwohl die Abwägungskriterien mittlerweile klarere Konturen in der Rechtsprechung erhielten. Der EGMR wird nicht müde, das souveräne Recht des Staates, die Einreise von Drittstaatsangehörigen in das Staatsgebiet zu kontrollieren, und den margin of appreciation in diesem Bereich zu betonen. Dennoch trifft der EGMR mitunter Entscheidungen, in denen er eine positive Verpflichtung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels feststellt, obwohl auch die Abwägungskriterien zu keinem klaren Ergebnis führen. Selbst in den Fällen, in denen die widerstreitenden Interessen auf beiden Seiten besonders gewichtig sind, wie etwa aufgrund migrationsrechtlicher Verstöße in der Vergangenheit und einem bestehenden Familienleben im Aufnahmestaat, das trotz des unsicheren Aufenthalts begründet wurde, stellte der EGMR teilweise eine positive Verpflichtung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels fest.[455] Gerade in solchen Fällen könnte (wenn man am Grundsatz des souveränen Rechts des Staates, die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu kontrollieren, ernsthaft festhält) die Endentscheidung bei ordnungsgemäßer Abwägung im margin of appreciation der Konventionsstaaten liegen. Der EGMR zieht sich hier nicht stringent auf seine subsidiäre Rolle zurück. Die Zurückhaltung zu positiven Verpflichtungen zur Gewährung eines Aufenthaltsrechts aufgrund des Familienlebens, in der sich der EGMR in den 1980er-Jahren noch übte, scheint er nun mehr um ein weiteres gutes Stück abgelegt zu haben.[456] Dass der margin of appreciation bei positiven Verpflichtungen größer sei, lässt sich zumindest bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten nicht generell bejahen.[457] Trotz der mittlerweile klareren Abwägungskriterien ist deren Anwendung und deren Gewichtung im Verhältnis zueinander letzten Endes von Wertungen im Einzelfall

[454] Zum selben Ergebnis gelangen auch *Immervoll/Frühwirth* in *Salomon* 161 (170f).
[455] So etwa in EGMR 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande*, siehe insb Joint Dissenting Opinion of Judges *Villiger*, *Mahoney* and *Silvis* dort; auch 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen*, siehe insb Joint Dissenting Opinion of Judges *Mijović* and *de Gaetano*; der Fall Nunez hätte im Übrigen ebenso anhand der Kriterien negativer Verpflichtungen beurteilt werden können, da eine Ausweisung im Vordergrund stand; der EGMR zog aber die Abwägungskriterien zur Beurteilung einer positiven Verpflichtung heran.
[456] Vgl Abschnitt II) A) 2) – *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)*.
[457] Insofern ist der Ansicht von *Brems* und *Uerpmann-Wittzack* zuzustimmen, dass die Unterscheidung von geringer Bedeutung ist; vgl Punkt III) B) 3 a) – *Allgemeines*.

abhängig – dadurch kann sich das Ergebnis je nach entscheidender Instanz nach wie vor unterscheiden.[458]

Die Bedeutung der Umstände im Einzelfall führt zur Notwendigkeit, Sachverhalte umfassend zu beleuchten: Nur so ist es möglich die Abwägungskriterien konventionskonform zu beurteilen. In der Konsequenz ist die Einzelfallbeurteilung mit einem erheblichen Verfahrensaufwand für nationale Behörden verbunden. Ob eine nationale Rechtslage jeden Einzelfall konventionskonform regeln kann, ohne einen ausdrücklichen Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK vorzusehen, ist fraglich.

Der Großteil der Entscheidungen des EGMR zu positiven Verpflichtungen zur Familienzusammenführung bzw zur Legalisierung betraf das Familienleben von Kernfamilien – also von Partner:innen einer rechtlich formalisierten Beziehung oder das Familienleben von Kindern und einem oder beiden Elternteil(en). Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass auch eine entsprechende positive Verpflichtung aufgrund des Familienlebens mit Familienmitgliedern der „erweiterten" Familie bestehen kann: In der kürzlich ergangenen Entscheidung *M.T. ua* nahm der EGMR ein Familienleben einer Mutter und ihrem mittlerweile erwachsenen Sohn sowie ein Familienleben des erwachsenen Sohnes und seiner Geschwister implizit an, und prüfte eine positive Verpflichtung zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts der Mutter und der Geschwister aufgrund dieses Familienlebens mit dem in Schweden aufenthaltsberechtigten erwachsenen Sohn.[459] Derzeit ist weiters ein Fall beim EGMR anhängig, bei der es um die positive Verpflichtung zur Gewährung eines Aufenthaltsrechtes aufgrund des Familienlebens von zwei erwachsenen Brüdern geht, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. [460] Von der Entscheidung sind weitere Konkretisierungen zu erwarten, inwieweit positive Verpflichtungen zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts aufgrund des Familienlebens auch außerhalb der Kernfamilie bestehen können. Jedenfalls spielt die Intensität familiärer Beziehungen beim Kriterium der tatsächlichen Auswirkungen auf das Familienleben eine Rolle; dabei ist auch ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis von Familienmitgliedern der erweiterten Familie zu berücksichtigen.

Die Entwicklungen in der EGMR-Rechtsprechung, durch welche der margin of appreciation geringer und die staatliche Souveränität weiter beschränkt wird, könnten auf die zunehmende unionsrechtliche Harmonisierung des Asyl- und Fremdenrechts zurückzuführen sein: Der EGMR stützt regelmäßig die Annahme eines europäischer Konsenses auf Mindeststandards, die sich aus

[458] Vgl *Pöschl*, Entwicklungstendenzen der migrationsrechtlichen Judikatur, in *Posch/Schleifer* (Hrsg), Rechtsfragen der Migration und Integration (2008) 104 (110ff).
[459] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 76ff.
[460] EGMR kommuniziert am 2. 12. 2020, 64534/19, *Mahamud/Niederlande*.

der Unionsrechtslage ergeben.[461] Der EGMR könnte sich aufgrund dieses europäischen Konsenses veranlasst gesehen haben, die Konventionsrechte im Sinne der „living instrument"-Doktrin weiterzuentwickeln, um die Effektivität der EMRK zu sichern. Weiters liegt es im Interesse des EGMR neben den unionsrechtlichen Mindestanforderungen weiterhin beachtliche grundrechtliche Anforderungen festzulegen.[462] Zudem schmälert der europäische Konsens nach Ansicht des EGMR den margin of appreciation der einzelnen Konventionsstaaten. Vergessen werden darf aber nicht, dass nicht alle Konventionsstaaten Teil der EU sind; unionsrechtliche Entwicklungen alleine sind insofern keine fundamental gefestigte Legitimationsgrundlage für die Weiterentwicklung der Konventionsrechte.

4) Prozeduralisierung der EMRK und Bedeutung für die Verpflichtungen gem Art 8 EMRK

a) Allgemeines

Bei der Prüfung, inwieweit ein Eingriff gerechtfertigt war (negative Verpflichtung), sowie bei der Prüfung, inwieweit ein Tätigwerden des Staates zur Grundrechtsausübung notwendig gewesen wäre (positive Verpflichtung), stehen „materielle" Erwägungen im Vordergrund: Den EGMR interessiert, ob ein angemessenes Verhältnis zwischen den betroffenen Interessen vorliegt und welche Argumente für und gegen die einzelnen Interessenspositionen sprechen.[463]

In den letzten Jahren wurde neben dieser „materiellen Grundrechtsprüfung" eine „Prozeduralisierung" der Konventionsrechte durch den EGMR beobachtet:[464] Verstärkt interessiert sich der EGMR nicht nur dafür, inwieweit ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessenspositionen vorliegt, sondern auch dafür, wie innerstaatliche Verfahren geführt und

[461] Vgl etwa EGMR 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 75ff; 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 62ff, 90; *Thym,* International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (109ff).
[462] *Thym,* International and Comparative Law Quarterly 2008, 87 (111).
[463] Vgl *Gerards/Brems*, Introduction, in *Gerards/Brems* (Hrsg), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (2017) 1; *Gerards*, Procedural Review by the ECtHR: A Typology, in *Gerards/Brems* (Hrsg), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (2017) 127.
[464] Etwa *Christoffersen*, Fair balance. Proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights (2009) 455ff; *Gerards/Brems*, Introduction, in *Gerards/Brems* 1 (2, 6) mwN; *Gerards* in *Gerards/Brems* 127 (127) mwN; die Prozeduralisierung stoßt in der Literatur durchaus auch auf Kritik, siehe dazu auch *Brems*, Procedural protection, in *Brems/Gerards* (Hrsg), Shaping Rights in the ECHR (2013) 137 (159); *Brems*, The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Human Court of Human Rights, in *Gerards/Brems* (Hrsg), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (2017) 17 (21); *Nussberger*, Procedural Review by the ECHR: View from the Court, in *Gerards/Brems* (Hrsg), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (2017) 161.

inwieweit Grundrechtserwägungen dabei vorgenommen wurden.[465] Prozedurale Anforderungen werden mitunter als Teil positiver Verpflichtungen gesehen.[466]

Die Prozeduralisierung zeigt sich dabei in zwei Facetten:[467] Einerseits greift der EGMR vermehrt Defizite in Verfahren auf und stellt Konventionsverletzungen fest, weil ein Grundrechtseingriff in den jeweiligen Gesetzgebungs- oder Entscheidungsfindungsverfahren nicht mit der notwendigen Sorgfalt geprüft wurde.[468] Im Rahmen dessen stellt der EGMR zum Teil prozedurale Anforderungen auf, die er aus den materiellen Konventionsrechten selbst ableitet und welche von den Konventionsstaaten bei ihrem Gesetzgebungs- bzw Entscheidungsfindungsprozess einzuhalten sind.[469] Andererseits honoriert der EGMR innerstaatliche Verfahren, in denen die Konventionsstaaten eine sorgfältige Prüfung aller Interessen aus grundrechtlicher Perspektive vornahmen und etwa mögliche Auswirkungen einer Maßnahme mit Blick auf die Konventionsrechte abgewogen haben.[470]

Hier wird der Zusammenhang zwischen dem margin of appreciation und den prozeduralen Erwägungen deutlich:[471] Genügt das innerstaatliche Verfahren den Maßstäben des EGMR und wurden die Konventionsrechte ordnungsgemäß berücksichtigt und abgewogen, so ist dies ein Faktor, der zu einem weiteren margin of appreciation des jeweiligen Konventionsstaates führen kann. Nur bei starken materiellen Gründen kommt es in der Regel vor, dass sich der EGMR dennoch über das Ergebnis eines innerstaatlichen Verfahrens, in dem die EMRK berücksichtigt wurde, hinwegsetzt und selbst eine eigene materielle Grundrechtsprüfung vornimmt.[472] Bei einem Verfahren, das nicht den prozeduralen Anforderungen des EGMR genügt, neigt der EGMR zu einer strikteren Prüfung; der margin of appreciation der Konventionsstaaten wird tendenziell geringer ausfallen.[473]

Die Prozeduralisierung der Konventionsrechte soll die Implementierung und die Effektivität der EMRK sichern und den Schutz der materiellen Konventionsrechte optimieren.[474]. Beispiele für

---

[465] *Gerards/Brems*, Introduction, in *Gerards/Brems* 1 (2); zu möglichen dahinterstehenden Motivation siehe ausführlich *Brems* in *Gerards/Brems* 17.
[466] *Krieger,* ZaöRV 2014, 187 (189); *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 77 (Rz 57); siehe aber *Gerards* in *Gerards/Brems* 127 (127), nach der sich die verfahrensrechtliche Aspekte häufig bei positiven Verpflichtungen zeigen, aber nicht auf diese begrenzt sind.
[467] *Gerards* in *Gerards/Brems* 127 (129).
[468] *Gerards/Brems*, Introduction, in *Gerards/Brems* 1 (4); *Gerards* in *Gerards/Brems* 127 (127).
[469] *Christoffersen*, Fair 455; näher *Gerards* in *Gerards/Brems* 127.
[470] *Brems* in *Gerards/Brems* 17 (21); *Gerards/Brems*, Introduction, in *Gerards/Brems* 1 (4).
[471] Vgl *Brems* in *Brems/Gerards* 137 (160); *Nussberger* in *Gerards/Brems* 161 (174); siehe auch bereits Punkt III) B) 1) c) – *Legitimation des EGMR und die „margin of appreciation"-Doktrin*.
[472] Etwa EGMR 7. 2. 2012 (GK), 40660/08, 60641/08, *Hannover/Deutschland (No. 2)* Rz 107; vgl *Gerards* in *Gerards/Brems* 127 (128).
[473] *Brems* in *Gerards/Brems* 17 (26); *Saul,* Human Rights Law Review 2015, 745 mwN; siehe beispielsweise EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 80.
[474] *Brems* in *Brems/Gerards* 137 (160); *Brems* in *Gerards/Brems* 17 (19); *Christoffersen*, Fair 455.

prozedurale Anforderungen durch den EGMR sind etwa effektive Verfahren ohne übermäßigen Formalismus, angemessene Verfahrensdauer, mögliche Beteiligung für die betroffenen Personen oder Berücksichtigung relevanter Besonderheiten im Einzelfall.[475]

Durch die Prozeduralisierung von materiellen Konventionsrechten kann es zu einer Überschneidung zwischen den materiellen Konventionsrechten und den eigentlichen verfahrensrechtlichen Garantien der Konvention, insbesondere Art 6 und Art 13 EMRK, kommen.[476] Mitunter geht der Anwendungsbereich durch den prozeduralen Aspekt von Konventionsrechten weiter als allein durch die verfahrensrechtlichen Garantien der Konvention: Während etwa der Schutzbereich von Art 6 EMRK auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen sowie auf das Strafverfahren beschränkt ist, sind die prozeduralen Anforderungen, die aus den materiellen Konventionsrechten abgeleitet werden, beachtlich, sobald der Anwendungsbereich des jeweiligen Konventionsrechts selbst eröffnet ist.[477]

b) Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK

Die Ausführungen zum Abwägungskriterium des Kindeswohls[478] zeigten bereits deutlich, dass der EGMR auch aus Art 8 EMRK prozedurale Anforderungen ableitet, die bei Familienzusammenführungen bzw Legalisierungen des Aufenthalts einzuhalten sind: Die Konventionsstaaten haben das Kindeswohl bei allen Kindern betreffenden Maßnahmen nicht nur zu erwägen, sondern diese Erwägungen auch zu begründen und zu dokumentieren; werden diese Anforderungen nicht eingehalten, kann allein deshalb eine Konventionsverletzung vorliegen.[479] Prozedurale Anforderungen ergeben sich für den EGMR bei Kindern weiters bei Familienzusammenführung aus Art 10 KRK, wonach Anträge auf Familienzusammenführungen auf flexible und humane Weise zu prüfen sind.[480] Nach dem EGMR ist bei der Familienzusammenführung zu berücksichtigen, dass ein übermäßig langes Verfahren für Kinder besonders schwerwiegende Folgen haben kann, wenn sie von ihren Eltern getrennt sind.[481] Bei Versagungen von Aufenthaltsrechten haben die Behörden auf die praktische Durchführbarkeit einer etwaigen Ausweisung des Kindes oder eines Familienmitglieds des Kindes einzugehen.[482]

---

[475] Näher *Brems* in *Brems/Gerards* 137 (148ff) mwN.
[476] Etwa *Brems* in *Brems/Gerards* 137 (156ff).
[477] *Brems* in *Brems/Gerards* 137 (158).
[478] Unterpunkt III) B) 3) d) iv) – *Kindeswohl*.
[479] EGMR 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen* Rz 103; 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 47, 52f.
[480] EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 56; 10. 7. 2014, 19113/09, *Senigo Longue ua/Frankreich* Rz 69; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 76.
[481] EGMR 10. 7. 2014, 19113/09, *Senigo Longue ua/Frankreich* Rz 69.
[482] EGMR 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande* Rz 109, 120.

Auch wenn keine Kinder betroffen sind, verlangt der EGMR generell, dass die nationalen Gerichte die konkreten Umstände einer Entscheidung ausreichend begründen müssen, damit eine Prüfung durch den EGMR möglich ist. Eine mangelnde Begründung, in der insbesondere die Interessenabwägung nicht nachvollziehbar ist, kann bereits Art 8 EMRK verletzen.[483]

Neben diesen begründungspflichtigen Erwägungen leitete der EGMR in mehreren Entscheidungen weitere prozedurale Anforderungen von Art 8 EMRK ab, die bei den Verfahren zur Familienzusammenführung bzw Legalisierung einzuhalten sind.[484] So muss die besondere Vulnerabilität von Personen, speziell von Flüchtlingen, bei Verfahren zur Familienzusammenführung beachtet werden:[485] Bei Flüchtlingen iSd GFK erachtet der EGMR es als wesentliches Element, die Familieneinheit wiederherzustellen, um ein normales Leben fortsetzen zu können.[486] Der EGMR stellte unter Bezugnahme auf die Familienzusammenführungs-RL fest, dass ein europäischer Konsens besteht, anerkannte Flüchtlinge bei der Familienzusammenführung zu begünstigen.[487] Aus diesen Gründen (europäischer Konsens, besondere Vulnerabilität von Flüchtlingen und insbesondere bei betroffenen Kindern) geht der EGMR davon aus, dass die Achtung des Familienlebens ebenso einen flexiblen, raschen und wirksamen (im Sinne von sorgfältigen) Entscheidungsfindungsprozess bei der Familienzusammenführung erfordert.[488] Eine überlange Verfahrensdauer – auch wenn durch ein Beweisverfahren zur Prüfung der Familienangehörigeneigenschaft verursacht – kann Art 8 EMRK verletzen.[489]

In den Fällen *M.A.* und *M.T. ua* führte der EGMR aus, dass jene Verfahrensstandards, die er für Flüchtlinge bzw Asylberechtigte in *Tanda-Muzinga* und *Mugenzi* aufstellte (nämlich einen flexiblen, raschen und wirksamen Entscheidungsfindungsprozess mit besonderer Sorgfalt) grundsätzlich in gleicher Weise für Familienzusammenführungen von subsidiär Schutzberechtigten gelten und zu beachten sind.[490] Der europäische Konsens, Asylberechtigte bei der Familienzusammenführung zu begünstigen, bestehe aber nicht in gleicher Weise für subsidiär

[483] EGMR 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz* Rz 47 mwN; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 149 mwN; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 80; *El Ghatet* ist zwar ein Fall, in dem auch ein Kind betroffen war, jedoch betonte der EGMR generell die Notwendigkeit der Entscheidungsbegründung.
[484] EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 52; 10. 7. 2014, 19113/09, *Senigo Longue ua/Frankreich* Rz 67; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 73.
[485] EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 62; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 75.
[486] EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 54; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 74; 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 117.
[487] EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 54; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 75.
[488] EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 62; 10. 7. 2014, 19113/09, *Senigo Longue ua/Frankreich* Rz 75; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 82; siehe auch 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 163; 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 90; *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (239).
[489] EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich* Rz 62; 10. 7. 2014, 19113/09, *Senigo Longue ua/Frankreich* Rz 70ff ; 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 82. *Senigo Longue* zeigt, dass diese Anforderungen auch außerhalb des asylrechtlichen Kontexts zu beachten sind.
[490] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 137f, 146; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 58.

Schutzberechtigte.[491] Hinsichtlich des europäischen Konsenses hätte der EGMR auch eine andere Meinung vertreten können: Wie er auch selbst analysierte, gewährt die Mehrheit der Konventionsstaaten und der MS subsidiär Schutzberechtigten die Familienzusammenführung ohne Wartefrist.[492] Ausschlaggebendes Argument scheint die Familienzusammenführungs-RL zu sein, die zwar Flüchtlinge begünstigt, aber die Regelung der Familienzusammenführung zu subsidiär Schutzberechtigten den MS überlässt.[493]

Während die zuvor genannten Entscheidungen *Tanda-Muzinga* und *Mugenzi* in erster Linie einen Entscheidungsprozess über die Familienzusammenführung zum Gegenstand hatten, stand bei den Fällen *M.A.* und *M.T ua* die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage im Vordergrund, auf der die Entscheidung basierte: Konkret stellte sich die Frage, inwieweit eine Wartefrist für „subsidiär Schutzberechtigte" bis zur möglichen Beantragung der Familienzusammenführung bzw eine temporäre Aussetzung der Familienzusammenführung mit Art 8 EMRK vereinbar ist.

Zu beachten gilt, dass Dänemark grundsätzlich nicht am GEAS der Europäischen Union beteiligt ist[494] und der Fall *M.A.* anders als *M.T. ua* nicht auf Basis einer unionsrechtlich harmonisierten Rechtslage entschieden wurde. Der in Frage stehende dänische Aufenthaltsstatus ist aber mit jenem des subsidiär Schutzberechtigten nach der Status-RL vergleichbar, weshalb der Begriff hier dennoch zum besseren Verständnis herangezogen wird.[495] Der EGMR setzte sich auch trotzdem in beiden Fällen mit den unionsrechtlichen Grundlagen auseinander, um insbesondere zu beurteilen, inwieweit ein europäischer Konsens zu Familienzusammenführungen von subsidiär Schutzberechtigten besteht.[496] Die Entscheidung zu *M.A.* ist folglich ein Beispiel, in dem unionsrechtliche Verpflichtungen, die vom betroffenen Konventionsstaat auf Unionsebene bewusst nicht mitgetragen wurden, über den europäischen Konsens den Gewährleistungsumfang der Konvention und somit in den angelegten Prüfungsmaßstab des EGMR beeinflussten.[497] Indirekt

[491] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 153, 160.
[492] Vgl EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 69; *Czech*, Konventionswidrigkeit der dreijährigen Wartefrist für die Familienzusammenführung subsidiär Schutzberechtigter, FABL 2021, 23 (26); *AIDA/ECRE*, Not there yet 9.
[493] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 153, 155f; siehe dazu ausführlich Kapitel IV) D) – *Phase 3: Familienzusammenführung.*
[494] Siehe Protokoll Nr 22 über die Position Dänemarks, ABl C 2010/83, 299; *Muzak* in *Jaeger/Stöger* Art 77 AEUV Rz 8 mwN; *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 78 AEUV Rz 14.
[495] Vgl *Czech,* FABL 2021, 23 (29).
[496] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 42ff, 151ff; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 40, 61, 102; zu den maßgeblichen unionsrechtlichen Grundlagen siehe Kapitel II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben*; IV) C) – *Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland* und IV) D) – *Phase 3: Familienzusammenführung.*
[497] Vgl bereits Punkt III) B) 1) a) – *Die „living instrument"-Doktrin und ihre Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand* sowie Punkt III) B) 1) c) – *Legitimation des EGMR und die „margin of appreciation"-Doktrin.*

entfalteten die Unionsrechtsakte für Dänemark dadurch konventionsrechtliche Wirkung, obwohl die Unionsrechtsakte für Dänemark aus unionsrechtlicher Perspektive nicht anwendbar sind.

Der EGMR setzte sich vor allem in *M.A.* eingehend sowohl mit dem Gesetzgebungsprozess zur Erlassung der maßgeblichen Normen sowie mit dem konkreten Entscheidungsfindungsprozess auseinander und wies auf seine eigene grundsätzlich subsidiäre Rolle hin.[498] Nach Ansicht des EGMR kommt den Konventionsstaaten für die Ausgestaltung des Rechts auf Familienzusammenführung bei subsidiär Schutzberechtigten ein weiter, aber kein unbegrenzter margin of appreciation zu.[499] Der EGMR bediente sich erneut der Familienzusammenführungs-RL, die eine Wartefrist von zwei Jahren grundsätzlich gestattet,[500] um seinen Schluss zu untermauern, dass eine zweijährige Wartefrist seines Erachtens grundsätzlich rational und zulässig ist; darüber hinaus gewinnen die individuellen Interessen an Bedeutung, und insbesondere unüberwindbare Hindernisse fallen schwerer ins Gewicht.[501]

Wenn eine darüberhinausgehende (wie im Anlassfall etwa eine dreijährige) Wartefrist absolut ist, ohne der gesetzlichen Möglichkeit, eine individuelle Prüfung hinsichtlich des Eingriffs in die familiäre Einheit und insbesondere der andauernden, dem Familienleben entgegenstehenden Hindernissen vorzunehmen, liegt nach Ansicht des EGMR kein gerechter Ausgleich der konkurrierenden Interessen vor; vielmehr ist eine solche Regelung mit Art 8 EMRK unvereinbar.[502]

An dieser Stelle unterschieden sich die beiden Ausgangsfälle: Im Fall von *M.A.* war zwar nach der dänischen Rechtslage eine Berücksichtigung außergewöhnlicher Umstände möglich, aber nur bei sehr limitierten Ausnahmen. Im Anlassfall bestand für den EGMR keine wirkliche Möglichkeit einer Überprüfung der konkreten Umstände des Einzelfalls nach dem anzuwenden Recht vor, ob mit Blick auf das Familienleben iSv Art 8 EMRK eine kürzere Wartefrist geboten wäre. Im Fall von *M.T. ua* bestand nach der schwedischen Rechtslage ein Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK; die entscheidenden Instanzen haben nach Ansicht des EGMR auch eine konventionskonforme Interessenabwägung vorgenommen. Deshalb lag im von *M.A.* eine Verletzung von Art 8 EMRK vor, während im Fall *M.T. ua* die Verletzung verneint wurde.

---

[498] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 147ff, 166ff.
[499] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 161f.
[500] Art 8 Familienzusammenführungs-RL; siehe dazu auch Punkt IV) D) 1) a) – *Allgemeines*; der EuGH betrachtete die zweijährige Wartefrist bereits als verhältnismäßig, dieser Umstand kann Mitgrund dafür sein, dass auch der EGMR die zweijährige Wartefrist nicht weiter in Zweifel zog; EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 97ff; vgl auch *Czech,* FABL 2021, 23 (27); ob die eine Wartefrist von zwei Jahren in jedem Einzelfall gerechtfertigt ist, klärte der EGMR nicht abschließend; *Czech* geht davon aus, dass gerade bei Kindern auch eine zweijähre Wartefrist unverhältnismäßig sein kann; vgl *Czech,* FABL 2021, 23 (29f).
[501] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 156, 162.
[502] Hier und im Folgenden: EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 29, 185ff, 192ff; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 80, 84; vgl bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (387).

Im Fall *M.T. ua* ging es um die Familienzusammenführung zu einem (im Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz 15-jährigen und im Zeitpunkt der Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus 16-jährigen) minderjährigen Sohn, der während des (Beschwerde-)Verfahrens zur Familienzusammenführung die Volljährigkeit erreichte. Darauf, dass die Familienzusammenführung nach Ablauf der Wartefrist zum Sohn aufgrund der eingetretenen Volljährigkeit gar nicht mehr möglich war, wies der EGMR zwar hin, befand im Ergebnis aber dennoch, dass die schwedischen Behörden eine „fair balance" zwischen den widerstreitenden Interessen gefunden hätten.[503]

In den Fällen *M.A.* und *M.T. ua* beachtete der EGMR auch aktuelle, besondere Herausforderungen: Sowohl in Schweden als auch in Dänemark war das vorübergehende Aussetzen von Familienzusammenführungen für subsidiär Schutzberechtigte bzw die Einführung einer Wartefrist die Reaktion auf die steigende Zahl von asylwerbenden Personen.[504] Eine vorübergehende Aussetzung bzw eine adäquate Frist aufgrund dieser Herausforderungen liegen grundsätzlich im öffentlichen Interesse des wirtschaftlichen Wohles des jeweiligen Staates.[505] Sofern die vorübergehende Aussetzung bzw die Einführung einer Frist mit den Herausforderungen aufgrund hoher Zahlen korreliert, kann auch eine längere Wartefrist aufgrund des öffentlichen Interesses gerechtfertigt sein.

Neben der besonderen Herausforderung aufgrund von akut steigender Antragszahlen könnten wohl auch andere akute Herausforderungen eine vorübergehend längere Wartefrist bzw ein vorübergehendes Aussetzen rechtfertigen: So ist etwa an die Covid-Pandemie zu denken. Ob beispielsweise eine akute Belastung des Schulsystems einer Region, wie derzeit des Wiener Schulsystems,[506] die Aussetzung der Familienzusammenführung bzw Verlängerung der Wartefrist rechtfertigen könnte, ist zu bezweifeln: Zwar ist das Funktionieren des Schulsystems Teil der öffentlichen Ordnung und ein gewichtiges öffentliches Interesse, aber aufgrund der regionalen Betroffenheit, hat der Staat im Rahmen seiner positiven Verpflichtung tätig zu werden und gelindere Mittel zur besseren Verteilung der Belastung zu ergreifen.[507] Bei einer akuten bundesweiten Überbelastung des Schulsystems könnte eine vorübergehende Verlängerung der

[503] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 59, 75, 84.
[504] Hier und im Folgenden: EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 173 ff; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 63ff; vgl bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (387).
[505] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 66.
[506] Vgl I) A) – *Problemaufriss*; *Kurier*, Wie der Familiennachzug Pflichtschulen und Lehrer in Wien überfordert, https://kurier.at/chronik/oesterreich/wie-der-familiennachzug-pflichtschulen-und-lehrer-in-wien-ueberfordert/402840646 (Stand 2. 4. 2024); *Orf.at*, Familiennachzug bringt Schulen in Bedrängnis, https://wien.orf.at/stories/3250676/ (Stand 26. 3. 2024).
[507] Beispielsweise wird derzeit eine Wohnsitzauflage zur Verteilung der aufenthaltsberechtigten Personen diskutiert; *Orf.at,* Gemeinderat will Wohnsitzauflage bei Asyl, https://wien.orf.at/stories/3254052/ (Stand 22. 4. 2024).

Wartefrist aber – soweit eine individuelle Prüfung möglich und ein Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK im Einzelfall bestehen bleibt – gerechtfertigt sein.

Sinkt die Belastung für die Staaten, sinkt auch das Gewicht des öffentlichen Interesses. Die Situation hat entsprechend evaluiert zu werden, da das individuelle Interesse am Aufenthalt für die Fortsetzung des Familienlebens bei sinkender Belastung wieder gegenüber dem öffentlichen Interesse überwiegen kann.[508] Der EGMR hob besonders hervor, dass nach der schwedischen Regelung nur vorübergehend die Familienzusammenführung für subsidiär Schutzberechtigte ausgesetzt wurde, während Dänemark eine generelle Wartefrist einführte.[509]

c) Zwischenfazit

Die Judikatur des EGMR zeigt, dass auch bei Familienzusammenführungen bzw Legalisierungen prozedurale Anforderungen gem Art 8 EMRK bestehen und bei den jeweiligen Verfahren zu beachten sind. Der EGMR verlangt gem Art 8 EMRK einen sorgfältigen, flexiblen und raschen Entscheidungsfindungsprozess und eine angemessene Verfahrensdauer, insbesondere bei Anträgen, die Kinder betreffen, sowie Anträgen von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten. Dabei handelt es sich um prozedurale Anforderungen, die für die wirksame Ausübung des Familienlebens erforderlich sind und dadurch die Effektivität von Art 8 EMRK schützen bzw fördern können.

Die jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich der Familienzusammenführungen befassten sich mit der Ausgestaltung von Gesetzen und den dazu führenden Gesetzgebungsprozessen. Grundsätzlich kann die Prozeduralisierung von Konventionsrechten auch die Subsidiarität der Konventionsstaaten stärken: Berücksichtigen die Konventionsstaaten die EMRK im jeweiligen Verfahren ausreichend, nimmt sich der EGMR in der Regel bei der Kontrolldichte zurück.

Gerade die Entscheidungen *M.A.* und *M.T. ua* verdeutlichen aber, dass die Prozeduralisierung auch zu einer stärkeren Kontrolle des EGMR gegenüber den Konventionsstaaten führen kann. Zwar meint der EGMR, dass den Konventionsstaaten ein weiterer margin of appreciation hinsichtlich einer Wartefrist zur Familienzusammenführung zukäme. Gleichzeitig setzte er sich sehr detailliert mit der gesetzlichen Ausgestaltung auseinander und stellte exakte prozedurale Vorgaben zur Familienzusammenführung auf: So zog er eine klare Grenze bei der Wartefrist von zwei Jahren; an eine darüberhinausgehende Wartefrist sind strengere Rechtfertigungserfordernisse geknüpft, und das individuelle Interesse am Aufenthalt gewinnt an Gewicht.

Der EGMR stellte klar, dass die Konventionsstaaten die Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten nicht unbegrenzt gestalten können, auch wenn ein starkes öffentliches Interesse

[508] Vgl bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (387).
[509] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 67ff.

durch akute Herausforderungen besteht. Das ist eine wichtige Klarstellung in Anbetracht der unsicheren Rechtsposition, in der sich subsidiär Schutzberechtigte bei der Familienzusammenführung mangels unionsrechtlicher Harmonisierung befinden.[510] Dennoch kann nicht behauptet werden, dass bei derart exakten Vorgaben den Konventionsstaaten ein weiter margin of appreciation zukäme: Zwar ist eine Wartefrist durchaus ein prozeduraler Aspekt, da sie das Verfahren als solches sowie die Verfahrensdauer insgesamt beeinflussen kann. Gleichzeitig ist diese Vorgabe nicht nur prozedural; sie beeinflusst klar die materielle Rechtsstellung der betroffenen Personen.[511] Der EGMR stellte zentrale grundrechtliche Anforderungen auf, wie die Konventionsstaaten die gesetzliche Lage für die Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten ausgestalten müssen.

Für die EU und deren MS sind die Entscheidungen zu *M.A.* und *M.T. ua* von besonderer Bedeutung, wie in Teil IV) der Untersuchung deutlich wird.[512] Diese Bedeutung erklärt auch die eingehende Auseinandersetzung des EGMR mit den unionsrechtlichen Grundlagen, die vergleichsweise gründliche Aufarbeitung seiner eigenen Kriterien und Anforderungen sowie die vielen Interventionen von Drittparteien – vor allem im Fall von *M.A.*, der in vielerlei Hinsicht die Basis für *M.T. ua* bot.

Dies legitimiert allerdings nicht den EU-zentrischen Zugang, den der EGMR in seinen Entscheidungen wählte. Insbesondere in *M.A.* war ein Konventionsstaat betroffen, der nicht einmal an die unionsrechtlichen Vorgaben gebunden war. Vor allem, da die Familienzusammenführungs-RL – die scheinbar Inspirationsquelle für die zwei-Jahre Grenze war – auch nicht für subsidiär Schutzberechtigte anwendbar ist, wäre es wünschenswert gewesen, dass sich der EGMR stärker auf die unterschiedlichen Regelungen zu Familienzusammenführungen von Personen mit einem Status, der vergleichbar zu subsidiär Schutzberechtigten ist, auseinandergesetzt hätte. Nur so hätte er ernsthaft einen europäischen Konsens in diesem Bereich überprüfen können.

Bereits in der Vergangenheit wurde der EGMR für seine prozeduralen Anforderungen wegen „Micromanagement" kritisiert.[513] Es würde nicht verwundern, wenn sich der EGMR einer solchen Kritik auch für die prozeduralen Anforderungen, die er in *M.A.* und *M.T. ua* aufstellte, stellen müsste.

Nichtsdestotrotz ist die Entscheidung aus Perspektive von subsidiär Schutzberechtigten und deren Rechtsschutzinteresse an ihrem Recht auf Achtung des Familienlebens zu begrüßen: Wie auch der

[510] Vgl Punkt IV) D) 1) a) – *Allgemeines*.
[511] Vgl *Hardy*, The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals, Eur. J. Migr. Law 2012, 439 (444) mwN.
[512] Siehe Unterpunkt IV) D) 3) b) i) – *Wartefrist und individuelle Prüfung*.
[513] Vgl *Nussberger* in *Gerards/Brems* 161 (172).

EGMR in seinen Entscheidungen betonte, ist die tatsächliche Trennung von der Familie meist durch Flucht und administrative Hürden viel länger als die Wartefrist.[514] Nunmehr besteht ein grundrechtlicher Mindeststandard und eine Klarheit, dass die Konventionsstaaten nicht gänzlich frei sind, was die Regelung von Familienzusammenführungen von subsidiär Schutzberechtigten betrifft, und sie auch bei einer Wartefrist eine Interessenabwägung gem Art 8 EMRK vornehmen müssen.

5) Erweiterung von positiven Verpflichtungen zur Achtung des Familienlebens durch gleichheitsrechtliche Anforderungen gem Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK

a) Allgemeines

Für die Beurteilung, inwieweit Konventionsstaaten nach der Rechtsprechung des EGMR Familienmitglieder, denen aufenthaltsrechtliche Begünstigungen zukommen, frei als begünstigte Familienangehörige bestimmen können, müssen über Art 8 EMRK hinaus auch gleichheitsrechtliche Erwägungen gem Art 14 iVm Art 8 EMRK angestellt werden.

Art 14 EMRK enthält ein Diskriminierungsverbot[515], das Merkmale wie etwa das Geschlecht oder die nationale Herkunft explizit festlegt, an die keine (ungerechtfertigten) unterschiedlichen Rechtsfolgen geknüpft werden dürfen.[516] Es handelt sich um keine abschließende Aufzählung:[517] Insbesondere das Merkmal „sonstiger Status" ist weit auszulegen.[518] Als sonstiger Status gilt beispielsweise die sexuelle Orientierung,[519] der Gesundheitszustand[520] oder der Familien- und Zivilstand.[521] Seit *Bah* ist auch der Aufenthaltsstatus explizit als sonstiger Status gem Art 14 EMRK zu werten, auch wenn es sich dabei um einen gesetzlich begründeten Status handelt.[522]

---

[514] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 179.

[515] Einen allgemeinen Gleichheitssatz enthielt die EMRK in der StF nicht; Art 1 12.ZP-EMRK verankert an sich einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz; dieses Protokoll von Österreich zwar unterzeichnet, aber bisher nicht ratifiziert. Zur Entwicklung und den Bedenken zum 12. ZP-EMRK siehe etwa *Peters/Altwicker*, Das Diskriminierungsverbot, in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz[3] (2022) 1338 (Rz 6ff, 12).

[516] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 1.

[517] EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 44; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 26; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 23).

[518] In seiner früheren Rechtsprechung stellte der EGMR auf ein persönliches Merkmal im Sinne eines „angeborenen, inhärenten" Merkmales ab; mittlerweile reicht fu¨ die Beurteilung als „sonstiger Status" ein zumindest identifizierbares Merkmal aus; siehe EGMR 13. 7. 2010, 7205/07, *Clift/Vereinigtes Königreich* Rz 56, 58f, 63; 27. 9. 2011, 56328/07, *Bah/Vereinigtes Königreich* Rz 41, 46; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 23) mwN; ausführlich zur Rechtsprechungsentwicklung *Gerards*, The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Review 2013, 99.

[519] Etwa EGMR 24. 7. 2003, 40016/98, *Karner/Österreich*; 7. 11. 2013 (GK), 29381/09, *Vallianatos ua/Griechenland*.

[520] EGMR 15. 6. 2016, 31039/11, *Novruk ua/Russland* Rz 90.

[521] *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 626 mwN; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 23) mwN.

[522] EGMR 27. 9. 2011, 56328/07, *Bah/Vereinigtes Königreich* Rz 46; zuvor bereits andeutend 29. 3. 2009 (GK), 3455/05, *A ua/Vereinigtes Königreich* Rz 182ff.

Rechtfertigungsbedürftig sind sowohl jene unterschiedlichen Behandlungen, die unmittelbar auf einem Diskriminierungsmerkmal basieren, sowie jene, die auf den ersten Blick auf „neutralen" Differenzierungsgründen beruhen, aber indirekt eine Personengruppe aufgrund eines der umfassten Diskriminierungsmerkmale benachteiligen.[523]

Bei Art 14 EMRK handelt es sich um ein streng akzessorisches Recht, weshalb Antragsteller:innen Art 14 EMRK nur in Kombination mit einem materiellen Konventionsrecht geltend machen können.[524] Die potenzielle Diskriminierung im vorgebrachten Sachverhalt muss in den „Regelungsbereich" eines Konventionsrechts fallen.[525] Der Regelungsbereich ist dabei weiter zu verstehen als der Schutzbereich: Sobald ein Sachverhalt einem Konventionsrecht zuordenbar ist bzw mit einem Konventionsrecht in einem thematischen Zusammenhang steht, fällt der Sachverhalt in dessen Regelungsbereich, und Art 14 EMRK kann iVm dem jeweiligen Konventionsrecht angewendet werden.[526]

Dadurch kann Art 14 EMRK iVm einem materiellen Konventionsrecht einen Anwendungsbereich haben, der über den alleinigen Schutzbereich eines Konventionsrechts hinausgeht. Die betroffenen Personen sollen tatsächlich an der jeweiligen Freiheit teilhaben können. Daher soll Art 14 EMRK auch dann anwendbar sein, wenn ein Staat freiwillig Rechte einräumt, die über das von den Konventionsrechten Verlangte hinausgehen, aber den Konventionsrechten thematisch zuordenbar sind.[527] Da die Konventionsrechte ohne Benachteiligung zu „gewährleisten" sind, kann der Staat zu aktiven Maßnahmen für eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Rechtslage gem Art 14 iVm dem jeweiligen Konventionsrecht verpflichtet sein.[528] Eine Verletzung von Art 14 EMRK iVm dem jeweiligen Konventionsrecht ist auch dann möglich, wenn keine Verletzung des Konventionsrechts selbst vorliegt.[529]

---

[523] *Gerards*, Prohibition of Discrimination, in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak* (Hrsg), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights[5] (2018) 997 (1005).

[524] Etwa EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 71; 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 88; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 4.

[525] Etwa EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 42; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 4; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 36).

[526] *Gerards* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 997 (999f); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 18 Rz 4.

[527] EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 42; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 40), die diese Ansicht über den Wortlaut von Art 14 EMRK begründen, der vom „Genuss" der Konventionsrechte spricht und nach *Peters* und *Altwicker* üb r die „Gewährleistung" der Konventionsrechte hinausgeht.

[528] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 6; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 96, 114ff).

[529] Etwa EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 42; diese aktuelle Ansicht beruht auf Entwicklungen der Rechtsprechung, zur Entwicklung siehe ausführlich etwa *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 622ff mwN.

Für die Beurteilung, ob eine Regelung iSv Art 14 EMRK diskriminierend ist, müssen zunächst in relevanter Weise vergleichbare Sachverhalte vorliegen, die aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals gem Art 14 EMRK ungleich behandelt wurden. Ob vergleichbare Sachverhalte vorliegen, ist unter Berücksichtigung jener Elemente, die Umstände im jeweiligen Kontext kennzeichnen, zu beurteilen.[530] Weiters kann Art 14 EMRK anzuwenden sein, wenn tatsächlich Unterschiedliches gleichbehandelt wird.[531] Die unterschiedliche Behandlung kann gerechtfertigt sein, wenn die unterschiedliche Behandlung objektiv und sachlich begründet gerechtfertigt ist – also einem legitimen Ziel dient und verhältnismäßig ist.[532] Art 14 EMRK enthält (anders als Art 8 – 11 EMRK) keine Aufzählung legitimer Ziele; dem Staat kommt grundsätzlich bei der Festlegung der legitimen Ziele, die er mit jeweiligen Maßnahme verfolgen will, ein weiter margin of appreciation zu.[533]

Das verfolgte legitime Ziel wirkt sich auf die Rechtfertigungsprüfung aus, da die ungleiche Behandlung der vergleichbaren Sachverhalte bzw die gleiche Behandlung unterschiedlicher Sachverhalte im Verhältnis zum verfolgten Zweck gerechtfertigt sein muss.[534] Auch bei der Beurteilung, in welchem Ausmaß die Unterschiede der vergleichbaren Sachverhalte die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können, kommt den Konventionsstaaten ein margin of appreciation zu; die endgültige Beurteilung obliegt aber dem EGMR, wie er selbst bereits mehrfach betonte.[535]

Mit welcher Kontrolldichte der EGMR bei der Rechtfertigungsprüfung vorgeht, hängt (neben den Umständen und dem Hintergrund des Einzelfalls)[536] vom jeweiligen Differenzierungsgrund ab: Ist der Grund für die Differenzierung beeinflussbar und veränderlich, nimmt der EGMR grundsätzlich eine weniger strenge Rechtfertigungsprüfung vor.[537] Ob ein Kriterium veränderbar ist, ist mit Blick auf die tatsächliche, persönliche Situation der betroffenen Person zu beurteilen.[538] Als beeinflussbar erachtet der EGMR etwa den Aufenthaltsstatus, weshalb den Konventionsstaaten hier ein weiterer

[530] Etwa EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 95.
[531] Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 8f.
[532] Etwa EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 72; 27. 9. 2011, 56328/07, *Bah/Vereinigtes Königreich* Rz 36; 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 45; 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 55; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 13f; zur Ähnlichkeit mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung von materiellen Konventionsrechten siehe etwa *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 16).
[533] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 15; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 229).
[534] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 72; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 15; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 233).
[535] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 72, 78; 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 93 mwN; 5. 9. 2017 (GK), 78117/13, *Fábián/Ungarn* Rz 114f.
[536] Siehe dazu bereits Punkt III) B) 1) c) – *Legitimation des EGMR und die „margin of appreciation"-Doktrin.*
[537] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 16.
[538] EGMR 8. 12. 2009, 49151/07, *Muñoz Díaz/Spanien* Rz 70; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 72).

margin of appreciation zukommt. Im Gegensatz dazu, ist der Asylstatus nicht beeinflussbar und nicht freiwillig gewählt, weshalb hier der margin of appreciation enger ist.[539] Bei der Diskriminierung aufgrund bestimmter Merkmale, wie etwa auf Grund des Geschlechts[540] oder der sexuellen Orientierung[541], verlangt der EGMR besonders schwerwiegende Grund („very weighty reasons") zur Rechtfertigung; in diesen Fällen kommt den Konventionsstaaten ebenso nur ein geringer margin of appreciation zu.[542]

b) Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung gem Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK

i) Vorbemerkungen

Konkret in Bezug auf die Achtung des Familienlebens mit Blick auf das Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung führt Art 14 EMRK dazu, dass eine entsprechende staatliche Regelung, die mit Art 8 EMRK vereinbar ist oder gar über das von Art 8 EMRK Gebotene hinausgeht, weiters diskriminierungsfrei iSd Art 14 EMRK ausgestaltet sein muss.[543]

Zwar erscheint es per se im Lichte von Art 14 iVm Art 8 EMRK unproblematisch, Familienmitglieder der Kernfamilie gegenüber entfernten Verwandten bei der Erteilung eines Aufenthaltsrechtes zu privilegieren: Die Familienangehörigeneigenschaft selbst ist kein verpöntes Diskriminierungsmerkmal.[544] Es ist anhand von Art 8 EMRK zu prüfen, ob im Einzelfall nicht dennoch etwa aufgrund einer besonders intensiven familiären Beziehung ein Aufenthaltsrecht zu erteilen ist. Basiert aber der Ausschluss bestimmter Familienmitglieder bzw die Auswahl der begünstigten Familienangehörigen ungerechtfertigterweise auf einem Diskriminierungsmerkmal iSv Art 14 EMRK, so kann Art 14 iVm Art 8 EMRK dazu führen, dass auch weiteren Familienmitgliedern ein Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung einzuräumen ist, auch wenn kein Anspruch gem Art 8 EMRK auf Familienzusammenführung besteht.[545]

---

[539] EGMR 27. 9. 2011, 56328/07, *Bah/Vereinigtes Königreich* Rz 47; 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 47.

[540] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 78; näher *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 146).

[541] EGMR 24. 7. 2003, 40016/98, *Karner/Österreich* Rz 37, 42; 7. 11. 2013 (GK), 29381/09, *Vallianatos ua/Griechenland* Rz 77.

[542] *Gerards* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*[5] 997 (1019); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 26 Rz 17f, 31.

[543] Vgl EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 43; 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 118.

[544] Vgl *Pöschl*, Gleichheit 491, 609ff mit Bezug zum innerstaatlichen Gleichheitssatz; vgl etwa zur gerechtfertigten Besserstellung verheirateter Partner:innen gegenüber unverheirateten Partner:innen *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 49).

[545] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 80, 85; 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 118, 138; *Czech*, Die Neuerungen des Asylrechtspakets 2016, FABL 2016, 15 (18f); *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 98).

Die Rechtsprechung des EGMR zu einem Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK ist bisher eher rar, wie der EGMR auch selbst im Fall *Biao* feststellte.[546] Nachdem der EGMR in der Entscheidung *Abdulaziz ua* 1985 auch[547] erstmals eine Konventionsverletzung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK feststellte, spielte Art 14 iVm Art 8 EMRK in den darauffolgenden Jahren im Kontext von Familienzusammenführungen bzw Legalisierungen kaum eine Rolle. Dies änderte sich in den letzten Jahren, in denen Art 14 iVm Art 8 EMRK verstärkt bei Familienzusammenführung zur Anwendung kam. Dadurch wächst die Bedeutung von Art 14 iVm Art 8 EMRK bei der Frage, ob und – wenn ja – für welche Familienmitglieder eine positive Verpflichtung der Konventionsstaaten zur Familienzusammenführung bzw zur Legalisierung besteht.[548]

Während die Judikatur zu positiven Verpflichtungen zur Familienzusammenführung bzw Legalisierung gem Art 8 EMRK mannigfaltig ist und deshalb aus der Judikatur Abwägungskriterien abstrahiert werden konnten[549], ist dies allein aufgrund der geringen Anzahl an Judikaten bei Art 14 iVm Art 8 EMRK nicht möglich. Weiters kommt es bei Art 14 iVm Art 8 EMRK verstärkt auf die konkrete Rechtslage an, die zu einer unterschiedlichen Behandlung vergleichbarer Sachverhalte führt. Schlussendlich ist die Rechtfertigungsprüfung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK durch den jeweiligen Differenzierungsgrund, auf dessen Basis die unterschiedliche Behandlung erfolgt, maßgeblich beeinflusst: Je nach Diskriminierungsmerkmal wird ein unterschiedlicher Maßstab an die Rechtfertigungsprüfung gelegt; dadurch kann auch der margin of appreciation je nach Diskriminierungsmerkmal variieren. Zur Beantwortung der Frage, welche Anforderungen Art 14 iVm Art 8 EMRK nach dem EGMR an die Ausgestaltung der Familienzusammenführung bzw die Legalisierung – und insbesondere mit Blick auf bestimmte, begünstigte Familienangehörige – stellt, wird daher im Folgenden eine Judikaturanalyse des EGMR kategorisiert nach den jeweiligen Diskriminierungsmerkmal vorgenommen. Für einen Erkenntnisgewinn müssen aufgrund der geringen Anzahl an Judikaten, der Bedeutung der jeweiligen anzuwendenden Rechtsordnung und der Unterschiede in den einzelnen Ausgangssachverhalten die Hintergründe der Einzelfälle konkreter veranschaulicht werden als in der Analyse zu positiven Verpflichtungen gem Art 8 EMRK; im Rahmen der Darstellung werden die relevanten Aspekte der Ausgangssachverhalte sowie die maßgeblichen Entscheidungskriterien des EGMR herausgearbeitet.

---

[546] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 118.

[547] In der Entscheidung stellte der EGMR auch erstmals fest, dass Art 8 EMRK zu einer positiven Verpflichtung zur Familienzusammenführung bzw zur Legalisierung führen kann; vgl Punkt III) B) 3) b) – *Erste Entwicklungen zur Anerkennung positiver Verpflichtungen zur Familienzusammenführung bzw Legalisierung*; EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich*; *De Vries,* Eur. J. Migr. Law 2016, 467 (469).

[548] Vgl *Czech,* EuGRZ 2017, 229 (237 FN 69).

[549] Siehe Punkt III) B) 3) d) – *Maßgebliche Abwägungskriterien*.

ii) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Die historisch bedeutsame und erste Entscheidung zu Art 14 iVm Art 8 EMRK mit Bezug zum Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts beruhte auf einer ungleichen Behandlung aufgrund des Geschlechts:

In *Abdulaziz ua* ging es um drei Ausgangsfälle, in denen jeweils Ehemänner zu ihren drittstaatsangehörigen Frauen, die sich allesamt rechtmäßig und dauerhaft im Vereinigten Königreich aufhielten, nachziehen wollten. Nach der damaligen geltenden britischen Rechtslage war es für drittstaatsangehörige Männer mit rechtmäßigem Aufenthalt leichter, ihre Frauen nachzuholen, als für drittstaatsangehörige Frauen mit rechtmäßigem Aufenthalt, ihre Männer nachzuholen.[550]

Die unterschiedliche Behandlung sollte neben der Einwanderungskontrolle dem Schutz des Arbeitsmarktes dienen aufgrund der Annahme, es sei wahrscheinlicher, dass Männer Arbeit suchen würden als Frauen. Der EGMR akzeptierte das Argument, die Regelung solle dem Schutz des Arbeitsmarktes dienen. Mit der Frage, inwieweit die Regelung geeignet ist, um der Einwanderungskontrolle zu dienen, befasste er sich nicht und erwog auch keine Verhältnismäßigkeit mit Blick auf das verfolgte Ziel der Einwanderungskontrolle; dies legt nahe, dass er die Meinung der EKMR teilte und die Regelung nicht als geeignet erachtete, um der Einwanderungskontrolle zu dienen.[551]

In seiner Entscheidung führte der EGMR aus, dass die Gleichstellung der Geschlechter ein Hauptziel der Konventionsstaaten ist, weshalb eine unterschiedliche Behandlung nur aufgrund besonders schwerwiegender Gründe gerechtfertigt sein kann. Der EGMR setzte sich mit den Zahlen des britischen Arbeitsmarktes auseinander und räumte ein, dass damals im Durchschnitt der Prozentsatz an erwerbstätigen Männern größer war als jener der Frauen. Allerdings war für ihn nicht ersichtlich, dass tatsächliche Unterschiede bei der Arbeitsuche bestanden hätten, und selbst wenn, die Auswirkung auf den Arbeitsmarkt nicht derart bedeutend sein konnten, um die unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen.[552]

Das Vereinigte Königreich argumentierte weiters, dass seine Regelung die Konvention nicht verletzen könne, da das Nachzugsrecht, welches es vorsehe, über die von der Konvention gebotene Rechtsstellung hinausgehe. Der EGMR lehnte die Einwendung ab und stellte klar, dass „Diskriminierung" iSv Art 14 EMRK im Allgemeinen Fälle erfasse, in denen eine Gruppe oder eine Person weniger günstig behandelt wird als eine andere. Dabei ist es unerheblich, dass die

[550] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 74.
[551] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 75ff.
[552] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 78f.

Konvention die günstigere Behandlung nicht vorsehe. Aus diesen Gründen stellte der EGMR im Fall *Abdulaziz ua* fest, dass die schlechtere Rechtsstellung von drittstaatsangehörigen Frauen, ihre Ehemänner ins Vereinigte Königreich nachzuholen, Art 14 iVm Art 8 EMRK verletzte.[553]

iii) Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung

Nachdem der EGMR in seiner Judikatur klarstellte, dass gleichgeschlechtliche Beziehungen unter denselben Umständen wie jene von verschiedengeschlechtlichen Paaren als Familienleben iSd Art 8 EMRK geschützt sind,[554] behandelte der EGMR mit dem Fall *Pajić* erstmals einen Sachverhalt, in dem eine ungleiche Behandlung aufgrund der sexuellen Orientierung eine aufenthaltsrechtliche Implikation hatte:[555]

Im Ausgangsfall wollte die Antragstellerin zu ihrer Partnerin nach Kroatien ziehen, mit der sie seit zwei Jahren eine – nicht durch Ehe oder ein vergleichbares Rechtsinstitut formalisierte – Beziehung führte.[556] Nach der kroatischen Rechtslage galten grundsätzlich auch Personen einer außerehelichen Beziehung als Familienangehörige iSd kroatischen Fremdenrechts; ihnen stand das Recht auf Familienzusammenführung zu. Als Familienangehörige aufgrund einer außerehelichen Beziehung definierte das kroatische Fremdenrecht allerdings nur einen Mann und eine Frau in einer außerehelichen Beziehung. Zwar kannte das kroatische Rechtssystem grundsätzlich auch eine außereheliche Beziehung von gleichgeschlechtlichen Paaren, aber nach dem kroatischen Fremdenrecht galten diese nicht als Familienangehörige oder Verwandte, weshalb ihnen eine Familienzusammenführung nicht möglich war.[557]

Für den EGMR war offensichtlich, dass die Antragstellerin als Person, die den Familiennachzug zu ihrer gleichgeschlechtlichen Partnerin begehrte, in einer zumindest in relevanter Weise vergleichbaren Situation war wie eine Person, die den Familiennachzug zu einer verschiedengeschlechtlichen Partner:in begehrte.[558] Der EGMR betonte, dass auch dann, wenn keine positive Verpflichtung zur Familienzusammenführung gem Art 8 EMRK besteht und eine anwendbare Regelung zur Familienzusammenführung grundsätzlich mit Art 8 EMRK vereinbar ist oder darüber hinaus geht, die Regelung im Einklang mit Art 14 iVm Art 8 EMRK stehen muss.[559]

Zwar räumte der EGMR ein, dass den Konventionsstaaten bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten ein weiter margin of appreciation zukommt; bei einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund der

[553] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 82f.
[554] Vgl bereits Unterpunkt III) B) 2) b) iii) – *Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehe*; EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 91ff; 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 61ff; 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 57ff.
[555] Vgl *Czech*, Diskriminierung homosexueller Lebenspartnerinnen beim Familiennachzug, FABL 2016, 1 (1).
[556] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 7ff.
[557] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 19f, 70, 72.
[558] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 73.
[559] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 79f, 85.

sexuellen Orientierung ist der margin of appreciation aber eng und eine besonders überzeugende Rechtfertigung mit gewichtigen Gründen notwendig. Eine Differenzierung einzig und allein aufgrund der sexuellen Orientierung ist seiner Ansicht nach generell unakzeptabel.[560] Bei einer solchen Differenzierung reicht es nicht aus, dass ein Mittel zur Erreichung eines Ziels verhältnismäßig ist; vielmehr muss das gewählte Mittel zur Erreichung des Ziels absolut notwendig sein, um die unterschiedliche Behandlung von Personengruppen zu rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung wurde von der kroatischen Regierung nicht vorgebracht; auch sonstige überzeugende, besonders gewichtige Gründe fehlten, um die unterschiedliche Behandlung von gleichgeschlechtlichen und verschiedengeschlechtlichen Paaren bei der Familienzusammenführung zu rechtfertigen. Stattdessen wurden gleichgeschlechtliche Paare pauschal von der Familienzusammenführung ausgeschlossen. Da eine unterschiedliche Behandlung einzig und allein aufgrund der sexuellen Orientierung jedenfalls mit der Konvention unvereinbar ist, lag eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK vor.[561]

Wenige Monate nach *Pajić* hatte sich der EGMR im Fall *Taddeucci und McCall* mit einem ähnlichen Ausgangsfall zu befassen: Herr McCall pflegte zum Zeitpunkt der Antragstellung eine vier Jahre lange Beziehung mit Herrn Taddeucci, einem italienischen Staatsangehörigen, und begehrte ein Aufenthaltsrecht in Italien.[562]

Anders als im Fall *Pajić* stand nach der italienischen Rechtslage heterosexuellen Partner:innen ohne durch Ehe oder ein sonstiges Rechtsinstitut formalisierte Beziehung ebenso wenig ein Recht auf Familienzusammenführung bzw ein Aufenthaltsrecht aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft zu wie homosexuellen Partner:innen; nur Ehepartner:innen waren zum Familiennachzug berechtigt – insofern wurden die Antragsteller als homosexuelles Paar nicht anders behandelt als ein heterosexuelles Paar.[563]

Nach Ansicht des EGMR war die Situation der Antragsteller aber nicht vergleichbar mit jener von heterosexuellen Paaren, da es ihnen nach der italienischen Rechtsordnung generell nicht möglich war, zu heiraten und dadurch als Ehepartner ein Aufenthaltsrecht durch ihre Familienangehörigeneigenschaft zu erhalten. Nur für homosexuelle Paare habe ein unüberwindbares Hindernis bestanden, als für sie die Eheschließung oder eine rechtlich vergleichbare eingetragene Partnerschaft und ein daraus resultierendes Aufenthaltsrecht unmöglich war.[564]

[560] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 58f.
[561] EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien* Rz 82ff.
[562] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 8ff.
[563] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 82.
[564] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 83.

Die Antragsteller zogen schließlich in die Niederlande; dort erhielt Herr McCall ein Aufenthaltsrecht als Lebensgefährte von Herrn Taddeucci. Nach Erhalt des Aufenthaltsrechts beschlossen die beiden weiters, die nach niederländischem Recht mögliche, gleichgeschlechtliche Ehe zu schließen. Aus diesem Grund, so folgerte der EGMR, war ihre Situation auch nicht vergleichbar mit jener eines heterosexuellen Paares, das grundsätzlich keine Formalisierung der Beziehung durch Ehe oder ähnliche Rechtsinstitute anstrebte. Diese Erwägungen führten den EGMR zur Schlussfolgerung, dass die Antragsteller in gleicher Weise behandelt wurden wie ein heterosexuelles Paar, das sich entschied, nicht zu heiraten und dadurch in einer deutlich anderen Situation wären, wie die Antragsteller, die heiraten wollten, aber dazu keine Möglichkeit in Italien hatten.[565]

Bei den Erwägungen des EGMR, inwieweit die gleiche Behandlung von homosexuellen und heterosexuellen Paaren gerechtfertigt ist, räumte er zwar ein, dass der Schutz eines traditionellen Familienkonzeptes grundsätzlich ein legitimes Ziel iSd Art 14 EMRK sei. Im Ausgangsfall reiche dieses Ziel aber nicht als besonders überzeugender, gewichtiger Grund aus, um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung zu rechtfertigen.[566] Die restriktive Interpretation von „Familienangehörigen" in der italienischen Rechtslage trug der persönlichen Situation der Antragsteller nach Ansicht des EGMR nicht ausreichend Rechnung. Folglich stellte der EGMR eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK fest.[567]

Während die Begründung des EGMR im Fall *Pajić* nachvollziehbar ist, kann die Entscheidung zu *Taddeucci und McCall* trotz ihrer vergleichbaren Ausgangssituation und dem gleichen Ergebnis aufgrund der unterschiedlichen Rechtslage durchaus kritisiert werden, wobei sie aus einem offenen, zeitgemäßen Familienverständnis heraus zu begrüßen ist. In *Taddeucci und McCall* geht der EGMR über den migrationsrechtlichen Sachverhalt hinaus und stellt im Ergebnis eigentlich eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK aufgrund der mangelnden Möglichkeit fest, eine gleichgeschlechtliche Ehe bzw eine eingetragene Partnerschaft zu schließen.[568] Wie auch der Richter *Sicilanos* in seiner teilweise abweichenden Stellungnahme ausführte, wirkt die Prüfung, gleichgeschlechtliche Paare würden ungerechtfertigterweise gleichbehandelt werden wie heterosexuelle Paare, konstruiert; für *Sicilanos* handelt es sich im Endeffekt um eine Gleichheitsprüfung zwischen unverheirateten homosexuellen Paaren und verheirateten heterosexuellen Paaren, welche der EGMR anscheinend nicht offenlegen möchte.[569]

[565] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 25, 84f.
[566] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 93.
[567] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 96, 99.
[568] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 95.
[569] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien,* Partly Dissenting Opinion of Judge *Sicilianos.*

Die Ausführungen des EGMR führen zu einem absurden Ergebnis: Ein gleichgeschlechtliches Paar ist hinsichtlich eines möglichen Aufenthaltsrechts aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft in einer Rechtsordnung, die generell kein Aufenthaltsrecht für Lebensgemeinschaften bzw unverheiratete Paare vorsieht, bessergestellt, wenn in dem jeweiligen Staat grundsätzlich keine rechtliche Möglichkeit besteht, eine gleichgeschlechtliche Ehe oder eingetragene Partnerschaft zu schließen. Würde es ein solches Rechtsinstitut geben, wäre die Situation von homosexuellen Paaren und heterosexuellen Paaren vergleichbar und sie würden gleichbehandelt werden. Das gleichheitsrechtliche Problem gem Art 14 iVm Art 8 EMRK entfiele; ein allgemeines Sachlichkeitsgebot, wie es etwa die österr Rechtsordnung[570] kennt, kennt die EMRK nicht. In der Folge wäre das Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft ausschließlich nach Art 8 EMRK und einer möglichen daraus resultierenden positiven Verpflichtung im Einzelfall zu beurteilen.

In der gleichheitsrechtlichen Prüfung des EGMR wird die grundsätzlich fehlende Möglichkeit, die Beziehung von gleichgeschlechtlichen Paaren zu verrechtlichen, kombiniert mit der aufenthaltsrechtlichen Benachteiligung von gleichgeschlechtlichen Paaren, die ihre Beziehung nicht verrechtlicht haben. Im Fall *Taddeucci und McCall* ist Ersteres die eigentliche rechtliche Wurzel des Problems, welche mit Art 8 EMRK unvereinbar ist,[571] aber von den Antragstellern im Beschwerdeformular nicht vorgebracht wurde.[572] Hätte der Konventionsstaat eine Ehe von gleichgeschlechtlichen Paaren bzw ein vergleichbares Rechtsinstitut vorgesehen, aber diese bei der Familienzusammenführung bzw Legalisierung benachteiligt, würde jedenfalls eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK vorliegen: Wie im Fall *Pajić* würde es sich um eine Diskriminierung unmittelbar aufgrund der sexuellen Orientierung handeln. Hinsichtlich *Taddeucci und McCall* ist somit festzustellen, dass der EGMR die Antragsteller durch seine Gleichheitsprüfung rettete, da sie die Konventionsverletzung gem Art 8 EMRK nicht rechtzeitig vorbrachten. Methodische Kritik, wie sie auch *Sicilanos* ins Treffen führte, ist aber berechtigt.

iv) Diskriminierung aufgrund der nationalen oder ethnischen Herkunft

Unter nationaler Herkunft werden sowohl die Staatsangehörigkeit als auch der Wohnsitz als Differenzierungsgrund verstanden.[573] „Ethnische Herkunft“ wird teilweise synonym zum

[570] Vgl Punkt III) C) 3) c) – *Besondere Bedeutung des innerstaatlichen Gleichheitssatzes*.
[571] Siehe Unterpunkt III) B) 2) b) iii) – *Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehe*.
[572] EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 100ff.
[573] *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 185).

vorbelasteten Begriff der „Rasse“ in Art 14 EMRK verwendet oder auch als sonstiger Status iSd Art 14 EMRK gesehen.[574]

Im Fall *Biao* hatte der EGMR zu beurteilen, inwieweit eine ungerechtfertigte (indirekte) Diskriminierung aufgrund der nationalen bzw ethnischen Herkunft bei der Familienzusammenführung vorlag: Zum damaligen Zeitpunkt sah die dänische Rechtslage vor, dass eine Familienzusammenführung nur dann möglich war, wenn die Eheleute insgesamt eine stärkere Bindung zu Dänemark als zu irgendeinem anderen Staat hatten. Diese Voraussetzung der stärkeren Bindung entfiel für Personen, die die dänische Staatsbürgerschaft für mindestens 28 Jahre innehatten, sowie für Personen, die in Dänemark geboren wurden oder als Kinder zuwanderten und sich seit 28 Jahren in Dänemark aufhielten.[575]

Herr Biao erhielt die Staatsbürgerschaft im Alter von 31, nachdem er sechs Jahre rechtmäßig in Dänemark gelebt hatte. Seine Frau stammte aus Ghana; auch Herr Biao hatte Bindungen zu Ghana, wo er ebenso einige Jahre gelebt hatte. Aus diesen Gründen wurde die Voraussetzung der stärkeren Bindung zu Dänemark verneint, da das Ehepaar stärkere Bindungen zu Ghana gehabt hätte.[576] Die Antragsteller:innen argumentierten, dass die Regelung eine ungerechtfertigte Diskriminierung aufgrund der nationalen sowie der ethnischen Herkunft darstelle: Sie differenziere zwischen Personen, die die dänische Staatsbürgerschaft im Laufe des Lebens erhielten, und Personen, die gebürtige Dän:innen waren. Personen, die gebürtige Dän:innen waren, seien überwiegend Personen mit dänischer, ethnischer Herkunft, während Personen, die die Staatsbürgerschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt erwarben, überwiegend eine anderen ethnischen Herkunft hätten.[577] Der EGMR teilte diese Ansicht im Wesentlichen.[578]

Basiert eine unterschiedliche Behandlung ausschließlich auf der nationalen Herkunft, so verlangt der EGMR besonders schwerwiegende Gründe für eine Rechtfertigung. Eine unterschiedliche Behandlung, die ausschließlich aufgrund der ethnischen Herkunft erfolgt, ist dem EGMR zu Folge in einer modernen demokratischen Gesellschaft grundsätzlich nicht rechtfertigungsfähig.[579] Der EGMR sah die dänische Regierung in der Pflicht, die besonders schwerwiegenden Gründe vorzubringen, die die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen und nicht auf der ethnischen Herkunft beruhen.[580]

[574] EGMR 13. 12. 2005, 55762/00, 55974/00, *Timishev/Russland* Rz 55; zum Begriff der „Rasse“ siehe auch *Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023) Art 14 Rz 21; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 162).
[575] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 17, 22, 25.
[576] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 11ff.
[577] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 62, 102f.
[578] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 113.
[579] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 93f mwN.
[580] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 114.

Der EGMR empfand die Rechtfertigungsgründe[581] für die 28-Jahre-Regelung spekulativ; insbesondere, da kaum gesagt werden kann, ab welcher Dauer eine solche starke Bindung zu einem Staat bestehe, welche die Integration begünstigen könne. Die Bindung könne nicht allein anhand der Dauer der Staatsangehörigkeit beurteilt werden, zumal weitere individuelle Umstände unberücksichtigt blieben: So stellte er speziell im Fall des Herrn Biao fest, dass dieser seit mehr als zehn Jahren in Dänemark lebte und mit seiner Frau einen Sohn hatte, der durch ihn ebenso dänischer Staatsangehöriger war. Solche Umstände finden bei der Beurteilung der 28-Jahre-Regelung keine Berücksichtigung.[582] Insgesamt stellte der EGMR folglich – in Anbetracht des engen margin of appreciation – eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK fest, da die dänische Regierung keine besonders schwerwiegenden Gründe vorbrachte, die nicht mit der ethnischen Herkunft zusammenhingen, um die indirekte Diskriminierung zu rechtfertigen.[583]

Der Fall *Biao* wies gewisse Ähnlichkeiten zum Fall *Abdulaziz ua* auf: Frau Balkandali hatte – anders als die beiden anderen Antragstellerinnen – die britische Staatsangehörigeneigenschaft erworben. Die Regelungen zur Familienzusammenführung begünstigte Personen mit britischer Staatsbürgerschaft, die selbst oder deren Eltern auch im Vereinigten Königreich geboren wurden.[584]

Sie argumentierte wie Herr Biao, dass die unterschiedliche Behandlung – neben der bereits dargestellten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts[585] – von ihr im Vergleich zu gebürtigen Brit:innen diskriminierend aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit sowie der Geburt sei. Im Fall *Abdulaziz ua* verneinte der EGMR, dass die Regelung „racist in character" sei. Die unterschiedliche Behandlung war seiner Ansicht nach mehr ein Effekt, der daher rührte, dass unter jenen, die migrieren wollen, manche ethnischen Gruppen gegenüber anderen überwiegen. Es gäbe überzeugende soziale Gründe, jene gesondert zu behandeln, die durch Geburt eine Beziehung zu einem Staat hätten.[586]

Die unterschiedliche Beurteilung lässt sich dadurch erklären, dass zum Zeitpunkt von *Abdulaziz* das Konzept der „indirekten Diskriminierung" noch nicht besonders präsent in der Judikatur des EGMR war.[587] Durch *Biao* wurde klargestellt, dass nunmehr auch eine indirekte unterschiedliche Behandlung aufgrund der ethnischen Herkunft bei der Familienzusammenführung – möge sie auch

[581] Siehe dazu ausführlich EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 33ff, 122 ff, 105ff; der EGMR setzte sich hier intensiv mit der Entwicklung der dänischen Regelung und deren Zielen auseinander.
[582] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 125.
[583] EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 138.
[584] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 23, 24.
[585] Siehe Unterpunkt III) B) 5) b) ii) – Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.
[586] EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* Rz 85, 88.
[587] *De Vries,* Eur. J. Migr. Law 2016, 467 (471).

dazu dienen, Personen mit einer starken Bindung zum Aufnahmestaat zu begünstigen – besonders schwerwiegende Rechtfertigungsgründe erfordern.[588]

Während eine Differenzierung unmittelbar aufgrund der ethnischen Herkunft nie gerechtfertigt sein kann, ist grundsätzlich anerkannt, dass eine Differenzierung zwischen Inländer:innen, Unionsbürger:innen und Drittstaatsangehörigen und somit eine ungleiche Behandlung aufgrund der nationalen Herkunft rechtfertigbar ist:[589] Es steht den Konventionsstaaten zu, die eigenen Staatsangehörigen anders zu behandeln als Drittstaatsangehörige, sofern die unterschiedliche Behandlung aus besonders schwerwiegenden Gründen gerechtfertigt ist.[590] Dass das Migrationsrecht naturgemäß Staatsangehörige und Drittstaatsangehörige unterschiedlich behandelt, erachtet der EGMR nicht per se als diskriminierend iSv Art 14 EMRK.[591] Auch wenn der EGMR wörtlich besonders schwerwiegenden Gründe bei einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund der nationalen Herkunft verlangt, lässt sich daraus schließen, dass der angelegte Maßstab dennoch weniger streng wie etwa bei einer unterschiedlichen Behandlung der sexuellen Orientierung, wenn es die unterschiedliche Behandlung die eigenen Staatsangehörigen einerseits und Drittstaatsangehörige andererseits betrifft. Die Privilegierung von Unionsbürger:innen gegenüber Drittstaatsangehörigen sieht der EGMR aufgrund der speziellen Rechtsordnung der EU und der Schaffung der Unionsbürgerschaft in der Regel als gerechtfertigt.[592]

v) Diskriminierung aufgrund des Aufenthaltsstatus – Art des Aufenthaltsrechts (und Zeitpunkt der Eheschließung)

Nachdem der EGMR im Fall *Bah* 2011 erstmals festgestellt hatte, dass der Aufenthaltsstatus als „sonstiger Status" iSd Art 14 EMRK zu werten ist, hatte sich der EGMR bereits 2012 mit einer Differenzierung aufgrund des Aufenthaltsstatus, konkret des Flüchtlingsstatus, bei der Familienzusammenführung auseinanderzusetzen:

Im Fall *Hode und Abdi* ging es um eine Regelung, nach der Asylberechtigte, die erst nach dem Verlassen des Herkunftsstaates heirateten, gegenüber Asylberechtigten, die zu diesem Zeitpunkt bereits verheiratet waren, bei der Familienzusammenführung mit Ehepartner:innen benachteiligt

---

[588] *De Vries,* Eur. J. Migr. Law 2016, 467 (471); der Fall *Biao* zeigt auch, dass es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der nationalen und ethnischen Herkunft kommen kann; die Unterscheidung ist für die Rechtfertigungsprüfung von Bedeutung, siehe dazu ausführlich ebenso *De Vries,* Eur. J. Migr. Law 2016, 467 (474ff).
[589] *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 185) mwN.
[590] *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 185); so auch schon *Jellinek*, System 103f.
[591] *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law[2] 238f; *Vandenhole*, Migration and discrimination: Non-discrimination as guardian against arbitrariness or driver of integration? in *Chetail/Bauloz* (Hrsg), Research handbook on international law and migration (2014) 216 (225f).
[592] EGMR 18. 2. 1991, 12313/86, *Moustaquim/Belgien* Rz 49; 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark* Rz 134 mwN; *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 185); *Wendel*, § 23 Rechte der Unionsbürger, in *Wollenschläger et al* (Hrsg), Europäischer Freizügigkeitsraum - Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 995 (Rz 24).

wurden. Der Grund für die Benachteiligung war eine Rechtslage, die zwischen einem vorübergehenden Aufenthaltsrecht für die ersten fünf Jahre als Asylberechtigte und einem darauffolgenden dauerhaften Aufenthaltsrecht unterschieden. Während des vorübergehenden Aufenthaltsrechts hatten Asylberechtigte kein Recht auf Familienzusammenführung mit Ehepartner:innen, wenn die Ehe erst nach der Flucht geschlossen wurde; erst anschließend kam ihnen ein entsprechendes Recht zu. Studierende und Arbeitnehmer:innen hatten ebenso nur ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht; die Familienzusammenführung mit Ehepartner:innen war ihnen aber von Anbeginn an möglich – unabhängig davon, wann die Ehe geschlossen wurde.[593]

Der EGMR wies in der Entscheidung darauf hin, dass dem Flüchtlingsstatus bei der Beurteilung, inwieweit eine Regelung mit Art 14 EMRK vereinbar ist, besondere Bedeutung zukommt, da er keine Wahlmöglichkeit lässt und unfreiwilliger Natur ist.[594]

Die unterschiedliche Behandlung begründete die britische Regierung damit, dass für Studierende sowie Arbeitnehmer:innen bewusst Anreize gesetzt werden sollten, ins Vereinigte Königreich zu ziehen. Demgegenüber wollte man für Asylsuchende keine weiteren Anreize schaffen, im Vereinigten Königreich um Asyl anzusuchen. Der EGMR akzeptierte grundsätzlich das Setzen von Anreizen für eine bestimmte Personengruppe als legitimes Ziel, aber ein Blick in die britische Rechtsprechung habe ergeben, dass dieses Argument in der innerstaatlichen Rechtsordnung nicht als Rechtfertigung vorgebracht wird: Stattdessen habe das *Upper Tribunal* entschieden, dass es keine Rechtfertigung für die nachteilige Behandlung von Flüchtlingen im Vergleich zu Studierenden und Arbeitnehmer:innen beim Nachzug von Ehepartner:innen gab und sich für eine Anpassung der Rechtslage ausgesprochen; dem wurde schließlich auch Folge geleistet.[595]

Ohne sich weiters im Detail mit der Frage auseinanderzusetzen oder sich Gedanken zum Umfang des margin of appreciation zu machen, stellte der EGMR fest, dass er keine Rechtfertigung dafür sehe, Asylberechtigte anders zu behandeln als Studierende und Arbeitnehmer:innen. Weiters stellte der EGMR in einer einzigen Randzahl nebenbei fest, dass es keine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung von Asylberechtigten gebe, die vor der Flucht geheiratet hatten und jenen, die nach der Flucht geheiratet hatten.[596]

Es ist eine wichtige Grundsatzentscheidung des EGMR, dass die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmer:innen und Studierenden einerseits und Asylberechtigten andererseits rechtfertigungsbedürftig gem Art 14 iVm Art 8 EMRK ist. Im Lichte aktueller Lebensrealitäten, in denen Menschen auch mehrere Jahre nicht im Herkunftsstaat vor der Antragstellung auf

[593] EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 16ff.
[594] EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 47.
[595] EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 51, 53.
[596] EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich* Rz 54f.

internationalen Schutz lebten, ist es eine logische Konsequenz, dass eine Differenzierung, wann eine Ehe geschlossen wurde, auch sachlich gerechtfertigt sein muss. Dass der EGMR die Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Eheschließung auf Art 14 iVm Art 8 EMRK stützte, erstaunt allerdings, da anders als bei der unterschiedlichen Behandlung von Asylberechtigten, die über ein unbefristetes Aufenthaltsrecht verfügen, und von Arbeitnehmer:innen und Studierenden die Differenzierung nicht auf dem Aufenthaltsstatus beruht: Einzig und allein der Zeitpunkt, wann die Ehe geschlossen wurde, ist für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend. Ob der „Zeitpunkt des Bestehens von Familie" ein Differenzierungsmerkmal iSv Art 14 EMRK als „sonstiger Status" darstellen kann, ist dabei fraglich. Anders als beim Aufenthaltsstatus, setzte sich der EGMR damit nicht auseinander, sondern stellte nur fest, dass eine Rechtfertigung fehlt. Zwar handelt es sich um ein identifizierbares Merkmal, allerdings fehlt es dem Merkmal am selben „verpönten" Charakter, wie den sonstigen Merkmalen, die der EGMR bisher als „sonstiger Status" anerkannte. Insofern ist es eher auszuschließen, dass der Zeitpunkt, in dem eine Familie begründet wurde, ein Differenzierungsmerkmal iSv Art 14 EMRK darstellt. Hier werden auch die Grenzen des Diskriminierungsverbots gem Art 14 EMRK deutlich, unter welchen eben nicht jede unterschiedliche Behandlung aufgegriffen werden kann. Dass eine Unterscheidung zwischen Ehepaaren, die vor der Flucht, und jenen, die nach der Flucht heirateten, nicht gerechtfertigt ist, ist dennoch mittlerweile bestätigte Rechtsprechung des EGMR.[597]

vi) Diskriminierung aufgrund des Aufenthaltsstatus – Zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten

Die Erkenntnisse, dass der Aufenthaltsstatus als sonstiger Status iSd Art 14 EMRK gilt, und dass dem Asylstatus als Aufenthaltsstatus besonderes Gewicht bei einer Prüfung gem Art 14 EMRK iVm einem materiellen Konventionsrecht zukommt, bilden wichtige Grundsteine für aktuelle Entwicklungen: Wie im Abschnitt 4) zu den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK erläutert, hatte sich der EGMR in den Fällen *M.A.* und *M.T. ua* mit dem Recht subsidiär Schutzberechtigter auf Familienzusammenführung auseinanderzusetzen. Neben der Frage, inwieweit eine Wartefrist bzw temporäre Aussetzung als solches in diesem Zusammenanhang gerechtfertigt sein kann, hatte der EGMR zu beurteilen, inwieweit eine ungerechtfertigte Benachteiligung von subsidiär Schutzberechtigten gegenüber Asylberechtigten gem Art 14 iVm Art 8 EMRK vorlag: Während das Recht auf Familienzusammenführung für subsidiär Schutzberechtigten gehemmt war, stand Asylberechtigten die Familienzusammenführung in beiden Fällen weiterhin unmittelbar nach Statuszuerkennung offen.[598]

[597] Vgl etwa EGMR 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz* Rz 114.

[598] In *M.A.* stellte der EGMR eine Verletzung aufgrund der prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK fest, weshalb der EGMR sich in diesem Fall nicht veranlasst sah darüber hinaus eine etwaige ungerechtfertigte

Nach der schwedischen Rechtslage hatten Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte ursprünglich dieselbe Rechtsposition bei Familienzusammenführungen. Die Änderung der Rechtslage wurde aufgrund steigender Antragszahlen im Jahr 2015 als notwendig erachtet und bestand darin, subsidiär Schutzberechtigten erst nach zwei Jahren eine Familienzusammenführung zu gewähren, wobei eine Interessenabwägung gem Art 8 EMRK vorgenommen werden musste. Die dadurch resultierende ungleiche Behandlung von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten erfolgte mit dem Ziel, Migration zu reduzieren, die Aufnahmebedingungen und Integrationskapazitäten zu verbessern sowie die Einwanderungskontrolle trotz der hohen Antragszahlen zu gewährleisten.[599]

Die schwedische Regierung war der Meinung, dass Asylberechtigte, die von persönlicher Verfolgung bedroht sind, ein längeres Schutzbedürfnis hätten als subsidiär Schutzberechtigte, die aufgrund einer allgemeinen (Gefährdungs-)Situation den Herkunftsstaat verlassen haben.[600] Nach Ansicht des EGMR würden historische Ereignisse das Argument der Regierung stützen, dass der Schutzbedarf für subsidiär Schutzberechtigte vorübergehender sein könne als für Asylberechtigte. Beispielhaft nannte der EGMR unter Bezug auf frühere Judikatur die Situation in Mogadishu, Somalia, wo sich die allgemeine Gefährdungslage nach dem Machtverlust der Al-Shabaab rasch verändert habe, sowie die Situation in Sri Lanka, wo die allgemeine Gefährdung für die tamilische Bevölkerung innerhalb weniger Jahre abgenommen habe.[601]

Hervorzuheben ist, dass der EGMR von „*könne* vorübergehender Natur sein" spricht. Auch ihm scheint bewusst zu sein, dass sich aufgrund der häufigen geopolitischen Komplexität von Konflikten die Gründe, die zu einer allgemeinen Gefährdungssituation führen, stark voneinander unterscheiden können und häufig nicht übertragbar sind.[602] Vielmehr muss unter Berücksichtigung der konkreten Umstände im Herkunftsstaat beurteilt werden, ob die allgemeine Gefährdungssituation tatsächlich vorübergehender Natur sein kann bzw ist: Liegt schon seit Jahren eine allgemeine Gefährdungssituation vor und ist keine Besserung absehbar, erscheint es

---

Behandlung von subsidiär Schutzberechtigten gegenüber Asylberechtigten zu prüfen; in *M.T. ua* widmete sich der EGMR dieser unterschiedlichen Behandlung, nachdem er eine Verletzung von Art 8 EMRK verneinte; siehe EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 197; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 84ff; vgl Punkt III) B) 4) b) – *Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK*.

[599] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 28f, 97.

[600] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 89, 98.

[601] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 98; für Somalia unter Verweis auf EGMR 28. 6. 2011, 8319/07, *Sufi und Elmi/Vereinigtes Königreich* und der dazu veränderten Situation in EGMR 5. 9. 2013, 886/11, *K.A.B./Schweden*; für Sri Lanka unter Verweis auf EGMR 17. 7. 2008, 25904/07, *NA./Vereinigtes Königreich* und der dazu veränderten Situation in EGMR 31. 5. 2011, 41178/08, *E.G./Vereinigtes Königreich*.

[602] Vgl *Thym*, European Migration Law 351ff, der auf die notwendige Einzelfallbeurteilung im Lichte von Art 3 EMRK eingeht.

unsachlich, allein aufgrund der Annahme, das Erfordernis von subsidiärem Schutz könne vorübergehender sein, eine unterschiedliche Behandlung vorzusehen.

Als Unterschied zwischen Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten führte der EGMR die Anzahl an Personen, die aufgrund ihrer persönlichen Situation fliehen, gegenüber der Anzahl an Personen, die aufgrund einer allgemeinen Gefährdungssituation fliehen, ins Treffen. Bei einer allgemeinen Gefährdungssituation, etwa aufgrund eines Bürgerkrieges oder willkürlicher Gewalt ist die Anzahl flüchtender Personen innerhalb einer kurzen Zeit meist sehr hoch. Dieses Argument untermauerte der EGMR mit konkretem Zahlenmaterial aus den Jahren 2014-2015 aufgrund der allgemeinen Gefährdungssituation in Syrien.[603]

Für die Beurteilung der unterschiedlichen Behandlung beachtet der EGMR auch den unionsrechtlichen Rechtsrahmen, der den beiden Status in der schwedischen Rechtslage zugrunde liegt.[604] Insbesondere betonte der EGMR, dass die Status-RL zwischen Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten unterscheide und die Familienzusammenführungs-RL nur für Asylberechtigte anwendbar sei, nicht aber für subsidiär Schutzberechtigte.[605]

Aufgrund seiner Erwägungen (allen voran vermeintlich vorübergehender Schutzbedarf, Anzahl an Schutzbedürftigen, unionsrechtliche Gründe) gäbe es nach dem EGMR einerseits Gründe für folgende Annahme: Personen, die aufgrund einer allgemeinen Gefährdungssituation den Herkunftsstaat verlassen haben, sind nicht in einer gleichen oder in einer relevanten Weise vergleichbaren Situation sind wie Personen, die aufgrund einer individuellen Gefahr von Verfolgung oder Misshandlung ihren Herkunftsstaat verlassen haben. [606] Mangels gleicher bzw in relevanter Weise vergleichbarer Situation wäre eine unterschiedliche Behandlung im Lichte von Art 14 iVm Art 8 EMRK zulässig.

Anderseits hebt der EGMR unter Bezugnahme auf Stellungnahmen unterschiedlicher internationaler Institutionen hervor, dass es ebenso Gründe gibt, die für eine Vergleichbarkeit sprechen: In beiden Fällen steht ein Hindernis dem Familienleben im Herkunftsstaat entgegen, solange die dortige Gefährdung fortbesteht.[607] Der EGMR schlussfolgerte, dass nicht abstrakt oder generell gesagt werden könne, ob sich Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte in einer gleichen bzw in relevanter Weise vergleichbaren Situation befinden. Vielmehr müsse dies unter

[603] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 99f; auch mit Verweis auf die Massenzustrom-RL; weiters setzte sich der EGMR mit Unterschieden zwischen den beiden Status im schwedischen Asylverfahren auseinander, vgl EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 101.
[604] Im Unterschied zur Situation Dänemarks im Fall EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* , vgl bereits Punkt III) B) 4) b) – *Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK*.
[605] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 102ff, siehe Kapitel II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben*; Punkt IV) C) 1) a) – *Inhalt von internationalem Schutz nach der Status-RL* und Punkt IV) D) 1) a) – *Allgemeines*.
[606] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 105.
[607] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 106.

Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, der konkreten Rechte sowie der konkreten Situation beurteilt werden. Würde man allgemein zur Feststellung gelangen, dass Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte nicht in einer vergleichbaren Situation wären, so könnte man die Dauer der Aussetzung bzw Wartefrist bis zur Familienzusammenführung nicht ausreichend berücksichtigen, wodurch der praktische und effektive Schutz durch die Konvention gefährdet wäre.[608] Der EGMR begrenzte sich mit seiner Beurteilung auf den Fall von *M.T. ua* und ging schließlich für diesen vorliegenden Fall von einer vergleichbaren Situation von subsidiär Schutzberechtigten und Asylberechtigten aus, weshalb die Verhältnismäßigkeit der Aussetzung der Familienzusammenführung nur für subsidiär Schutzberechtigte in der Folge zu beurteilen war.[609]

Bei der Frage, ob die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt iSv verhältnismäßig war, knüpfte der EGMR an seine Beurteilung gem Art 8 EMRK und der daraus resultierenden prozeduralen Anforderungen an; dabei wies er noch einmal auf die konkrete Herausforderung der steigenden Antragszahlen hin, aufgrund derer die Familienzusammenführung für subsidiär Schutzberechtigte ausgesetzt wurde, sowie auf die Tatsache, dass nach der schwedischen Rechtslage bei außergewöhnlichen Umständen dennoch eine Familienzusammenführung möglich war.[610]

Wie bereits in *M.A.*, betonte der EGMR den mangelnden europäischen Konsens, hinsichtlich des Rechtes auf Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten.[611] Der EGMR ging weiters auf die Bedenken des UNHCR ein, der befürchtet, Staaten könnten trotz Vorliegen von Asylgründen den Status des subsidiär Schutzberechtigten statt dem Status des Asylberechtigten erteilen, um Familienzusammenführungen einzuschränken. Im vorliegenden Fall sei dies nach Ansicht des EGMR[612] nicht der Fall gewesen, da die schwedische Behörde sich eingehend mit den vorgebrachten Asylgründen auseinandergesetzt hätte, bevor sie deren Vorliegen verneinte.[613]

Insgesamt verletzte die schwedische Regelung nach Ansicht des EGMR Art 14 iVm Art 8 EMRK nicht; die unterschiedliche Behandlung von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten war zur Sicherung der Einwanderungskontrolle und dem ökonomischen Wohlbefinden des Staates verhältnismäßig und somit sachlich gerechtfertigt.[614]

[608] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 111, 115.
[609] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 111.
[610] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 112, 113, 116.
[611] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 107; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 153, 160; vgl Punkt III) B) 4) b) – *Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK*.
[612] Siehe aber EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden,* Dissenting Opinion of Judge *Ktistakis* Rz 4.
[613] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 114.
[614] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 117, 118.

c) Zwischenfazit

Die Judikaturanalyse von Fällen, die eine positive Verpflichtung zur Familienzusammenführung bzw zur Legalisierung aufgrund von Art 14 iVm Art 8 EMRK zum Gegenstand haben, zeigt eine deutliche Erweiterung zu den positiven Verpflichtungen allein aufgrund von Art 8 EMRK: Sobald ein Staat ein Recht auf Familienzusammenführung oder eine Legalisierung vorsieht, hat dies im Einklang mit Art 14 EMRK zu stehen; werden bestimmte Personengruppen ungerechtfertigterweise von diesem Recht ausgeschlossen, kann ihnen ein Recht auf Familienzusammenführung oder Legalisierung aufgrund von Art 14 iVm Art 8 EMRK zukommen.

Berechtigt ein Staat bestimmte familiäre Bezugspersonen als Familienangehörige zu Familienzusammenführung und schließt andere familiäre Bezugspersonen davon aus, ergeben sich aber nicht unmittelbar Probleme aufgrund von Art 14 iVm Art 8 EMRK. Nur wenn die unterschiedliche Behandlung aufgrund eines verpönten Diskriminierungsmerkmals iSv Art 14 EMRK beruht, besteht ein gleichheitsrechtliches Problem:

So zeigen die Fälle *Pajić* und *Taddeucci und McCall* deutlich, dass gem Art 14 iVm Art 8 EMRK ein Ausschluss von familiären Bezugspersonen allein aufgrund der sexuellen Orientierung nicht rechtfertigungsfähig ist: In einem solchen Fall überlagert der enge margin of appreciation bei einer Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung den weiten margin of appeciation bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten. In *Taddeucci und McCall* akzeptierte der EGMR den Schutz von traditionellen Familienkonzepten zwar als grundsätzlich legitimes Ziel, das aber jedenfalls bei einer Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung nicht als besonders schwerwiegend gilt und daher nicht zur Rechtfertigung ausreicht.

Der Fall *Abdulaziz ua* zeigte, dass eine Schlechterstellung bei der Familienzusammenführung aufgrund des Geschlechts und eine darauf basierende Differenzierung, welche Person mit rechtmäßigem Aufenthalt welche Familienangehörigen unter welchen Bedingungen nachholen kann, nur unter besonders schwerwiegenden Gründen gerechtfertigt sein kann. Die Entscheidung liegt schon einige Jahre zurück; in Anbetracht heutiger Lebensrealitäten wäre eine solche Regelung, die unmittelbar aufgrund des Geschlechts und eines sehr traditionellen Rollenbildes beruht, wie eine Diskriminierung, die allein auf der sexuellen Orientierung beruht, nicht zu rechtfertigen. Es zeigt sich, dass das traditionelle Familienkonzept bzw Rollenbild als Rechtfertigungsgrund gegenüber gesellschaftlichen Veränderungen und aktuellen Lebensrealitäten unterliegt.

Der Fall *Biao* zeigt klar, dass eine unterschiedliche Behandlung beim Recht auf Familienzusammenführung oder Legalisierung von Familienmitgliedern aufgrund der ethnischen Herkunft – auch wenn nur mittelbar – nur unter besonders schwerwiegenden Gründen gerechtfertigt sein kann. Gleiches gilt im Grunde für die nationale Herkunft, wobei dies in Anbetracht dessen,

dass das Migrationsrecht zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund der nationalen Herkunft führt, differenziert zu betrachten ist. Der EGMR erachtet Migrationsrecht als solches nicht als diskriminierend und akzeptiert insbesondere eine Besserstellung von Unionsbürger:innen gegenüber Drittstaatsangehörigen nahezu bedingungslos.

Der Fall *Hode und Abdi* präzisierte, dass bei einer unterschiedlichen Behandlung des Aufenthaltsstatus kein uneingeschränkter margin of apprecitation besteht: Haben unterschiedliche Personengruppen ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht, so muss es sachlich gerechtfertigt sein, dass die eine Gruppe beim Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung mit ihren Familienangehörigen schlechter gestellt ist als die andere. Weiters – wenn auch rechtlich nicht nachvollziehbar – stellte der EGMR im Fall *Hode und Abdi* fest, dass bei der Familienangehörigeneigenschaft nicht nach dem Zeitpunkt differenziert werden darf, wann eine rechtlich formalisierte Beziehung begründet wurde.

Und schließlich ist seit *M.T. ua* klar, dass der Status von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten vergleichbar sein kann; eine unterschiedliche Behandlung bei der Familienzusammenführung nicht uneingeschränkt möglich ist und einer sachlichen Rechtfertigung bedarf.

Die Darstellung der einschlägigen Judikatur hat noch einmal verdeutlicht, dass das Diskriminierungsmerkmal, auf welches die unterschiedliche Behandlung zurückzuführen ist, eine enorme Bedeutung für die Rechtfertigungsprüfung hat: Bei einer Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung stellt der EGMR sehr strenge Anforderungen an die Rechtfertigungsprüfung; in Kombination ist auch bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten kaum ein margin of appreciation vorhanden. Demgegenüber ist der Maßstab bei einer Diskriminierung auf Basis des Aufenthaltsstatus weniger streng und der margin of appreciation weiter. Eine Sonderrolle nimmt dabei der Status von international Schutzberichtigten ein: Da dieser anders als sonstige Aufenthaltsstatus nicht auf Freiwilligkeit beruht, ist der margin of appreciation der Konventionsstaaten enger und eine benachteiligende Behandlung von Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt wurde, gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen ist mit strengeren Rechtfertigungsanforderungen verbunden.

C) Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung im europäischen Mehrebenensystem der Grundrechte[615]

1) Vorbemerkungen

Das vorhergehende Kapitel zeigt, welche grundrechtlichen Anforderungen gem Art 8 EMRK sowie gem Art 14 iVm Art 8 EMRK nach dem EGMR bestehen, Familienmitgliedern im asylrechtlichen Kontext ein Aufenthaltsrecht zu gewähren.

Da das Asyl- und Fremdrecht mittlerweile weitgehend unionsrechtlich harmonisiert ist, ist es das Ziel des vorliegenden Kapitels darzulegen, inwieweit sich diese grundrechtlichen Anforderungen nach der Auslegung des EGMR auf die Unionsrechtslage sowie auf die innerstaatliche Rechtslage auswirken.

Dazu skizziert der Abschnitt 2) die Bedeutung der EMRK für das Unionsrecht und insbesondere deren Auswirkung auf die Unionsgrundrechte. Der Abschnitt 3) zeigt den Stellenwert der Konventionsrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte der österr Rechtslage. Weiters gilt es darzulegen, inwieweit innerstaatlichen Grundrechten ein Anwendungsbereich im Anwendungsbereich des Unionsrechts verbleibt und, ob die Unionsgrundrechte bzw die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte weitergehende Anforderungen an das Aufenthaltsrecht von Familienmitgliedern im asylrechtlichen Kontext stellen. Das Kapitel versteht sich insgesamt als Überblick, der der Einordnung der Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung im Mehrebenensystem der Grundrechte dient und somit auch die Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung für den Untersuchungsgegenstand zeigt.

Nicht Ziel dieses Kapitels ist es zu untersuchen, inwieweit der EuGH sowie der VfGH und VwGH dieselben grundrechtlichen Anforderungen aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens ableiten bzw dieselben gleichheitsrechtlichen Anforderungen an die Erteilung von Aufenthaltsrechten von Familienangehörigen stellen wie der EGMR.

Dies wäre insbesondere im Verhältnis von EuGH und EGMR aufgrund deren unterschiedlicher Rolle auch nur bedingt möglich: Während der EGMR als Grundrechtsgericht über die Konventionskonformität im Einzelfall entscheidet, behandelt der EuGH Grundrechtsfragen nur in einem kleinen Teil der Verfahren.[616] Der EuGH ist in erster Linie „Hüter des Unionsrechts“; eine „Grundrechtsbeschwerde“ an den EuGH besteht nicht.[617] Beim EuGH überwiegen zahlenmäßig

[615] Teile dieses Kapitels wurden im Rahmen des Seminars 030193-1 SE EU-Recht und staatliches Recht im Wintersemester 2020/21 erarbeitet und waren Gegenstand der Seminararbeit „Vollzug der Grundrechtecharta im österreichischen Recht“.

[616] Vgl *Bogdandy/Krenn,* JZ 2014, 529 (530).

[617] Und auch die Voraussetzungen für eine Nichtigkeitsklage gem Art 263 Abs 4 AEUV sind eng auszulegen; vgl *Calliess*, Grundrechtsschutz durch den Gerichtshof der EU, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht 2022, 3

Vorabentscheidungsverfahren;[618] dabei kommt den Unionsgrundrechten vor allem als Argument der systematischen Auslegung von Sekundärrecht eine tragende Rolle zu, wobei meist keine vergleichbare Interessenabwägung wie vor dem EGMR erfolgt.[619] Folglich besteht auch keine vergleichbare Dichte an Entscheidungen, in denen der EuGH eine Abwägung zwischen dem Interesse am Aufenthalt von Familienmitgliedern und dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung des Einwanderungsrechts vornehmen musste.

Schließlich wird im Teil IV) der vorliegenden Arbeit untersucht, inwieweit die unionsrechtlichen sowie innerstaatlichen Bestimmungen, die bestimmte Familienangehörige im asylrechtlichen Kontext aufenthaltsrechtlich privilegieren, den konventionsrechtlichen Anforderungen entspricht. Dabei wird auf die Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen durch den EuGH bzw innerstaatlichen Rechtslage des VfGH und VwGH zurückgegriffen und im Rahmen dessen beurteilt, ob sie für die konkreten Bestimmungen grundrechtliche Anforderungen aufstellen, die von den konventionsrechtlichen Anforderungen abweichen. Insofern kann eine abstrakte Gegenüberstellung, ob sich die grundrechtlichen Anforderungen grundsätzlich decken, für die Beantwortung der Forschungsfragen unterbleiben.

2) Die EMRK im Unionsrecht

a) Grundrechtsschutz in der EU und Verhältnis zur EMRK

Nachdem die Gründungsverträge der EU noch keinen Grundrechtskatalog enthalten hatten, entsprang der erste eigenständige unionsrechtliche Grundrechtsschutz der EuGH-Rechtsprechung durch die Anerkennung „allgemeiner Rechtsgrundsätze“ als Unionsgrundrechte.[620] Als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ sind gemeinsame Verfassungstraditionen der MS sowie insbesondere die

(23f). Aber Ausnahmen bestätigen die Regel: Siehe etwa die Nichtigkeitsklage des Europäischen Parlaments gegen Bestimmungen der Familienzusammenführungs-RL EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 insb Rz 52ff, in der der EuGH gewisse Bestimmungen am Maßstab von Art 8 EMRK prüfte.

[618] Vgl *Gerichtshof der Europäischen Union*, Jahresbericht 2022 – Rechtsprechungsstatistiken des Gerichtshofes, 2, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-03/stats_cour_2022_de.pdf (abgefragt am 30. 4. 2024); *Gerichtshof der Europäischen Union*, Jahresbericht 2023 – Rechtsprechungsstatistiken des Gerichtshofes, 6, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-04/de_ra_2023_cour_statistiques_web_15042023.pdf (abgefragt am 30. 4. 2024); *Jarass*, Charta[4] Art 7 Rz 19.

[619] Etwa EuGH C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577 Rz 34ff; C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887 Rz 48; so zuvor auch schon Art 8 EMRK, vgl etwa C-413/99, *Baumbast und R,* ECLI:EU:C:2002:493 Rz 72.

[620] Grundlegende Entscheidung EuGH 29/69, *Stauder/Stadt Ulm,* ECLI:EU:C:1969:57; vgl etwa *Calliess,* Berliner Online-Beiträge zum Europarecht 2022, 3 (3ff); *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*[6] Art 6 EUV Rz 1, 4; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich[8] (2023) 7; *Pabel*, Zusammenwirken mitgliedstaatlicher und unionaler Grundrechte, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 229 (231); *Topal-Gökceli/Balthasar-Wach*, Grundrechte, in *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg), Recht der Europäischen Union[2] (2019) 31 (33ff).

EMRK, der alle MS angehören, zu verstehen.[621] Die EMRK diente dem EuGH insofern schon seit Anbeginn des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes als Rechtserkenntnisquelle.[622]

Seit dem Vertrag von Maastricht sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze ausdrücklich vertraglich verankert und gelten als Teil der Unionsgrundrechte der EU.[623] Ein weiterer Entwicklungsschritt des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes bestand in der Proklamation der GRC im Jahr 2000 sowie mit dem Vertrag von Lissabon, mit dem die GRC Rechtsverbindlichkeit erlangte und nunmehr neben den Verträgen der EU als Teil des Primärrechts gilt.[624] Die GRC basiert neben den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der MS, der Sozialcharta des Europarates, gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der MS ausdrücklich auch auf der EMRK sowie jenen Rechten, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR herausgebildet haben.[625]

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten weiterhin neben der GRC als Grundrechte der Union; demnach bestehen die Unionsgrundrechte aus mehreren Rechtsquellen.[626] Dass neben der GRC weiterhin nicht als Unionsrecht kodifizierte Grundrechte in der Form allgemeiner Rechtsgrundsätze fortbestehen, ist das Ergebnis einer kontroversen Diskussion: Einer der entscheidenden Gründe für diese Lösung war der Wille, auch zukünftige Entwicklungen der EMRK unionsrechtlich zu berücksichtigen.[627]

Dem verschreibt sich die EU gleich mehrfach, denn neben der Berücksichtigung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im EUV bestimmt Art 53 GRC explizit, dass keine Bestimmung der GRC als Einschränkung oder Verletzung der Konventionsrechte auszulegen ist.[628] Weiters sollen gem Art 52 Abs 3 GRC jene Chartarechte, die den in der EMRK verankerten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der Konvention zukommt. Diese Chartarechte, die über ein konventionsrechtliches Pendant verfügen, haben iSd der Konventionsrechte ausgelegt zu werden; ein über die Konventionsrechte weitergehender Schutz durch die GRC ist dabei zulässig.[629] Die Erläuterungen zur Charta erklären, dass die Tragweite der Konventionsrechte auch

[621] Etwa *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 7.
[622] Vgl *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*[6] Art 6 EUV Rz 8, 22f.
[623] Art 6 Abs 3 EUV; vgl etwa *Cremer*, § 3 Funktionen der Grundrechte, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 113 (Rz 19); *Topal-Gökceli/Balthasar-Wach* in *Hafner/Kumin/Weiss*[2] 31 (36).
[624] Art 6 Abs 1 EUV; vgl etwa *Calliess,* Berliner Online-Beiträge zum Europarecht 2022, 3 (5); *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 7; *Topal-Gökceli/Balthasar-Wach* in *Hafner/Kumin/Weiss*[2] 31 (36).
[625] Präambel der GRC; vgl etwa *Topal-Gökceli/Balthasar-Wach* in *Hafner/Kumin/Weiss*[2] 31 (36).
[626] *Handstanger*, Schutz der Unionsgrundrechte am Beispiel des VwGH, ZÖR 2014, 39 (44).
[627] Vgl *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*[6] Art 6 EUV Rz 16 mwN.
[628] Vgl *Cremer* in *Grabenwarter*[2] 113 (Rz 29).
[629] Art 52 Abs 3 GRC; vgl *Grabenwarter*, § 1, in *Grabenwarter*[2] 47 (Rz 3); *Jarass*, Charta[4] Art 52 Rz 56, 62ff; *Rumler-Korinek/Vranes* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019) Art 52 Rz 37ff; in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/33f befindet sich eine Auflistung der Artikel, die dieselbe Bedeutung und Tragweite haben wie ein Konventionsrecht.

durch die Rechtsprechung des EGMR bestimmt wird.[630] Insofern wirkt sich die dynamische bzw evolutive Auslegung der Konventionsrechte durch den EGMR auf die Auslegung der Chartarechte aus und hat entsprechend geachtet zu werden.[631] Die Bestimmung soll die notwendige Kohärenz zwischen der GRC und der EMRK schaffen.[632]

Es ist unverkennbar, dass die EMRK dem Grundrechtsschutz der EU seit Anbeginn inhärent ist, auch wenn der Beitritt der EU zur EMRK, zudem sich die EU selbst verpflichtete, nach wie vor aussteht.[633] Der EuGH stützt(e) sich in seiner Judikatur immer wieder auf die Rechtsprechung des EGMR und bestätigt dadurch dessen Bedeutung bei der Auslegung der EMRK; auch wenn er seit Inkrafttreten der GRC bevorzugt diese heranzieht, behält die EMRK einen hohen Stellenwert im Unionsrecht.[634] Umgekehrt achtet auch der EGMR die Rechtsprechung des EuGH und bezieht unionsrechtliche Vorgaben nicht zuletzt bei der Bestimmung eines europäischen Standards in seine Beurteilung mit ein.[635] Zwar ist eine unterschiedliche Auslegung möglich, aber in der Vergangenheit kam es aufgrund der Kooperation der Gerichte nur selten zu Divergenzen.[636]

Die Unionsgrundrechte binden alle Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der EU und dienen dem EuGH als Prüfungsmaßstab für Sekundärrechtsakte.[637] Die MS sind ebenso an die Unionsgrundrechte gebunden, allerdings nur bei Durchführung von Unionsrecht, wie auch Art 51 Abs 1 GRC speziell für die GRC festlegt. „Bei der Durchführung" ist weit zu verstehen und meint nach stetiger Rechtsprechung jegliches Handeln der MS im Anwendungsbereich des Unionsrechts.[638] Die MS unterliegen der GRC jedenfalls bei Umsetzung und beim (unmittelbaren

---

[630] Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/33.
[631] *Cremer* in *Grabenwarter*[2] 113 (Rz 19); *Grabenwarter*, § 1, in *Grabenwarter*[2] 47 (Rz 3); *Jarass*, Charta[4] Art 52 Rz 65; *Rumler-Korinek/Vranes* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 52 Rz 34.
[632] Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/33, vgl auch *Grabenwarter*, § 1, in *Grabenwarter*[2] 47 (Rz 2); *Rumler-Korinek/Vranes* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 52 Rz 32.
[633] Vgl Art 6 Abs 2 EUV; zu den bisherigen Entwicklungen sowie zu den Folgen eines Beitritts etwa *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*[6] Art 6 EUV Rz 24ff; *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (2019 68. EL) Art 6 EUV Rz 35ff.
[634] Etwa EuGH C-60/00, *Carpenter,* ECLI:EU:C:2002:434 Rz 42; GA *Kokott*, SA zu C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2005:517 Rz 59ff; EuGH C-129/18, *SM/Vereinigtes Königreich,* ECLI:EU:C:2019:248 Rz 66; vgl auch *Calliess,* Berliner Online-Beiträge zum Europarecht 2022, 3 (8); *Grabenwarter*, § 1, in *Grabenwarter*[2] 47 (Rz 16ff); *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar[6] (2022) Art 52 GRC Rz 32 mwN; *Spalding,* Eur. J. Migr. Law 2019, 117 (127f); *Peers*, The EU Charter of Fundamental Rights and Immigration and Asylum Law, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg), EU Asylum Law[2] (2015) 27 (32).
[635] *Grabenwarter*, § 1, in *Grabenwarter*[2] 47 (Rz 21); EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 42ff, insb 50; siehe bereits Punkt III) B) 1) a) – *Die „living instrument"-Doktrin und ihre Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand* und Punkt III) B) 1) d) – *EGMR und Unionsrecht*.
[636] *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*[6] Art 6 EUV Rz 23; *Ludwigs*, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, in *Pabel/Raschauer* (Hrsg), Die Organisation des Grundrechtsschutzes (2014) 47 (55); ausführlich zum kooperativen Grundrechteschutz etwa *Calliess,* Berliner Online-Beiträge zum Europarecht 2022, 3 (18f); *Grabenwarter*, § 1, in *Grabenwarter*[2] 47.
[637] Art 51 Abs 1 GRC; *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019) Art 51 Rz 9, 12; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 7.
[638] *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 51 Rz 15; *Topal-Gökceli/Balthasar-Wach* in *Hafner/Kumin/Weiss*[2] 31 (39ff); *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[13] (2022) Rz 152 mwN;

sowie mittelbaren) Vollzug von Unionsrechts; insofern haben die MS auch dann die GRC zu beachten, wenn sie ein staatliches Gesetz, das auf einer Richtlinie beruht, anwenden.[639]

b) Vergleich der relevanten Konventions- und Chartarechte

i) Das Recht auf Achtung des Familienlebens

Wie in Art 8 EMRK, ist das Recht auf Achtung des Familienlebens in Art 7 GRC verbürgt.[640] Art 7 GRC hat somit gem Art 52 Abs 3 GRC dieselbe Tragweite und Bedeutung wie Art 8 EMRK.[641] Der EuGH nimmt in seiner Rechtsprechung immer wieder Bezug auf den EGMR, um zu bestimmen, ob ein Sachverhalt in den Schutzbereich des Familienlebens fällt,[642] und setzt die Tragweite und Bedeutung von Art 7 GRC teilweise mit der Auslegung von Art 8 EMRK durch den EGMR gleich.[643] Demnach ist der Familienbegriff gem Art 7 GRC mindestens so weit wie gem Art 8 EMRK auszulegen.

Teile der Literatur vertreten allerdings eine andere Meinung und gehen davon aus, dass die Beziehung von verheirateten Paaren sowie von zwei Lebensgefährt:innen nur dann vom Recht auf Achtung des Familienlebens geschützt sei, wenn das jeweilige Paar Kinder habe; Kinder zu haben wird als konstitutives Element für das Familienleben betrachtet. Ansonsten sei die Beziehung dem Privatleben zuzurechnen.[644] Begründet wird dies mit Art 9 GRC, der wie Art 12 EMRK das Recht auf Eheschließung und das Recht, eine Familie zu gründen, verankert: So sei zwischen Ehe und Familie zu unterscheiden, wobei die Familie üb r die Ehe hinausgehe und die Ehe ein „Vorschritt" zur Familie sei.[645] Eine derartige Auslegung ist zunächst nicht mit Art 52 Abs 3 GRC vereinbar, da dadurch der Schutzbereich von Art 7 GRC gegenüber Art 8 EMRK mit durch das eingeschränkte Familienverständnis wesentlich beengter zu bewerten wäre.[646] Dieses Verständnis, dass Ehe und Familie bedingungslos verknüpft, scheint weiters veraltet in Anbetracht gegenwärtiger Lebensformen.[647] Mag die Ehe auch früher auf Reproduktion ausgerichtet gewesen sein, ist sie

---

Öhlinger/Eberhard/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht[8] 7f mwN; EuGH C-617/10, *Åkerberg Fransson,* ECLI:EU:C:2013:105 Rz 21.

[639] *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 51 Rz 20; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 8.

[640] Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/20; vgl *Jarass*, Charta[4] Art 7 Rz 1.

[641] *Jarass*, Charta[4] Art 7 Rz 1; *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 7).

[642] Etwa EuGH C-60/00, *Carpenter,* ECLI:EU:C:2002:434 Rz 42; C-129/18, *SM/Vereinigtes Königreich,* ECLI:EU:C:2019:248 Rz 66; C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 50.

[643] Etwa EuGH C-256/11, *Dereci,* ECLI:EU:C:2011:734 Rz 70ff; GA *Pikamäe*, SA zu C-483/20, *XXXX/Belgien*, ECLI:EU:C:2021:780 Rz 55; vgl auch *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (2020 71. EL) Art 77 AEUV Rz 8 FN 1 und 2.

[644] *Augsberg* in *Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union[7] (2015) Art 7 GRC Rz 6; *Frenz*, Handbuch Europarecht. Band 4: Europäische Grundrechte (2009) Rz 1229; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar[6] (2022) Art 7 GRC Rz 8.

[645] *Frenz*, Handbuch Rz 1229.

[646] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) ii) – *Lebensgemeinschaft von Paaren*.

[647] *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 8).

heute mitunter auch Ausdruck einer Verantwortungsgemeinschaft von kinderlosen Familien.[648] Vielmehr ist von zwei unterschiedlichen Familienbegriffen auszugehen: Einerseits vom Familienbegriff in Art 9 GRC, der als Teil der Familiengründung auch das Recht schützt, Kinder zu bekommen, und tatsächlich die Kleinfamilie vor Augen hat.[649] Andererseits von jenem Familienbegriff gem Art 7 GRC, der persönlich enge Beziehungen in einem Verwandtschaftsverhältnis oder von zwei Personen einer dauerhaften Partnerschaft als Familienleben schützt und das Familienleben als einen besonders schützenswerten Aspekt des Privatlebens betrachtet; dieses Familienverständnis verknüpft Ehe und Familie nicht bedingungslos.[650] Aus systematischer Sicht erscheint es auch widersprüchlich, wenn das Eheleben dem Privatleben zuzurechnen wäre, aber gleichzeitig die Beziehung zu den Großeltern und anderen Verwandten als Teil des Familienlebens betrachtet wird.[651]

Insofern ist es erforderlich, das Eheleben als ein möglicher Teil des Familienlebens gem Art 7 GRC zu beachten und Art 7 GRC dasselbe Familienverständnis wie Art 8 EMRK zugrunde zu legen.[652] Art 8 EMRK und Art 7 GRC sind somit unabhängig von Art 12 EMRK und Art 9 GRC auszulegen; auch Partnerschaften ohne Kinder können in den Schutzbereich des Familienlebens gem Art 7 GRC sowie auch gem Art 8 EMRK fallen.[653] Dementsprechend scheint auch der Unionsgesetzgeber die Beziehung von Ehepaaren zu verstehen, da er Ehegatt:innen sekundärrechtlich regelmäßig als Familienangehörige definiert.[654]

Wie bereits zu Beginn dieses Kapitels[655] erwähnt, nimmt der EuGH im Vergleich zum EGMR nur selten grundrechtliche Interessenabwägungen vor. In den seltenen Fällen, in denen er eine Interessenabwägung aufgrund des Rechtes auf Achtung des Familienlebens vornahm, bezog er sich auf die Grundsätze der EGMR-Rechtsprechung, wonach die EMRK kein generelles[656] Recht auf Einreise und Aufenthalt gewährt, sowie auf Teile der Abwägungskriterien nach der EGMR-

[648] *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 8).
[649] Vgl *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 23).
[650] Vgl *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 23).
[651] So etwa *Augsberg* in *Groeben/Schwarze/Hatje*[7] Art 7 GRC Rz 6f; demgegenüber gleiche Ansicht wie hier vertreten *Rogalla*, Schutz 187.
[652] Vgl *Jarass*, Charta[4] Art 7 Rz 18ff; der wie *Pavlidis* unter Rückgriff auf die Judikatur des EGMR den Schutzbereich von Art 7 GRC definiert; *Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019) Art 7 Rz 20ff.
[653] *Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 7 Rz 20; *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 23ff, 26ff).
[654] Vgl *Rogalla*, Schutz 186; siehe Teil IV) der vorliegenden Arbeit mit mehreren Beispielen.
[655] Abschnitt III) C) 1) – *Vorbemerkungen.*
[656] Vgl aber insb GA *Kokott*, SA zu C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2005:517 Rz 72; die betont, dass im Einzelfall eine Familienzusammenführung aufgrund von Art 8 EMRK geboten sein kann.

Rechtsprechung.[657] Der EuGH folgte auch dem EGMR zur Abgrenzung von negativen und positiven Verpflichtungen mit Blick auf die Familienzusammenführung.[658]

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die grundrechtlichen Anforderung gem Art 8 EMRK nach der Auslegung des EGMR, wann Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist, als allgemeine Rechtsgrundsätze Teil der Unionsgrundrechte sind und insbesondere in die Auslegung von Art 7 GRC einfließen.

ii) Kindeswohl

Anders als die EMRK sieht die GRC eine eigene Bestimmung zum Schutz des Kindeswohls in Art 24 GRC vor, mit dem Ziel, den eigenständigen Schutz des Kindes hervorzuheben und nicht nur als Teil des Familienschutzes zu sehen.[659] Die Bestimmung stützt sich auf die KRK und betont entsprechend, dass das Kindeswohl eine vorrangige Erwägung bei allen Kindern betreffenden Maßnahmen sein muss.[660] Darüber hinaus hat gem Art 24 Abs 3 GRC jedes Kind ausdrücklich den Anspruch auf regelmäßige Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, sofern es dem Kindeswohl dient. Aus Perspektive des Kindes und dem Recht auf Kontakt zu beiden Elternteilen ist Art 24 Abs 3 GRC lex specialis zum „allgemeinen" Recht auf Achtung des Familienlebens und ergänzt insofern Art 7 GRC.[661]

In der GRC steht das Kindeswohl somit klar im Vordergrund und ist nicht wie bei Art 8 EMRK ein Teilaspekt, der in die Interessenabwägung einfließt.[662] Dies wird auch in der Judikatur des EuGH deutlich, der Art 24 GRC und das Kindeswohl neben dem Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 7 GRC betont und gemeinsam anwendet, wenn Kinder betroffen sind; dabei hebt er auch das Recht auf Kontakt zu beiden Elternteilen her.[663] Zwar fließen die grundrechtlichen Aspekte, die Art 24 GRC verbürgt, in die Auslegung des EGMR von Art 8 EMRK ein[664], aber da Art 8 EMRK die Rechte des Kindes nicht explizit schu¨zt, sondern „nur" dem Kindeswohl als Abwägungskriterium viel Gewicht beimisst, erlangen die Kinderrechte durch die GRC eine stärkere

[657] Etwa EuGH C-60/00, *Carpenter,* ECLI:EU:C:2002:434 Rz 41f; C-109/01, *Akrich,* ECLI:EU:C:2003:491 Rz 58ff; wobei sich beide Abwägungen an den „Boultif-Kriterien" orientierten
[658] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 52ff.
[659] *Jarass*, Charta[4] Art 24 Rz 3.
[660] Art 24 Abs 2 GRC; Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/25; vgl *Bertel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (2023 18. EL) BVG Kinderrechte - Vorbemerkungen Rz 11; *Jarass*, Charta[4] Art 24 Rz 1, 3.
[661] *Jarass*, Charta[4] Art 7 Rz 10 und Art 24 Rz 8; *Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 7 Rz 31; EuGH C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887 Rz 48; C-1/23, *Afrin,* ECLI:EU:C:2023:296 Rz 45; C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 49.
[662] Vgl Unterpunkt III) B) 3) d) iv) – *Kindeswohl*; vgl auch *Uerpmann-Wittzack* in *Grabenwarter*[2] 509 (Rz 39).
[663] EuGH C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577 Rz 34; C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887 Rz 48; C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 49.
[664] Vgl etwa *Bertel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* BVG Kinderrechte - Vorbemerkungen Rz 7.

Bedeutung. Durch Art 24 Abs 2 GRC wird ein Abwägungsgrundsatz zu Gunsten des Kindeswohls normiert, der insbesondere bei der Entscheidungsfindung vorrangig und eigenständig zu berücksichtigen ist.[665] Eingriffe in das Recht auf regelmäßige persönliche Kontakte zu beiden Elternteilen müssen eigens gem Art 52 Abs 1 GRC gerechtfertigt sein.[666]

Im asyl- und fremdenrechtlichen Kontext zieht der EuGH Art 24 GRC wie Art 7 GRC regelmäßig zur Auslegung des Sekundärrechts heran.[667] Sowie Art 8 EMRK und Art 7 GRC verleiht auch Art 24 GRC kein subjektives Recht auf einen Aufenthaltstitel; den MS verbleibt ein Ermessensspielraum.[668]

iii) Diskriminierungsverbot und allgemeiner Gleichheitssatz

Diskriminierungsschutz hat in der EU seit jeher einen hohen Stellenwert, und schon vor der Proklamation der GRC kannte die Union Diskriminierungsverbote, die in Art 18 und 19 AEUV nach wie vor bestehen.[669]

In Art 21 Abs 1 GRC ist nunmehr ein allgemeines Diskriminierungsverbot festgelegt, das sich an die Bestimmungen von Art 19 AEUV sowie Art 14 EMRK „anlehnt", wobei es mit diesen nicht deckungsgleich ist.[670] Im Vergleich zu Art 14 EMRK ist der Kriterienkatalog bis auf eine Ausnahme weiter: Die nationale Herkunft ist nicht explizit als verpöntes Diskriminierungsmerkmal in Art 21 Abs 1 GRC genannt.[671] Drittstaatsangehörige können sich somit nicht auf eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit unmittelbar berufen. Zwar kennt Art 21 Abs 2 GRC ausdrücklich ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, aber diese auf Art 18 AEUV beruhende Bestimmung richtet sich nur an Unionsbürger:innen und ist für Drittstaatsangehörige nicht anwendbar.[672]

---

[665] *Fuchs* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019) Art 24 Rz 37f; vgl etwa EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 47.
[666] *Fuchs* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 24 Rz 48.
[667] Etwa EuGH C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577 Rz 34ff; C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 30, 34f, 47ff; vgl *Bertel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* BVG Kinderrechte - Vorbemerkungen Rz 18; für einen ausführlichen Überblick *Klaassen/Rodrigues*, The Best Interests of the Child in eu Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24(2) Charter, Eur. J. Migr. Law 2017, 191.
[668] Vgl *Hölscheidt* in *Meyer/Hölscheidt*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union[5] (2019) Art 24 Rz 39; EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 58.
[669] Vgl *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019) Art 21 Rz 1ff.
[670] Vgl Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/24; *Jarass*, Charta[4] Art 21 Rz 1; *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 21 Rz 8, 10ff; vgl auch *Köchle/Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019) Art 20 Rz 3.
[671] *Jarass*, Charta[4] Art 21 Rz 25, 34.
[672] Vgl etwa *Jarass*, Charta[4] Art 21 Rz 42; *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 21 Rz 20; *Schmahl*, § 20 Gleichheitsgarantien, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 775 (Rz 60); *Thym*, European Migration Law 262; für eine kritische Auseinandersetzung siehe etwa *McCormack-George*, Equal Treatment of Third-Country Nationals in the European Union: Why Not? Eur. J. Migr. Law 2019, 53; *Sánchez*,

Art 21 Abs 1 GRC ist im Gegensatz zum konventionsrechtlichen Diskriminierungsverbot nicht akzessorisch, weshalb auch außerhalb des „Regelungsbereichs" der Chartarechte gesetzliche Bestimmungen diskriminierungsfrei iSv Art 21 Abs 1 GRC auszugestalten sind.[673] Der Schutzbereich von Art 21 Abs 1 GRC geht auch in dieser Hinsicht über Art 14 EMRK hinaus; nach den Erläuterungen findet Art 21 Abs 1 GRC, soweit er mit Art 14 EMRK zusammenfällt, entsprechend Art 14 EMRK Anwendung.[674]

Neben dem Diskriminierungsverbot in Art 21 Abs 1 GRC verankert Art 20 GRC einen allgemeinen Gleichheitssatz; dieser beruht auf keinem Konventionsrecht.[675] Demnach sind vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich bzw unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich zu behandeln, es sei denn, die gleiche bzw unterschiedliche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.[676] Eine Diskriminierung von Drittstaatsangehörigen untereinander aufgrund der Staatsangehörigkeit kann insofern über den allgemeinen Gleichheitssatz geltend gemacht werden, auch wenn Art 21 Abs 1 GRC nicht anwendbar ist.[677] Der EuGH wendet Art 20 und 21 GRC regelmäßig gemeinsam an, ohne ihre Anwendungsbereiche voneinander abzugrenzen.[678]

Der Anwendungsbereich der gleichheitsrechtlichen Anforderungen gem Art 21 und 20 GRC, denen die Organe der EU sowie die MS im Anwendungsbereich bzw bei der Durchführung von Unionsrecht Rechnung tragen müssen, ist in mehreren Aspekten weiter als jener von Art 14 EMRK. Wo Art 14 EMRK dennoch im Regelungsbereich der Konventionsrechte einen weiteren Schutz bieten kann, ist bei Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, da Art 14 EMRK nicht auf Unionsbürger:innen beschränkt ist.

3) Bedeutung der EMRK und der GRC in der österreichischen Rechtslage

a) Konventionsrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte

Die EMRK enthält selbst keine Vorgaben über ihre Stellung in den nationalen Rechtsordnungen. Deshalb ist es sehr unterschiedlich, welche Qualität der Konvention innerhalb der

Fundamental Rights Protection for Third Country Nationals and Citizens of the Union, Eur. J. Migr. Law 2013, 137 (147ff) mwN.

673 Vgl *Jarass*, Charta[4] Art 21 Rz 1; *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 21 Rz 16f; *Thym*, European Migration Law 263.

674 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/24; vgl auch *Jarass*, Charta[4] Art 21 Rz 1; EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 32; GA *Villalón*, SA zu C-443/14, *Alo und Osso*, ECLI:EU:C:2015:665 Rz 75ff.

675 *Jarass*, Charta[4] Art 20 Rz 1; *Köchle/Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 20 Rz 3.

676 *Jarass*, Charta[4] Art 20 Rz 8ff, 15ff; *Köchle/Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 20 Rz 21.

677 Vgl *Jarass*, Charta[4] Art 21 Rz 25.

678 *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (2018 14. EL) Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 97; *Jarass*, Charta[4] Art 20 Rz 6; *Köchle/Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 20 Rz 13.

Konventionsstaaten zukommt.[679] Österreich hat die EMRK als einziger Konventionsstaat im Verfassungsrang umgesetzt.[680] Dadurch erhielt die EMRK in Österreich eine ganz besondere Stellung und die Konventionsrechte können unmittelbar als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte wie genuine innerstaatliche Grundrechte geltend gemacht werden.[681]

Dass die EMRK in Österreich im Verfassungsrang steht, ändert grundsätzlich nichts an der Wirkung der Rechtsprechung des EGMR für Österreich: Rein formal hat diese auch für Österreich „nur" eine Orientierungswirkung, wenn Österreich nicht selbst Partei des Verfahrens iSv Art 46 EMRK ist;[682] theoretisch wäre es möglich, dass der VfGH etwa Art 8 EMRK als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte auch abweichend von der EGMR Judikatur auslegt. Faktisch lehnen sich die österr Gerichte und insbesondere der VfGH stark an die Rechtsprechung des EGMR an, sodass mitunter von einer „Bindungswirkung"[683] gesprochen wird.[684] Die österr Höchstgerichte gestehen dem EGMR die Leitfunktion bei der Auslegung der EMRK zu und die Judikatur des EGMR veranlasste mitunter weitreichende Gesetzesänderungen.[685] Nur selten kommt es zu Divergenzen zwischen der Judikatur des EGMR und den österr Höchstgerichten, und nur ganz selten weist etwa der VfGH daraufhin, dass Österreich nur dann unmittelbar nach der EMRK verpflichtet ist, wenn

---

[679] Etwa *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 3 Rz 1; siehe auch mit umfassender Analyse zur Geltung der EMRK *Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz[3] (2022).

[680] Eine darüberhinausgehende Stellung besitzt die EMRK nur in den Niederlanden, wo die EMRK über dem Verfassungsrecht steht; vgl *Giegerich* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] (Rz 18); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 3 Rz 2.

[681] *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1172ff; *Giegerich* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] (Rz 43); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[7] § 3 Rz 2; *Holoubek*, Bedeutung und Funktion von höchstgerichtlichen Präjudizien, in *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* (Hrsg), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (2020) 90 (93); *Holoubek*, Grundrechte im Mehrebenensystem, in *Bußjäger/Gamper/Kahl* (Hrsg), 100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz (2020) 163 (163f); *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[13] Rz 131; *Stelzer*, Grundzüge[4] 177; zur Transformation der EMRK in Österreich siehe etwa *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 275; *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 71.

[682] Vgl Punkt III) B) 1) b) – *Bindung der EGMR-Rechtsprechung*; vgl zur innerstaatlichen Wirkung auch *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[13] Rz 133a.

[683] *Holoubek* in *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* 90 (95).

[684] *Holoubek* in *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* 90 (95ff, FN 20); *Holoubek* in *Bußjäger/Gamper/Kahl* 163 (168); siehe auch beispielshaft Lehrbücher oder Kommentierungen zum österreichischen Bundesverfassungsrecht, die die Auslegung des EGMR und jene durch die österr Höchstgerichte faktisch gleichsetzen bzw in einem Atemzug ohne weitere Unterscheidung nennen, *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1401ff; *Forster* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte (2021) Art 8 EMRK etwa Rz 63; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[13] Rz 815ff; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 8 EMRK.[685] *Holoubek* in *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* 90 (95ff); *Holoubek* in *Bußjäger/Gamper/Kahl* 163 (168); *Ohms*, Die (Europäische) Menschenrechtskonvention „Welcoming the Applicant", in *Pabel/Raschauer* (Hrsg), Die Organisation des Grundrechtsschutzes (2014) 83 (85ff); besonders hervorzuheben ist etwa die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle, die insb in Anbetracht der EGMR-Judikatur zu Art 6 EMRK notwendig war oder die Ehe für alle (VfSlg 20.225/2017).

[685] *Holoubek* in *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* 90 (95ff); *Holoubek* in *Bußjäger/Gamper/Kahl* 163 (168); *Ohms*, Die (Europäische) Menschenrechtskonvention „Welcoming the Applicant", in *Pabel/Raschauer* (Hrsg), Die Organisation des Grundrechtsschutzes (2014) 83 (85ff); besonders hervorzuheben ist etwa die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle, die insb in Anbetracht der EGMR-Judikatur zu Art 6 EMRK notwendig war oder die Ehe für alle (VfSlg 20.225/2017).

Österreich Partei eines Verfahrens war.[686] Dadurch ist die Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung für die innerstaatliche Rechtslage in Österreich enorm – auch bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten.[687]

b) Verhältnis von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten und Unionsgrundrechten im Anwendungsbereich des Unionsrechts

Aus Perspektive der EMRK ist ein weitergehender nationaler Grundrechtsschutz an sich unproblematisch.[688] Im Anwendungsbereich des Unionsrechts ist es demgegenüber aufgrund der Grundsätze des Vorrangs des Unionsrechts sowie der einheitlichen Anwendbarkeit des Unionsrechts eine diffizile Fragestellung, inwieweit innerstaatlichen Grundrechten neben den Unionsgrundrechten ein Anwendungsbereich verbleibt.[689]

Gem Art 53 GRC ist keine Bestimmung der Charta als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen, die im Unionsrecht, Völkerrecht sowie in den Verfassungen der MS anerkannt sind. Die Bestimmung führt aber nicht dazu, dass von der Anwendbarkeit einer unionsrechtlichen Bestimmung, die mit der GRC im Einklang steht, abgesehen werden kann, weil sie mit innerstaatlichen Grundrechten unvereinbar ist: Einer solchen Auslegung steht der Vorrang des Unionsrechts entgegen.[690] Innerstaatliche Grundrechte können dann weiterhin angewendet werden, wenn das Handeln der MS nicht vollständig durch Unionsrecht bestimmt ist, und dadurch nicht das Schutzniveau der GRC nach der Auslegung des EuGH sowie der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigt werden.[691] Dass dieser Anwendungsbereich der innerstaatlichen Grundrechte den MS bleibt, ist auch notwendig, da der nationale Gesetzgeber im neben den unionsrechtlichen Vorgaben verbleibenden Gestaltungsspielraum an nationales Verfassungsrecht einschließlich innerstaatlicher Grundrechte gebunden bleibt (sog „Grundsatz der doppelten Bindung“).[692]

---

[686] Etwa *Holoubek* in *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* 90 (95ff); *Holoubek* in *Bußjäger/Gamper/Kahl* 163 (167ff); *Ohms* in *Pabel/Raschauer* 83 (87).
[687] Vgl etwa *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199; *Ohms* in *Pabel/Raschauer* 83 (88); *Oswald*, Bleiberecht insb 3; VwGH 17. 11. 2011, 2010/21/0494; VfGH 11. 6. 2018, E 435/2018 Rz 21ff.
[688] Art 53 EMRK; vgl etwa *Renger* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023) Art 53 Rz 1.
[689] *Vranes* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 53 Rz 2.
[690] EuGH C-399/11, *Melloni,* ECLI:EU:2013:107 Rz 56ff.
[691] Grundlegende Entscheidungen EuGH C-617/10, *Åkerberg Fransson,* ECLI:EU:C:2013:105 Rz 29; C-399/11, *Melloni,* ECLI:EU:2013:107 Rz 60; vgl *Handstanger,* ZÖR 2014, 39 (47); *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 51 Rz 33f.
[692] *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 51 Rz 33; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[13] Rz 200ff.

Während Unionsrecht grundsätzlich kein Prüfungsgegenstand oder -maßstab des VfGH ist,[693] nehmen seit dem sog „Charta-Erkenntnis“[694] Chartarechte, die in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten gleichen, eine Sonderstellung ein: Diese können wie verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte (einschließlich der Konventionsrechte) im Anwendungsbereich des Unionsrechts vor dem VfGH geltend gemacht werden; dadurch kann der VfGH nationale Bestimmungen, die mit diesen Chartarechten unvereinbar sind, aufheben oder über eine Verletzung dieser Chartarechte durch einen individuellen Verwaltungsakt erkennen.[695]

Bei den für die Untersuchung relevanten Chartarechten ging der VfGH bei allen davon aus, dass sie in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten gleichen und somit im Anwendungsbereich des Unionsrechts wie verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden können:[696] So entspricht Art 7 GRC Art 8 EMRK und somit in seiner Formulierung und Bestimmtheit einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht.[697] Art 24 GRC entspricht inhaltlich weitgehend dem BVG Kinderrechte und wird ebenso als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht durch den VfGH angewandt.[698] Art 21 GRC gleicht nach Ansicht des VfGH Art 14 EMRK sowie Art 7 B-VG in seiner Formulierung und Bestimmtheit und kann auch als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte angewendet werden.[699] Gleiches gilt für Art 20 GRC, wobei die Anwendung nur über Art 7 B-VG zu begründen ist.[700]

Neben dieser besonderen Bedeutung, die der VfGH in seiner Rechtsprechung den Chartarechten verschafft hat, sind die Unionsgrundrechte allgemein von nationalen Behörden und Gerichten im Anwendungsbereich des Unionsrechts wahrzunehmen: Widerspricht eine nationale Bestimmung

---

[693] Siehe ausführlich etwa *Holzinger/S. L. Frank*, Auswirkungen des Unionsrechts auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 545; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[13] Rz 190ff; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 194ff.

[694] VfSlg 19.632/2012; das Charta-Erkenntnis löste eine Sintflut an Bemerkungen in der Literatur aus; siehe stellvertretend *John*, Die Grundrechtecharta in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (2020) 5 FN 14; der eine gute Übersicht über diese Literatur bietet.

[695] *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1198; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[13] Rz 196, 206, 684a; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 195f mwN.

[696] Mit einer eingehenden Analyse, welche Chartarechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden können, siehe *John*, Grundrechtecharta.

[697] Etwa VfSlg 19.892/2014; *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 51 Rz 48.

[698] Etwa VfGH 10. 3. 2021, E 345/2021; *Bertel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* BVG Kinderrechte - Vorbemerkungen Rz 19 mwN.

[699] Etwa VfSlg 19.865/2014; 19.955/2015; *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 99; *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 51 Rz 48.

[700] Lange Zeit hat die Literatur nur angenommen, dass Art 20 GRC als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht angewendet werden könne; siehe etwa *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 99; *Köchle/Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*[2] Art 20 Rz 53; mittlerweile hat der VfGH dies auch bestätigt, allerdings ohne vergleichbar ausführlicher Begründung wie zu Art 21 GRC; siehe VfSlg 20.289/2018; VfGH 4. 10. 2023, G 192/2023.

den Unionsgrundrechten, so hat die nationale Bestimmung aufgrund des unionsrechtlichen Anwendungsvorranges unangewendet zu bleiben.[701]

Dieser Punkt und der vorhergehende Punkt zu *Konventionsrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte* zeigen, dass sich das Recht auf Achtung des Familienlebens aus konventionsrechtlicher, unionsrechtlicher sowie innerstaatlicher Perspektive inhaltlich weitgehend gleicht. Das BVG Kinderrechte und Art 24 GRC fußen beide auf der KRK, was dazu beiträgt, dass sie sich ebenso in weiten Teilen gleichen.[702] Im Asyl- und Fremdenrecht stützen der VfGH und der VwGH Kindeswohlerwägungen meist sowohl auf das BVG Kinderrechte sowie auf Art 24 GRC; Art 8 EMRK rückt hier in den Hintergrund, da das Unionsrecht sowie die innerstaatliche Rechtslage speziellere Grundrechtsverbürgungen vorsehen.[703]

c) Besondere Bedeutung des innerstaatlichen Gleichheitssatzes

Hinsichtlich der gleichheitsrechtlichen Anforderungen ist die Bedeutung des Gleichheitssatzes in der österr Verfassungsgerichtsbarkeit hervorzuheben: Der VfGH neigt dazu– auch wenn Eingriffe in Freiheitsrechte vorliegen –, primär eine Prüfung anhand des innerstaatlichen, allgemeinen Gleichheitssatzes gem Art 7 Abs 1 B-VG bzw Art 2 StGG vorzunehmen.[704] Der Gleichheitssatz verbürgt zunächst ein Gleichbehandlungsgebot: Unterschiede im Rechtlichen sind nur dann zulässig, wenn sie aufgrund entsprechender Unterschiede im Tatsächlichen sachlich zu rechtfertigen sind.[705] Weiters beinhaltet der Gleichheitssatz ein allgemeines Sachlichkeitsgebot sowie ein Willkürverbot.[706] Zwar ist Gleichheitssatz gem Art 7 Abs 1 B-VG sowie Art 2 StGG als

---

[701] *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 89ff; *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZÖR 2012, 587 (589); *Wimmer*, Die Anwendung der Grundrechte-Charta durch Verwaltungsbehörden und nicht-oberstinstanzliche Gerichte als Normenkontrollmaßstab, ZÖR 2015, 511 (522ff); der auch auf das Verhältnis von Behörden bzw VwGH zu VfGH eingeht; siehe dazu auch *Holoubek*, Auswirkungen des Unionsrechts auf das Verhältnis der österreichischen Höchstgerichte zueinander, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 625; *Thienel*, Auswirkungen des Unionsrechts auf Zuständigkeit und Verfahren des VwGH, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 567 (583ff); *Handstanger,* ZÖR 2014, 39.

[702] Für eine ausführliche Gegenüberstellung siehe *Bertel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* BVG Kinderrechte - Vorbemerkungen Rz 20; Art 24 GRC geht insoweit über das BVG Kinderrechte hinaus, als die Meinung der Kinder nach der GRC ausdrücklich zu berücksichtigen ist.

[703] Etwa VfGH 10. 3. 2021, E 345/2021; VwGH 10. 3. 2022, Ra 2021/18/0349; vgl *Bertel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (2023 18. EL) Art 1 BVG Kinderrechte Rz 8, 17ff mwN.

[704] *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1626; *Pöschl*, Gleichheit 569ff, 639; *Pöschl*, § 14 Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa[2] (2014) 519 (Rz 1).

[705] Etwa *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1644ff; *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 114ff; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 519 (Rz 32ff); Unterschiede im Tatsächlichen können weiters eine unterschiedliche Behandlung im Rechtlichen erfordern.

[706] Etwa *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1640, 1696ff; *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 128ff, 305ff; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 519 (Rz 36ff, 79ff).

Staatsbürgerschaftsrecht ausgestaltet,[707] aber das BVG-RD vermittelt Drittstaatsangehörigen dieselben Gewährleistungen untereinander; einschließlich des allgemeinen Sachlichkeitsgebots und des Willkürverbots.[708] Durch Art I BVG-RD kommt dem Gleichheitssatz und insbesondere dem Willkürverbot auch im Asyl- und Fremdenrecht eine enorme praktische Bedeutung zu.[709]

Dass sich Drittstaatsangehörige nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz gem Art 7 Abs 1 B-VG stützen können, wird als Argument für die Annahme genutzt, Drittstaatsangehörige und Staatsbürger:innen seien nicht vergleichbar iSd des allgemeinen Gleichheitssatzes.[710] Nach ständiger Rechtsprechung verbürgt Art I BVG-RD ein Gleichbehandlungsgebot auch „nur" für „Fremde" untereinander;[711] das BVG-RD hindert nicht daran, Staatsangehörigen besondere Rechte einzuräumen, soweit dies mit Art 14 EMRK vereinbar ist.[712]

Damit unterscheidet Art I BVG-RD sich von Art 14 EMRK, der im Regelungsbereich der Konventionsrechte grundsätzlich ein Gleichbehandlungsgebot von Staatsbürger:innen und Drittstaatsangehörigen vorsieht, wobei eine unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt sein kann und der EGMR migrationsrechtliche Bestimmungen eben nicht per se als diskriminierend ansieht.[713] Die Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem Art 7 B-VG bzw in Bezug zu Drittstaatsangehörigen gem Art I BVG-RD in der Rechtsprechung des VfGH, stellt Art 14 EMRK in den Schatten; ihm kommt keine besondere Bedeutung in der österr Judikatur zu.[714]

Eine aufenthaltsrechtliche unterschiedliche Behandlung von Familienangehörigen von Unionsbürger:innen sowie österr Staatsbürger:innen, die von ihrem unionsrechtlichen

---

[707] *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 76.

[708] *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 78, 88, 287ff; *Mayer* in *ÖJT* 87 (97); ausführlich zur Entwicklung insb *Pöschl*, Gleichheit 411ff; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 519 (Rz 21); siehe auch ErläutRV 732 BlgNR 13. GP 2.

[709] *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 88 (FN 227) und Rz 287ff; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 519 (Rz 22); *Gamper*, Das Argument der letzten Instanz (2023) 147ff, 166ff.

[710] *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 78; Anwendung findet der allgemeine Gleichheitssatz gem Art 7 B-VG, wenn eine Regelung für Staatsbürger:innen gleichermaßen wie für Drittstaatsangehörige gilt; Unionsbürger:innen sind aufgrund des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots Staatsangehörigen gleichgestellt; vgl etwa *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 79f, 88 (FN 228) und Rz 90f; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 519 (Rz 22).

[711] Siehe zur Spruchformel des VfGH statt vieler etwa VfGH 18. 9. 2023, E 3230/2022 Rz 18ff mwN; 27. 11. 2023, E 2741/2023 Rz 14ff mwN.

[712] Wobei es dazu auch andere Meinungen gibt; siehe dazu *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 89 mwN; *Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassische Diskriminierung, in FS Rill (1995) 183 (190ff); *Mayer* in *ÖJT* 87 (97ff); *Pöschl*, Gleichheit; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 519 (Rz 20, 23).

[713] *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 90; *Pöschl*, Gleichheit 651f; vgl bereits Unterpunkt III) B) 5) b) iv) – *Diskriminierung aufgrund der nationalen oder ethnischen Herkunft*.

[714] *Pöschl*, Gleichheit 639ff; die auch das Verhältnis von Art 14 EMRK zum innerstaatlichen Gleichheitssatz eingehend analysiert.

Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben[715], einerseits und andererseits von österr Staatsbürger:innen, die nicht von ihren Aufenthaltsrecht Gebrauch gemacht haben, erachet der VfGH als sachlich gerechtfertigt:[716] Die begünstigte Rechtsstellung von Unionsbürger:innen sowie österr Staatsbürger:innen, die von ihrem unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, besteht aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben[717] und dient der Förderung des unionsrechtlich garantierten Rechtes auf Freizügigkeit. Dem Gesetzgeber ist nach der Ansicht des VfGH gestattet, Sachverhalte, die im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegen, anders zu behandeln als solche, die nicht an das Unionsrecht anknüpfen. Weiters betonte der VfGH, dass es dem Gesetzgeber gestattet ist, Maßnahmen zur Kontrolle der Einreise und des Aufenthaltes zu erlassen, sofern sie mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar oder außerhalb deren Anwendungsbereichs liegen.

D) Fazit – Grundrechtliche Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder im asylrechtlichen Kontext

Damit eine grundrechtliche Verpflichtung in Frage kommt, ob einem Familienmitglied aus Gründen des Familienlebens iSv Art 8 EMRK die Einreise und den Aufenthalt zu gewähren ist, muss zunächst eine „Familie" vorhanden sein. Dabei ist der EGMR zunächst offen; er kennt eben gerade keine einheitliche Definition von Familie. Bei der Frage, ob die vorhandene Familie auch ein Familienleben iSv Art 8 EMRK führt, ist der EGMR dennoch beeinflusst vom Verständnis der bürgerlichen Kleinfamilie. Nur bei einer verrechtlichten Paarbeziehung und deren minderjährigen Kindern ist ein Familienleben iSv Art 8 EMRK grundsätzlich anzunehmen und nur unter außergewöhnlichen Umständen zu verneinen. Trotzdem stellt der EGMR auf die soziale Familie ab, denn ein Familienleben nimmt er aufgrund von tatsächlichen, ausgelebten familiären Beziehungen an. Dadurch kann unter Umständen auch die erweiterte Familie vom Familienleben iSv Art 8 EMRK geschützt sein; dies ist insbesondere bei Abhängigkeitsverhältnissen zu bejahen. Wann eine für ein Familienleben ausreichende tatsächlich gelebte Beziehungen vorliegt, ist trotz der Indizien, auf die der EGMR in seiner Judikatur bisher abstellte, nicht immer eindeutig und mitunter abhängig von Wertungen, die von der jeweiligen entscheidenden Instanz vorgenommen werden.

---

[715] Siehe vertiefend etwa *Wapler*, § 7 Freizügigkeit von Familienmitgliedern von Unionsbürgern, in *Wollenschläger et al* (Hrsg), Europäischer Freizügigkeitsraum - Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 263; zur innerstaatlichen Umsetzung etwa *Abermann* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, inkl Integrationsgesetz: Kommentar[2] (2019) § 52 NAG und § 54 NAG.

[716] Hier und im Folgenden VfSlg 18.269/2007; 18.968/2009; *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 296; schon vor der Unionsbürgerschaft war der VfGH der Ansicht, dass eine Begünstigung von EWR-Bürger:innen und ihren Angehörigen zulässig ist; vgl VfSlg 13.836/1994; *Pöschl*, Gleichheit 415.

[717] Allen voran der Unionsbürger-RL sowie Art 20, 21 AEUV.

Gesellschaftliche Veränderungen und vielfältige Familienformen führten bereits dazu, dass der EGMR das Verständnis, das er dem Familienleben iSv Art 8 EMRK zugrunde legt, aufweicht: Auch Lebensgefährt:innen ohne verrechtlichte Beziehung und ohne einen gemeinsamen Haushalt können vom Schutzbereich des Familienleben iSv Art 8 EMRK umfasst sein. Unbestritten ist mittlerweile weiters, dass gleichgeschlechtliche Paare wie verschiedengeschlechtliche Paare ein geschütztes Familienleben iSv Art 8 EMRK führen können. Der Prozess vor dem EGMR ist aufgrund seiner nachprüfenden, subsidiären Rolle ein langsamer. Dennoch trägt der EGMR dazu bei, dass auch ein Familienverständnis abseits des traditionellen, westeuropäischen Familienbildes konventionsrechtlich geschützt wird. Aufgrund der „living instrument"-Doktrin haben sich die Anforderungen, wann ein Familienleben iSv Art 8 EMRK vorliegt, bereits gewandelt – und mit weiteren gesellschaftlichen Veränderungen können sie sich auch weiter wandeln. Der Schutz des Familienlebens iSv Art 8 EMRK ist unabhängig von der (personenstands-)rechtlichen Anerkennung der familiären Beziehung zu beurteilen, weshalb auch beispielsweise eine Mehrehe vom Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens umfasst sein kann.

Mittlerweile haben sich aus der Judikatur des EGMR klare Kriterien herauskristallisiert, die bei der Interessenabwägung gem Art 8 EMRK, ob im Einzelfall eine positive Verpflichtung zur Gewährung (der Einreise und) des Aufenthalts von Familienmitgliedern besteht, zu berücksichtigen sind. Zwar betont der EGMR weiterhin den Grundsatz, dass Art 8 EMRK kein generelles Recht auf die Wahl des Staates verleiht, in dem das Familienleben geführt wird, aber seine Rechtsprechungsentwicklung verstärkt die grundrechtlichen Anforderungen, wann gem Art 8 EMRK die Einreise und der Aufenthalt zu gewähren ist. Insbesondere hat ein fairer Ausgleich der widerstreitenden individuellen Interessen am Aufenthalt aufgrund des Familienlebens und der öffentlichen Interessen an der Einwanderungskontrolle stattzufinden. Das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, ist in der Realität nur noch ein zu bedenkender Aspekt, aber nicht mehr uneingeschränkte, tragende Leitlinie. Dies zeigt sich insbesondere in Entscheidungen, in denen auf beiden Seiten gewichtige Gründe stehen und der EGMR dennoch die Letztentscheidung traf, anstatt sie dem margin of appreciation der Konventionsstaaten zu überlassen.[718] Manchen ist die Bedeutung des souveränen Rechts des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, in der Judikatur des EGMR noch immer zu groß.[719] Von seinem ursprünglichen Standpunkt hat sich der EGMR jedenfalls mittlerweile entfernt und einen differenzierten Ansatz etabliert, der Familienmitgliedern im Einzelfall einen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt verleihen kann.

[718] Siehe etwa EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande*; 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen*; 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande*.
[719] Vgl etwa *Spalding,* Eur. J. Migr. Law 2019, 117 (135) mwN.

Die konventionskonforme Beurteilung der Abwägungskriterien, ob im Einzelfall ein Aufenthaltsrecht an Familienmitglieder zu erteilen ist, benötigt eine tiefgehende Aufarbeitung der Umstände des Einzelfalls und ist dadurch mit einem enormen Ermittlungs- und Verwaltungsaufwand verbunden. Trotz der Abwägungskriterien, die nach der EGMR-Judikatur zu berücksichtigen sind, ist nicht nur das Gesamtergebnis, sondern teilweise auch die Beurteilung der einzelnen Kriterien nicht immer klar vorhersehbar und zudem beeinflusst von Wertungen der entscheidenden Instanz.[720] Dies zeigt sich etwa beim Abwägungskriterium der tatsächlichen Auswirkungen auf das Familienleben: Inwieweit sich die Versagung des Aufenthalts auf das Familienleben tatsächlich auswirkt, kann ganz unterschiedlich beurteilt werden und die Wahrnehmung von Außenstehenden und das subjektive Empfinden können leicht auseinanderfallen.

Nachdem der EGMR zu Beginn der 2000er-Jahre begann, den Prüfungsmaßstab aufzuweichen, wann ein Aufenthaltstitel für Familienmitglieder aus Gründen von Art 8 EMRK zu erteilen ist,[721] stellt der EGMR seit Mitte der 2010er-Jahre auch verstärkt prozedurale Anforderungen gem Art 8 EMRK auf, die beim Gesetz- und Entscheidungsfindungsprozess zur Familienzusammenführung bzw Legalisierung zu beachten sind. Weiters wendet er seitdem auch Art 14 iVm Art 8 EMRK (wieder[722]) verstärkt bei aufenthaltsrechtlichen Fragestellungen an. Nach der Judikatur des EGMR ist es nicht per se gem Art 14 iVm Art 8 EMRK untersagt, gewisse Familienmitglieder gegenüber anderen aufenthaltsrechtlich zu begünstigen; für das einzelne Familienmitglied hat im Zweifelsfall eine Interessenabwägung iSv Art 8 EMRK stattzufinden. Beruht die unterschiedliche Behandlung aber ungerechtfertigterweise auf einem verpönten Diskriminierungsmerkmal iSd Art 14 EMRK, können die gleichheitsrechtlichen Anforderungen die positiven Verpflichtungen gem Art 8 EMRK erweitern und dazu führen, dass auch die benachteiligte Personengruppe entsprechend zu begünstigen ist.

Bei den grundrechtlichen Anforderungen, ob und wie Familienmitgliedern aufgrund von Art 8 EMRK bzw Art 14 iVm Art 8 EMRK die Einreise und der Aufenthalt zu gewähren ist, kommt dem asylrechtlichen Kontext eine große Bedeutung zu:

Sowohl bei Asyl- als auch subsidiär Schutzberechtigten sind unüberwindbare Hindernisse anzunehmen, die einem Familienleben im Herkunftsstaat entgegenstehen; unüberwindbare Hindernisse nehmen nach der Judikatur des EGMR einen großen Stellenwert innerhalb der Interessenabwägung gem Art 8 EMRK ein. Weiters kann eine durch Flucht oder durch eine

[720] Vgl *Pöschl* in *Posch/Schleifer* 104 (110ff).
[721] Weg vom Prüfungsmaßstab, wonach das Aufenthaltsrecht der *einzige* Weg für ein Familienleben sein muss, hinzu dem Prüfungsmaßstab, wonach das Aufenthaltsrecht der *angemessenste* Weg für ein Familienleben sein muss.
[722] Nachdem bereits die grundlegende Entscheidung EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich* sich auch mit Art 14 iVm Art 8 EMRK auseinandersetzte.

allgemeine Gefährdungssituation verursachte Trennung von der Familie den Personen, die eine Familienzusammenführung oder Legalisierung begehren, nicht vorgeworfen werden. Insbesondere bei anerkannten Flüchtlingen anerkennt der EGMR es als wesentliches Element, die Familieneinheit wiederherzustellen, und er beruft sich regelmäßig auf einen europäischen Konsens, Flüchtlinge bei der Familienzusammenführung zu begünstigen. Auch wenn der EGMR das Vorliegen eines europäischen Konsenses für die Begünstigung von subsidiär Schutzberechtigten verneint, geht er dennoch sowohl für subsidiär Schutzberechtigte als auch für Asylberechtigte davon aus, dass der Entscheidungsfindungsprozess bei Verfahren zur Familienzusammenführung rasch, flexibel und wirksam mit einer besonderen Sorgfalt zu erfolgen hat. Und schließlich unterscheidet der EGMR bei einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund des Aufenthaltsstatus gem Art 14 iVm Art 8 EMRK zwischen Aufenthaltsstatus, die auf Freiwilligkeit beruhen, und Aufenthaltsstatus wie jener von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten, die nicht freiwillig gewählt sind. Bei Aufenthaltsstatus, die auf Unfreiwilligkeit beruhen, unterliegt eine unterschiedliche Behandlung einer stärkeren Rechtfertigungsprüfung; der margin of appreciation der Konventionsstaaten ist in diesem Fall kleiner.

Insgesamt lässt sich also feststellen, dass im asylrechtlichen Kontext als Teilbereich von aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten der margin of appreciation nach der Judikatur des EGMR weiter eingeschränkt ist als allgemein bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten. Im asylrechtlichen Kontext ist dadurch das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu kontrollieren, auch speziell bei der Frage, ob Familienmitgliedern aus Gründen von Art 8 EMRK ein Aufenthaltstitel zu gewähren ist, stärker beschränkt.

Dies zeigt sich auch hinsichtlich der Wartefristen für Familienzusammenführung mit subsidiär Schutzberechtigten: Zwar sind auch nach der Judikatur des EGMR Wartefristen von zwei Jahren zulässig, selbst wenn nach Ablauf der Wartefrist eine Familienzusammenführung nicht mehr möglich ist; aber auch bei einer Wartefrist (jedenfalls über zwei Jahren) muss eine Interessenabwägung gem Art 8 EMRK vorgesehen werden, die im Einzelfall den betroffenen Personen aufgrund eines überwiegenden individuellen Interesses die Familienzusammenführung tatsächlich vor Ablauf der Wartefrist ermöglicht. Unüberwindbare Hindernisse nehmen mit der Dauer an Bedeutung zu.

Hinsichtlich des Verhältnisses von subsidiär Schutzberechtigten und Asylberechtigten zeigte sich der EGMR zurückhaltend: Nur vorsichtig und beschränkt auf den schwedischen Ausgangsfall in *M.T. ua,* bejahte er eine Vergleichbarkeit der beiden Aufenthaltsstatus bei der Familienzusammenführung, deren unterschiedliche Behandlung rechtfertigungsbedürftig ist. Da die schwedische Regelung aber auf unionsrechtlichen Vorgaben beruht, hat der EGMR dennoch

einen fruchtbaren Boden geschaffen, um auch in anderen nationalen Regelungen, die dieselben unionsrechtlichen Wurzeln haben, eine Vergleichbarkeit anzunehmen.

Die EU verpflichtet sich – auch ohne vollzogenen Beitritt zur EMRK – zur Berücksichtigung der EMRK einschließlich der Auslegung durch den EGMR. Auch wenn der EuGH, seitdem der GRC Rechtsverbindlichkeit zukommt, in erster Linie die GRC statt der EMRK heranzieht, fließt bei den für den Untersuchungsgegenstand wesentlichen Chartarechten die EMRK zu einem guten Teil in die Auslegung mit ein. Es besteht ein unionaler Wille, auch die Entwicklungen der EGMR-Rechtsprechung zu berücksichtigen. Für Österreich hat die EMRK aufgrund des Verfassungsrangs überragende Bedeutung, was sich auch in einer starken Achtung der EGMR-Rechtsprechung zeigt, die weitgehend unabhängig davon ist, ob Österreich Partei des jeweiligen Ausgangsverfahrens vor dem EGMR war. Soweit den MS ein Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung bzw beim Vollzug unionsrechtlicher Vorgaben zukommt, sind der österr Gesetzgeber sowie die österr Behörden aufgrund des Grundsatzes der doppelten Bindung auch zur Einhaltung der Konventionsrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verpflichtet. Folglich sind die grundrechtlichen Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder nach der EGMR-Rechtsprechung für das Unionsrecht und die innerstaatliche Rechtslage maßgeblich.

IV) Aufenthaltsrechte für Familienangehörige im asylrechtlichen Kontext – Geltende Rechtslage

A) Vorbemerkungen

1) Eine Untersuchung in Phasen

In Teil III) der vorliegenden Arbeit wurden die grundrechtlichen Anforderungen an Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder erarbeitet. Wie im Problemaufriss[723] erläutert, wird eine abschließende Definition von Familienangehörigen häufig genutzt, um bestimmten Familienangehörigen eine privilegierte aufenthaltsrechtliche Stellung einzuräumen und dadurch Migration zu steuern. Im vorliegenden Teil IV) gilt es zu beurteilen, inwieweit diese abschließenden Definitionen von Familienangehörigen im asylrechtlichen Kontext mit den grundrechtlichen Anforderungen des Teil III) im Einklang stehen.

Aus der geltenden Rechtslage lassen sich drei Phasen bilden, in denen ein Familienangehörigenbegriff definiert und mit aufenthaltsrechtlichen Folgen verknüpft wird:

Zunächst ist für eine Person, die einen AaiS stellt (antragstellende Person), der zuständige MS zu ermitteln, der anschließend den AaiS inhaltlich zu prüfen hat. In dieser **Phase 1** ist nach der geltenden Rechtslage die **Dublin-III-VO** die wesentliche Rechtsgrundlage. Bei der Ermittlung des zuständigen MS, stellt die Dublin-III-VO vorrangig darauf ab, ob sich andere Familienangehörige der antragstellenden Person in einem MS der EU aufhalten. Ist dies der Fall, soll dem Grundsatz nach dieser MS, in dem sich Familienangehörige aufhalten, für die Prüfung des AaiS der antragstellenden Person zuständig sein. Ist beispielsweise die Ehefrau einer antragstellenden Person bereits international Schutzberechtigte in den Niederlanden, sind grundsätzlich die Niederlande für die inhaltliche Prüfung des AaiS zuständig. Dass die Zuständigkeit auf den MS übergeht, in dem sich bereits Familienangehörige aufhalten, ist für die Fortsetzung des Familienlebens von besonderer Bedeutung, da die antragstellende Person sich rechtmäßig im zuständigen MS aufhalten kann, bis über den Antrag entschieden wurde, und somit im selben MS wie ihre Familienangehörigen verbleiben darf.[724] Somit können in dieser Zeit die Familienangehörigen zusammen sein und ihr Familienleben fortsetzen.[725]

---

[723] Kapitel I) A) – *Problemaufriss*.
[724] Art 9 Abs 1 Verfahrens-RL.
[725] Wie bereits in Kapitel I) C) – *Abgrenzung* dargelegt, soll die Dublin-III-VO durch die Asyl- und Migrationsmanagement-VO ersetzt werden. Weiters ist mit der Verfahrens-VO die Einführung eines Grenzverfahrens geplant; inwieweit dieses Grenzverfahren die Anwendungsfälle der Asyl- und Migrationsmanagement-VO reduziert, bleibt abzuwarten.

Die **Phase 2** beschäftigt sich mit der Prüfung des AaiS und den Rechten, die an die Zuerkennung des Status von internationalem Schutz knüpfen. Die **Status-RL** legt die wesentlichen Kriterien fest, nach denen zu bestimmen ist, ob internationaler Schutz zuzuerkennen ist. Weiters bestimmt sie den Inhalt und die Rechte, die mit der Zuerkennung von internationalem Schutz einhergehen. Dabei sieht die Status-RL auch bestimmte Rechte für Familienangehörige vor, die der Wahrung der familiären Einheit dienen – insbesondere ist Familienangehörigen von international Schutzberechtigten, auch wenn sie selbst nicht die Voraussetzungen für internationalen Schutz erfüllen, ein Aufenthaltstitel zu gewähren.[726]

Wird in der Folge über den Antrag positiv entschieden, so wird der antragstellenden Person sowie den sich im selben MS aufhaltenden Familienangehörigen nur vom zuständigen MS internationaler Schutz zuerkannt; ein Aufenthaltsrecht besteht grundsätzlich nur in diesem MS. Daher kann die Phase 1 – die Ermittlung des zuständigen MS – die Möglichkeiten der Fortsetzung des Familienlebens langfristig beeinflussen.

Wurde einer antragstellenden Person internationaler Schutz zuerkannt, stellt sich die Frage, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen ihr bzw ihren Familienangehörigen, die sich im Herkunftsstaat oder einem anderen Staat befinden, das Recht auf Familienzusammenführung zukommt. Maßgeblich für die **Phase 3** – Familienzusammenführung – ist in erster Linie die **Familienzusammenführungs-RL** sowie ihre innerstaatliche Umsetzung.

Diese drei ineinandergreifenden Phasen stellen grundsätzlich ein abgeschlossenes System dar; es ist der „klassische Weg", dem Personen, die internationalen Schutz suchen, und ihre Familienangehörigen folgen.

Daneben bestehen grundsätzlich zwei Sonderfälle, die entweder neben diesem System stehen oder in denen unter Umständen ein „Ausbrechen" aus dem System möglich ist:

Der erste Sonderfall liegt beim Bestehen eines Massenzustroms und einem Aktivieren der Massenzustrom-RL vor: Die RL sieht eine eigene Begriffsbestimmung von Familienangehörigen vor und regelt deren Aufenthaltsrecht eigens.[727] Da es sich bei der Massenzustrom-RL um ein Aliud

[726] Art 23 iVm Art 24 Status-RL; im Detail sogleich Kapitel IV) C) – *Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland*. Während der Phase 1 (Verfahren nach der Dublin-III-VO) und der Phase 2 (inhaltliches Asylverfahren) sind grundsätzlich die Verfahrensbestimmung nach der Verfahrens-RL einzuhalten; da diese aber keine Definition von Familienangehörigen enthält, die eine aufenthaltsrechtliche Implikation hätte, ist die Verfahrens-RL nicht Teil des Untersuchungsgegenstandes. Angemerkt sei, dass die aktuelle Judikatur die Relevanz von Art 8 EMRK bzw Art 7 GRC für die Zulässigkeit von Folgeanträgen iSv Art 33 Abs 2 Verfahrens-RL aufzeigen; siehe EuGH C-483/20, *XXXX/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides,* ECLI:EU:C:2022:103; zu dieser Thematik etwa *Kirsche/Valenta*, § 4a Griechenland, in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2022 (2022) 281 mwN. Auch die Aufnahme-RL enthält grundsätzlich eine Definition von Familienangehörigen, die aber ebenso über keine aufenthaltsrechtliche Implikation verfügt, weshalb die Aufnahme-RL nicht weiter behandelt wird.

[727] Siehe Art 15 Massenzustrom-RL.

gegenüber den Vorschriften des GEAS handelt, deren Aktivierung vom politischen Konsens der MS abhängt, wird die Massenzustrom-RL in dieser Arbeit nicht eigens behandelt.[728]

Der zweite Sonderfall betrifft Konstellationen mit Unionsbürger:innen. Aus drei Gründen wird auch von der selbständigen Behandlung dieser Konstellationen abgesehen:[729] Zunächst spielt der asylrechtliche Kontext bei Familienangehörigen von Unionsbürger:innen, die einen AaiS stellten, für ihr Aufenthaltsrecht keine Rolle, wenn sie sich auf ihr Freizügigkeitsrecht aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft zu einer Unionsbürger:in berufen. Weiters ist die unterschiedliche Behandlung von Unionsbürger:innen gegenüber Drittstaatsangehörigen konventionsrechtlich sowie nach der innerstaatlichen Rechtslage mit den (derzeitigen) grundrechtlichen Anforderungen kompatibel,[730] weshalb aus der Gegenüberstellung für diese Arbeit keine besondere Erkenntnis zu erwarten ist. Und schließlich ist die Fragestellung, inwieweit Unionsbürger:innen selbst einen AaiS stellen können, nicht Teil der vorliegenden Arbeit.[731]

Bei der Analyse der drei Phasen werden einerseits die unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Familienangehörigenbegriffs unter Berücksichtigung der einschlägigen EuGH-Judikatur untersucht und anderseits – sofern es sich um RL handelt – die Umsetzung in der österreichischen Rechtsordnung. Die für den Untersuchungsgegenstand maßgeblichen Umsetzungen von den unionsrechtlichen Vorgaben finden sich hauptsächlich im AsylG 2005 und im NAG[732]; da die für die Untersuchung relevanten Bestimmungen weitestgehend auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhen bzw deren Umsetzung dienen, sind die unionsrechtlichen Vorgaben im Hintergrund zu beachten und die innerstaatlichen Bestimmungen unionsrechtskonform auszulegen.

Durch die starke unionsrechtliche Harmonisierung handelt es sich bei all diesen Phasen um eine Durchführung des Unionsrechts iSd Art 51 Abs 1 GRC; der Anwendungsbereich der GRC ist daher

[728] Vgl *Thym*, European Migration Law 405; lediglich im Vergleich zum Recht auf Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten wird auf die Massenzustrom-RL Bezug genommen; siehe Unterpunkt IV) D) 3) c) i) – *Unterschiedliche Behandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung*.

[729] Auf die Unionsbürger-RL Bezug genommen soweit sich aus der Auslegung des Familienangehörigenbegriffs nach der Unionsbürger-RL Erkenntnisse für die vorliegende Untersuchung gewinnen lassen.

[730] Vgl Unterpunkt III) B) 5) b) iv) – *Diskriminierung aufgrund der nationalen bzw ethnischen Herkunft* sowie Punkt III) C) 3) c) – *Besondere Bedeutung des innerstaatlichen Gleichheitssatzes*.

[731] Siehe dazu etwa *Fädler/Kopetzki*, Sichere Mitgliedstaaten? in *Bauer/Baumgartl* (Hrsg), 70 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention - altbewährt? (2021) 125; *Kofler-Schlögl/Neusiedler*, Asyl für Unionsbürger*innen in Österreich, in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2022 (2022) 181; *Muzak* in *Jaeger/Stöger* Art 78 AEUV Rz 10ff; *Peers*, Institutional, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild*[2] 7 (20ff).

[732] Allgemein zum österr Asyl- und Fremdenrecht siehe *Kunesch/Matti* in *Aigner/Erlacher/Forster/Friedrichkeit-Lebmann/Frommelt/Holl/Holzer/Huber/Kunesch/Matti/Mittermüller/Reithmayer-Ebner*[4] 189; *Muzak*, Fremden- und Asylrecht, in *Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht[2] (2017) 167; *Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus*, Fremdenrecht. Asyl - Ausländerbeschäftigung - Einbürgerung - Einwanderung - Verwaltungsverfahren[8] (2023).

eröffnet. Sofern die unionsrechtlichen Vorgaben einen Gestaltungsspielraum gewähren, sind ebenso die innerstaatlichen Grundrechte maßgeblich.[733]

Für die Beantwortung der Frage, inwieweit eine abschließende Definition von Familienangehörigen, wenn diese mit einer begünstigten aufenthaltsrechtlichen Rechtsstellung einhergeht, mit den grundrechtlichen Anforderungen vereinbar ist, kann der Familienangehörigenbegriff nicht isoliert analysiert werden: Vielmehr ist er im System des jeweiligen Rechtsaktes zu betrachten und zu beurteilen, welche Funktion der Familienangehörigenbegriff verfolgt bzw welche konkreten Rechtspositionen an die Familienangehörigeneigenschaft geknüpft sind. Zudem ist zu beurteilen, wie der gesetzliche Rahmen angewendet wird. Dafür wird der Blick auf die österr Rechtspraxis gerichtet und in erster Linie die Judikatur von VfGH und VwGH als Untersuchungsmaterial herangezogen. Auf die Judikatur des BVwG wird punktuell zurückgegriffen, wenn einschlägige Rechtsprechung von VfGH und VwGH fehlt.

In allen drei Phasen erfolgt eine grundrechtliche Beurteilung des Familienangehörigenbegriffs einschließlich der daran knüpfenden Rechte sowie seiner Anwendung. Im Rahmen der grundrechtlichen Beurteilung werden jene Aspekte in der Analyse aufgegriffen, bei denen es mit Blick auf die grundrechtlichen Anforderungen nach dem Teil III) zu grundrechtlichen Bedenken kommt.

Die Untersuchung der Phasen konzentriert sich auf die derzeitige geltende Rechtslage, wobei relevante Aspekte der geplanten Änderungen durch das Migrations- und Asylpaket berücksichtigt werden. Historische Entwicklungen fließen in die Darstellung mit ein, sofern es dem Verständnis der derzeitigen Rechtslage dient bzw sofern eine Bezugnahme zur historischen Entwicklung für die Auslegung als zweckmäßig erscheint.

2) Rechtliche Anerkennung von Familienangehörigen

Damit sich eine Person auf die Familienangehörigeneigenschaft berufen kann, ist das jeweilige familiäre Verhältnis im Inland anzuerkennen. Dabei ist im asylrechtlichen Kontext grundsätzlich nach den Regeln des internationalen Privatrechts[734] die Rechtsordnung zu bestimmen, nach der zu beurteilen ist, ob die jeweilige familiäre Beziehung – wie etwa eine Ehe, eingetragene Partnerschaft oder Adoption – rechtsgültig geschlossen wurde und anerkennungsfähig ist. Die Anerkennung als Familienangehörige nach dem internationalen Privatrecht ist bei der Anwendung der im Folgenden

[733] Vgl Punkt III) C) 2) a) – *Grundrechtsschutz in der EU und Verhältnis zur EMRK* und Punkt III) C) 3) b) – *Verhältnis von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten und Unionsgrundrechten im Anwendungsbereich des Unionsrechts*.

[734] Vgl etwa ErläutRV 1523 BlgNr 25. GP 43; allgemein etwa *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht. Mit Hinweisen auf das Internationale Zivilverfahrensrecht: Handbuch[2] (2021).

zu untersuchenden Bestimmungen als Vorfrage zu beurteilen;[735] eine ausführliche Darstellung relevanter Fragen des internationalen Privatrechts hinsichtlich der Anerkennung von Familienangehörigen sowie allfälliger Beweisfragen[736] zur Familienangehörigeneigenschaft ist an dieser Stelle nicht möglich.[737]

Aufgrund seiner Praxisrelevanz, insbesondere bei der Anerkennung von Ehen, ist dennoch kurz auf den ordre public-Grundsatz einzugehen: Gem § 6 IPRG ist eine Bestimmung fremden Rechts, die grundsätzlich nach den Regeln des internationalen Privatrechts anzuwenden wäre, nicht anzuwenden, wenn die Anwendung zu einem Ergebnis führt, dass mit den Grundwertungen der österr Rechtsordnung unvereinbar ist. In einem solchen Fall ist stattdessen die entsprechende österr Bestimmung zur Beurteilung heranzuziehen. Zu den Grundwertungen der österr Rechtsordnung zählen insbesondere die Grund- und Menschenrechte des nationalen Rechts sowie des Unionsrechts.[738]

Als unvereinbar mit ordre public-Grundsatz gelten etwa die Mehrehe[739], die Zwangsehe[740] sowie im Grunde die Kinderehe.[741] Hinsichtlich der Kinderehe hat sich in den letzten Jahren ein differenzierter Ansatz innerhalb der Rechtsprechung des VwGH entwickelt: [742] Für die Beurteilung, ob eine dem ordre public widerstreitende Kinderehe vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Eheschließung ohne Einschränkung der Willensfreiheit, insbesondere selbstbestimmt, ohne Zwang und ohne an Bedingungen geknüpft, eingegangen wurde. Bedeutend ist dabei das Alter der

[735] Vgl etwa VwGH 3. 7. 2020, Ra 2020/14/0006 Rz 41.
[736] Siehe etwa allgemein *UNHCR/Nicholson*, The "Essential Right" to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification 70ff, 81ff; mit Bezug zur deutschen Rechtsordnung *Druschke*, Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht (2019) 65ff.
[737] Siehe etwa *Filzwieser/M. Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht. Kommentar (2016) § 34 AsylG 2005 K 5ff; *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; mit einer Darstellung der wesentlichen Anknüpfungspunkte; vgl auch *Gachowetz/Schmidt/Simma/Urban*, Asyl- und Fremdenrecht im Rahmen der Zuständigkeit des BFA (2017) 91ff; zum Verhältnis von Art 12 GFK und dem IPRG siehe insb *Call* in *Hruschka*, GFK. Genfer Flüchtlingskonvention: Handkommentar (2022) Art 12 Rz 65ff; siehe auch aus der Perspektive Deutschlands *Druschke*, Familienbegriff.
[738] *Lurger/Melcher*, Handbuch[2] Rz 1/44; *Verschraegen* in *Rummel/Meinhard/Geroldinger*, ABGB[4] (Stand 1. 3. 2023, rdb.at) Vor § 1 IPRG Rz 79.
[739] VfGH 10. 10. 2018, E 1805/2018 Rz 24; *Verschraegen* in *Rummel/Meinhard/Geroldinger*, ABGB[4] (Stand 1. 3. 2023, rdb.at) § 6 IPRG Rz 39; vgl aber *Lukits,* iFamZ 2017, 261 (insb 263); der argumentiert, dass die rechtsgültig geschlossene Mehrehe anzuerkennen sei, wenn im Zeitpunkt der Eheschließung kein ausreichender Inlandsbezug vorlag; siehe auch zur Familienzusammenführung und Mehrehe Unterpunkt IV) D) 1) b) i) – *Allgemeiner Familienangehörigenbegriff iSd Familienzusammenführungs-RL*; zum Problemen der pauschalen Nichtanerkennung von Mehrehen etwa *Coester-Waltjen/Heiderhoff*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Mehrehe, JZ 2018, 762 (765ff).
[740] VwGH 15. 5. 2019, Ra 2019/01/0012; vgl auch §30a NAG; *Kind* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, inkl Integrationsgesetz: Kommentar[2] (2019) § 30a NAG.
[741] Für einen Überblick zu ordre public-widrigen Fallkonstellationen im Familien- und Kindschaftsrecht siehe *Verschraegen* in *Rummel/Meinhard/Geroldinger*[4] § 6 IPRG Rz 36ff.
[742] Hier und im Folgenden: VwGH 3. 7. 2020, Ra 2020/14/0006 Rz 58ff; 10. 6. 2021, Ro 2021/18/0001 Rz 18; siehe auch *Melcher*, (Un-)Wirksamkeit von Kinderehen in Österreich, EF-Z 2018, 103; *Pascher/Utz-Ferner*, Parameter für die Beurteilung der Rechtskonformität von Kinder- und Minderjährigenehen, iFamZ 2022, 56 mwN.

Ehepartner:innen und deren Einsichtsfähigkeit. Weiters zu berücksichtigen ist der Bestand, die Dauer und die Ausgestaltung der Ehe sowie der Wille des minderjährigen Eheteils. Die Eheschließung und das darauf aufbauende Leben darf das Kindeswohl nicht gefährden und insbesondere nicht die Persönlichkeitsrechte der minderjährigen Person und den Schutz vor Ausbeutung oder unzulässigen Verpflichtungen beeinträchtigen. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien kann im Einzelfall auch eine nach dem anzuwendenden Recht rechtmäßig geschlossene Kinderehe nicht als ordre public widrig bewertet und somit anerkannt werden.[743] Die Entwicklung zu einem differenzierten Ansatz bei der Beurteilung, ob die jeweilige in Frage stehende Kinderehe mit dem ordre public vereinbar ist, zeigt, dass auch der ordre public und dessen Anwendung nicht starr sind.

Wie bereits in Teil III) der Arbeit dargelegt, führt eine mangelnde rechtliche Anerkennung nicht zum Ausschluss vom Anwendungsbereich von Art 8 EMRK; sofern tatsächliche, gelebte, familiäre Beziehungen bestehen, steht den betroffenen Personen das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK zu.

B) Phase 1: Ermittlung des zuständigen Mitgliedstaates

1) Vorbemerkungen zur Anwendung der Dublin-III-VO und der Bedeutung von Familie

a) Allgemeines

Die Dublin-III-VO legt fest, dass jeder AaiS innerhalb der EU zu prüfen ist; und zwar von einem einzigen MS, der nach den Kriterien der Dublin-III-VO zu bestimmen ist.[744] Dadurch soll einerseits ein effektiver Zugang zum Asylverfahren garantiert und anderseits „Asyl-Shopping“ sowie Sekundärmigration vermieden werden.[745]

Im Wesentlichen umfasst die Dublin-III-VO zwei Kernstücke: Die Kriterien, um den zuständigen MS zu bestimmen sowie die Verfahrensbestimmungen zur Überstellung von Antragsteller:innen in den zuständigen MS.[746]

---

[743] In der Praxis wird dies nur selten vorkommen, aber grundsätzlich müssen die Kriterien in gleicheweise bei eingetragenen Partnerschaften, die von Minderjährigen geschlossen wurde, angewandt werden.

[744] Art 3 Abs 1 Dublin-III-VO; vgl *Maiani*, The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System? in *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System (2016) 101 (104); *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Dublin III Regulation Art 3 Rz 5.

[745] *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (104); *Thym*, European Migration Law 365; siehe auch EuGH C-582/17, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/H., R.,* ECLI:EU:C:2019:280 Rz 77; C-720/20, *RO/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2022:603 Rz 30, 42.

[746] *Groß*, § 20 Die Zuständigkeit für den internationalen Schutz, in *Wollenschläger et al* (Hrsg), Europäischer Freizügigkeitsraum - Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 699 (Rz 3); *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 78 AEUV Rz 38.

Die allgemeinen Kriterien zur Bestimmung des zuständigen MS befinden sich im Kapitel III der Dublin-III-VO. Häufig wird mit der Dublin-III-VO verbunden, dass jener MS für die Prüfung eines AaiS zuständig ist, der als erstes von einer antragstellenden Person betreten wurde. Der Blick in die Kriterien der Dublin-III-VO zeigt, dass es sich bei der „Ersteinreise" zumindest nach der Grundkonzeption der Dublin-III-VO nicht um das erste, zuständigkeitsbegründende Kriterium handelt:

Dem Grundgedanken der Dublin-III-VO nach soll jener MS für die Prüfung des AaiS zuständig sein, der bei der Einreise bzw den Aufenthalt der Antragsteller:in maßgeblich beteiligt war – Ausnahmen von dieser Regel bestehen zur Wahrung der familiären Einheit.[747] Tatsächlich stehen in der Rangfolge der zuständigkeitsbegründenden Dublin-III-VO-Kriterien jene Kriterien an erster Stelle, wonach sich die Zuständigkeit eines MS begründet, weil sich dort Familienangehörige der antragstellenden Person bereits aufhalten.[748]

Das Hauptaugenmerk liegt im vorliegenden Kapitel auf der Analyse der Definition von Familienangehörigen gem der Dublin-III-VO und deren Zusammenspiel mit den familienbezogenen Zuständigkeitskriterien. Sie beeinflussen, ob eine antragstellende Person ihr Asylverfahren gemeinsam mit den jeweiligen Familienangehörigen in einem MS führen kann bzw ihr Asylverfahren in einem MS führen kann, in dem sich bereits Familienangehörige aufhalten. Dadurch soll die Wahrung bzw Wiederherstellung des Familienlebens während des Verfahrens der Dublin-III-VO sowie nach dessen Abschluss gewahrt werden.

Ergänzt werden die allgemeinen Zuständigkeitskriterien von „Sonderbestimmungen". Eine dieser Sonderbestimmungen betrifft das Vorliegen von Abhängigkeit zu anderen Personen. Die andere Sonderbestimmung, verankert in Art 17 Dublin-III-VO, enthält ein Selbsteintrittsrecht der MS bzw die Möglichkeit, einen anderen MS aus humanitären Gründen um Aufnahme zu ersuchen. Diese Sonderbestimmungen stehen außerhalb des eigentlichen Kriterienkatalogs der Dublin-III-VO und können die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien zu Gunsten der Achtung des Familienlebens und des Kindeswohls ergänzen.

Bevor die Definition von Familienangehörigen gem der Dublin-III-VO, die einzelnen familienbezogenen Zuständigkeitskriterien und die Sonderbestimmungen analysiert werden, erfolgt eine kurze Darstellung der Anwendungsgrundsätze der Dublin-III-VO: Nur so kann die Anwendung des Familienangehörigenbegriffs bzw der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien nachvollzogen werden.

---

[747] Vgl KOM(2008) 820 endg 5; *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (105).

[748] Siehe Art 7 – 11 Dublin-III-VO; vgl *Klaassen/Rodrigues,* Eur. J. Migr. Law 2017, 191 (214f); die detaillierte Analyse der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien folgt im Punkt IV) B) 2) c) – *Familienbezogene Zuständigkeitskriterien*.

b) Anwendung der Zuständigkeitskriterien

Wie sich schon aus den ErwGr ergibt, verschreibt sich die Dublin-III-VO insgesamt eindrucksvoll der Einhaltung der Grundrechte, insbesondere der Achtung des Familienlebens und des Kindeswohls: Diese Grundrechte sind bei der Anwendung der Dublin-III-VO besonders zu achten.[749]

Zur Anwendung der allgemeinen Zuständigkeitskriterien, die in den Art 8 – 15 Dublin-III-VO normiert sind und zu denen auch die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien zählen, sieht Art 7 Abs 1 Dublin-III-VO allgemein vor, dass die Kriterien in der von der Dublin-III-VO genannten Rangfolge anzuwenden sind. Das bedeutet, sobald die Voraussetzung eines Kriteriums vorliegt, ist die Anwendung der darauffolgenden Kriterien grundsätzlich ausgeschlossen.[750] Die Zuständigkeitskriterien sind immer aus der Perspektive der antragstellenden Person zu beurteilen, für die gerade der zuständige MS ermittelt wird.

Gem Art 7 Abs 2 Dublin-III-VO ist für die Beurteilung der Kriterien in der Regel von der Situation auszugehen, die zum Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung auf internationalen Schutz in einem MS vorliegt (sog „Sachverhaltsversteinerungsprinzip"). Ändert sich beispielsweise der Personenstand nach der Antragstellung, ist dies für die Anwendung der Zuständigkeitskriterien im Kapitel III unbeachtlich. Reisen Familienangehörige nach der antragstellenden Person ein, für die bereits die Zuständigkeit aufgrund eines AaiS ermittelt wird, so ist dies für die Beurteilung des zuständigen MS für die antragstellende Person aufgrund des Sachverhaltsversteinerungsprinzip ebenso unbeachtlich.[751]

c) Anwendung der Verfahrensvorschriften

Das zweite „Kernstück" der Dublin-III-VO enthält Verfahrensbestimmungen, nach denen vorzugehen ist, wenn ein MS nach der Prüfung der Zuständigkeitskriterien zur Erkenntnis gelangt, dass ein anderer MS für das Asylverfahren zuständig ist. In einem solchen Fall hat der MS, bei dem sich die antragstellende Person aufhält und der die Zuständigkeit prüfte, ein „Aufnahmegesuch"[752] an den MS zu stellen, der nach den Zuständigkeitskriterien für das Asylverfahren zuständig ist. Wenn die antragstellende Person bereits einen AaiS in einem anderen MS stellte, so ist ein Wiederaufnahmegesuch[753] an den MS, bei dem bereits ein AaiS gestellt wurde, zu richten.

---

[749] Siehe ErwGr 13, 14, 15, 32, 39 Dublin-III-VO sowie Art 6 Dublin-III-V; vgl *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (116ff); sowie *Brandl*, Family Unity and Family Reunification in the Dublin System: Still Utopia or Already Reality? in *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System (2016) 143, die auf die Unterschiede zur Dublin-II-VO eingeht.

[750] Beachte Ausführungen zu Art 11 Dublin-III-VO, Unterpunkt IV) B) 2) c) iv) – *Gemeinsame Verfahrensführung*; vgl *Groß* in *Wollenschläger et al* 699 (Rz 26).

[751] Vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung. Das Europäische Asylzuständigkeitssystem (2014) Art 2 K 25.

[752] Gem Art 21 Dublin-III-VO.

[753] Gem Art 23 und 24 Dublin-III-VO.

Anschließend sollen die antragstellenden Personen in den zuständigen MS überstellt werden; darüber hat eine Überstellungsentscheidung an die antragstellende Person zu ergehen, gegen welche ein Rechtsmittel erhoben werden kann.[754]

Stellt beispielsweise eine Person in Belgien einen AaiS und Belgien kommt zu dem Schluss, dass sich ein minderjähriges Kind des Antragstellers rechtmäßig in Schweden aufhält, so hat Belgien ein Aufnahmegesuch an Schweden zu stellen und die antragstellende Person grundsätzlich nach Schweden für das Asylverfahren zu überstellen.

Das zweite „Kernstück" der Dublin-III-VO hinsichtlich der Verfahrensbestimmungen ist sehr komplex; insbesondere das Überstellungsverfahren und die Fristenregelungen bei einem (Wieder-)Aufnahmegesuch sind detailreich und auf den ersten Blick nur schwer verständlich.[755] Für den Untersuchungsgegenstand interessiert in diesem Kontext, wie die familienbezogenen Kriterien sowie die Sonderbestimmungen zu Gunsten der Achtung des Familienlebens geltend gemacht werden können; etwa wenn sich wie in dem vorigen Beispiel ein minderjähriges Kind in Schweden rechtmäßig aufhält, aber Belgien kein Aufnahmegesuch an Schweden stellt. Eine eingehende Auseinandersetzung mit allen Facetten der Verfahrensbestimmungen ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht möglich. Die wesentlichen Rechtsschutzfragen werden im Anschluss an die grundrechtliche Analyse der Definition von Familienanagehörigen gem der Dublin-III-VO und deren Anwendung erörtert.

2) Familienbegriff und Schutz des Familienlebens durch Zuständigkeit

a) Familienangehörige iSd Dublin-III-VO

In der geltenden Fassung[756] der Dublin-III-VO enthält Art 2 lit g Dublin-III-VO die Definition von Familienangehörigen der Person, die einen AaiS gestellt hat und für die der zuständige MS zu ermitteln ist. Der Definition kommt insbesondere bei der Anwendung der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien eine tragende Rolle zu: Durch die Berücksichtigung von Familienangehörigen bei der Ermittlung des zuständigen MS, sorgt die Dublin-III-VO dafür, dass die Familienangehörigen und die antragstellende Person sich zunächst für die Zeit des Asylverfahrens gemeinsam in einem MS aufhalten können.

Nach dem Wortlaut der Definition sind zunächst Ehegatt:innen von antragstellenden Personen Familienangehörige; fraglich ist, ob der Begriff „Ehegatte" gleichgeschlechtliche, verheiratete Paare oder Paare mit einer eingetragenen Partnerschaft mit umfasst:

---

[754] Gem Art 27 Dublin-III-VO.
[755] *Thym* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 78 AEUV Rz 5 mwN; *Hruschka*, Fristen in Dublin-Verfahren, ZAR 2018, 281.
[756] Zur Genese des „Familienbegriffs" innerhalb der Entwicklung vom Dublin-System siehe *Brandl* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 143 (144ff).

Im Zusammenhang mit der Unionsbürger-RL stellte der EuGH fest, dass der Ausdruck „Ehegatte" iSd Unionsbürger-RL geschlechtsneutral ist und auch gleichgeschlechtliche Ehegatt:innen umfassen kann.[757] Diesem Ansatzpunkt des EuGH ist zuzustimmen: Der Begriff „Ehegatte" meint jedenfalls in der Rechtssprache und der in der englischen Fassung verwendeten Begriff „spouse" gemeinhin eine:n Partner:in der Ehe unabhängig des Geschlechts.[758]

Die Unionsbürger-RL nennt als Familienangehörige neben Ehegatt:innen auch Lebenspartner:innen einer eingetragenen Partnerschaft; für die Auslegung der eingetragenen Partnerschaft verweist die Unionsbürger-RL auf die Rechtsvorschriften des jeweiligen MS.[759] Da ein solcher Verweis beim Begriff des „Ehegatten" nicht besteht, geht der EuGH zu Recht von einer unionsautonomen Auslegung bei der Unionsbrüger-RL aus, weshalb sich ein MS nicht darauf berufen kann, dass die nationale Rechtsordnung keine gleichgeschlechtliche Ehe vorsieht, um die Anerkennung der Ehe für das Aufenthaltsrecht zu verweigern.[760] Für die Anwendung der Unionsbürger-RL ging der EuGH davon aus, dass die Personenfreizügigkeit gem Art 21 AEUV ungerechtfertigt beschränkt wird, wenn gleichgeschlechtliche verheiratete Partner:innen nicht als Ehegatt:innen iSd der Unionsbürger-RL gelten.[761] Daraus ergibt sich, dass ein Aufnahme-MS, der keine gleichgeschlechtliche Ehe kennt, nicht unter Berufung auf sein nationales Recht den Aufenthalt von gleichgeschlechtlichen Ehegatt:innen im Rahmen der Unionsbürger-RL verweigern kann, wenn zwei Personen desselben Geschlechts rechtmäßig nach dem Recht eines anderen MS die Ehe geschlossen haben. Hinsichtlich des Rechts auf Achtung des Familienlebens bestätigte der EuGH in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR, dass die Beziehung eines homosexuellen Paares genauso wie jene eines heterosexuellen Paares geschützt ist; der EuGH nahm aber keine grundrechtliche Prüfung vor, sondern führte lediglich ins Treffen, dass eine Maßnahme zur Einschränkung der Personenfreizügigkeit nur rechtfertigungsfähig ist, wenn sie mit der GRC vereinbar ist. Damit indizierte er lediglich, dass eine gegenteilige Beurteilung grundrechtswidrig sein könne, stellte es aber nicht ausdrücklich fest.[762]

---

[757] EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 35; für eine eingehende Auseindersetzung mit dieser Entscheidung siehe auch *Spalding,* Eur. J. Migr. Law 2019, 117.

[758] Vgl *Cambridge Dictionary*, Meaning of spouse, https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/spouse (abgefragt am 30. 4. 2024); *Duden*, Wörterbuch Ehegatte, https://www.duden.de/rechtschreibung/Ehegatte (abgefragt am 30. 4. 2024).

[759] Vgl Art 2 Z 2 lit a und b Unionsbürger-RL; EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 36.

[760] EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 36; die Anerkennung nach dem Personenstandsrecht bleibt davon unberührt, C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 37, 45.

[761] EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 40ff.

[762] EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 50; im Gegensatz zum GA *Wathelet*, der in erster Linie mit Art 7 GRC sowie einschlägiger EGMR Rechtsprechung begründete, dass der Begriff „Ehegatte" sowohl gleich- als auch verschiedengeschlechtliche Ehegatt:innen meinen muss; GA *Wathelet*, SA zu C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:2 Rz 59ff, 80.

Zu beurteilen ist, ob die Auslegung des Begriffs „Ehegatte“ iSd Unionsbu ̈ger-RL nach dem EuGH auf den Begriff „Ehegatte“ iSd Dublin-III-VO übertragbar ist. Da auch die Dublin-III-VO hinsichtlich des Familienangehörigenbegriffs nicht ausdrücklich auf das nationale Recht verweist[763], ist meines Erachtens der Begriff „Ehegatte“ auch nach der Dublin-III-VO unionsautonom auszulegen; insofern ist der Begriff auch iSd Dublin-III-VO zunächst geschlechtsneutral und kann sowohl verschieden- als auch gleichgeschlechtliche Ehegatt:innen erfassen. Die Begrünndung des EuGH, dass der Begriff „Ehegatte“ sowohl verschieden- als auch gleichgeschlechtliche Ehegatt:innen erfassen muss, da ansonsten eine unverhältnismäßige Einschränkung der Personenfreizügigkeit besteht, kann für die Dublin-III-VO aber nicht ins Treffen geführt werden: Die Personenfreizügigkeit gem Art 21 AEUV steht nur Unionsbürger:innen zu;[764] drittstaatsangehörige Antragsteller:innen können sich nicht darauf berufen. Im Rahmen der grundrechtlichen Beurteilung ist zu prüfen, ob grundrechtliche Verpflichtungen bestehen, den Begriff des „Ehegatten“ dahingehend auszulegen, dass er sowohl verschieden- als auch gleichgeschlechtliche „Ehegatten“ umfasst.[765]

Anders als die Unionsbürger-RL äußert sich die Dublin-III-VO zu eingetragenen Partner:innen nicht. Eine unionsrechtsautonome Auslegung des Begriffs von „eingetragenen Partner:innen“ iSd Dublin-III-VO ist deshalb auszuschließen. Da der EU ebenso keine personenstandsrechtliche Kompetenz zukommt[766] und grundsätzlich auch im Unionsrecht zwischen dem Institut der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft terminologisch nach wie vor unterschieden wird, können eingetragene Partner:innen meines Erachtens nicht automatisch wie Ehegatt:innen behandelt werden: Viel mehr ist für die Beurteilung, ob eingetragene Partner:innen wie Ehegatt:innen zu behandeln sind, auf die innerstaatliche Rechtslage abzustellen. Diese hat mit den grundrechtlichen Anforderungen gem Art 8 EMRK in Einklang zu stehen.[767]

Nicht verheiratete Partner:innen, die eine dauerhafte Beziehung führen, gelten dann als Familienangehörige der antragstellenden Person, wenn nach dem Recht bzw den Gepflogenheiten des betreffenden MS nicht verheiratete Paare ausländerrechtlich vergleichbar behandelt werden wie verheiratete.[768] Da dies nach der österr Rechtslage nicht der Fall ist, sind nicht verheiratete

[763] Wobei die Dublin-III-VO grundsätzlich solche Verweise kennt; vgl Art 29 Abs 1 und 38 Dublin-III-VO.
[764] Vgl statt vieler etwa *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (2015 57. EL) Art 21 AEUV Rz 14ff.
[765] Die grundrechtliche Beurteilung erfolgt in Unterpunkt IV) B) 3) b) ii) – *Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften*.
[766] Vgl EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 37.
[767] Zur grundrechtlichen Beurteilung für eingetragene Partnerschaften siehe ebenso Unterpunkt IV) B) 3) b) ii) – *Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften*.
[768] Siehe dazu auch *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 2 K 28, die es kritisch sehen, dass die Einbeziehung von Lebensgefährt:innen den MS überlassen wird.

Partner:innen beim Vollzug der Dublin-III-VO durch Österreich nicht von der Definition von Familienangehörigen gem Art 2 lit g Dublin-III-VO umfasst.[769]

Familienangehörige einer antragstellenden Person sind weiteres deren minderjährige, unverheiratete Kinder.

Für unverheiratete minderjährige Personen[770], die einen AaiS stellten, ist der Kreis von Familienangehörigen gesondert zu betrachten: Es gelten Mütter, Väter oder andere erwachsene Personen, die nach dem Recht oder den Gepflogenheiten des MS ihres Aufenthalts für die minderjährige Person verantwortlich ist, als Familienangehörige. Ob eine erwachsene Person als Verantwortliche:r für ein minderjähriges Kind in Frage kommt, ist in Österreich nach dem österr Familienrecht und den Bestimmungen zur Obsorge gem §§ 204ff ABGB zu beurteilen. Um als verantwortliche Person für eine minderjährige Person zu gelten, bedarf es (außer bei den Eltern) demnach einer Bestellung als Obsorgeberechtigte:r bzw als gesetzliche:n Vertreter:in durch das Gericht.[771] Nach Ansicht des BVwG ist es nicht ausreichend, wenn eine erwachsene Person die faktische Verantwortung für eine minderjährige Person übernimmt.[772]

Damit sich die Familienangehörigen auch auf ihre Familienangehörigeneigenschaft berufen können, verlangt Art 2 lit g Dublin-III-VO, dass die Familie bereits im Herkunftsland bestanden hat.

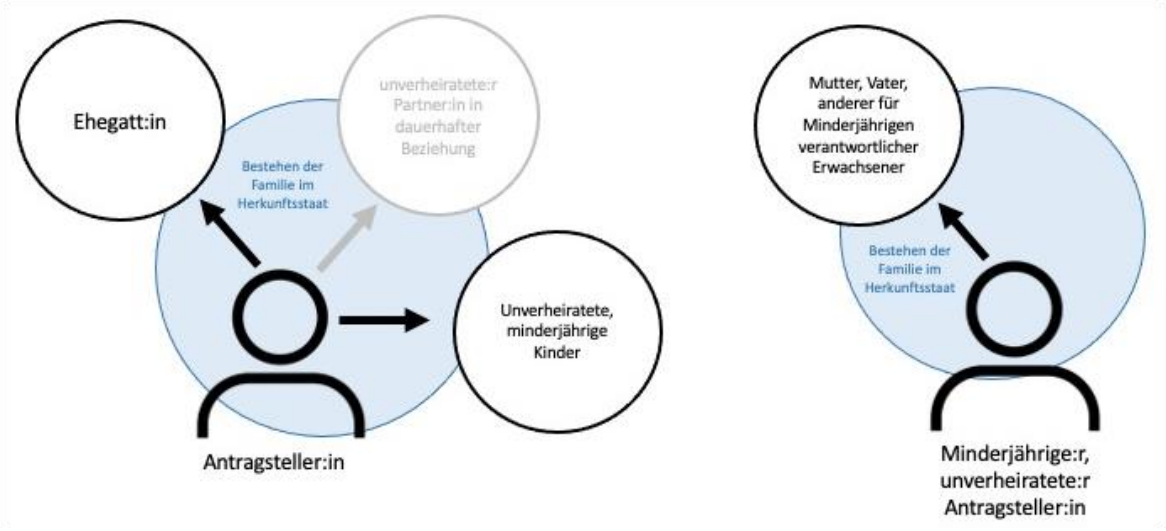


Abbildung 1 - Familienangehörige iSd Dublin-III-VO[773]

[769] Vgl VwGH 19. 12. 2022, Ra 2022/14/0328; 27. 6. 2017, Ra 2016/18/0277.
[770] Die Dublin-III-VO bestimmt als Minderjährige Personen unter 18 Jahren; Art 2 lit i Dublin-III-VO.
[771] *Filzwieser/M. Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl § 10 BFA-VG K 5; vgl etwa BVwG 26. 1. 2017, W165 2140217-1.
[772] Etwa BVwG 26. 1. 2017, W165 2140217-1.
[773] Bei den Abbildungen 1 – 13 handelt es sich um eine eigene Darstellung.

Die Kommission schlug mehrfach und auch in den aktuellen Reformvorschlägen vor, die Definition von Familienangehörigen um Geschwister der antragstellenden Person unabhängig vom Alter zu erweitern.[774] Dadurch sollen einerseits die Integrationschancen der Antragsteller:innen verbessert und andererseits unerlaubte Migrationsbewegungen eingedämmt werden.[775] Der Rat der EU lehnte bisher jedes Mal diesen Vorschlag im Gesetzgebungsverfahren ab; auch bei den Verhandlungen zur Asyl- und Migrationsmanagement-VO blieb er seiner Linie treu und lehnte die erweiterte Definition von Familienangehörigen ab.[776] Aufgrund des Verhandlungsprozesses werden Geschwister auch zukünftig keine Familienangehörige nach der Asyl- und Migrationsmanagement-VO sein.[777]

Mit der Asyl- und Migrationsmanagement-VO soll allerdings das Erfordernis des Bestehens der Familie im Herkunftsland entfallen; stattdessen muss die Familie vor Ankunft im Hoheitsgebiet der MS bestanden haben. Die Änderung soll dem Umstand Rechnung tragen, dass Antragsteller:innen lange Zeit unterwegs sind, bevor sie im Hoheitsgebiet der MS ankommen und auch Familienleben, das in dieser Zeit entstand, zu berücksichtigen ist.[778]

b) Verwandte iSd Dublin-III-VO

Neben der Definition von Familienangehörigen legt die Dublin-III-VO auch eine Definition von „Verwandten" fest: Als Verwandte gelten gem Art 2 lit h Dublin-III-VO volljährige Onkel und Tanten sowie Großelternteile, die sich im Hoheitsgebiet der MS aufhalten. Die Definition selbst schränkt bei Verwandten nicht ein, ob sie nur eine zu berücksichtigende Bezugsperson von Minderjährigen oder von allen Antragsteller:innen sind. In der Folge beachten aber nur die Zuständigkeitskriterien für Minderjährige auch Verwandte; für erwachsene Antragsteller:innen sind verwandte Personen bei der Ermittlung der Zuständigkeit unerheblich.[779]

Anders als bei Familienangehörigen verlangt die Definition von Verwandten nicht, dass die familiäre Beziehung bereits im Herkunftsstaat bestand. Ein Kind, das nach der Flucht geboren wurde, wäre nach der Definition von Familienangehörigen kein Familienangehöriger der Eltern, während ein sich in der EU aufhaltender Onkel Verwandter für das Kind wäre.[780]

---

[774] Vgl Art 2 lit g Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission); der Vorschlag wurde auch zur Dublin-III-VO und zur Dublin-IV-VO unterbreitet; siehe COM(2008) 820 final; COM(2016) 270 final; vgl *Martino,* ZfRV 2017, 196-212.
[775] ErwGr 47 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission).
[776] Rat 10443/1/23 REV 1, 17 und 33 zu ErwGr 47 und Art 2 lit g Asyl und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission).
[777] Art 2 Abs 8 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).
[778] Art 2 lit g und ErwGr 47 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission); Art 2 Abs 8 und ErwGr 52 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).
[779] Vgl Punkt IV) B) 2) c) – *Familienbezogene Zuständigkeitskriterien*.
[780] Vgl *Maiani*, Der Schutz der Einheit der Familie in Dublin-Verfahren. Auf dem Weg zu einer schutzorientierten Umsetzungspraxis (2019) 29.

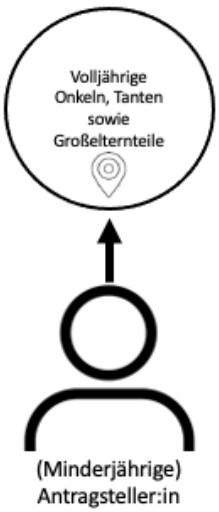


Abbildung 2 - Verwandte iSd Dublin-III-VO

Die ungleichen Voraussetzungen für Verwandte und Familienangehörige, bei denen ein Bestehen der Familie im Herkunftsstaat im Gegensatz zu Verwandten erforderlich ist, wird durch Art 20 Abs 3 Dublin-III-VO etwas abgeschwächt: Art 20 Abs 3 Dublin-III-VO bestimmt, dass die Situation von minderjährigen Personen, die gemeinsam mit Familienangehörigen iSd Art 2 lit g Dublin-III-VO einreisen, untrennbar mit jener ihrer Familienangehörigen verbunden ist; für sie ist jedenfalls derselbe MS zuständig. Diese Bestimmung gilt ebenso für Kinder, die nach der Ankunft in der EU geboren wurden, die ansonsten mangels familiärer Beziehung im Herkunftsstaat nicht als Familienangehörige zu berücksichtigen wären.[781] Nach dem EuGH gilt iSv Art 20 Abs 3 Dublin-III-VO grundsätzlich die Vermutung, dass es dem Wohl des Kindes dient, wenn die Situation des Kindes untrennbar mit jener seiner Eltern verbunden ist.[782] Nur wenn es einen Beweis gibt, dass die gemeinsame Behandlung der asylrechtlichen Situation nicht dem Wohl des Kindes dient, kann die Situation des Kindes unabhängig von jener der Eltern behandelt und somit unter Umständen gesondert geprüft werden.[783]

Für Kinder, die nach dem Verlassen des Herkunftslandes und vor der Ankunft in der EU geboren und somit im Transit geboren wurden, müsste bewiesen werden, dass die Familie bereits im Herkunftsstaat bestand, was wohl nur bei einer dort bereits bestehenden Schwangerschaft argumentiert werden könnte. Andernfalls sieht die Dublin-III-VO für sie keine expliziten Bestimmungen vor. In diesem Fall schafft auch Art 20 Abs 3 Dublin-III-VO keine Abhilfe.[784]

---

[781] *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 2 K 27; nicht anzuwenden ist Art 20 Abs 3 Dublin-III-VO in einer Situation, in denen die Eltern bereits in einem anderen MS international Schutz gewährt wurde und der nachgeborene Minderjährige in einem anderen MS gemeinsam mit den Eltern weitere AaiS stellt; siehe EuGH C-720/20, *RO/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2022:603 insb Rz 45.
[782] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 87f.
[783] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 90.
[784] Vgl *Maiani*, Schutz der Einheit 29.

c) Familienbezogene Zuständigkeitskriterien

i) Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen

Art 8 Dublin-III-VO führt die Rangfolge aller zuständigkeitsbegründenden Kriterien an und ist anwendbar, wenn die antragstellende Person unbegleitet und minderjährig ist: Gem Art 2 lit j Dublin-III-VO gelten Personen als unbegleitete Minderjährige, wenn sie ohne Begleitung eines nach dem Recht oder Gepflogenheiten des jeweiligen MS verantwortlichen Erwachsenen in das Hoheitsgebiet dieses MS einreisen. Die Minderjährigkeit ist zum Zeitpunkt der Antragstellung zu beurteilen. Das ergibt sich bereits aus dem Sachverhaltsversteinerungsprinzip gem Art 7 Abs 2 Dublin-III-VO[785] und gleicht der Rechtsprechung des EuGH zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit zur Familienzusammenführungs-RL[786].

Bei unbegleiteten minderjährigen Antragsteller:innen ist gem Art 8 Abs 1 Dublin-III-VO jener MS zuständig, in dem sich ihre Familienangehörigen oder Geschwister rechtmäßig aufhalten, sofern es dem Wohl des Kindes dient. Dadurch sind Geschwister bei der Ermittlung des zuständigen MS wie Familienangehörige zu berücksichtigen; der Kreis der Familienangehörigen wird für minderjährige Antragsteller:innen faktisch erweitert.

Ist die antragstellende, minderjährige Person verheiratet, hält sich die Ehepartner:in aber nicht innerhalb der EU rechtmäßig auf, so ist jener MS zuständig, in dem sich ein Elternteil, eine sonstige für die minderjährige Person verantwortliche erwachsene Person oder Geschwister der antragstellenden minderjährigen Person aufhalten.[787]

Diese Konkretisierung für verheiratete Minderjährige ist notwendig, da ihre Eltern grundsätzlich keine Familienangehörige per Definition sind.[788] Durch Art 8 Abs 1 2. Satz Dublin-III-VO werden die Eltern oder eine sonstige erwachsene, für das Kind verantwortliche Person sowie Geschwister wie Familienangehörige nach der Legaldefinition behandelt. Bei verheirateten Minderjährigen entfällt hinsichtlich der Beziehung zu den Eltern sowie einer sonstigen erwachsenen verantwortlichen Person das Erfordernis des Bestehens der Familie im Herkunftsstaat.[789]

---

[785] Vgl *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 7 Rz 5.

[786] EuGH C-19/21, *I und S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 25; siehe grundlegend C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248 Rz 64; dazu ausführlich Punkt IV) D) 2) d) – *Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit*.

[787] In Art 8 Abs 1 zweiter Satz Dublin-III-VO fehlt der Zusatz „rechtmäßig" hinsichtlich der Familienangehörigen und Geschwister; dabei scheint es sich um ein legistisches Versehen zu handeln. Nach der Gesamtsystematik von Art 8 Dublin-III-VO ist davon auszugehen, dass sich der Personenkreis rechtmäßig aufhalten muss.

[788] E contrario Art 2 lit g dritter und vierter Gedankenstrich Dublin-III-VO; vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 8 K 8; *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 8 Rz 3.

[789] Vgl *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 8 Rz 5.

Auffällig ist, dass für verheiratete Minderjährige ein expliziter Verweis auf das Kindeswohl fehlt; da Art 6 Dublin-III-VO für die Anwendung der Dublin-III-VO ohnehin den Grundsatz normiert, dass das Kindeswohl eine vorrangige Erwägung zu sein hat, ändert das am Ergebnis nichts.

Die Dublin-III-VO geht undifferenziert mit verheirateten Minderjährigen um: Sie hinterfragt nicht, wie eine solche Ehe entstanden ist und stellt auch keine Anforderungen an die Gültigkeit dieser Ehe. Nach dem Wortlaut der Dublin-III-VO wären weitere Familienangehörige nicht zu berücksichtigen, wenn sich Ehepartner:innen von minderjährigen Antragsteller:innen in einem MS aufhalten. Ob eine Ehe von minderjährigen Antragsteller:innen anerkannt wird, überlässt die Dublin-III-VO den MS.

Eine umfassende Berücksichtigung des Kindeswohls erfordert aber, dass unabhängig von nationalen Bestimmungen die Umstände der Ehe bei verheirateten Minderjährigen geprüft werden; insbesondere ob es sich um eine Zwangsheirat handelte. Auf Basis dessen ist zu beurteilen, ob die Zusammenführung tatsächlich dem Kindeswohl dient.[790] Ist dem nicht so, hat die Ehepartner:in bei der Ermittlung der Zuständigkeit unberücksichtigt zu bleiben; die minderjährige Person ist so zu behandeln, als ob sie unverheiratet wäre. Durch den differenzierten Zugang, den der VwGH bei der Prüfung der Anerkennung entwickelt hat,[791] kann in der österr Rechtspraxis dieses Defizit der Dublin-III-VO abgeschwächt werden – das betrifft aber eben nur jene Fälle, in denen Österreich als MS die Zuständigkeit ermittelt oder zur Aufnahme ersucht wird.

Hält sich in einem MS ein:e Verwandte:r rechtmäßig auf, kann diese Person für die antragstellende minderjährige Person sorgen und ist es dem Wohl der minderjährigen Person dienlich, dann ist dieser MS für den AaiS gem Art 8 Abs 2 Dublin-III-VO zuständig. Anders als bei Familienangehörigen und Geschwistern gem Art 8 Abs 1 Dublin-III-VO wird bei verwandten Personen nicht danach unterschieden, ob die minderjährige Person verheiratet ist oder nicht. Aus der derzeitigen Fassung der Bestimmung geht nicht eindeutig hervor, ob bei der Zuständigkeit aufgrund von sich rechtmäßig aufhaltenden Familienangehörigen und Geschwistern gegenüber sich rechtmäßig aufhaltenden Verwandten in unterschiedlichen MS der Vorzug zu geben ist: Da in Art 8 Abs 3 Dublin-III-VO in einem solchen Fall auf das Kindeswohl abgestellt wird, ohne eine Rangfolge anzudeuten, ist davon auszugehen, dass sich die Zuständigkeit nach dem Kindeswohl richtet.[792]

---

[790] Ähnlich *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 8 K 9.

[791] Abschnitt IV) A) 2) – *Rechtliche Anerkennung von Familienangehörigen.*

[792] So auch *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 8 Rz 4; *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (119); *Maiani*, Schutz der Einheit 37; aA *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 2 K 35, Art 8 K13; gem Art 15 Abs 1 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission) bzw Art 25 Abs 1 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament) soll allerdings zukünftig die Rangfolge entscheidend sein.

Die Familienangehörigen, Verwandten bzw Geschwister müssen sich rechtmäßig aufhalten, um bei der Zuständigkeitsermittlung für unbegleitete Minderjährige gem Art 8 Dublin-III-VO beachtet zu werden. Es stellt sich die Frage, wie „rechtmäßig aufhalten" auszulegen ist[793] und ob es sich dabei um einen unionsautonomen Begriff handelt. *Filzwieser* und *Sprung* gehen nicht von einem unionsautonomen Begriff aus und meinen, dass auf das jeweilige innerstaatliche Recht des Aufenthaltsstaates abzustellen ist, wobei unionsrechtliche Vorgaben, wie etwa für Unionsbürger:innen und ihren Familienangehörigen, zu achten sind.[794] Zwar enthält die Dublin-III-VO keinen ausdrücklichen Verweis auf die innerstaatliche Rechtslage, aber da eine einheitliche Bestimmung eines rechtmäßigen Aufenthalts abseits der bereits bestehenden unionsrechtlichen Vorgaben kaum möglich ist, ist der Ansicht zuzustimmen.[795]

Sind die Familienangehörige, Geschwister bzw Verwandten ihrerseits Antragsteller:innen und befinden sich bereits im inhaltlichen Asylverfahren im zuständigen MS, so kommt ihnen während des Verfahrens grundsätzlich aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben ein Aufenthaltsrecht zu.[796] Problematisch ist es, wenn für diese Personen selbst noch nicht der zuständige MS feststeht: Während des Dublin-III-Verfahrens zur Ermittlung des zuständigen MS ist kein Aufenthaltsrecht vorgesehen und Art 2 lit l Dublin-III-VO stellt klar, dass auch Dokumente, die während der Ermittlung des zuständigen MS ausgestellt werden, keine Aufenthaltstitel iSd Dublin-III-VO bilden.

[793] Der VwGH hat die Möglichkeit, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen, bisher nicht ergriffen; siehe VwGH 26. 6. 2017, Ra 2016/20/0384 Rz 34f.
[794] *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 8 K 4.
[795] Zu unionsautonomen Begriffen allgemein etwa *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische (2021) § 10 Rz 4ff, insb Rz 7.
[796] Siehe Art 9 Verfahrens-RL, § 13 AsylG 2005.

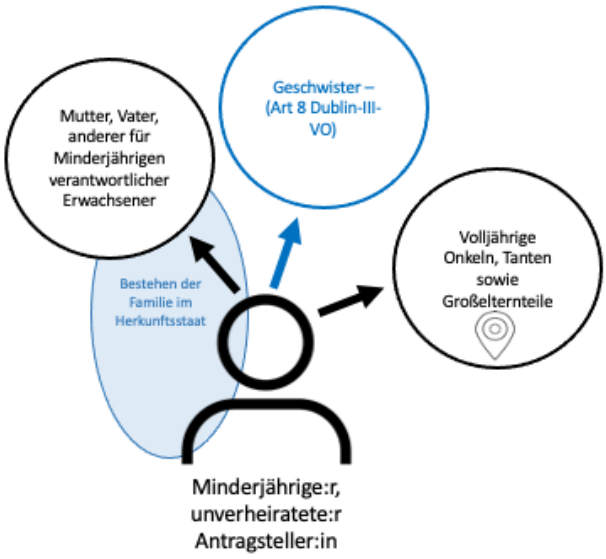


Abbildung 3 - Zuständigkeit für unverheiratete Minderjährige aufgrund sich aufhaltender familiärer Bezugspersonen

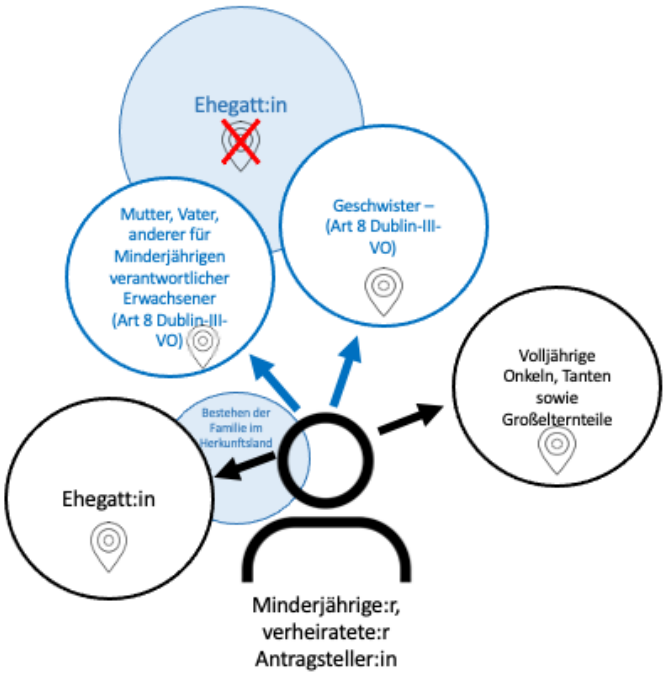


Abbildung 4 - Zuständigkeit für verheiratete Minderjährige aufgrund sich aufhaltender familiärer Bezugspersonen

Die Anwendung von Art 8 Dublin-III-VO hängt maßgeblich mit der Beurteilung des Kindeswohls zusammen; insbesondere, ob die Zusammenführung der minderjährigen Person mit den jeweiligen familiären Bezugspersonen dem Kindeswohl dient.

Der EuGH hat seiner Auslegung zu Art 20 Abs 3 Dublin-III-VO folgend festgestellt, dass grundsätzlich anzunehmen ist, die Zusammenführung mit verwandten Personen gem Art 8 Abs 2 Dublin-III-VO diene dem Wohl des Kindes.[797] Insofern kann ein MS nur dann entgegen Art 8 Dublin-III-VO seine Zuständigkeit mit der Begründung des Kindeswohls ablehnen, wenn es Beweise gibt, dass die Zusammenführung dem Wohl des Kindes schadet. Wenn für Verwandte grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ihre Zusammenführung mit dem Kind dessen Wohl dient, muss konsequenterweise derselbe Grundsatz für die Zusammenführung mit Familienangehörigen und Geschwistern gelten. Die Asyl- und Migrationsmanagement-VO konkretisiert die Bestimmung entsprechend: Die Zusammenführung hat demnach mit den Familienangehörigen einschließlich Geschwistern bzw Verwandten zu erfolgen, sofern es dem Kindeswohl nicht nachweislich zuwiderläuft.[798]

[797] EuGH C-19/21, *I und S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 47.
[798] Art 15 Abs 2 und 3 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission); Art 25 Abs 2 und 3 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).

ii) Zuständigkeit für Minderjährige ohne familiäre Bezugsperson im Hoheitsgebiet der MS

Halten sich keine Familienangehörige, Geschwister oder Verwandten von minderjährigen Antragsteller:innen im Hoheitsgebiet der MS rechtmäßig auf, so ist gem Art 8 Abs 4 Dublin-III-VO der MS für den Antrag zuständig, indem die minderjährige Person den AaiS gestellt hat, sofern es dem Kindeswohl dient.[799]

Auf den ersten Blick wirkt es so, als wäre Art 8 Abs 4 Dublin-III-VO nicht für den Untersuchungsgegenstand relevant, da er die Situation von unbegleiteten Minderjährigen regelt, für die keine familiären Anknüpfungspunkte bestehen. Der Schein trügt: Da Art 8 Abs 1 und Abs 2 Dublin-III-VO immer auf den rechtmäßigen Aufenthalt der Familienangehörigen, Geschwister bzw Verwandten anknüpft, sind die Bestimmungen nicht anwendbar, wenn sich diese familiären Bezugspersonen nicht rechtmäßig aufhalten. Für die minderjährige Person bedeutet das, dass diese familiären Bezugspersonen bei der Ermittlung des zuständigen MS unberücksichtigt bleiben, obwohl sie sich innerhalb des Hoheitsgebietes der MS befinden.

Grundsätzlich soll für Minderjährige ein rascher Zugang zum Asylverfahren gewahrt werden.[800] In einer Situation, in der sich familiäre Bezugspersonen innerhalb der MS aufhalten, aber der Aufenthalt nur deshalb als nicht rechtmäßig gilt, weil für sie selbst noch der zuständige MS zu ermitteln ist, hat dieser Grundsatz aber zum Schutz des Kindeswohls und der Achtung des Familienlebens zurückzutreten. Eine ausreichende Kooperation der MS ist notwendig, um trotz des Sachverhaltsversteinerungsprinzips allenfalls durch Selbsteintritt oder Ersuchen aus humanitären Gründen ein Asylverfahren und dadurch einen Aufenthalt im selben MS zu gewährleisten und dadurch das Kindeswohl und das Familienleben zu wahren.[801]

iii) Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS

Art 9 und Art 10 Dublin-III-VO behandeln beide Fälle, in denen antragstellende Personen über Familienangehörige iSd Dublin-III-VO[802] in einem MS verfügen.

Gem Art 9 Dublin-III-VO sind für die Frage der Zuständigkeit zunächst jene Familienangehörigen relevant, die Begünstigte von internationalem Schutz sind. Bei ihnen ist es – anders als die

[799] Zur Situation, wenn ein:e Minderjährige:r in mehreren MS einen AaiS stellte, siehe EuGH C-648/11, *MA ua/Secretary of State for the Home Department*; dem folgend VwGH 5. 12. 2017, Ra 2017/01/0068; vgl auch *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (119); *Thym*, European Migration Law 363.
[800] EuGH C-648/11, *MA ua/Secretary of State for the Home Department* 60f; VwGH 5. 12. 2017, Ra 2017/01/0068.
[801] Diese Verpflichtung ergibt sich aus der Gesamtsystematik der Dublin-III-VO, siehe ErwGr 13 bis 17 sowie Art 6 und 17 Dublin-III-VO, zu Selbsteintritt und Ersuchen aus humanitären Gründen siehe Unterpunkt IV) B) 2) d) iii) – *Zuständigkeit durch Selbsteintritt und Ersuchen – Zwischen Ermessen und Pflicht*.
[802] Vgl Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO.*

Familienangehörigendefinition vorsieht – irrelevant, ob die Familie bereits im Herkunftsstaat bestanden hat. Schließt eine Person mit einer international schutzberechtigten Person rechtsgültig eine Ehe, bevor sie einen AaiS stellt, so ist ex lege Art 9 Dublin-III-VO anwendbar, unabhängig davon, wo die Ehe geschlossen wurde.[803] Dasselbe gilt für eine rechtmäßige Adoption vor der Antragstellung.[804] Die jeweiligen Familienangehörigen müssen in dem Zeitpunkt, in dem die schutzsuchende Person ihren Antrag stellt, bereits über den Status von international Schutzberechtigten verfügen.

Art 9 Dublin-III-VO verlangt, dass die Familienangehörigen als international Schutzberechtigte aufenthaltsberechtigt sind. Nach der derzeitigen Rechtslage verfügen international Schutzberechtigte nur in jenem MS über ein Aufenthaltsrecht, der ihnen diesen Status zuerkannt hat.[805] Hält sich die international Schutzberechtigte Person langfristig in einem anderen MS auf, muss nach den jeweiligen nationalen aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen beurteilt werden, ob es sich um einen rechtmäßigen Aufenthalt handelt.[806]

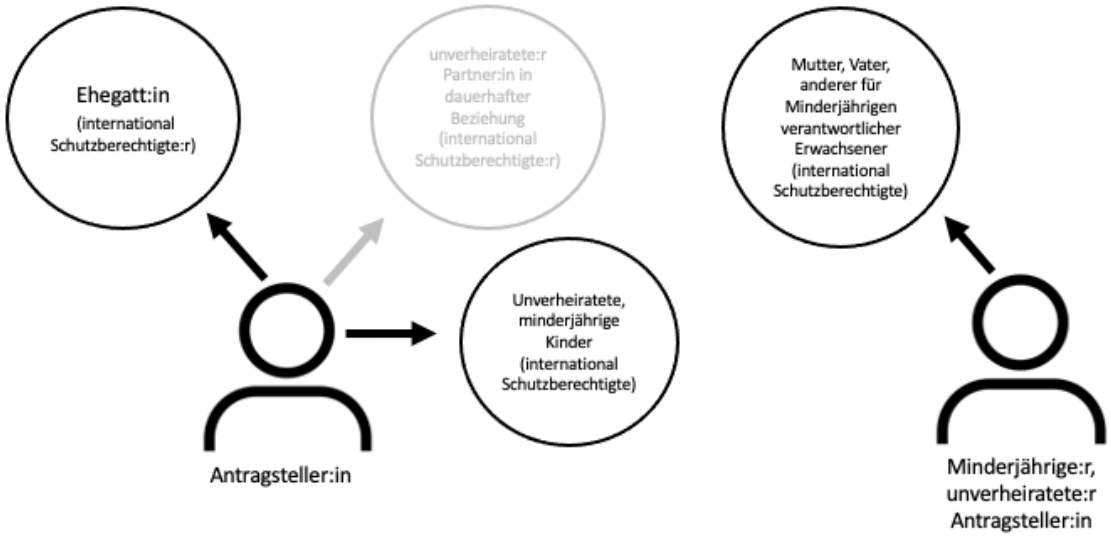


Abbildung 5 - Zuständigkeit aufgrund sich aufhaltender familiärer Bezugspersonen, die international Schutzberechtigte sind

Halten sich keine Familienangehörigen in einem MS auf, die Begünstigte von internationalem Schutz sind, so ist in der Folge Art 10 Dublin-III-VO zu prüfen: Art 10 Dublin-III-VO stellt auf Familienangehörige ab, deren AaiS noch anhängig und zum Zeitpunkt der Antragstellung der antragstellenden Person[807] im Verfahren noch keine Erstentscheidung ergangen ist. Die Dublin-III-VO enthält keine Definition, was unter „Erstentscheidung" zu verstehen ist, weshalb nach dem

[803] Vgl VwGH 15. 12. 2022, Ra 2022/18/0182; 29. 6. 2023, Ra 2023/19/0147.
[804] Vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 9 K 1.
[805] Art 24 Status-RL, siehe dazu Punkt IV) C) 1) a) – *Inhalt von internationalem Schutz nach der Status-RL*.
[806] *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 9 K 3.
[807] Vgl Sacherverhaltsversteinerungsprinzip gem Art 7 Abs 2 Dublin-III-VO.

Grundsatz der Verfahrensautonomie auf die innerstaatliche Rechtslage abzustellen ist.[808] Wenn die Dublin-III-VO durch Österreich vollzogen wird, gilt mit der Zustellung der erstinstanzlichen Entscheidung des BFA die Erstentscheidung als ergangen.[809]

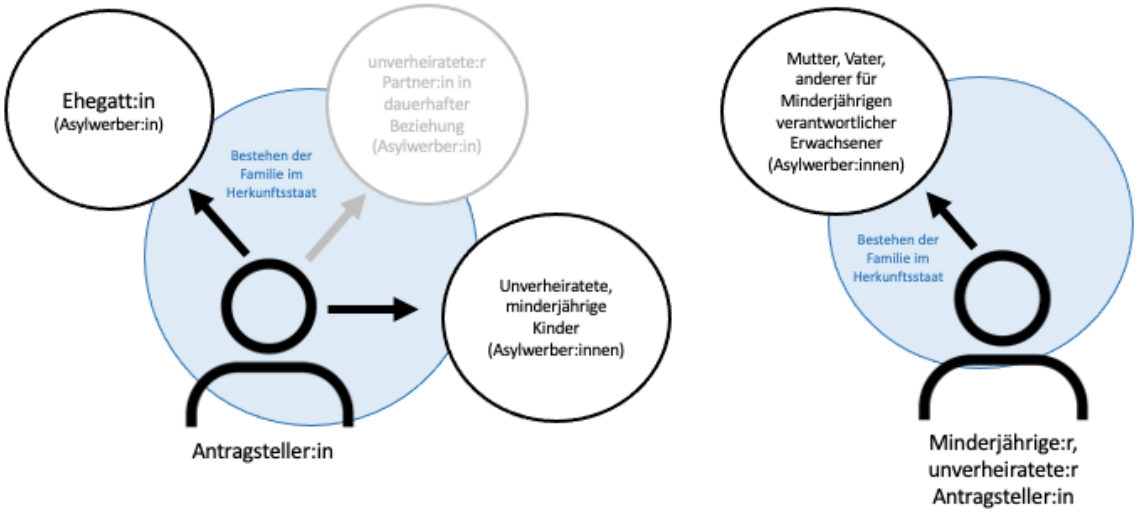


Abbildung 6 - Zuständigkeit aufgrund sich aufhaltender Familienangehöriger iSd Dublin-III-VO, die selbst einen AaiS stellten

Beim Zuständigkeitskriterium aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS[810] ist folglich zu unterscheiden zwischen Familienangehörigen, die ihrerseits internationalen Schutz erhielten, Familienangehörigen, die sich selbst im inhaltlichen Asylverfahren befinden, und Familienangehörigen, die kein Aufenthaltsrecht im Kontext von internationalem Schutz haben. Letztere werden von den familienbezogenen Zuständigkeitskriterien (außer bei minderjährigen Antragsteller:innen) nach der geltenden Rechtslage nicht berücksichtigt.

---

[808] Vgl *Fülöp*, Vollziehung des Unionsrechts, in *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg), Recht der Europäischen Union[2] (2019) 97; *Uhlmann*, Europarecht und nationales Verfahrensrecht, GVRZ 2023, 42 (Rz 17ff) mwN.

[809] Vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 10 K 5f; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht[12] (2024) Rz 427; fraglich ist, ob eine Erstentscheidung auch dann vorliegt, wenn eine Beschwerde gem Art 130 B-VG erhoben wurde: Dem Wortlaut nach scheint Art 10 Dublin-III-VO auf die materielle Rechtskraft abzustellen, davon scheint auch das BVwG auszugehen; vgl BVwG 7. 11. 2017, W185 2128892-1. Das ist problematisch, wenn erst im Beschwerdeverfahren internationaler Schutz zuerkannt wird; in diesem Fall kann nur durch ein Ersuchen bzw einen Selbsteintritt gem Art 17 Dublin-III-VO ein Aufenthalt im selben MS mit familiären Bezugspersonen ermöglicht werden. Zur materiellen und formellen Rechtskraft siehe *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht[12] Rz 451ff.

[810] Die antragstellenden Personen haben sowohl gem Art 9 als auch gem Art 10 Dublin-III-VO den Wunsch schriftlich kundzutun, dass der MS, in dem sich die Familienanagehörigen befinden, zuständig sein soll; dadurch soll den betroffenen Personen ein Mitspracherecht gesichert werden; vgl VwGH 15. 12. 2022, Ra 2022/18/0182; 29. 6. 2023, Ra 2023/19/0147; *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 9 K 4; die schriftliche Zustimmung ist verpflichtend und es muss darüber gem Art 4 Abs 1 lit b und c Dublin-III-VO informiert werden, siehe auch EuGH C-720/20, *RO/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2022:603 Rz 42 mwN. Wird das Familienverhältnis nicht von Anbeginn offengelegt, ist es nicht mehr möglich, sich auf die Zuständigkeit gem Art 9 und 10 Dublin-III-VO zu berufen; vgl VwGH 23. 11. 2017, Ra 2017/18/0291.

Der Vorschlag der Kommission lies die Zuständigkeitskriterien aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS inhaltlich unberührt;[811] nach den Änderungsvorschlägen des Parlaments sollen zukünftig aber auch jene Familienangehörigen bei der Ermittlung des zuständigen MS berücksichtigt werden, die nach Maßgabe der Daueraufenthalts-RL ein langfristiges Aufenthaltsrecht[812] oder, die nach einem Aufenthalt als international Schutzberechtigte die Staatsbürgerschaft eines MS erwarben.[813]

iv) Gemeinsame Verfahrensführung

Schlussendlich befasst sich Art 11 Dublin-III-VO („Familienverfahren") mit Fällen, in denen mehrere Familienangehörige und/oder unverheiratete, minderjährige Geschwister gleichzeitig oder in großer zeitlicher Nähe[814] einen AaiS im selben MS stellen, sodass die Verfahren gemeinsam geführt werden können.

Die Bestimmung soll dafür sorgen, dass bei Familienangehörigen in einer Konstellation, in der bereits eine Familieneinheit in einem MS besteht, die Anwendung der Zuständigkeitskriterien keine Trennung herbeiführt.[815] Deshalb sieht Art 11 lit a Dublin-III-VO für Fälle, in denen nach den Zuständigkeitskriterien unterschiedliche MS zuständig wären, vor, dass jener MS für alle familiären Bezugspersonen zuständig sein soll, der für die Asylverfahren der meisten der familiären Bezugspersonen zuständig wäre. Lässt sich danach kein MS feststellen, richtet sich die Zuständigkeit gem Art 11 lit b Dublin-III-VO nach dem Antrag der ältesten Person aus dem Kreis der familiären Bezugspersonen.[816]

Voraussetzung für die Anwendung von Art 11 Dublin-III-VO ist eine abgeschlossene Prüfung aller anderen Zuständigkeitskriterien – einschließlich der an Art 11 Dublin-III-VO folgenden Kriterien Art 12-15 Dublin-III-VO, die eine Zuständigkeit etwa aufgrund von Visa oder Einreise vorsehen.[817] In Fällen, wo nach diesen Zuständigkeitskriterien unterschiedliche MS zuständig wären, geht Art 11 Dublin-III-VO ungeachtet der Reihenfolge gem Art 7 Abs 1 Dublin-III-VO den anderen

[811] Vgl Art 16 und 17 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission).
[812] Bzw, soweit die RL in einem MS nicht zur Anwendung gelangt, ein langfristiges Aufenthaltsrecht nach den jeweiligen nationalen Bestimmungen.
[813] Art 26 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).
[814] Siehe dazu konkretisierend etwa VwGH 22. 6. 2017, Ra 2016/20/0384; 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0072; große Auslegungsschwierigkeiten sieht *Maiani*, Schutz der Einheit 41, 46.
[815] Vgl VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0072.
[816] Die deutsche Sprachfassung ist missverständlich und lässt offen, ob der älteste Antrag oder der Antrag der ältesten Person gemeint ist; die englische Sprachfassung nennt aber eindeutig die älteste Person; vgl auch *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 11 K 5.
[817] VwGH 22. 6. 2017, Ra 2016/20/0384; 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0072; *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 11 K 1.

Zuständigkeitskriterien vor.[818] In diesem Sinne bezeichnet der VwGH Art 11 Dublin-III-VO als Korrektiv zum Rangfolgenprinzip gem Art 7 Abs 1 Dublin-III-VO.[819]

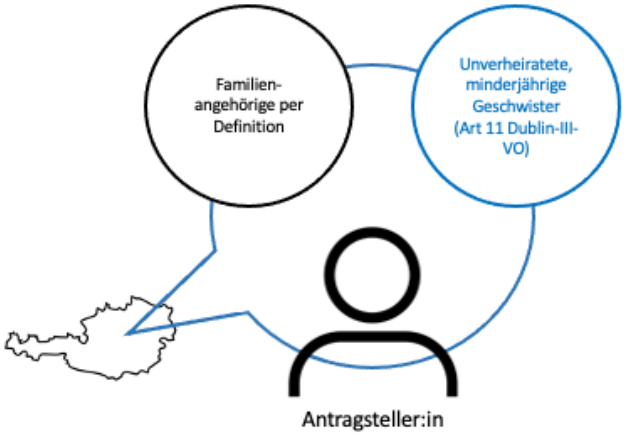


Abbildung 7 - Anordnung zur gemeinsamen Verfahrensführung bei familiärenz Bezugspersonen, die sich mit der antragstellenden Person in einem MS befinden

Fraglich ist, ob „unverheiratete, minderjährige Geschwister" meint, dass nur eines der Geschwister unverheiratet und minderjährig sein muss, damit das Familienverfahren für die Geschwister anwendbar ist oder ob alle betroffenen Geschwister unverheiratet und minderjährig sein müssen: Der EuGH hat sich mit dieser Frage noch nicht befasst; die Rechtsprechung des VwGH dazu ist uneinheitlich: In der jüngeren Rechtsprechung geht er davon aus, dass alle betroffenen Geschwister unverheiratet und minderjährig sein müssen, um das Verfahren nach der Dublin-III-VO gemeinsam zu führen.[820] In einem früheren Erkenntnis[821] nahm er allerdings die Anwendbarkeit von Art 11 Dublin-III-VO auch für eine Situation an, die einen volljährigen Geschwisterteil und minderjährige Geschwister behandelte.

Diese Unterscheidung ist von weitreichender Bedeutung, wie am Beispiel deutlich wird, wenn zwei Geschwister ohne weitere Familienangehörige einen AaiS stellen, wobei ein Geschwisterteil volljährig und ein Geschwisterteil minderjährig ist: Ist der volljährige Geschwisterteil nicht für den minderjährigen Geschwisterteil obsorgeberechtigt und somit kein für die minderjährige Person verantwortlicher Erwachsener, sind die Geschwister füreinander keine Familienangehörigen per Definition; Geschwister gelten auch nicht als Verwandte. Der minderjährige Geschwisterteil gilt

[818] VwGH 22. 6. 2017, Ra 2016/20/0384; *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 11 Rz 4.
[819] VwGH 22. 6. 2017, Ra 2016/20/0384; der VwGH spricht von Art 7 Abs 2 Dublin-III-VO; dabei dürfte es sich um einen Tippfehler zu handeln, da Abs 1 die Rangfolge und Abs 2 das Sachverhaltsversteinerungsprinzip verankert.
[820] Vgl VwGH 5. 12. 2017, 2017/01/0068; 2. 5. 2018, Ra 2017/18/0433; 26. 6. 2019, Ra 2018/20/0495.
[821] VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0072.

somit als unbegleiteter minderjähriger Antragsteller; für ihn ist das Zuständigkeitskriterium für unbegleitete Minderjährige gem Art 8 Dublin-III-VO anzuwenden.[822]

Art 8 Abs 1 Dublin-III-VO stellt zwar auch auf Geschwister ab, aber nur, wenn sich diese rechtmäßig aufhalten. Während der Prüfung der Zuständigkeit besteht eben noch kein rechtmäßiger Aufenthalt; erst in dem MS, der für die Prüfung der AaiS zuständig ist, besteht ein rechtmäßiger Aufenthalt während des Asylverfahrens.[823] Ist für den volljährigen Geschwisterteil ein anderer MS zuständig als der, in dem er sich befindet, hält sich der volljährige Geschwisterteil nicht rechtmäßig auf.

Für den minderjährigen Geschwisterteil ist in einem solchen Fall Art 8 Abs 4 Dublin-III-VO anzuwenden: Es ist der MS zuständig, indem sie den AaiS gestellt haben – sofern es dem Wohl des Kindes dient.[824] Die allfällige Trennung von Geschwistern und deren familiäre Beziehung hat in einem solchen Fall in die Beurteilung des Kindeswohls gem Art 8 Abs 4 Dublin-III-VO mit einzufließen; sie ist aber nur ein Kriterium der Kindeswohlprüfung.[825] Widersprechen etwa die Aufnahmebedingungen oder die allgemeine Versorgungssituation in dem MS dem Kindeswohl, der für den AaiS des volljährigen Geschwisterteils zuständig ist, kann dies zu unterschiedlichen zuständigen MS für die Geschwister führen.[826]

Art 11 Dublin-III-VO schafft in diesem Fall keine Abhilfe, wenn „minderjährig und unverheiratet" dahingehend zu verstehen ist, dass alle beteiligten Geschwister minderjährig und unverheiratet sein müssen, um die Verfahren gemeinsam führen zu können.[827] Mangels Familienangehörigeneigenschaft ist auch Art 20 Abs 3 Dublin-III-VO nicht anwendbar.[828] Die Anwendung der allgemeinen Zuständigkeitskriterien würde in einem solchen Fall zu einer Trennung der Geschwister führen.

Der Auslegung, nach der das Familienverfahren grundsätzlich anzuwenden ist, wenn auch nur eines der betroffenen Geschwister minderjährig und unverheiratet ist, ist daher zum Schutz der familiären Einheit, dem Kindeswohl und somit im Sinne der ErwGr der Dublin-III-VO der Vorzug zu geben.

Zu Auslegungsschwierigkeiten kann es kommen, wenn mehrere volljährige Geschwisterteile vorhanden sind, für die wiederum unterschiedliche MS zuständig sind. Für das Verhältnis von volljährigen Geschwistern untereinander ist das Familienverfahren derzeit jedenfalls nicht anwendbar. Auch in diesem Fall ist einer Lösung über eine Kindeswohlprüfung der Vorzug zu

[822] Vgl VwGH 5. 12. 2017, 2017/01/0068; 2. 5. 2018, Ra 2017/18/0433; 26. 6. 2019, Ra 2018/20/0495.
[823] Siehe bereits Unterpunkt IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen*.
[824] Vgl VwGH 5. 12. 2017, 2017/01/0068 mwN; 2. 5. 2018, Ra 2017/18/0433.
[825] Vgl VwGH 5. 12. 2017, 2017/01/0068; 2. 5. 2018, Ra 2017/18/0433.
[826] VwGH 26. 6. 2019, Ra 2018/20/0495.
[827] Vgl VwGH 5. 12. 2017, 2017/01/0068; 2. 5. 2018, Ra 2017/18/0433; 26. 6. 2019, Ra 2018/20/0495.
[828] Vgl VwGH 2. 5. 2018, Ra 2017/18/0433; vgl Punkt IV) B) 2) b) – *Verwandte iSd Dublin-III-VO*.

geben, nach der beurteilt wird, welcher Geschwisterteil am besten für den minderjährigen Geschwisterteil sorgen kann unter Berücksichtigung, zu welchem volljährigen Geschwisterteil die engste Beziehung besteht.

Die Auslegungsprobleme würden sich lösen, wenn das Familienverfahren angepasst wird und wie bei Art 8 Dublin-III-VO auf Geschwister allgemein unabhängig vom Personenstand und des Alters abzustellen wäre. Die Auslegungsprobleme hätten sich auch gelöst, wenn der Vorschlag der Kommission, Geschwister in die Definition von Familienangehörigen aufzunehmen, angenommen worden wäre.

d) Sonderbestimmungen zur Zuständigkeit

i) Vorbemerkungen

Wie bereits erwähnt, stehen die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien zu Beginn der Rangfolge der allgemeinen Zuständigkeitskriterien, die im Kapitel III der Dublin-III-VO geregelt sind. Die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sind somit vorrangig gegenüber den anderen Zuständigkeitskriterien anzuwenden, die etwa auf erteilte Visa oder den Ersteinreisestaat abstellen.

Außerhalb dieses Kapitel III mit den allgemeinen Zuständigkeitskriterien, sieht die Dublin-III-VO noch zwei Sonderbestimmungen vor, nach denen auch die Zuständigkeit eins MS für das Asylverfahren begründet werden kann.

Diese Sonderbestimmungen können ebenso zum Schutz der familiären Einheit führen: Die eine Sonderbestimmung ist in Art 16 Dublin-III-VO geregelt und bestimmt die Zuständigkeit aufgrund bestimmter Abhängigkeitsverhältnisse zu familiären Bezugspersonen. Die andere Sonderbestimmung befindet sich in Art 17 Dublin-III-VO; sie enthält einerseits eine Ermessensklausel, wonach sich ein MS für zuständig erklären kann, bei dem ein AaiS gestellt wurde, der aber nach den allgemeinen Zuständigkeitskriterien nicht zuständig wäre. Weiters besteht gem Art 17 Dublin-III-VO die Möglichkeit, einen anderen MS zu ersuchen, eine antragstellende Person aus humanitären – insbesondere familiären oder kulturellen Gründen – zur Führung des Asylverfahrens aufzunehmen.

Da sich die Sonderbestimmungen außerhalb des Kapitel III der Dublin-III-VO mit den allgemeinen Zuständigkeitskriterien befindet, unterliegen die Sonderbestimmungen nicht dem Rangfolgeprinzip gem Art 7 Abs 1 Dublin-III-VO und dem Sachverhaltsversteinerungsprinzip gem Art 7 Abs 2 Dublin-III-VO.[829] Insofern können geänderte Umstände nach dem Zeitpunkt der Antragstellung noch immer in die Beurteilung der Zuständigkeit durch die Anwendung der Sonderbestimmungen

[829] Vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 7 K 2; *Maiani*, Schutz der Einheit 41.

Berücksichtigung finden: Für die Anwendung der Sonderbestimmungen ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich.[830]

ii) Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen

Wenn zwischen Antragsteller:innen und ihren Kindern, Geschwistern oder Elternteilen ein Abhängigkeitsverhältnis aufgrund von Schwangerschaft, eines neugeborenen Kindes, schwerer Krankheit, ernsthafter Behinderung oder hohen Alters[831] besteht, sollen die MS gem Art 16 Dublin-III-VO diese Personen grundsätzlich zusammenführen bzw dafür sorgen, sie nicht zu trennen.

Ob einer der genannten familiären Bezugspersonen von der Unterstützung durch die Antragsteller:in abhängig ist oder umgekehrt die Antragsteller:in von der Unterstützung der familiären Bezugsperson abhängig ist, ist für die Anwendung von Art 16 Dublin-III-VO irrelevant. Die Bestimmungen umfasst beide Richtungen des Abhängigkeitsverhältnisses.[832] Jedenfalls muss die antragstellende Person Teil des Abhängigkeitsverhältnisses sein.[833]

Damit ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Antragsteller:innen und ihren familiären Bezugspersonen iSv Art 16 Dublin-III-VO eine Zuständigkeit eines MS begründen kann, legt die Bestimmung neben dem Abhängigkeitsverhältnis weitere Voraussetzungen fest: So wie bei den Familienangehörigen per Definition verlangt Art 16 Dublin-III-VO, dass die familiäre Bindung bereits im Herkunftsland bestand. Die familiäre Bezugsperson muss sich zudem rechtmäßig in einem MS der EU aufhalten und die Person, die die abhängige Person unterstützen soll, muss zu dieser Unterstützung in der Lage sein. Wie auch bei der allgemeinen Zuständigkeitsbegründung aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS[834] müssen für die Zuständigkeitsbegründung die betroffenen Personen ihren Wunsch schriftlich kundtun, zusammengeführt zu werden bzw zusammenzubleiben.[835]

Während zunächst aus Perspektive von Art 8 EMRK positiv auffällt, dass die Dublin-III-VO eine eigene Zuständigkeitsbestimmung für den Fall von Abhängigkeit enthält, der nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung beschränkt ist, überrascht der erfasste Personenkreis: Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Ehepartner:innen bzw eingetragenen Partner:innen oder

---

[830] Vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 7 K 4; *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 7 Rz 4; VwGH 25. 9. 2017, Ra 2017/20/0298 mwN.

[831] Nach dem Reformvorschlag der Kommission sollen die „Tatbestände" der Abhängigkeit um das Vorliegen eines schweren (psychologischen) Traumas ergänzt werden; siehe Art 24 Abs 1 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission) sowie Rat 10443/1/23 REV 1, 78, nachdem das Trauma auf psychologisches Trauma konkretisiert werden soll; das Parlament hat die Konkretisierung übernommen, siehe Art 34 Abs 1 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).

[832] Damit wurde die Judikatur zu Art 15 Abs 2 Dublin-II-VO in der Dublin-III-VO verankert, vgl EuGH C-245/11, *K/Bundesasylamt,* ECLI:EU:C:2012:685 insb Rz 33ff.

[833] EuGH C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113 Rz 40.

[834] Vgl Unterpunkt IV) B) 2) c) iii) – *Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS*; Art 9 und 10 Dublin-III-VO.

[835] Vgl *Maiani*, Schutz der Einheit 42.

unverheiratete Partner:innen in dauerhafter Beziehung sind von der Bestimmung nicht erfasst.[836] Ist beispielsweise die antragstellende Person von ihrer Ehepartnerin abhängig und hat die Ehepartnerin einen Aufenthaltstitel, der nicht im Kontext von internationalem Schutz steht, so ist die Ehepartnerin weder bei der allgemeinen Zuständigkeitsbegründung aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS zu beachten, noch wird das Abhängigkeitsverhältnis für die Ermittlung der Zuständigkeit berücksichtigt. Auch ein Abhängigkeitsverhältnis zu Verwandten begründet keine Zuständigkeit gem Art 16 Dublin-III-VO.

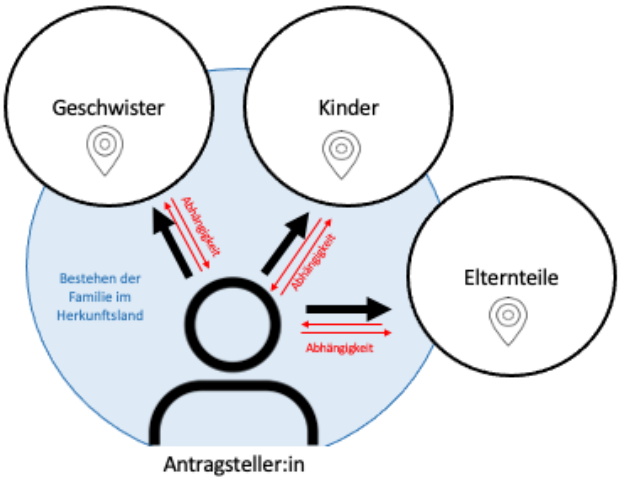


Abbildung 8 - Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen mit sich aufhaltender familiärer Bezugspersonen

Aufgrund der einschränkenden Familiendefinition wurde in der Literatur eine erweiternde Auslegung der Bestimmung zu Abhängigkeitsverhältnissen gefordert[837] und überlegt, ob die Judikatur zur Vorgängerbestimmung Art 15 Abs 2 Dublin-II-VO (alt) auf Art 16 Abs 1 Dublin-III-VO übertragbar sein könnte oder sie nurmehr unter Art 17 Dublin-III-VO Beachtung finden kann:[838] In der Rs *K* urteilte der EuGH im Jahr 2012, dass auch bei weiteren familiären Bezugspersonen bei einem Abhängigkeitsverhältnis aufgrund schwerer Krankheit die Zuständigkeit verpflichtend aus humanitären Gründen zu übernehmen sein kann.[839] Konkret ging es um das Verhältnis einer Schwiegermutter und zu ihrer schwer kranken Schwiegertochter.

Art 15 Abs 2 Dublin-II-VO (alt) verwendete allerdings den Begriff „andere Familienangehörige" und enthielt anders als Art 16 Abs 1 Dublin-III-VO keine abschließende Definition von Personen, zu denen ein Abhängigkeitsverhältnis beachtet werden soll. Dementsprechend schloss auch der

[836] Vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 16 K 1; *Maiani*, Schutz der Einheit 29f.
[837] *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 16 Rz 11ff; *Maiani*, Schutz der Einheit 43.
[838] *Brandl* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 143 (153); *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 16 Rz 5, 14; *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (124f).
[839] EuGH C-245/11, *K/Bundesasylamt,* ECLI:EU:C:2012:685.

EuGH die Übertragbarkeit der Judikatur zu Art 15 Abs 2 Dublin-II-VO (alt) aus.[840] Im selben Urteil stellte der EuGH fest, dass die Bestimmung streng dem Wortlaut nach auszulegen sei; demnach ist Art 16 Abs 1 Dublin-III-VO nicht auf Ehepartner:innen anwendbar.[841] Insgesamt lässt sich somit feststellen, das Art 16 Dublin-III-VO durch die Begrenzung des erfassten Personenkreises an familiären Bezugspersonen eine wesentliche Einschränkung zur Vorgängerbestimmung erfuhr. Der beschränkte Personenkreis an familiären Bezugspersonen soll nach dem Reformvorschlag der Kommission beibehalten werden.

In den wenigen Fällen, in denen sich der VwGH mit Art 16 Dublin-III-VO auseinandersetzen musste, ging er davon aus, dass die familiäre Bindung im Herkunftsstaat von den genannten Personen im Zusammenhang mit der Pflege bereits bestanden haben muss.[842] Diese Auslegung stimmt weder mit dem Wortlaut der Bestimmung überein, noch ist sie mit der Systematik der Dublin-III-VO vereinbar: Dem Wortlaut nach verlangt Art 16 Dublin-III-VO zwar das Bestehen der familiären Bindung im Herkunftsstaat – aber nicht, dass diese familiäre Bindung auch im Zusammenhang zur Krankheit, Schwangerschaft etc und der dadurch resultierenden Abhängigkeit aufgrund des Pflegebedarfs stand. Eine dahingehende Auslegung würde Art 16 Dublin-III-VO noch weiter in seinem Anwendungsbereich beschränken: So wären etwa Fälle ausgeschlossen, in denen sich etwa die Mutter einer schwangeren Antragstellerin in einem MS rechtmäßig aufhält, aber entweder die Mutter den Herkunftsstaat verlassen hatte, bevor die Antragstellerin schwanger wurde, oder die Antragstellerin erst nach Verlassen des Herkunftsstaates schwanger wurde. Für Abhängigkeitsverhältnisse gilt aber das Sachverhaltsversteinerungsprinzip nicht[843]; geänderte Umstände bis zum Entscheidungszeitpunkt sind zu berücksichtigen. Die Auslegung des VwGH ist daher abzulehnen; dies wird auch aus dem ErwGr 16 Dublin-III-VO deutlich, der die uneingeschränkte Achtung des Grundsatzes der familiären Einheit bei Abhängigkeitsverhältnissen fordert.

Fraglich ist, ob die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen zwingend anzuwenden ist: Die Vorgängerbestimmung in Art 15 Abs 2 Dublin-II-VO war als Ermessensklausel konzipiert.[844] Obwohl sich Art 16 Dublin-III-VO außerhalb des Kapitel III befindet, geht aus Art 16 Abs 2 Dublin-III-VO ein verbindlicher Charakter hervor: Nur wenn die antragstellende Person langfristig nicht reisefähig ist, soll der MS, in dem sie sich aufhält, zuständig sein.[845] Dass es sich um ein verbindliches Zuständigkeitskriterium handelt, geht auch aus ErwGr 16 Dublin-III-VO

[840] EuGH C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113 Rz 39.
[841] EuGH C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113 Rz 38; vgl auch VwGH 25. 9. 2017, Ra 2017/20/0298.
[842] VwGH 8. 9. 2016, Ra 2015/20/0296.
[843] Siehe Unterpunkt IV) B) 2) d) i) – *Vorbemerkungen.*
[844] Vgl *Maiani*, Schutz der Einheit 41; so wie Art 17 Dublin-III-VO heute noch.
[845] Vgl *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 16 Rz 7f.

deutlich hervor, der die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeit ausdrücklich als verbindlich bezeichnet. Dafür spricht weiters die Ermessensklausel gem Art 17 Dublin-III-VO, die ein Ersuchen aus humanitären Gründen an einen anderen MS auch dann ermöglicht, wenn dieser MS nicht nach den allgemeinen Zuständigkeitskriterien sowie aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen gem Art 16 Dublin-III-VO zuständig ist.[846]

Maiani und *Hruschka* gehen davon aus, dass es sich bei Art 16 Dublin-III-VO um eine Spezialregelung handelt, die den anderen allgemeinen Zuständigkeitskriterien vorgeht.[847] Gemeint müssen Art 12 – 15 Dublin-III-VO sein, die etwa auf die Erteilung von Visa oder Einreise abstellen, da zu den familienbezogenen Kriterien keine Konkurrenz besteht. Der Ansicht ist zuzustimmen, da die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen ansonsten ihrer Effektivität beraubt wäre, wenn etwa eine Zuständigkeit aufgrund einer visafreien Einreise die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen verdrängen könnte.[848]

iii) Zuständigkeit durch Selbsteintritt und Ersuchen – Zwischen Ermessen und Pflicht

Art 17 Dublin-III-VO soll es den MS ermöglichen, sich aus politischen, humanitären oder praktischen Erwägungen bereitzuerklären, einen AaiS zu prüfen, auch wenn keine Zuständigkeit nach den allgemeinen Zuständigkeitskriterien besteht.[849] Dazu ermöglicht Art 17 Abs 1 Dublin-III-VO einen Selbsteintritt in die Zuständigkeit des MS, bei dem der AaiS gestellt wurde, auch wenn er nach den allgemeinen Zuständigkeitskriterien nicht zuständig ist. Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO ermöglicht den MS, einen anderen MS zu ersuchen, aus humanitären Gründen die Zuständigkeit zu übernehmen. Bei einem Ersuchen müssen die betroffenen Personen zwingend zustimmen.[850] Stimmt der ersuchte MS dem Ersuchen zu, so kommt dies einem Selbsteintritt durch diesen Staat gleich. Deshalb versteht „Selbsteintrittsrecht" im Folgenden sowohl den unmittelbaren Selbsteintritt als auch die Zustimmung zu einem Ersuchen.

Die Ausübung von Art 17 Dublin-III-VO ist an keine besonderen Bedingungen geknüpft.[851] Es liegt daher im Ermessen der MS, die Umstände zu bestimmen, unter denen sie vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch machen und beschließen, einen AaiS zu prüfen, obwohl sie nach der Dublin-III-VO nicht

[846] Vgl *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 16 Rz 1; *Maiani*, Schutz der Einheit 41.
[847] *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 16 Rz 2; *Maiani*, Schutz der Einheit 42.
[848] Vgl *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 16 Rz 2.
[849] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 58; C-56/17, *Fathi,* ECLI:EU:C:2018:803 Rz 53; siehe auch ErwGr 17 Dublin-III-VO.
[850] EuGH C-720/20, *RO/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2022:603 Rz 42f.
[851] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 58 mwN; VwGH 15. 12. 2015, Ra 2015/18/0192; 26. 4. 2021, Ra 2021/14/0015; 21. 12. 2021, Ra 2021/19/0438.

zuständig wären.[852] ErwGr 17 führt zur Anwendung des Selbsteintrittsrechtes aus, dass dadurch insbesondere aus humanitären Gründen oder in Härtefällen eine Abweichung möglich sein soll, um Familienangehörige, Verwandte oder Personen jeder anderen verwandtschaftlichen Beziehung zusammenzuführen.

Immer wieder stellt sich die Frage, ob ein MS unter Umständen dazu verpflichtet sein kann, vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen. Zwar geht aus Art 3 Abs 2 Dublin-III-VO nunmehr klar hervor, dass von einer Überstellung jedenfalls abzusehen ist, wenn eine Verletzung iSv Art 4 GRC bzw Art 3 EMRK aufgrund von systemischen Schwachstellen in einem MS droht;[853] aber auch solche Umstände verpflichten nach dem EuGH nicht zu einem Selbsteintritt.[854] Das ist insofern unproblematisch als in Fällen, in denen keine Überstellung in einen nach den Zuständigkeitskriterien bestimmten MS möglich ist, Art 3 Abs 2 Dublin-III-VO automatisch den MS, der die Zuständigkeit prüft, zum zuständigen MS erklärt.[855]

Nach der Ansicht des EuGH verpflichten auch Erwägungen des Kindeswohls, einschließlich der in Art 6 Dublin-III-VO festgelegten Garantien für Minderjährige, die MS nicht dazu, vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen und AaiS zu prüfen, für die sie nach den Zuständigkeitskriterien nicht zuständig sind.[856] Der EuGH weist aber ausdrücklich darauf hin, dass es den MS auch nicht verwehrt ist.[857] Bisher hatte sich der EuGH nicht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob Art 7 GRC bzw Art 8 EMRK zu einem Selbsteintritt verpflichten können. Da der EuGH sich aber bisher in Zurückhaltung übte, eine Verpflichtung zum Selbsteintritt explizit festzustellen (selbst bei einer drohenden Verletzung von Art 4 GRC bzw Art 3 EMRK), ist dies unwahrscheinlich.

Allerdings betont der EuGH, dass die eigenen, nationalen Bestimmungen einen MS verpflichten können, von dem Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen.[858] Die Beurteilung, ob nationale Behörden gegen nationales Recht verstoßen haben, weil sie entgegen einer aus dem nationalen Recht rührenden Verpflichtung nicht vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch gemacht haben, obliegt den nationalen Gerichten.[859]

---

[852] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 58f, 71; C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113 Rz 50; VwGH 15. 12. 2015, Ra 2015/18/0192; 26. 4. 2021, Ra 2021/14/0015; 21. 12. 2021, Ra 2021/19/0438; *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 17 K 2.
[853] Weiterführend zum Bestehen systemischer Schwachstellen siehe etwa *Groß* in *Wollenschläger et al* 699 (Rz 40); *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 3 Rz 10ff.
[854] Etwa EuGH C-578/16, *C.K. ua/Republika Slovenija,* ECLI:EU:C:2017:127 Tenor.
[855] Vgl *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 17 Rz 5.
[856] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 71f; C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113 Rz 27.
[857] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 58ff; C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113 Rz 49.
[858] EuGH C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113 Rz 51f, 54.
[859] EuGH C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113 Rz 53.

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass aus Gründen des Art 8 EMRK die MS zum Selbsteintritt sowie zur Stellung eines Ersuchens verpflichtet sein können.[860] Der VfGH teilte diese Ansicht schon bei den Vorgängerbestimmungen zur Dublin-III-VO.[861] Auch der VwGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art 8 EMRK eine grundrechtskonforme Interpretation des AsylG 2005 erfordert: So ist in Fällen, bei denen ein AaiS aufgrund der Dublin-III-VO als unzulässig zurückzuweisen wäre,[862] aber durch die Zurückweisung eine Verletzung von Art 8 EMRK droht, zwingend vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen.[863]

Nach dem VwGH setzt die Anwendung des Selbsteintrittsrechts eine abschließende Prüfung der Zuständigkeitskriterien des Kapitel III voraus; erst nach deren Beurteilung ist ein Selbsteintritt möglich.[864] So muss beispielsweise das Kindeswohl bei der Zuständigkeit von unbegleiteten Minderjährigen ohne sich in den MS rechtmäßig aufhaltenden Familienangehörigen gem Art 8 Abs 4 Dublin-III-VO abschließend beurteilt werden, bevor die Behörden Art 17 Dublin-III-VO anwenden können.[865] Führt Art 8 Abs 4 Dublin-III-VO oder die gemeinsame Verfahrensführung gem Art 11 Dublin-III-VO dazu, dass ein anderer MS für die betroffenen familiären Bezugspersonen zuständig ist, so scheidet die Pflicht zu einem Selbsteintritt nach Ansicht des VwGH aufgrund von Art 8 EMRK aus, da es in solchen Fällen zu keiner Trennung der Familienmitglieder kommen würde. Allenfalls wenn in dem anderen zuständigen MS ein Zustand bzw ein systemischer Mangel vorliegt, der Art 4 GRC bzw Art 3 EMRK verletzt, kann dies dennoch zu einer Verpflichtung zum Selbsteintritt gem Art 17 Dublin-III-VO führen.

e) Zwischenfazit

Die Analyse der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien zeigt, dass die Dublin-III-VO zwar grundsätzlich eine Definition von Familienangehörigen vorsieht, aber diese Definition in der Folge nicht konsequent verwendet. Nur dem Zuständigkeitskriterium aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS, die ihrerseits einen AaiS stellten, über den noch nicht entschieden wurde, wird der Familienangehörigenbegriff tatsächlich wie in der Legaldefinition gem Art 2 lit g Dublin-III-VO zugrunde gelegt. Alle weiteren familienbezogenen Zuständigkeitskriterien[866] sowie die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen[867] adaptieren den erfassten familiären

[860] *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 17 Rz 9ff.
[861] VfSlg 16.122/2001; VfGH 29. 6. 2013, U1446/2012; vgl *Brandl* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 143 (148).
[862] Gem § 5 AsylG 2005.
[863] Etwa VwGH 15. 12. 2015, Ra 2015/18/0192; 12. 6. 2018, Ra 2018/20/0225; 21. 12. 2021, Ra 2021/19/0438; 2. 2. 2023, Ra 2022/18/0164; weiters muss vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch gemacht werden, wenn Familienangehörige im Inland bereits zum Asylverfahren zugelassen wurden, da das innerstaatliche Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 eine einheitliche Entscheidung erfordert; siehe etwa VwGH 27. 6. 2017, Ra 2016/18/0277; 13. 12. 2018, Ra 2017/18/0110; 26. 4. 2021, Ra 2021/14/0015.
[864] Etwa VwGH 5. 12. 2017, Ra 2017/01/0068; 2. 5. 2018, Ra 2017/18/0433; 26. 6. 2019, Ra 2018/20/0495.
[865] VwGH 5. 12. 2017, 2017/01/0068; 26. 6. 2019, Ra 2018/20/0495.
[866] Art 8, 9 und 11 Dublin-III-VO.
[867] Art 16 Dublin-III-VO.

Personenkreis: Sie berechtigen einen anderen Kreis an familiären Bezugspersonen bzw weichen von der Voraussetzung ab, dass die Familie bereits im Herkunftsstaat bestehen musste.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass der erfasste Personenkreis von Familienangehörigen erweitert wird: Zwar bezeichnen sie diese Personen nicht ausdrücklich als „Familienangehörige", sie werden aber wie die Familienangehörigen per Definition behandelt: Allein aufgrund der Nennung in den einzelnen Bestimmungen wird ihre familiäre Beziehung zur antragstellenden Person geachtet; sie sind bei der Ermittlung des zuständigen MS zu berücksichtigen, wodurch ihnen die Fortführung eines Familienlebens gem Art 8 EMRK ermöglicht wird.

Zwei Faktoren beeinflussen die Größe des erfassten Personenkreises von berechtigten familiären Bezugspersonen: Der Aufenthaltsstatus der jeweiligen familiären Bezugsperson und die berücksichtigten familiären Beziehungen.[868] Der „weiteste Familienangehörigenbegriff" ist jener für unbegleitete Minderjährige[869], der ausschließlich einen rechtmäßigen Aufenthalt verlangt und neben den Familienangehörigen per Definition auch Geschwister[870] und Verwandte erfasst.[871]

Der Kreis an familiären Bezugspersonen, die bei der Ermittlung des zuständigen MS zu berücksichtigen sind, ist vor allem bei vulnerablen Personengruppen weiter: Der zu berücksichtigende Kreis von familiären Bezugspersonen geht bei minderjährigen Antragsteller:innen sowie bei der Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen[872] über den Kreis von Familienangehörigen per Definition hinaus.

Schließlich ermöglicht das Selbsteintrittsrecht für Konstellationen mit weiteren familiären Bezugspersonen, die von keinem der familiären Zuständigkeitskriterien oder der Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen erfasst sind, eine Zuständigkeit zu begründen. Dabei haben die österr Behörden nach der Auslegung des VfGH und des VwGH vom Selbsteintritt zwingend Gebrauch zu machen, wenn ansonsten eine Verletzung von Art 8 EMRK droht.

---

[868] *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 8 Rz 3.
[869] Siehe Unterpunkt IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen.*
[870] Anders als beim Familienverfahren gem Art 11 Dublin-III-VO unabhängig davon, ob die Geschwister verheiratet oder minderjährig sind.
[871] *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 8 Rz 3.
[872] Art 16 Dublin-III-VO; Unterpunkt IV) B) 2) d) ii) – *Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen*.

3) Grundrechtliche Beurteilung der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 1: Ermittlung des zuständigen Mitgliedstaates

a) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 1 mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK

i) Familienangehörige per Definition

Bei der Beurteilung, inwieweit die unterschiedlichen Kreise an Familienangehörigen der Dublin-III-VO den Anforderungen von Art 8 EMRK entspricht, ist zunächst festzustellen, dass die „Kernfamilie" – für die jedenfalls ein schützenswertes Familienleben iSv Art 8 EMRK anzunehmen ist – von der Legaldefinition von Familienangehörigen sowie grundsätzlich von allen familienbezogenen Zuständigkeitskriterien umfasst ist. Lediglich die Sonderbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen gem Art 16 Dublin-III-VO lässt Ehepartner:innen außen vor.[873]

Fraglich erscheint der Umgang mit gleichgeschlechtlichen verheirateten Partner:innen, auf die sogleich zurückzukommen ist.[874]

Die Legaldefinition von Familienangehörigen sieht vor, dass die Familie bereits im Herkunftsstaat bestehen musste.[875] Diese Bedingung besteht auch teilweise für das Zuständigkeitskriterium für unbegleitete Minderjährige.[876] Eine Familie, die nach dem Verlassen des Herkunftsstaates entstand, findet innerhalb dieser Zuständigkeitskriterien keine Berücksichtigung, unabhängig von der Intensität der familiären Beziehung oder etwaigen Abhängigkeitsverhältnissen. Führen die Zuständigkeitskriterien zu einer Trennung der Familie, die ein Familienleben iSv Art 8 EMRK führt, liegt jedenfalls ein Eingriff in Art 8 EMRK vor. Problemtisch ist dies vor allem für Kinder, die in einem Transitstaat geboren wurden: Sie gelten nicht als Familienangehörige per Definition, und ihre Situation ist auch nicht gem Art 20 Abs 3 Dublin-III-VO mit jener ihrer „Familienangehörigen" verknüpft.[877] Der Eingriff durch die Trennung aufgrund des Dublin-Verfahrens ist bei Kindern kaum zu rechtfertigen und nicht mit dem Kindeswohl-Prinzip vereinbar.

Auf die Legaldefinition von Familienangehörigen stellt zunächst nur das Zuständigkeitskriterium aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS eins zu eins ab, wobei die Voraussetzung, dass die Familie bereits im Herkunftsstaat bestehen musste, entfällt, wenn die

[873] Unterpunkt IV) B) 2) d) ii) – *Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen*.
[874] Siehe sogleich Unterpunkt IV) B) 3) b) ii) – *Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften*
[875] Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO*.
[876] Unterpunkt IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen*.
[877] Punkt IV) B) 2) b) – *Verwandte iSd Dublin-III-VO*.

Familienangehörigen internationale Schutzberechtigte sind.[878] Vom Zuständigkeitskriterium aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS werden aber dennoch nicht alle Familienangehörige per Definition berücksichtigt: Nur jene Familienangehörigen, die sich im Kontext von internationalem Schutz im Hoheitsgebiet der MS rechtmäßig aufhalten, sind Grund für eine Zuständigkeit nach diesem Kriterium.

Dadurch können Situationen entstehen, in denen selbst Familienangehörige der Kernfamilie bei der Anwendung der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien keine Berücksichtigung finden. Hält sich etwa die Ehepartnerin eines Antragstellers rechtmäßig in Bulgarien aufgrund einwanderungsrechtlicher Bestimmungen außerhalb des asylrechtlichen Kontexts auf, ist sie bei der Ermittlung des zuständigen MS für den Antragsteller nach den Zuständigkeitskriterien nicht zu berücksichtigen. Diese Einschränkung kann dadurch zu einer Trennung des Ehepaares führen und somit in das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK eingreifen.

ii) Erweiterter Kreis von familiären Bezugspersonen für unbegleitete Minderjährige

Neben der Kernfamilie umfasst das Zuständigkeitskriterium für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen[879] Geschwister sowie Verwandte. Das Familienverfahren der Dublin-III-VO, das eine gemeinsame Verfahrensführung anordnet,[880] umfasst ebenso Geschwister; dem Wortlaut nach aber nur, wenn sie unverheiratet und minderjährig sind.

Ein Familienleben iSv Art 8 EMRK liegt dann bei Geschwistern vor, wenn sie tatsächlich eine familiäre Beziehung ausleben. Bei erwachsenen Geschwistern müssen zudem Elemente der Abhängigkeit hinzutreten.[881] Das Zuständigkeitskriterium für unbegleitete Minderjährige gem Art 8 Dublin-III-VO sowie die Anordnung zur gemeinsamen Verfahrensführung gem Art 11 Dublin-III-VOgehen insofern über die Anforderungen gem Art 8 EMRK hinaus, als sie nicht verlangen, dass die familiäre Beziehung tatsächlich ausgelebt wird, sondern die Eigenschaft als Geschwister für die Anwendung ausreichen lassen. Weiters muss für die Zuständigkeit für Minderjährige kein Abhängigkeitsverhältnis bewiesen werden – auch nicht, wenn ein Geschwisterteil volljährig ist. Dasselbe gilt für die gemeinsame Verfahrensführung, wobei sich die Frage nur bei der Annahme stellt, dass das Familienverfahren gem Art 11 Dublin-III-VO auf Situationen anwendbar ist, wo ein Geschwisterteil bereits die Volljährigkeit erreicht hat. Zu einem Eingriff in Art 8 EMRK können dennoch Situationen führen, in denen sich die Geschwister in getrennten MS ohne rechtmäßigen Aufenthalt im Zeitpunkt der Antragstellung aufhalten: In diesem Fall bieten die

[878] Unterpunkt IV) B) 2) c) iii) – *Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS*.
[879] Unterpunkt IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen*.
[880] Unterpunkt IV) B) 2) c) iv) – *Gemeinsame Verfahrensführung*.
[881] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) vi) – *Weitere familiäre Verhältnisse und Abhängigkeit von Familienmitgliedern*.

Zuständigkeitskriterien keine Möglichkeit zur Wiederherstellung der familiären Einheit, auch wenn die Geschwister zuvor eine tatsächliche familiäre Beziehung auslebten.

Bei der Ermittlung der Zuständigkeit für unverheiratete minderjährige Personen sind auch sonstige für die minderjährige Person verantwortliche Erwachsene als Familienangehörige zu berücksichtigen. Die österr Rechtspraxis ist hier formalistisch und verlangt einen Obsorgebeschluss, um von einer verantwortlichen erwachsenen Person iSd Dublin-III-VO auszugehen. Hält sich die minderjährige Person im Zeitpunkt der Antragstellung ohne Eltern auf, gilt sie mangels Obsorgebeschluss als unbegleitet, auch wenn eine andere familiäre Bezugsperson anwesend wäre. Besonders das Sachverhaltsversteinerungsprinzip[882] kann zu einem Eingriff in Art 8 EMRK beitragen, wenn zwar eine Obsorge angestrebt und schließlich erteilt wird, der Obsorgebeschluss aber zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht vorliegt.

Viele der denkbaren familiären Bezugspersonen als erwachsene Verantwortliche (etwa Onkel, Tanten, Großeltern) gelten grundsätzlich auch als Verwandte iSd Dublin-III-VO[883]; für sie ist der formalistische Zugang nicht weiter problematisch, wenn sie sich rechtmäßig innerhalb der MS aufhalten, da sie als Verwandte bei der Zuständigkeitsfindung für unbegleitete Minderjährige beachtet werden. Halten sie sich aber nicht rechtmäßig auf,[884] werden sie bei der Ermittlung des zuständigen MS nicht berücksichtigt, wenn sie nicht für die minderjährige Antragsteller:in als erwachsene Verantwortliche gelten. Auch das Familienverfahren zur gemeinsamen Verfahrensführung adressiert sie nicht. Dadurch kann die Anwendung der Zuständigkeitskriterien selbst dann zu einem unterschiedlichen zuständigen MS führen, wenn sich die erwachsene Person, die potenziell die Verantwortung für die minderjährige antragstellende Person übernimmt, gemeinsam mit der minderjährigen Person bei der Antragstellung im selben MS befindet. Allenfalls bei der Beurteilung Kindeswohls gem Art 8 Abs 4 Dublin-III-VO[885] könnte ihre Anwesenheit innerhalb der MS bei der Zuständigkeitsermittlung berücksichtigt werden.

Insgesamt bedeutet das, dass durch den formalistischen Zugang, wann von „erwachsenen Verantwortlichen“ für minderjährige Antragsteller:innen auszugehen ist, und durch die eingeschränkte Berücksichtigung von Verwandten diese familiären Bezugspersonen bei der Ermittlung der Zuständigkeit leicht im System der Dublin-III-VO unberücksichtigt bleiben können. Infolgedessen kann die Anwendung der Zuständigkeitskriterien zu einer Trennung von unbegleiteten minderjährigen Antragsteller:innen und Personen, die potenziell für sie verantwortlich sind, oder Verwandten führen. Die Trennung kann – je nach familiärer Beziehung –

[882] Punkt IV) B) 1) b) – *Anwendung der Zuständigkeitskriterien*.
[883] Vgl Punkt IV) B) 2) b) – *Verwandte iSd Dublin-III-VO*.
[884] Was wie bereits erwähnt auch der Fall ist, wenn sie selbst noch im Zuständigkeitsverfahren sind.
[885] Unterpunkt IV) B) 2) c) ii) – *Zuständigkeit für Minderjährige ohne familiäre Bezugsperson im Hoheitsgebiet der MS*.

wiederum ein Eingriff in Art 8 EMRK bedeuten. Besonders wenn die familiäre Bezugsperson (seien es Verwandte oder erwachsene Verantwortliche) eine elternähnliche Rolle[886] für die minderjährige Person übernommen hat, droht eine Verletzung von Art 8 EMRK.

iii) Erweiterter Kreis von familiären Bezugspersonen durch die Zuständigkeit bei Abhängigkeitsverhältnissen

Mit Art 16 Dublin-III-VO sieht die Dublin-III-VO ein Zuständigkeitskriterium vor, dass grundsätzlich Abhängigkeitsverhältnisse achten soll.[887] Aus Perspektive des Rechts auf Achtung des Familienlebens ist dies zunächst positiv zu bewerten: Art 16 Dublin-III-VO hat den Vorteil, dass keine Abhängigkeit bewiesen werden muss, die über die normalen gefühlsmäßigen Bande hinausgeht, so wie es Art 8 EMRK grundsätzlich für die Annahme eines Familienlebens zu Personen außerhalb der Kernfamilie verlangt.[888] Sofern eines der Tatbestandsmerkmale der Abhängigkeit von Art 16 Dublin-III-VO erfüllt ist (wie etwa schwere Krankheit), die familiäre Bindung bereits im Herkunftsstaat bestand und die familiäre Bezugsperson sich rechtmäßig in einem MS aufhält, kann die Zuständigkeit dieses MS begründet werden ohne das eine Interessensabwägung gem Art 8 EMRK notwendig ist. Vorausgesetzt, die Person, die die abhängige Person unterstützen soll, ist auch in der Lage ist die notwendige Hilfe zu leisten.

Zwar ist das Abhängigkeitsverständnis iSv Art 8 EMRK nicht vordeterminiert und dessen Vorhandensein im Einzelfall zu beurteilen, während das Zuständigkeitskriterium aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen bestimmte Tatbestandselemente der Abhängigkeit abschließend normiert. Die Tatbestandselemente des Zuständigkeitskriteriums können aber grundsätzlich weit ausgelegt werden und sind in der Lage, die meisten jener Abhängigkeitsverhältnisse abzudecken, die der EGMR bisher für das Bestehen von Familie heranzog.

Das große Problem des Zuständigkeitskriteriums aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen ist mit Blick auf Art 8 EMRK der eingeschränkte Personenkreis: Nur Abhängigkeitsverhältnisse zu Geschwistern, Eltern oder Kindern sind umfasst. Abhängigkeitsverhältnisse zu anderen Personen – insbesondere Ehepartner:innen, Lebensgefährt:innen oder Verwandten – finden keine Berücksichtigung. Seit der rezenten Judikatur des EuGH ist klar, dass eine Erweiterung des Anwendungsbereichs ausgeschlossen ist. Die Anwendung der Zuständigkeitskriterien kann folglich zu einer Trennung der betroffenen Personen führen. Besteht mit diesen Personen ein geschütztes Familienleben iSv Art 8 EMRK aufgrund der Abhängigkeit, kann Art 16 Dublin-III-VO – anders

[886] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) vi) – *Weitere familiäre Verhältnisse und Abhängigkeit von Familienmitgliedern*.
[887] Unterpunkt IV) B) 2) d) ii) – *Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen*.
[888] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) vi) – *Weitere familiäre Verhältnisse und Abhängigkeit von Familienmitgliedern*.

als die Vorgängerbestimmung, die den Begriff „andere Familienangehörige“ verwendete, in Art 8 EMRK eingreifen.[889]

iv) Wahrung von Art 8 EMRK durch Selbsteintritt

Insgesamt weist sowohl die Definition von Familienangehörigen, die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie die Sonderbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnis das Potenzial auf, bei strikter Anwendung Art 8 EMRK zu verletzen. Gewisse familiäre Bezugspersonen finden in diesen Zuständigkeitskriterien überhaupt keine Beachtung, wie etwa Lebensgefährt:innen, die ihre Beziehung nicht verrechtlicht haben; auch wenn eine intensive familiäre Beziehung vorliegt, die ein Familienleben iSv Art 8 EMRK begründet.

Teilweise wurde die strikte Anwendung nach dem Wortlaut der Definition von Familienangehörigen sowie der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien und der Sonderbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen als unvereinbar mit Art 8 EMRK und den klaren Zielen der Dublin-III-VO bewertet.[890]

Diese absolute Feststellung überstrapaziert Art 8 EMRK, da Art 8 EMRK kein allgemeines Recht für Familienmitglieder darstellt, gemeinsam bzw im selben MS ein Aufenthaltsrecht zu erhalten. Zudem dient die Dublin-III-VO in erster Linie der Ermittlung des zuständigen MS für das Asylverfahren und noch nicht per se der Erteilung eines Aufenthaltsrechtes für Antragsteller:innen und ihre familiären Bezugspersonen. Da aber Asylverfahren in unterschiedlichen MS zu einer langfristigen Trennung der Familienangehörigen führen kann, greift eine Feststellung unterschiedlicher zuständiger MS in das Recht auf Achtung des Familienlebens ein und kann dieses Recht verletzen. Das bewirkt allerdings nicht, dass jede Bestimmung, welche unterschiedliche Familienangehörige adressiert bzw andere familiäre Bezugspersonen außen vorlässt und somit bei strikter Anwendung die Familie trennen kann, konventionswidrig ist: Denn neben den genannten Zuständigkeitskriterien besteht noch die Möglichkeit eines Selbsteintritts bzw eines Ersuchens gem Art 17 Dublin-III-VO, wodurch die Trennung im Einzelfall vermieden und somit ein konventionskonformer Zustand erreicht werden kann.[891]

Ein konventionskonformer Zustand steht und fällt insofern mit der Anwendung von Art 17 Dublin-III-VO durch die MS. Die Beurteilung, ob eine Verpflichtung zu einem Selbsteintritt, einem Ersuchen bzw Annahme dieses Ersuchens aus Gründen von Art 8 EMRK vorliegt, obliegt den MS. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann nur die österr Rechtspraxis untersucht werden. VfGH und

[889] Insb, da es sich bei Art 16 Dublin-III-VO anders als bei Art 17 Dublin-III-VO um keine Ermessensklausel handelt.
[890] *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (122).
[891] Unterpunkt IV) B) 2) d) iii) – *Zuständigkeit durch Selbsteintritt und Ersuchen – Zwischen Ermessen und Pflicht.*

VwGH gehen für die innerstaatliche Rechtslage davon aus, dass in Fällen, in denen eine Verletzung von Art 8 EMRK droht, zwingend Art 17 Dublin-III-VO angewendet werden muss. Nach der Dogmatik des EGMR statuiert Art 8 EMRK somit unter Umständen die positive Verpflichtung, von Art 17 Dublin-III-VO Gebrauch zu machen.

v) Interessenabwägung für die Beurteilung einer Pflicht zum Selbsteintritt bzw Ersuchen eines MS

Bei der Frage, ob Art 8 EMRK zur Anwendung von Art 17 Dublin-III-VO verpflichtet, prüft der VwGH zunächst, ob ein Familienleben gem Art 8 EMRK vorliegt: So hat der VwGH festgestellt, dass in Fällen, in denen zwar kein Abhängigkeitsverhältnis iSd Art 16 Dublin-III-VO vorliegt, aber eine familiäre Beziehung, die durch Abhängigkeit geprägt ist und über die üblichen familiären Bindungen hinausgeht, zu einer Verpflichtung gem Art 8 EMRK führen kann, vom Selbsteintrittsrecht gem Art 17 Dublin-III-VO Gebrauch zu machen.[892] Weiters nahm er ein schützenswertes Familienleben von einer international schutzsuchenden Person an, die erst nach Antragstellung die Ehe mit einer asylberechtigten Person schloss (und somit nach dem Zeitpunkt der Sachverhaltsversteinerung gem Art 7 Abs 2 Dublin-III-VO) und ein Kind vom Asylberechtigten erwartete. Auch für Lebensgefährt:innen ist es grundsätzlich möglich, dass die familiäre Beziehung eine Intensität erreicht, die einen Selbsteintritt gem Art 17 Dublin-III-VO aufgrund von Art 8 EMRK verlangt.[893]

Um zu beurteilen, ob die Anwendung der Zuständigkeitskriterien der Dublin-III-VO im Einzelfall zu einer Verletzung von Art 8 EMRK führt, hat nach ständiger Rechtsprechung des VwGH eine Interessenabwägung iSv Art 8 EMRK stattzufinden, bei der die Umstände des Einzelfalles im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen sind.[894] Droht eine Verletzung von Art 8 EMRK, weil die individuellen Interessen am Familienleben die öffentlichen Interessen überwiegen, ist seiner Ansicht nach verpflichtend vom Selbsteintrittsrecht gem Art 17 Dublin-III-VO Gebrauch zu machen.[895] Dabei zieht der VwGH regelmäßig die Abwägungskriterien der EGMR-Rechtsprechung heran und erwägt etwa, ob sich Antragsteller:innen ihres unsicheren Aufenthaltsstatus zum Zeitpunkt des Entstehens des Familienlebens bewusst sein mussten[896] oder die Umstände der Trennung; bei Flucht geht er im Einklang mit der EGMR-Judikatur davon aus, dass die Trennung nicht automatisch zum Erlöschen des Familienbandes führt.[897] Nach der Judikatur des EGMR sind unüberwindbare Hindernisse im Herkunftsstaat, die dem Familienleben

[892] VwGH 8. 9. 2016, Ra 2015/20/0296; 5. 12. 2017, Ra 2017/20/0431; 15. 7. 2019, Ra 2019/18/0233.
[893] VwGH 21. 10. 2022, Ra 2022/18/0162, wo eine entsprechende Intensität aber verneint wurde.
[894] Etwa VwGH 18. 11 .2015, Ra 2014/18/0139; 28. 12. 2020, Ra 2020/14/0545; 2. 2. 2023, Ra 2022/18/0164.
[895] Etwa VwGH 15. 12. 2015, Ra 2015/18/0192; 12. 6. 2018, Ra 2018/20/0225; 21. 12. 2021, Ra 2021/19/0438; 2. 2. 2023, Ra 2022/18/0164.
[896] VwGH 28. 12. 2020, Ra 2020/14/0545; 21. 12. 2021, Ra 2021/19/0438.
[897] VwGH 15. 12. 2015, Ra 2015/18/0192; 27. 6. 2017, Ra 2016/18/0277.

entgegenstehen, sowie das Kindeswohl besonders entscheidungserhebliche Abwägungskriterien. Diese sind ebenso von den innerstaatlichen Behörden bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob eine Pflicht zum Selbsteintritt besteht.

Im Rahmen der Interessenabwägung fließt speziell mit Blick auf die Dublin-III-VO das Funktionieren der asylrechtlichen Zuständigkeitsordnung als öffentliches Interesse mit ein; der VwGH betont, dass dies aber nicht zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung der Interessen der schutzsuchenden Person führen darf.[898] In der Abwägung berücksichtigt der VwGH regelmäßig die einschlägigen ErwGr der Dublin-III-VO und hebt hervor, dass die Achtung des Familienlebens eine vorrangige Erwägung der MS sein soll. So betont der VwGH, dass die gemeinsame Bearbeitung von Anträgen der Wahrung der familiären Einheit iSd ErwGr 15 Dublin-III-VO dient und im Einklang mit ErwGr 17 aus humanitären Gründen von den Zuständigkeitskriterien abgewichen werden soll, um Familienmitglieder im Rahmen des Dublin-III-Verfahrens zusammenzuführen.[899]

vi) Ergebnis

Isoliert betrachtet, kann der beschränkte Familienangehörigenbegriff und die Anwendung der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie der Sonderbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen in vielen Fällen zu einer Verletzung von Art 8 EMRK führen. Und das, obwohl die Dublin-III-VO zumindest teilweise – je nach Aufenthaltsrecht und Vulnerabilität – auch weitere familiäre Bezugspersonen außerhalb der Kernfamilie berücksichtigt. Durch eine konventionskonforme Anwendung des Art 17 Dublin-III-VO und der Annahme, dass Art 8 EMRK zu einer Verpflichtung des Selbsteintrittes, eines Ersuchens bzw der Annahme eines Ersuchens führt, kann dennoch ein konventionskonformer Zustand erzielt werden.

VwGH und VfGH[900] sehen es als Verpflichtung an, vom Selbsteintrittsrecht gem Art 17 Dublin-III-VO Gebrauch zu machen, wenn ansonsten eine Verletzung von Art 8 EMRK droht. Die Prüfung folgt weitgehend den Abwägungskriterien des EGMR. Bisher mussten sich die Gerichte nicht damit auseinandersetzen, ob in gleicher Weise eine Verpflichtung besteht, ein Ersuchen an einen anderen MS gem Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO zu stellen, wenn durch die Anwendung der Zuständigkeitskriterien eine Verletzung von Art 8 EMRK droht. Ebenso fehlt Judikatur dazu, ob einem solchen Ersuchen gem Art 8 EMRK verpflichtend zuzustimmen ist. Da die grundlegenden Prinzipien dieselben sind, ist beides aus der Perspektive von Art 8 EMRK zu bejahen.

[898] VwGH 2. 2. 2023, Ra 2022/18/0164.
[899] VwGH 15. 12. 2015, Ra 2015/18/0192; 22. 6. 2017, Ra 2016/20/0384; 2. 2. 2023, Ra 2022/18/0164.
[900] Der aber bisher nur bezüglich des Dublin-Übereinkommens und der Dublin-II-VO eine Art 8 EMRK-Prüfung vornahm.

Sofern eine verpflichtende Anwendung von Art 17 Dublin-III-VO aus Gründen von Art 8 EMRK bejaht wird, kann ein insgesamt Art 8 EMRK-konformer Zustand bei der Anwendung der Definitionen von Familienangehörigen und Verwandten der Dublin-III-VO gewahrt werden, obwohl die Definitionen sowie die familiären Zuständigkeitskriterien mit ihren teilweise erweiterten Personenkreis an familiären Bezugspersonen alleine nur begrenzt mit Art 8 EMRK vereinbar sind.

Die konventionskonforme Rettung der Dublin-III-VO durch das Selbsteintrittsrecht ist allerdings eine größere Belastung für die MS: Für eine ordnungsgemäße Beurteilung haben die MS die vielfältigen Umstände des Einzelfalls zu erheben und zu berücksichtigen. Durch einen weiteren, allgemein gültigen Familienangehörigenbegriff[901] und einer Verminderung der unterschiedlichen Personenkreise von weiteren familiären Bezugspersonen innerhalb der Zuständigkeitskriterien könnte die Anwendung der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien vereinfacht und die Selbsteintrittspflicht entlastet werden.

b) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 1 mit den gleichheitsrechtlichen Anforderungen

i) Voraussetzung des Bestehens der Familie im Herkunftsstaat

Für die Familienangehörigeneigenschaft nach der Legaldefinition von Familienangehörigen muss grundsätzlich die Familie im Herkunftsstaat bestanden haben.[902] Hier stellt sich schon die Grundsatzfrage, inwieweit allgemein eine Differenzierung zwischen Familien, die bereits im Herkunftsstaat bestanden haben und jenen, die zu einem späteren Zeitpunkt begründet wurden, gem Art 14 iVm Art 8 EMRK rechtmäßig ist.

In der Literatur wird – gestützt auf die Ansicht des EGMR im Fall *Hode und Abdi* – angenommen, dass die Differenzierung, ob die Familie bereits im Herkunftsstaat bestand oder erst danach entstand, bei der Frage, ob Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht zukommt, Art 14 iVm Art 8 EMRK verletzen kann:[903] Wie bereits ausgeführt[*904*], ist die Entscheidung des EGMR in diesem Aspekt kritisch zu hinterfragen, da der Zeitpunkt des Bestehens von Familie kein Diskriminierungsmerkmal iSv Art 14 EMRK darstellt.

Der Ausgangssachverhalt von *Hode und Abdi* ist in seiner Gesamtheit nicht vergleichbar mit den Sachverhalten, deren Regelung sich die Dublin-III-VO widmet, und kann deshalb nicht übertragen

[901] Wie es die Kommission vorschlug, vgl Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO;* Art 2 lit g Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission).
[902] Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO.*
[903] *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 2 Rz 10; *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (120).
[904] Unterpunkt III) B) 5) b) v) – *Diskriminierung aufgrund des Aufenthaltsstatus – Art des Aufenthaltsrechts (und Zeitpunkt der Eheschließung).*

werden: In der Entscheidung behandelte der EGMR nicht nur die Frage, ob zwischen Familien, die vor oder nach der Flucht begründet wurden, rechtmäßig differenziert werden kann. Ein wesentlicher Teil der Entscheidung konzentrierte sich auf das Nachzugsrecht von Ehepartner:innen von Asylberechtigten einerseits und von Studierenden und Arbeitnehmer:innen andererseits und hatte daher eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Aufenthaltsstatus im Fokus. Bei den Familienangehörigen per Definition ist die Differenzierung unabhängig vom Aufenthaltsstatus. Die Definition beschränkt den erfassten Personenkreis grundsätzlich auf Familienangehörige, deren Familie bereits im Herkunftsstaat bestand.

Auch wenn die Entscheidung von *Hode und Abdi* in diesem Aspekt nicht übertragbar und der Art 14 iVm Art 8 EMRK nicht anwendbar ist, bedeutet das nicht, dass insgesamt kein gleichheitsrechtliches Problem vorliegt: Im Lichte allgemeiner Gleichheitssätze wie etwa Art 20 GRC[905] liegt eine rechtfertigungsbedürftige ungleiche Behandlung von Personen vor, deren Familie bereits im Herkunftsland bestand, und Personen, deren Familien, die erst nach dem Verlassen des Herkunftsstaates begründet wurden.

Grundsätzlich sollte die Bedingung, dass die Familie bereits im Herkunftsstaat bestanden haben muss, bei der Anwendung des Familienangehörigenbegriffs Missbrauch – etwa durch Scheinehen oder Scheinadoptionen – vorbeugen.[906] Missbrauchsverhütung und konkret die Aufrechterhaltung des europäischen Zuständigkeitssystems bei AaiS sind grundsätzlich legitime Ziele. Allerdings liegt häufig viel Zeit zwischen dem Verlassen des Herkunftsstaates und der Antragstellung in einem MS.[907] In diesen Fällen, ist eine sachliche Rechtfertigung schwierig, da alle Familien, die nach dem Verlassen des Herkunftsstaates entstanden, pauschal nicht als Familienangehörige nach der Dublin-III-VO behandelt werden. Besonders einschneidend ist diese Bestimmung für Kinder, die in einem Transitland geboren wurden und deshalb keine Familienangehörige per Definition sind. Während die Familien, die bereits im Herkunftsstaat bestand, sich auf ihre Familienangehörigeneigenschaft für die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien berufen können, besteht für Familien, die nach dem Verlassen des Herkunftsstaates entstanden sind, nur die Möglichkeit einer Anwendung vom Selbsteintrittsrecht gem Art 17 Dublin-III-VO aufgrund von Art 8 EMRK im Einzelfall. Die Einschränkung benachteiligt Familien unverhältnismäßig, die erst nach dem Verlassen entstanden, aber dennoch schon viele Jahre als Familie zusammenlebten. Insgesamt ist die Regelung daher nicht sachlich gerechtfertigt.

---

[905] Der Gleichheitssatz gem Art I BVG-RD ist kein geeigneter Prüfungsmaßstab, da es sich um eine unionsrechtliche Verordnung handelt und kein Beurteilungsspielraum der MS bleibt; vgl Punkt III) C) 3) b) – *Verhältnis von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten und Unionsgrundrechten im Anwendungsbereich des Unionsrechts*.
[906] *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 2 K 26; *Maiani* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 101 (122).
[907] Vgl ErwGr 47 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission) bzw ErwGr 52 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).

Neben der Definition von Familienangehörigen differenziert die Dublin-III-VO innerhalb der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie der Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen, wann auf das Bestehen der Familie im Herkunftsstaat abzustellen ist und wann nicht.[908] Somit werden familiäre Bezugspersonen teilweise von den Zuständigkeitskriterien berücksichtigt, auch wenn ihre Familie erst nach dem Verlassen entstand, und teilweise ausgeschlossen. Dies führt zu weiteren Ungleichbehandlungen; etwa bei Verwandten und Geschwistern, bei denen es im Gegensatz zu Familienangehörigen irrelevant ist, ob die Familie schon im Herkunftsstaat bestand. Ebenso bei verheirateten Minderjährigen im Verhältnis zu ihren Eltern, während im Fall von unverheirateten unbegleiteten Minderjährigen weiterhin das Bestehen der Familie im Herkunftsstaat erforderlich ist. Weiters entfällt das Erfordernis des Bestehens der Familie für Familienangehörige, die internationale Schutzberechtigte sind, während es für Familienangehörige, die sich ihrerseits im Asylverfahren befinden, fortbesteht. Da eine Differenzierung je nachdem, ob die Familie im Herkunftsstaat bestand, grundsätzlich als gleichheitswidrig zu beurteilen ist, erübrigt sich eine weitere Prüfung der einzelnen Vergleichsgruppen.[909]

Die Dublin-III-VO ist hinsichtlich der Differenzierung, ob die Familie im Herkunftsstaat bestand, in verschiedenen Konstellationen gleichheitswidrig; zwar kann diese Gleichheitswidrigkeit nicht auf Art 14 iVm Art 8 EMRK gestützt werden, sie ergibt sich dennoch mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz gem Art 20 GRC.

Sofern die Asyl- und Migrationsmanagement-VO beschlossen wird, entfällt die gleichheitswidrige Differenzierung: In Zukunft soll stattdessen darauf abgestellt werden, ob die Familie vor Ankunft in das Hoheitsgebiet der MS bestand.[910] In diesem Fall liegt noch immer eine unterschiedliche Behandlung von Familien vor, die erst innerhalb der EU entstanden, und jenen, die bereits davor bestanden. Allerdings lässt sich diese Differenzierung mit dem legitimen Ziel der Missbrauchsverhütung und dem Grundgedanken rechtfertigen, dass der zuständige MS rasch ermittelt werden soll, da in diesem Fall nicht viel Zeit zwischen dem Zeitpunkt der Antragstellung und der Einreise vergehen sollte. Problematisch könnte die Regelung aber gem Art 14 iVm Art 8 EMRK etwa in Fällen sein, in denen sich Personen bereits längere Zeit auf Basis eines anderen

[908] Vgl Punkt IV) B) 2) c) – *Familienbezogene Zuständigkeitskriterien* und Unterpunkt IV) B) 2) d) ii) – *Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen*.

[909] Bei anderer Ansicht wäre eine sachliche Rechtfertigung für die Vergleichsgruppen von Verwandten – Familienangehörigen sowie unverheiratete – verheiratete Minderjährige mangels legitimer Gründe ausgeschlossen, zumal Verwandte gegenüber der Kernfamilie bessergestellt wären; bei der Gegenüberstellung von international schutzberechtigten Familienangehörigen und jenen im Familienverfahren ist als legitimer Zweck der gesicherte Aufenthaltsstatus der international Schutzberechtigten zu erwägen; dieser Zweck kann die pauschale unverhältnismäßige Benachteiligung vor allem in Anbetracht der teilweise langen Asylverfahrensdauer dennoch nicht rechtfertigen.

[910] Art 2 lit g Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission); Art 2 Abs 8 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).

fremdenrechtlichen Aufenthaltstitels innerhalb der EU rechtmäßig aufhielten und in dieser Zeit eine Familie gründeten, bevor sie einen AaiS stellen – etwa aufgrund von Fluchtgründen, die erst nach dem Verlassen des Herkunftsstaates entstanden. Solche Fälle, in denen die Anwendung der Dublin-III-VO anschließend auch zu einer Trennung der Familie führt, werden aber vergleichsweise selten sein und erscheinen bei einer Durchschnittsbetrachtung als gerechtfertigt.

ii) Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften

Vom Familienangehörigenbegriff der Dublin-III-VO erfasst sind jedenfalls heterosexuelle verheiratete Partner:innen[911]: Dadurch sind für heterosexuelle Ehegatt:innen die Zuständigkeitskriterien aufgrund von Familienangehörigen innerhalb der MS sowie das Familienverfahren gem Art 11 Dublin-III-VO für die gemeinsame Verfahrensführung anwendbar. Ausgehend von der Annahme, dass der Begriff „Ehegatte" grundsätzlich geschlechtsneutral ist,[912] ist zu beurteilen, ob die MS grundrechtlich verpflichtet sind, gleichgeschlechtliche Ehegatt:innen als Familienangehörige anzuerkennen.

Sieht ein MS nach der innerstaatlichen Rechtslage zwar eine Ehe von gleichgeschlechtlichen Partner:innen grundsätzlich vor, aber behandelt ein gleichgeschlechtliches verheiratetes Paar im asyl- und fremdenrechtlichen Kontext anders als ein heterosexuelles verheiratetes Paar, liegt eine unterschiedliche Behandlung unmittelbar aufgrund der sexuellen Orientierung vor. Eine solche Regelung ist nach der Judikatur des EGMR jedenfalls unvereinbar mit den Anforderungen gem Art 14 iVm Art 8 EMRK. Gleich zu beurteilen ist ein Sachverhalt, in dem ein MS nicht verheiratete Paare ausländerrechtlich gleich behandelt wie verheiratete Paare, aber eine andere Regelung für gleichgeschlechtliche nicht verheiratete Paare vorsieht.[913] Insofern sind zunächst jene MS, die eine gleichgeschlechtliche Ehe kennen, aus grundrechtlicher Perspektive verpflichtet, gleichgeschlechtliche wie verschiedengeschlechtliche Ehegatt:innen als Familienangehörige iSd Dublin-III-VO zu behandeln.

Weder das Unionsrecht[914] noch die EMRK[915] verpflichten dazu, gleichgeschlechtlichen Paaren die Eheschließung zu ermöglichen. Hat ein gleichgeschlechtliches Paar vor Ankunft im Hoheitsgebiet der MS geheiratet, sieht jedoch das Recht des zuständigen MS für gleichgeschlechtliche Paare keine Ehe, aber ein vergleichsbares Rechtsinstitut wie etwa die eingetragene Partnerschaft vor, ist zu beurteilen, ob der MS eingetragene Partner:innen wie Ehegatt:innen als Familienangehörige gem

[911] Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO.*
[912] Unterpunkt IV) B) 2) c) iii) – *Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS* und Unterpunkt IV) B) 2) c) iv) – *Gemeinsame Verfahrensführung*.
[913] Siehe bereits Unterpunkt III) B) 5) b) iii) – *Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung*; und insb EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien*; siehe auch GA *Wathelet*, SA zu C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:2 Rz 59ff, 80; der zum selben grundrechtlichen Ergebnis unmittelbar über Art 7 GRC gelangt.
[914] Vgl EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 37 mwN.
[915] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) iii) – *Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehen.*

Art 14 iVm Art 8 EMRK behandeln muss. Wenn der einzige Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten darin besteht, dass das eine Rechtsinstitut nur gleichgeschlechtlichen und das andere nur verschiedengeschlechtlichen Paaren offensteht, so liegt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung vor. Aus dem Fall *Taddeucci und McCall* ist zu schließen, dass der Schutz eines traditionellen Familienkonzeptes alleine nicht zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen aufenthaltsrechtlichen Behandlung von homosexuellen und heterosexuellen Paaren ausreicht.[916] Sofern der jeweilige MS keine anderen Gründe zur Rechtfertigung vorbringen kann, ist der jeweilige MS gem Art 14 iVm Art 8 EMRK verpflichtet, etwa eingetragene Partner:innen nach dem nationalen Rechtsverständnis wie Ehegatt:innen als Familienangehörige zu behandeln. Gleiches muss im umgekehrten Fall gelten, wenn dem betroffenen Paar am Ort der rechtlichen Formalisierung der Beziehung nicht die Ehe, sondern nur ein vergleichbares Rechtsinstitut offenstand.

Kennt die Rechtsordnung eines MS keine Ehe oder ein ähnliches Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Paare, muss unterschieden werden, ob das betroffene Paar im Herkunftsstaat bzw vor der Einreise ihre Beziehung verrechtlicht hat oder nicht. Seit dem Fall *Oliari ua* ist klar, dass Art 8 EMRK zur Möglichkeit einer rechtlichen Anerkennung der Beziehungen von gleichgeschlechtlichen Paaren verpflichtet. Sieht ein MS ein solches Rechtsinstitut nicht vor, liegt nach der Judikatur des EGMR eine Verletzung von Art 8 EMRK vor. Folglich sind die Konventionsstaaten und somit die MS verpflichtet, eine Ehe bzw ein vergleichbares Rechtsinstitut, das rechtmäßig im Ort der Eheschließung geschlossen wurde, anzuerkennen. Nur wenn die Ehe nicht mit dem ordre public der MS vereinbar ist, wäre es möglich, die Ehe nicht anzuerkennen. Diese Gründe können aber wiederum nicht auf der sexuellen Orientierung basieren.

Insofern besteht aus konventionsrechtlicher Perspektive kein Ermessensspielraum der MS, ob verrechtlichte gleichgeschlechtliche Partnerschaften anzuerkennen und als Familienangehörige iSd Dublin-III-VO zu betrachten sind. Sofern die Ehe oder ein vergleichbares Rechtsinstitut eines gleichgeschlechtlichen Paares rechtmäßig geschlossen wurde, lässt sich aus Art 8 EMRK schließen, dass auch deren Anerkennung geboten ist.[917] Insgesamt lassen Art 8 EMRK und Art 14 iVm 8 EMRK den MS keinen Ermessensspielraum nach der Judikatur des EGMR, gleichgeschlechtliche Paare, die ihre Beziehung verrechtlicht haben, anders zu behandeln als heterosexuelle, verheiratete Paare – unabhängig davon, ob der MS selbst ein Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Paare vorsieht.

[916] Vgl Unterpunkt III) B) 5) b) iii) – *Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung*; EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien* Rz 93.
[917] Siehe Unterpunkt III) B) 2) b) iii) – *Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehe* sowie EGMR 21. 7. 2015, 18766/11, *Oliari ua/Italien* Rz 177ff.

Hat das betroffene Paar aber vor der Ankunft im Hoheitsgebiet der MS nicht geheiratet oder ihre Beziehung in einer vergleichbaren Form verrechtlicht, liegt auch nach den Erwägungen vom Fall *Taddeucci und McCall* zu Art 14 iVm Art 8 EMRK kein gleichheitsrechtliches Problem vor: In *Taddeucci und McCall* ging es um einen Sachverhalt, in dem auch die Eheschließung innerhalb des Konventionsstaates für die fremdenrechtliche Beurteilung zu berücksichtigen gewesen wäre. Damit unterscheidet sich der Sachverhalt von den Bestimmungen der Dublin-III-VO sowie dem Reformvorschlag der Kommission, wonach die Familie vor der Ankunft der Familie im Hoheitsgebiet bestanden haben muss. Insofern ist in Fällen, in denen keine verrechtlichte Beziehung vorliegt, eine Prüfung gem Art 8 EMRK geboten, ob die Beziehung zwischen dem Paar eine Intensität erreicht, die ein Familienleben von Art 8 EMRK begründet, und ob eine Interessenabwägung im Einzelfall zum Ergebnis führt, dass eine positive Verpflichtung aufgrund von Art 8 EMRK zu einem Selbsteintritt gem Art 17 Dublin-III-VO verpflichtet. Ein gleichheitsrechtliches Problem gem Art 14 iVm Art 8 EMRK besteht in diesem Fall nicht.

Für gleichgeschlechtliche Paare besteht ein faktisches Hindernis, da in vielen Staaten nach wie vor keine gleichgeschlechtliche Ehe oder eine sonstige Form der rechtlichen Anerkennung möglich ist.[918] Mitunter stehen gleichgeschlechtliche Beziehungen in manchen Staaten sogar unter Strafe[919] und die sexuelle Orientierung kann Grund für die persönliche Verfolgung sein.[920] Auch innerhalb der EU existieren nach wie vor sechs MS, die weder eine gleichgeschlechtliche Ehe noch eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft anerkennen.[921]

Durch den Reformvorschlag der Kommission ist es zumindest in Zukunft anzuerkennen, wenn ein gleichgeschlechtliches Paar die Beziehung in einem anderen Staat außerhalb des Hoheitsgebietes verrechtlicht hat; auch wenn bürokratische Hürden (wie etwa Verfügbarkeit der notwendigen Dokumente) die praktische Durchführung erschweren können.

iii) Rechtmäßiger Aufenthalt

Wie bereits erläutert, ist einer der maßgeblichen Faktoren, die den Kreis der bei der Zuständigkeitsermittlung zu berücksichtigen familiären Bezugspersonen beeinflussen, der

[918] Vgl *AIDA/ECRE*, Not there yet 12 mwN; siehe für eine Übersicht der Staaten, die eine gleichgeschlechtliche Ehe oder Partnerschaft anerkennen etwa *ILGA*, Same-Sex Marriage and Civil Unions, https://database.ilga.org/same-sex-marriage-civil-unions (abgefragt am 30. 4. 2024); *Pew Research Center*, Same-Sex Marriage Around the World, https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/ (Stand 4. 6. 2023).

[919] Vgl I) A) – *Problemaufriss*; *ILGA*, Criminalisation of consensual same-sex sexual acts, https://database.ilga.org/criminalisation-consensual-same-sex-sexual-acts (abgefragt am 30. 4. 2024).

[920] So auch ausdrücklich ErwGr 41 Status-VO (Standpunkt Parlament).

[921] Und zwar Bulgarien, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien und Slowakei; siehe *Pew Research Center*, Where Europe stands on gay marriage and civil unions, https://www.pewresearch.org/short-reads/2019/10/28/where-europe-stands-on-gay-marriage-and-civil-unions/ (Stand 28. 10. 2019); *Your Europe*, Civil Unions and registered partnerships, https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm (abgefragt am 30. 4. 2024).

Aufenthaltsstatus. So setzt das Zuständigkeitskriterium für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen sowie die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen voraus, dass sich die familiäre Bezugsperson rechtmäßig aufhält.[922] Dass grundsätzlich ein nicht rechtmäßiger Aufenthalt für die Ermittlung des zuständigen MS unbeachtet bleiben soll, liegt im Interesse der öffentlichen Ordnung. Es stellt auch keinen unverhältnismäßigen Eingriff in Art 8 EMRK dar, da eine dauerhafte Wiederherstellung des Familienlebens nicht möglich erscheint, wenn die familiäre Bezugsperson ihrerseits über kein Aufenthaltsrecht verfügt.

Aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen ist es allerdings dann problematisch, wenn die familiäre Bezugsperson selbst einen AaiS gestellt hat und selbst noch im Zuständigkeitsverfahren nach der Dublin-III-VO ist: In diesem Fall verfügt die familiäre Bezugsperson über keinen rechtmäßigen Aufenthalt. Das Dublin-III-Verfahren kann bis zu elf Monaten dauern, bis der zuständige MS feststeht, sich antragstellende Personen im zuständigen MS befinden und sich somit rechtmäßig aufhalten.[923] Auch wenn die Zuständigkeit der familiären Bezugsperson anschließend ermittelt und die Person in den zuständigen MS überstellt wurde, ist der nun mehr rechtmäßige Aufenthalt für das Verfahren aufgrund des Sachverhaltsversteinerungsprinzips gem Art 7 Abs 2 Dublin-III-VO unerheblich. Folglich kann die Differenzierung, ob die familiäre Bezugsperson über einen rechtmäßigen Aufenthalt verfügt, zu einer langfristigen Trennung führen.

Daran ändert auch die Anordnung zur gemeinsamen Verfahrensführung gem Art 11 Dublin-III-VO nichts, wenn die familiäre Bezugsperson und die antragstellende Person in unterschiedlichen MS den Antrag stellten.

Die Frage ist, ob diese Differenzierung aufgrund des rechtmäßigen Aufenthalts, während die betroffenen Personen allesamt im Dublin-Verfahren sind, gerechtfertigt werden kann: Die Regelung dient der Durchführbarkeit der Dublin-III-VO und somit grundsätzlich der öffentlichen Ordnung. Innerhalb der Zuständigkeitsermittllung anzunehmen, die familiäre Bezugsperson hielte sich bereits rechtmäßig auf, ist mit dem Verfahren nach der Dublin-III-VO nicht kompatibel: Es hätte zur Folge, dass der MS, in dem sich die antragstellende Person befindet, ein Aufnahmegesuch an einen MS aufgrund eines familienbezogenen Zuständigkeitskriteriums stellen müsste, wobei unklar ist, ob der MS überhaupt selbst für diese die familiäre Bezugsperson zuständig ist.

Als weniger eingriffsintensive Regelung könnte die Einführung eines abgeschwächten Sachverhaltsversteinerungsprinzip dienen, um zumindest in Fällen, in denen die Zuständigkeit für

[922] Unterpunkte IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen* und IV) B) 2) d) ii) – *Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen*.

[923] Frist zum Aufnahmegesuch bis zu drei Monaten gem Art 21 Abs 1 Dublin-III-VO, Frist zur Antwort bis zu zwei Monaten gem Art 22 Abs 1 Dublin-III-VO und Frist zur Überstellung bis zu sechs Monaten gem Art 29 Abs 1 Dublin-III-VO.

die familiäre Bezugsperson in kurzer Zeit (etwa innerhalb von drei Monaten in Anlehnung an die Frist zum Aufnahmegesuch[924]) nach der Antragstellung feststeht, die geänderten Umstände zu berücksichtigen, wenn die Zuständigkeit die antragstellende Person noch nicht abschließend festgestellt wurde.

Aufgrund des weiten margin of appreciation bei einer Differenzierung aufgrund des Aufenthaltes erscheint die Regelung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK im Lichte der Gesamtkonzeption der Dublin-III-VO insgesamt sachlich gerechtfertigt. In den Fällen, in denen die Anwendung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in Art 8 EMRK führt, ist verpflichtend ein Ersuchen gem Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO an den MS zu stellen, in dem sich die familiäre Bezugsperson befindet und in der Folge rechtmäßig aufhält. Praktisch durchführbar ist dies nur bei einer engen Zusammenarbeit der MS.

Gleiches gilt für die Anwendung des Zuständigkeitskriteriums aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS,[925] in Fällen, in denen noch keine Erstentscheidung über den AaiS der Familienangehörigen ergangen ist. Dem Wortlaut nach wäre zwar eine Auslegung möglich, wonach Art 10 Dublin-III-VO auch für Familienangehörige anwendbar ist, für die die Zuständigkeit nach der Dublin-III-VO noch nicht feststeht; mit Blick auf die ausgeführte Kompatibilität mit dem gesamten Dublin-System erscheint dies nicht intendiert oder zweckmäßig. Daher ist davon auszugehen, dass Art 10 Dublin-III-VO sich an Fälle richtet, in denen die Zuständigkeit bereits feststeht und sich die Familienangehörigen im inhaltlichen Verfahren befinden.[926]

iv) Art des Aufenthaltsrechtes

Die Zuständigkeitskriterien aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS[927] führen zu einer weiteren gleichheitsrechtlich bedenklichen Differenzierung: Art 9 und Art 10 Dublin-III-VO verlangen ein Aufenthaltsrecht im Kontext von internationalem Schutz. Damit unterscheiden sich diese Zuständigkeitskriterien auch von dem Zuständigkeitskriterium für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen sowie jenem aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen,[928] die allgemein einen rechtmäßigen Aufenthalt verlangen: Bei diesen ist es unerheblich, auf welcher Grundlage das Aufenthaltsrecht basiert. Die familiäre Bezugsperson ist auch dann für die Ermittlung des zuständigen MS zu berücksichtigen, wenn sie aufgrund anderer

[924] Art 21 Abs 1 Dublin-III-VO.
[925] Unterpunkt IV) B) 2) c) iii) – *Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS.*
[926] Vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 10 K 5; *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 10 Rz 1.
[927] Unterpunkt IV) B) 2) c) iii) – *Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS.*
[928] Unterpunkte IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen* und IV) B) 2) d) ii) – *Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen.*

einwanderungsrechtlicher Bestimmungen ein Aufenthaltsrecht erhielt; etwa aufgrund eines Aufenthalts zum Studium oder zur Arbeit. Familienangehörige mit einem Aufenthaltsrecht, das nicht im Kontext von internationalem Schutz steht, sind bei der Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS aber derzeit nicht zu beachten.

Eine Begründung, warum nur die Familienangehörigen mit einem Aufenthaltsrecht im Kontext von internationalem Schutz berücksichtigt werden, fehlt. Als Begründung denkbar wäre der Fokus auf den prozessökonomischen Zweck, den die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien neben dem Schutz der familiären Einheit verfolgen: Die Verfahren sollen möglichst gemeinsam geführt werden, um gegebenenfalls auch gemeinsam den Status von Asyl- bzw subsidiär Schutzberechtigten determinieren zu können.[929] Dadurch wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass sich Fluchtursachen häufig auf mehrere Familienmitglieder auswirken.[930] Ein weiterer Grund könnte sein, dass keine Anreize bestehen sollen, den Weg über das Asylsystem zu wählen, wenn unter Umständen über sonstige einwanderungsrechtliche Bestimmungen ein Aufenthaltsrecht möglich ist. Mögen diese Aspekte auch der öffentlichen Ordnung dienen, so erscheint das Interesse nicht so gewichtig wie das Interesse der betroffenen Personen an der familiären Einheit, zumal der prozessökonomische Zweck nicht durch eine Berücksichtigung von Familienangehörigen mit einem Aufenthaltsrecht abseits von internationalem Schutz gefährdet wird.

Auch wenn das Zuständigkeitskriterium für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen und das Zuständigkeitskriterium aufgrund von Abhängigkeit besonders schutzbedürftige Gruppen adressieren, erscheint es unverhältnismäßig, beim Zuständigkeitskriterium aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS nur jene Familienangehörige zu berücksichtigen, die sich als Begünstigte von internationalen Schutz rechtmäßig aufhalten. Gerade Ehepartner:innen werden nur von diesen Zuständigkeitskriterien berücksichtigt, da ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Ehepartner:innen auch nicht in den Anwendungsbereich des Zuständigkeitskriteriums aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen fällt. Insgesamt erscheint die ungleiche Behandlung von Familienangehörigen, bei denen anders als bei anderen familiären Bezugspersonen das Aufenthaltsrecht im Kontext von internationalem Schutz bestehen muss, nicht sachlich gerechtfertigt und gleichheitswidrig iSv Art 14 iVm Art 8 EMRK.

Im vom Parlament angenommenen Vorschlag zur Asyl- und Migrationsmanagement-VO entfällt zukünftig allerdings die ungerechtfertigte Differenzierung, da zukünftig Familienangehörige bei der Ermittlung des zuständigen zu berücksichtigen sind, die ein langfristiges Aufenthaltsrecht gem der

[929] Vgl *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 10 Rz 1.
[930] Vgl Abschnitt II) A) 1) – *Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)*; Abschnitt IV) C) 5) – *Fazit und abschließende Bemerkungen zur Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland*.

Daueraufenthalts-RL oder, die nach einem Aufenthaltsrecht als international Schutzberechtigte die Staatsbürgerschaft erwarben.[931] Zwar besteht weiterhin eine Differenzierung, da bei den Zuständigkeitskriterium für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen sowie jenem aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen jegliche familiäre Bezugsperson, die sich rechtmäßig aufhält, zu berücksichtigen ist, während der erforderliche rechtmäßige Aufenthalt aufgrund der Daueraufenthalts-RL sowie Staatsbürgerschaft vergleichsweise hohe Anforderungen darstellen. So ist etwa ein langfristiges Aufenthaltsrecht nach der Daueraufenthalts-RL frühestens nach fünf Jahren rechtmäßigen, Aufenthalts möglich.[932] Die Anforderung erscheint insofern gerechtfertigt, als dadurch leicht ein langfristiges Aufenthaltsrecht der zuständigkeitsbegründenden familiären Bezugsperson sichergestellt werden kann, was der Einhaltung der Einwanderungskontrolle und somit der öffentlichen Ordnung dient. Würde das Aufenthaltsrecht der familiären Bezugsperson selbst in Kürze enden, könnte zudem auch die Zusammenführung aufgrund der Zuständigkeitskriterien keinen Schutz der familiären Einheit ermöglichen. Dadurch kann das öffentliche Interesse an der öffentlichen Ordnung überwiegen. Anders als bei unbegleiteten Minderjährigen und Personen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, liegt bei jenen antragstellenden Personen, auf die das Zuständigkeitskriterium aufgrund von Familienangehörigen innerhalb der MS zugeschnitten ist, in der Regel keine weitere besondere Vulnerabilität vor.

v) Beachtung von Indizien nach der Sachverhaltsversteinerung

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass gem Art 7 Abs 3 Dublin-III-VO Indizien über den Aufenthalt von Familienangehörigen, Verwandten oder Personen jeder anderen verwandtschaftlichen Beziehung zu berücksichtigen sind, solange diese Indizien vorliegen bevor ein MS einem (Wieder-)Aufnahmegesuch stattgibt und wenn noch keine inhaltliche Entscheidung über den AaiS ergangen ist. Das bedeutet, dass beispielsweise in Situationen, in denen nachträglich der Aufenthalt von Familienangehörigen bekannt wird, die ihrerseits einen AaiS im Hoheitsgebiet der MS gestellt haben, sich die Beurteilung der Zuständigkeit aufgrund von Art 10 Dublin-III-VO noch ändern kann. Es ändert aber insoweit nichts am Grundsatz des Sachverhaltsversteinerungsprinzips, als der Sachverhalt bereits bei der Antragstellung vorgelegen haben muss: Die maßgebliche Familienangehörigeneigenschaft muss schon vor der Antragstellung bestanden haben und die Person muss bereits anwesend gewesen sein. Die Indizienregelung schwächt das Sachverhaltsversteinerungsprinzip – wenn überhaupt – nur geringfügig ab und verfügt kaum über eine praktische Bedeutung.[933]

[931] Art 26 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament); vgl bereits Unterpunkt IV) B) 2) c) iii) – *Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS*.
[932] Vgl Art 4 Daueraufenthalts-RL.
[933] Vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 7 K 9.

Indizien über den Aufenthalt von Familienangehörigen bzw anderen familiären Bezugspersonen sind aber nur für die Zuständigkeitskriterien für unbegleitete Minderjährige aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS, die ihrerseits einen AaiS stellten, sowie aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen weiter zu beachten. Indizien über den Aufenthalt von Familienangehörigen, die international Schutzberechtigte sind, sowie Indizien über den Aufenthalt von familiären Bezugspersonen in einem MS für die gemeinsame Verfahrensführung sind nach der Bestimmung nicht weiter zu beachten.[934]

Dass die Indizienregelung nur für bestimmte Zuständigkeitskriterien eine weitere Beachtung bestimmt, ist auf den Verhandlungsprozess der Dublin-III-VO zurückzuführen und erscheint auf einem legistischen Versehen zu beruhen.[935] Trotz der geringen Bedeutung führt die Indizienregelung zu einer ungleichen Behandlung zwischen jenen familiären Bezugspersonen, bei denen für die Bestimmung der Zuständigkeit Indizien über den Aufenthalt auch nach der Sachverhaltsversteinerung zu berücksichtigen sind und jenen, für die später bekanntgewordene Indizien außer Acht bleiben. Die Differenzierung ist auf kein Diskriminierungsmerkmal gem Art 14 EMRK zurückzuführen und kann nur unter Anwendung von allgemeinen Gleichheitssätzen als gleichheitswidrig erkannt werden. Ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die unterschiedliche Behandlung ist nicht ersichtlich.

Mit der Asyl- und Migrationsmanagement-VO soll die Indizienregelung zukünftig entfallen; das Sachverhaltsversteinerungsprinzip gilt uneingeschränkt fort.

vi) Ergebnis

Die Dublin-III-VO weist einige Regelungen auf, die gleichheitsrechtlich problematisch sind, wobei einige Differenzierungen nicht auf einem Diskriminierungsmerkmal gem Art 14 iVm Art 8 EMRK beruhen: Insbesondere die Differenzierung, ob die Familie schon im Herkunftsstaat bestand, beruht nicht auf einem verpönten Merkmal iSv Art 14 EMRK, weshalb die Differenzierung nicht in den Anwendungsbereich von Art 14 iVm Art 8 EMRK fällt. Unter Anwendung von allgemeinen Gleichheitssätzen wie Art 20 GRC kann die Differenzierung aufgegriffen werden; mangels

[934] Die Bestimmung bezieht sich nur auf die Art 8, 10 und 16 Dublin-III-VO, während Art 9 und 11 Dublin-III-VO nicht genannt werden; in der deutschen Fassung der Dublin-III-VO steht statt „16“ 6; aus der Gegenüberstellung mit anderen Sprachfassungen sowie aus systematischen und zweckmäßigen Überlegungen erschließt sich, dass es sich um ein redaktionelles Versehen handelt; vgl *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung Art 7 K 5.

[935] Ursprünglich sollte die Bestimmung eine Ausnahme des Sachverhaltsversteinerungsprinzips für alle familienbezogenen Zuständigkeitskriterien enthalten, wonach für deren Anwendung der Zeitpunkt des letzten AaiS maßgeblich sein sollte, aber dafür konnte keine Einigung erzielt werden, siehe *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 7 Rz 6 mwN. Der Verhandlungsprozess zur Dublin-III-VO erklärt auch, warum Art 16 Dublin-III-VO von der Indizienregelung erfasst ist, obwohl die Bestimmung überhaupt nicht unter das Sachverhaltsversteinerungsprinzip fällt: Die Kommission schlug die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen grundsätzlich als familienbezogenes Zuständigkeitskriterium vor; vgl KOM(2008) 820 final 31.

sachlicher Rechtfertigung ist die unterschiedliche Behandlung, je nachdem, ob die Familie bereits im Herkunftsstaat bestand, als gleichheitswidrig zu beurteilen. Mit der Asyl- und Migrationsmanagement-VO soll diese Ungleichheit zukünftig bereinigt und stattdessen auf das Bestehen der Familie vor der Einreise in das Hoheitsgebiet der MS abgestellt werden.

Der Ermessensspielraum, den die Dublin-III-VO den MS gewährt, inwieweit sie gleichgeschlechtliche Partner:innen als Familienangehörige zu behandeln, existiert nach den grundrechtlichen Anforderungen gem Art 14 iVm Art 8 EMRK bzw gem Art 8 EMRK nicht: Anerkennen die MS eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft bzw Ehe nicht, so liegt jedenfalls eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK bzw Art 8 EMRK vor.

Als gleichheitswidrig gem Art 14 iVm Art 8 EMRK zu bewerten ist die unterschiedliche Behandlung von Familienangehörigen, die über ein Aufenthaltsrecht im Kontext von internationalem Schutz verfügen, gegenüber Familienangehörigen, die über ein sonstiges Aufenthaltsrecht verfügen. Sachlich gerechtfertigt ist das Erfordernis, dass sich die familiären Bezugspersonen zumindest rechtmäßig aufhalten müssen, um bei der Ermittlung des zuständigen MS berücksichtigt zu werden. Im Einzelfall kann aus Gründen von Art 8 EMRK ein Ersuchen aus humanitären Gründen gem Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO verpflichtend zu stellen sein, wenn die familiäre Bezugsperson die aufenthaltsrechtlichen Anforderungen nicht erfüllt.

Das verhilft im Einzelfall zur Wiederherstellung eines Familienlebens gem Art 8 EMRK, ändert aber nichts an der gleichheitswidrigen Differenzierung von Familienangehörigen mit asylrechtlichen oder sonstigen Aufenthaltsrecht: Während jene Familienangehörige mit einem Aufenthaltsrecht im asylrechtlichen Kontext bei der Ermittlung des zuständigen MS verpflichtend zu berücksichtigen sind, liegt es bei Familienangehörigen mit einem sonstigen Aufenthaltsrecht im Ermessen der MS, ob sie im Einzelfall ein Ersuchen aus humanitären Gründen gem Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO stellen. Sofern der Standpunkt des Parlaments angenommen wird, entfällt diese gleichheitswidrige Differenzierung mit der Asyl- und Migrationsmanagement-VO.

c) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 1 mit den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK

i) Entscheidungsfindungsprozess

Hinsichtlich der prozeduralen Anforderungen bei Entscheidungsprozessen ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass der EGMR für international Schutzberechtigte die Wiederherstellung der familiären Einheit als wesentlich betrachtet, um ein normales Leben fortsetzen zu können. In der Auseinandersetzung mit Familienzusammenführungsverfahren leitete der EGMR aus Art 8 EMRK, ab dass der Entscheidungsfindungsprozess wirksam mit besonderer Sorgfalt, flexibel und rasch

erfolgen muss.[936] Zwar ist das Verfahren nach der Dublin-III-VO nicht per se ein Familienzusammenführungsverfahren, da es nicht unmittelbar zu einem Einreise- und Aufenthaltstitel führt. Das Dublin-Verfahren verschreibt sich aber ihrer Konzeption nach der Wahrung der Familieneinheit und sieht dazu eine Reihe von Zuständigkeitsbestimmungen vor, um die familiäre Einheit durch die Zuständigkeit desselben MS zu wahren.[937] Zuständigkeitsermittlungen und Überstellungen auf Basis von familienbezogenen Zuständigkeitskriterien werden aus diesem Grund auch als „Familienzusammenfüh ungen nach Dublin"[938] bezeichnet. Die prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK können daher auf Dublin-Familienzusammenführungen übertragen werden, die ebenso im asylrechtlichen Kontext stehen und der Wahrung der familiären Einheit dienen soll.

Obwohl die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien die Rangfolge an Kriterien anführen und die familiäre Einheit eine vorrangige Erwägung bei der Anwendung der Familienkriterien sein soll, basieren in der Praxis nur ein kleiner Anteil an Aufnahmegesuchen auf den familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie auf den Sonderbestimmungen aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen gem Art 16 Dublin-III-VO sowie aufgrund eines Ersuchens bzw eines Selbsteintrittes aus humanitären Gründen gem Art 17 Dublin-III-VO.[939]

Laut *ECRE* und *UNHCR* sind die Zahlen teilweise auf die Praktiken der MS zurückzuführen, nach denen Zuständigkeitskriterien nicht unionsrechtskonform angewendet werden und die MS teilweise entgegen der von der Dublin-III-VO vorgesehen Rangfolge die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien bei der Anwendung nicht priorisieren.[940] Ein solche Praktik verletzt nicht nur die Dublin-III-VO, sondern auch die prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK, die eine Entscheidungsfindung mit besonderer Sorgfalt fordert. Lassen MS die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie die Sonderbestimmungen in rechtswidriger Weise unangewendet, so

---

[936] Punkt III) B) 4) b) – *Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK*.

[937] Vgl auch VwGH 23. 11. 2017, Ra 2017/18/0291.

[938] Vgl etwa *AIDA/ECRE*, The implementation of the Dublin III Regulation in 2021 (2022) 16.

[939] Insgesamt gingen innerhalb der EU 2022 171.350 (Wieder-)Aufnahmegesuche von MS an andere MS aus; von diesen 171.350 Gesuchen basierten 2.392 Gesuche auf den familienbezogenen Zuständigkeitskriterien, 22 auf Art 16 Dublin-III-VO und 709 auf Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO. Von Österreich gingen insgesamt 15.037 Aufnahmegesuche 2022 aus; davon betrafen 86 Aufnahmegesuche die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien, 18 auf Basis von Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO. Keine der von Österreich ausgehenden Gesuche basierten auf Art 16 Dublin-III-VO. An Österreich wurden 100 Gesuche aufgrund der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien gestellt, 3 aufgrund von Art 16 Dublin-III-VO und 15 aufgrund von Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO. Die Jahre zuvor zeigen ein ähnliches Verhältnis; siehe *Eurostat*, Dublin-Statistiken, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_dubri/default/table?lang=de&category=migr.migr_asy.migr_dub.migr_dubreq (abgefragt am 30. 4. 2024); Antwort auf parlamentarische Anfrage vom 28. 4. 2023, 13976/AB 27. GP 43ff; vgl auch *Brandl* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 143 (146), die zeigt, dass dieses Problem schon seit der Dublin-II-VO besteht.

[940] Vgl *AIDA/ECRE*, implementation 2021 12f; *AIDA/ECRE*, The implementation of the Dublin III Regulation in 2022 (2023) 15f; *UNHCR*, Left in Limbo. UNHCR Study on the Implementation of the Dublin-III-Regulation (2017) 86f.

verletzen die MS neben der Dublin-III-VO auch Art 8 EMRK, da sie die prozeduralen Anforderungen nicht einhalten.

Speziell für Österreich gibt es Berichte, nach denen österr Behörden (Wieder-)Aufnahmegesuche von Minderjährigen mit der Begründung ablehnten, die Überstellung würde dem Kindeswohl widersprechen; dazu führen die Behörden teilweise aus, die Trennung der Eltern von den Kindern sei freiwillig erfolgt. Die Argumentation wird häufig in Fällen angewendet, wenn die Trennung erst im Hoheitsgebiet der EU erfolgte.[941]

Nach den prozeduralen Anforderungen von Art 8 EMRK muss bei Entscheidungen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl eine vorrangige Erwägung sein; die Erwägungen sind bei der Entscheidungsfindung ausführlich zu begründen und zu dokumentieren. Eine Verweigerung eines Aufnahmegesuches, mit der alleinigen Begründung die Überstellung als solche könne dem Kindeswohl schaden, weil die Trennung freiwillig erfolgt sei, würde den prozeduralen Anforderungen von Art 8 EMRK nicht standhalten: Der EGMR geht in seiner Judikatur zu den positiven Verpflichtungen davon aus, dass eine Trennung aufgrund von Flucht oder einer fluchtähnlichen Situation nicht vorwerfbar ist. Zwar ist die Gesamtsituation eine andere, wenn sich die gesamte Familie schon gemeinsam innerhalb der EU aufhält und im Hoheitsgebiet eine Trennung erfolgt. Dennoch erfordert Art 8 EMRK eine Einzelfallbeurteilung, in der die Gründe für die Trennung berücksichtigt und das Kindeswohl erwogen werden – eine Mutmaßung, dass die Zusammenführung nach der Dublin-III-VO schade, weil die Trennung freiwillig erfolgt sei, wird diesen prozeduralen Anforderungen nicht standhalten und kann Art 8 EMRK verletzen.

Die Judikatur des EuGH ging in die Asyl- und Migrationsmanagement-VO ein, wonach die Vermutung gilt, dass eine Zusammenführung mit familiären Bezugspersonen grundsätzlich dem Kindeswohl dient. Dadurch wird deutlich, dass Kinder grundsätzlich mit ihren Familien zusammenzuführen zu sind; nur im Ausnahmefall, wenn es dem Kindeswohl nachweislich schadet, kann die Dublin-Familienzusammenführung mit Verweis auf das Kindeswohl abgelehnt werden.

Berichten zur Folge verlangen die österr Behörden weiters, dass die antragstellenden Personen die Familienangehörigen sowohl im Verfahren vor dem ersuchenden MS sowie im innerstaatlichen Verfahren angeben, damit sich die antragstellenden Personen auf die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien stützen kann.[942] Das ist insofern problematisch, da teilweise den Antragsteller:innen die Information zum Dublin-Verfahren, zu den Zielen der Verordnung und den

[941] *AIDA/ECRE*, Country Report: Austria. Update 2022 (2022) 46f; *AIDA/ECRE*, Not there yet 32.
[942] *AIDA/ECRE*, Country 47f; *AIDA/ECRE*, Not there yet 34.

Zuständigkeitskriterien[943] spät oder gar erst nach dem persönlichen Interview[944], das der Ermittlung des zuständigen MS dienen soll, erteilt werden.[945]

Art 8 EMRK verlangt, dass der Entscheidungsfindungsprozess flexibel und mit besonderer Sorgfalt erfolgt: Starr darauf abzustellen, zu welchem Zeitpunkt Angaben gemacht wurden, ohne zu berücksichtigen, ob den Antragsteller:innen bewusst war, zu welchem Zweck die Information notwendig sind bzw welche Bedeutung der Information bezüglich der Zusammenführung zukommt, ist mit diesen Anforderungen nicht vereinbar. Zudem widerspricht es nach der derzeitigen Rechtslage der Indizienregelung, wonach zumindest die Indizien für die Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen, die Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen, die ihrerseits einen AaiS in einem MS stellten sowie aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen bis zur Erstentscheidung bzw bis zur Stattgabe eines (Wieder-)Aufnahmegesuchs, zu berücksichtigen sind.[946]

ii) Ergebnis

Nach den ErwGr der Dublin-III-VO und auch nach der Ausgestaltung der Dublin-III-VO wurden die prozeduralen Anforderungen von Art 8 EMRK hinsichtlich des Gesetzgebungsprozesses eingehalten. Das Recht auf Achtung des Familienlebens ist nach den ErwGr ausdrücklich bei der Anwendung der Dublin-III-VO zu achten.[947]

Hinsichtlich der Entscheidungsfindungsprozesse bei der Anwendung der Dublin-III-VO ist ein umfassendes Gesamtbild an dieser Stelle nicht möglich; dafür müssten Untersuchungen erfolgen, die die Entscheidungsfindungsprozesse erster Instanz aufarbeiten. Berücksichtigt werden konnten Berichte, die sich mit der Staatenpraxis auseinandersetzen, sowie jene (höchstgerichtlichen) Entscheidungen, die zur Analyse des vorliegenden Kapitels herangezogen wurden. Diese Materialen zeigen bereits auf, dass beim Entscheidungsfindungsprozess bei Dublin-Verfahren nicht immer die prozeduralen Anforderungen von Art 8 EMRK eingehalten werden. Dieser Vorwurf richtet sich nicht nur an jene MS, denen häufiger nachgesagt wird, unionsrechtliche Vorgaben im Rahmen des GEAS zu missachten. Auch die deutschen[948] und die österr Behörden tragen den

[943] Diese sind verpflichtend gem Art 4 Dublin-III-VO zu erteilen.
[944] Gem Art 5 Dublin-III-VO.
[945] *Brandl* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 143 (146); *UNHCR*, Left 23ff.
[946] Vgl Unterpunkt IV) B) 3) b) v) – *Beachtung von Indizien nach der Sachverhaltsversteinerung*; aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen sind weiters Indizien von Familienangehörigen, die internationale Schutzberechtigte sind sowie Indizien für eine gemeinsame Verfahrensführung von familiären Bezugspersonen auch nach dem Sachverhaltsversteinerungsprinzip zu berücksichtigen.
[947] Punkt IV) B) 1) b) – *Anwendung der Zuständigkeitskriterien*.
[948] Vgl VG Wiesbaden, 15. 9. 2017, 6 L 4438/17.WI.A; *Hruschka,* ZAR 2018, 281 (insb 286f); *AIDA/ECRE*, implementation 2021 14; *AIDA/ECRE*, implementation 2022 17.

prozedurale Anforderungen gem Art 8 EMRK bei der Ermittlung des zuständigen MS nicht immer ausreichend Rechnung.

4) Relevante Rechtschutzfragen

a) Rechtsbehelf gegen Überstellungsentscheidung

Für eine abschließende Beurteilung des Familienangehörigenbegriffs und dessen aufenthaltsrechtlicher Bedeutung in der Dublin-III-VO ist zu erörtern, inwieweit antragstellende Personen die Zuständigkeit eines MS aufgrund der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie der Sonderbestimmungen auch faktisch geltend machen können:

Die Dublin-III-VO hatte sich zum Ziel gesetzt, den Rechtsschutz von Antragsteller:innen gegenüber der Dublin-II-VO (alt) zu verbessern und einen wirksamen Rechtschutz zu gewährleisten.[949] Maßgebliche Bestimmung für diesen Rechtsschutz ist Art 27 Dublin-III-VO, der ein wirksames Rechtsmittel gegen eine Überstellungsentscheidung durch ein überprüfendes Gericht vorsieht; das Gericht soll sowohl Sach- als auch Rechtsfragen überprüfen.

In der bedeutenden Rs *Ghezelbash*[950] stellte der EuGH fest, dass Antragsteller:innen mit einem Rechtsmittel gem Art 27 Dublin-III-VO auch die fehlerhafte Anwendung von den Zuständigkeitskriterien des Kapitel III der Dublin-III-VO geltend machen können. Daraus ist zu schließen, dass Antragsteller:innen gegen eine sie betreffende Überstellungsentscheidung mit einem Rechtsmittel einwenden können, wenn die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien unrichtig oder nicht angewendet wurden.

Bei einer Überstellungsentscheidung aufgrund eines Wiederaufnahmegesuches (also in einem Fall, in dem eine Person in zwei MS einen AaiS stellte und der zweite MS den ersten um die Wiederaufnahme ersucht) können sich Antragsteller:innen nur bedingt auf die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien berufen: Nur wenn der erste MS die Prüfung des zuständigen MS noch nicht abgeschlossen hat und die Antragsteller:innen darüber informiert haben, dass der zweite MS für den AaiS nach den familienbezogenen Zuständigkeitskriterien zuständig ist, ist eine Geltendmachung der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien möglich.[951]

---

[949] Vgl ErwGr 9 und 19 Dublin-III-VO unter Verweis auf Art 47 GRC, EuGH C-63/15, *Ghezelbash,* ECLI:EU:C:2016:409 Rz 52.

[950] Mit EuGH C-63/15, *Ghezelbash,* ECLI:EU:C:2016:409 ließ der EuGH seine Ansicht zur Vorgängerbestimmung Art 19 Dublin-II-VO (alt) nach der C-394/12, *Abdullahi,* ECLI:EU:C:2013:813 endgültig fallen: Damals ging der EuGH davon aus, dass nur bei systemischen Mängeln, die zu einer Verletzung von Art 4 GRC führen könnten, einen Rechtsbehelf gegen die Überstellung möglich ist.

[951] EuGH C-582/17, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/H., R.,* ECLI:EU:C:2019:280 insb Rz 83f; die GA *Sharpston* sprach sich dafür eine Auslegung aus, nach der auch der zweite MS die Kriterien anzuwenden habe und generell die richtige Anwendung der Zuständigkeitskriterien des Kapitel III auch bei einer Überstellungsentscheidung aufgrund eines Wiederaufnahmegesuches eingewendet werden können, GA *Sharpston*, SA zu C-582/17, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/H., R.*, ECLI:EU:C:2018:975.

Bezüglich Art 17 Dublin-III-VO führte der EuGH aus, dass kein eigenständiger Rechtsbehelf gegen die Entscheidung eines MS, keinen Gebrauch vom Selbsteintrittsrecht gem Art 17 Abs 1 Dublin-III-VO zu machen, aus unionrechtlicher Sicht geboten ist.[952] Die Entscheidung kann aber nach der derzeitigen Rechtslage gemeinsam mit dem Rechtsbehelf gegen die Überstellungsentscheidung gem Art 27 Abs 1 Dublin-III-VO angefochten werden.[953] Das bedeutet, dass Gründe, die zu einer Verpflichtung zum Selbsteintrittsrecht gem Art 17 Dublin-III-VO führen, wie etwa die Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK bzw Art 7 GRC, mit dem Rechtsbehelf gegen die Überstellungsentscheidung geltend gemacht werden können.[954]

b) Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines (Wieder-)Aufnahmegesuchs eines unbegleiteten Minderjährigen

Unklar war lange, welche Rechtschutzmöglichkeiten Antragsteller:innen offen stehen, wenn der ersuchte MS ein (Wieder-)Aufnahmegesuch ablehnt: In diesem Fall ergeht keine Überstellungsentscheidung, gegen die sich das Rechtsmittel gem Art 27 Dublin-III-VO dem Wortlaut nach richtet.

Nach Ansicht des VwGH kann ein Rechtsmittel gem Art 27 Dublin-III-VO nur gegen eine Überstellungsentscheidung erhoben werden, nachdem der ersuchte MS der Aufnahme zugestimmt hat. Weder die Dublin-III-VO noch das innerstaatliche Recht würden ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung eines (Wieder-)Aufnahmegesuches durch den ersuchten MS vorsehen.[955] Das BVwG führt regelmäßig dazu aus, dass es sich beim Konsultationsverfahren nach der Dublin-III-VO um ein rein zwischenstaatliches Verfahren zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten MS handle; eine Beteiligung der antragstellenden Person sei dabei nicht vorgesehen.[956]

Kürzlich hatte sich auch der EuGH in der Rs *I, S*[957] mit der Frage zu befassen, ob ein wirksamer Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines Aufnahmegesuchs zur Verfügung zu stellen ist: Im Ausgangsfall ging es um einen unbegleiteten Minderjährigen, der eine Überstellung zu seinem Onkel als Verwandten[958] begehrte. Nach dem EuGH schließe der Wortlaut von Art 27 Dublin-III-

[952] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 75f, 86.
[953] EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 78f, 86.
[954] Gegen die Entscheidung, vom Ermessen gem Art 17 Dublin-III-VO keinen Gebrauch zu machen, muss allerdings kein wirksamer Rechtsbehelf gem Art 27 Dublin-III-VO vorgesehen werden; siehe EuGH C-359/22, *AHY/Irland*, ECLI: EU:C:2024:334.
[955] VwGH 26. 3. 2019, Ro 2018/19/0005 Rz 30.
[956] Etwa BVwG 29. 5. 2018, W205 2188646-1; 31. 1. 2020, W241 2117434-2.
[957] EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605.
[958] Gem Art 8 Abs 2 Dublin-III-VO, vgl Unterpunkt IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen*.

VO nicht aus, dass unbegleiteten minderjährigen Antragsteller:innen ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung eines Aufnahmegesuches zur Verfügung steht.[959]

Begründend führte der EuGH wie bereits in der Rs *Ghezelbash* aus, dass es sich bei der Dublin-III-VO nicht nur um organisatorische Regeln zwischen den MS handelt; vielmehr sind die antragstellenden Personen am Verfahren zu beteiligen, über die Zuständigkeitskriterien zu informieren, und es ist ihnen ein wirksamer Rechtsbehelf (jedenfalls) gegen die Überstellungsentscheidung zur Verfügung zu stellen.[960] Eine zu restriktive Auslegung von Art 27 Dublin-III-VO gefährdet nach der Ansicht des EuGH die praktische Wirksamkeit der Rechte, die die Dublin-III-VO verankert. Insbesondere dann, wenn Antragsteller:innen eine fehlerhafte Anwendung der Zuständigkeitskriterien nicht gerichtlich geltend machen können, obwohl sie entsprechende Informationen beigebracht haben.[961]

Hinsichtlich unbegleiteter minderjähriger Antragsteller:innen darf nach Ansicht des EuGH nicht danach unterschieden werden, ob der ersuchende MS eine Entscheidung zur Überstellung getroffen hat oder der ersuchte MS das Gesuch auf Aufnahme der antragstellenden Person ablehnt:[962] Wie bei einer Überstellungsentscheidung kann die Ablehnung eines Gesuches das Recht der unbegleiteten minderjährigen Person verletzen, mit einer verwandten Person zusammengeführt zu werden. Demnach müssen die MS jedenfalls minderjährigen Personen für einen wirksamen Rechtsschutz iSv Art 47 GRC ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung eines Aufnahmegesuches zur Verfügung stellen, um die Verletzung im Recht der Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen zu rügen. Die Rechtschutzmöglichkeiten können nicht davon abhängen, in welchen MS sich die antragstellende Person befindet.[963]

Der EuGH betonte zudem, dass Art 27 Dublin-III-VO im Lichte des Rechtes auf Achtung des Familienlebens sowie des Kindeswohls auszulegen ist.[964] Insgesamt gelangte der EuGH aufgrund dieser Erwägungen zum Schluss, dass gem Art 27 Dublin-III-VO auch ein Rechtsmittel gegen eine

[959] EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 32; der EuGH vertrat somit eine andere Ansicht als der GA, der aufgrund des Wortlautes und der Historie in den Reformvorschlägen eine Anwendung von Art 27 Dublin-III-VO ausschloss; siehe GA *Emiliou*, SA zu C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, ECLI:EU:C:2022:279 Rz 42f, FN 24ff.
[960] EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 37; C-63/15, *Ghezelbash,* ECLI:EU:C:2016:409 Rz 51.
[961] EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 39; unter Verweis auf C-63/15, *Ghezelbash,* ECLI:EU:C:2016:409 Rz 53.
[962] EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 41.
[963] EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 42ff; weiters führte der EuGH wie in der Rs *Ghezelbash* aus, dass der gerichtliche Rechtsschutz von Antragsteller:innen nicht für eine rasche Bearbeitung der AaiS geopfert werden kann; C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 54 mwN; C-63/15, *Ghezelbash,* ECLI:EU:C:2016:409 Rz 57.
[964] EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 35.

Ablehnung eines Aufnahmegesuches aufgrund der Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen verfügbar sein muss.

Nach dieser rezenten Rechtsprechung des EuGH ist nunmehr klar, dass zumindest unbegleiteten Minderjährigen auch gegen die Ablehnung eines Aufnahmegesuches ein Rechtsbehelf zur Verfügung steht: Die Grundsätze, die der EuGH für eine Zuständigkeit aufgrund von Verwandten von unbegleiteten minderjährigen Antragsteller:innen aufstellte, müssen ebenso für Konstellationen mit Familienangehörigen und Geschwistern gelten, die in gleicher Weise wie Verwandte für minderjährige Antragsteller:innen zu berücksichtigen sind.

Der EuGH stellte in seinen Ausführungen nur auf die Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen ab. Offen gelassen hat er, ob dasselbe auch für die anderen familienbezogenen Zuständigkeitskriterien gilt. Unklar ist weiters, inwieweit ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen muss, um die Sonderbestimmungen zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen sowie eine allfällige Verpflichtung zu einem Ersuchen bzw einem Selbsteintritt geltend zu machen. Daher stellt sich die Frage, inwieweit die Judikatur des EuGH auf diese Zuständigkeitskriterien zu übertragen ist und ob auch volljährige Antragsteller:innen ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung eines (Wieder-)Aufnahmegesuchs zur Verfügung steht.

c) Genereller Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines (Wieder-)Aufnahmegesuchs?

Hinsichtlich der Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS sowie für die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen[965] ist davon auszugehen, dass die Judikatur des EuGH in der Rs *I,S*[966] zu übertragen ist und auch in diesen Fällen ein Rechtsbehelf gem Art 27 Dublin-III-VO zur Verfügung stehen muss:[967]

Der EuGH stellte hinsichtlich der Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen fest, dass die Bestimmung ein subjektives Recht[968] verankert, verordnungsgemäß mit einer verwandten Person zusammengeführt zu werden, die während des Asylverfahrens um die minderjährige Person sorgen kann. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Zuständigkeitskriterien

[965] Unterpunkte IV) B) 2) c) iii) – *Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS* und IV) B) 2) d) ii) – *Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen*.
[966] EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605.
[967] Für die gemeinsame Verfahrensführung gem Art 11 Dublin-III-VO stellt sich die Frage des Rechtsschutzes in der Regel nicht, da sich die betroffenen Personen für die Anwendung jedenfalls in einem MS gleichzeitig aufhalten müssen – nur, wenn für eine oder mehrere Personen ein anderer MS für zuständig erklärt wird und eine Überstellungsentscheidung ergeht, ist die familiäre Einheit durch die unrichtige Anwendung von Art 11 Dublin-III-VO gefährdet.
[968] Nach EuGH C-394/12, *Abdullahi,* ECLI:EU:C:2013:813 gab es lange Diskussionen, inwieweit die Dublin-III-VO subjektive Rechte verankert; dazu etwa *Römer*, Europäisierter und internationalisierter Verwaltungsrechtsschutz gegen Überstellungen nach der Dublin III-Verordnung (2015) 87 mwN; seit EuGH C-63/15, *Ghezelbash,* ECLI:EU:C:2016:409 ist klar, dass die Dublin-III-VO subjektive Rechte einräumt; vgl auch *Groß* in *Wollenschläger et al* 699 (Rz 87ff) mwN.

aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS gem Art 9 und 10 Dublin-III-VO anders als bei dem Zuständigkeitskriterium für minderjährigen Antragsteller:innen kein subjektives Recht verankern würden, zusammengeführt zu werden.[969] Die Sonderbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen ist, wie ausgeführt, genauso verpflichtend anzuwenden wie die allgemeinen Zuständigkeitskriterien. Daher ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen wie die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien ein subjektives Recht verankert.

Sowohl die Zuständigkeitskriterien aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS als auch die Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen dienen der Einhaltung des Rechtes auf Achtung des Familienlebens. Die Erwägungen des EuGH zur praktischen Wirksamkeit, zur fehlerhaften Anwendung der Zuständigkeitskriterien, der mangelnden Berücksichtigung von beigebrachten Informationen sowie der Tatsache, dass die korrekte Anwendung der Dublin-III-VO nicht davon abhängen könne, wo sich die antragstellende Person befindet,[970] können uneingeschränkt auf diese Zuständigkeitskriterien übertragen werden.

Die Zuständigkeitskriterien aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS umfassen zudem Beziehungen der „Kernfamilie", die – anders als die familiären Beziehungen zu weiteren Verwandten wie im Ausgangsfall in der Rs *I, S* – jedenfalls außer bei außergewöhnlichen Umständen vom Recht auf Achtung des Familienlebens geschützt sind.[971] Insgesamt ist daher anzunehmen, dass grundsätzlich Antragsteller:innen gem Art 27 Dublin-III-VO iVm dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem Art 47 GRC und dem Recht auf Achtung des Familienlebens ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung eines Aufnahmegesuches aufgrund von familienbezogenen Zuständigkeitskriterien zur Verfügung stehen muss.

Das Zuständigkeitskriterium aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen unterscheidet sich in diesem Punkt von den Zuständigkeitskriterien aufgrund von Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebietes der MS: Es umfasst keine Beziehungen der Kernfamilie. Das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK bzw Art 7 GRC verlangt für familiäre Bezugspersonen außerhalb der Kernfamilie ein Abhängigkeitsverhältnis, das über die gefühlsmäßige Bande hinausgeht. Demgegenüber reicht es für die Anwendung des Zuständigkeitskriteriums aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen aus, dass die familiäre Beziehung im Herkunftsstaat bestand, eine Abhängigkeit iSd Tatbestandsmerkmale gem Art 16 Dublin-III-VO vorliegt und die Unterstützung der abhängigen Person der familiären Bezugsperson möglich ist. Ob die betroffenen Personen bei

[969] Vgl auch GA *Sharpston*, SA zu C-63/15, *Ghezelbash*, ECLI:EU:C:2016:186 Rz 70, 76; die dort bereits Art 9 – 11 Dublin-III-VO als materielle Rechte der Familienzusammenführung bezeichnete.
[970] Vgl EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 43f.
[971] Vgl EuGH C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 47.

Vorliegen dieser Voraussetzungen auch ein Familienleben iSv Art 8 EMRK führen, ist im Einzelfall zu beurteilen. Inwieweit die Entscheidung der Rs *I,S* auf das Zuständigkeitskriterium aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen übertragbar ist, ist daher weniger eindeutig als bei der Zuständigkeit aufgrund von Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der MS. Der überwiegende Teil der Erwägungen des EuGH kann aber für das Zuständigkeitskriterium aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen übertragen werden. Da sich die Dublin-III-VO die Verbesserung des Rechtsschutzes zum Ziel setzte und die uneingeschränkte Achtung des Grundsatzes der familiären Einheit auch bei Abhängigkeitsverhältnissen anstrebt,[972] ist insgesamt dennoch anzunehmen, dass ein Rechtsmittel gem Art 27 Dublin-III-VO zur Verfügung stehen muss, wenn ein MS ein Gesuch wegen der Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen ablehnt.

Abschließend stellt sich die Frage, ob gegen die Ablehnung eines Ersuchens aus humanitären Gründen gem Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen muss: Während die Entscheidung, vom Selbsteintrittsrecht gem Art 17 Abs 1 Dublin-III-VO keinen Gebrauch zu machen, zwangsläufig zu einer Überstellungsentscheidung führt, ist dies nicht der Fall, wenn der ersuchte MS ein Ersuchen ablehnt und somit nicht eintritt. Das Selbsteintrittsrecht ist – anders als die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie der Sonderbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen – eine Ermessensklausel: Es obliegt den MS, ob sie von ihrem Selbsteintrittsrecht Gebrauch machen wollen bzw zu beurteilen, ob sie nach dem nationalen Recht zum Selbsteintritt verpflichtet sind.[973] Insofern verankert Art 17 Dublin-III-VO – anders als die familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie der Sonderbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen – kein subjektives Recht. Die Grundsätze nach der Rs *I, S* können nicht auf die Sonderbestimmung zur Zuständigkeit durch Selbsteintritt und Ersuchen übertragen werden.

d) Bedeutung der jüngsten EuGH-Rechtsprechung und offene Rechtsfragen

Die Rechtsprechung des VwGH, dass gegen die Ablehnung eines Aufnahmegesuches kein Rechtsmittel zur Verfügung stehe, sowie des BVwG, dass es sich beim Konsultationsverfahren um ein rein zwischenstaatliches Verfahren handele, erweisen sich im Lichte der EuGH-Rechtsprechung als unions- und grundrechtswidrig. Eine Anpassung der Rechtsprechung des VwGH und des BVwG

[972] Vgl ErwGr 16 Dublin-III-VO.
[973] Vgl Unterpunkt IV) B) 2) d) iii) – *Zuständigkeit durch Selbsteintritt und Ersuchen – Zwischen Ermessen und Pflicht*; EuGH C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53 Rz 58ff mwN; die Judikatur des EuGH stellt auf Art 17 Abs 1 Dublin-III-VO ab, allerdings gelten diese Grundsätze für Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO in gleicher Weise.

dahingehend, dass gegen die Ablehnung eines Aufnahmegesuchs ein Rechtsmittel gem Art 27 Dublin-III-VO möglich ist, ist daher geboten.

Mit der Asyl- und Migrationsmanagement-VO soll zukünftig der Anwendungsbereich der Rechtsmittel eingeschränkt werden: Nur noch Rechtsmittel aufgrund der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie die Nachfolgerbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen sollen neben der Gefahr, dass die Überstellung Art 4 GRC verletzt, möglich sein.[974] Diese Einschränkung ist zwar für die Anwendung der anderen, allgemeinen Zuständigkeitskriterien wesentlich; für die relevanten familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie die Sonderbestimmung zur Zuständigkeit aufgrund Abhängigkeitsverhältnissen ändert sich dadurch nichts. Die bisherige Rechtsprechung lässt sich auf den Wortlaut der Nachfolgebestimmung übertragen. Ob es nach dem Wortlaut zulässig sein wird, Einwendungen aufgrund des Selbsteintrittsrechts gegen eine Überstellungsentscheidung zu erheben, erscheint fraglich. Das ist grundrechtlich bedenklich, da gerade durch eine konventionskonforme Anwendung des Selbsteintrittsrechts eine Verletzung in Art 8 EMRK vermieden werden kann.

Mit Blick auf den Rechtsschutz bleiben trotz der Konkretisierungen des EuGH weiterhin Sachverhalte problematisch, in denen überhaupt kein (Wieder-)Aufnahmegesuch oder ein Ersuchen aus humanitären Gründen gem Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO an einen anderen MS geht, obwohl ein familienbezogenes Zuständigkeitskriterium einschlägig wäre: Erstattet der MS, in dem sich die antragstellende Person aufhält, nicht innerhalb der vorgesehenen Fristen der Dublin-III-VO ein entsprechendes Gesuch, so wird dieser MS selbst für das Verfahren zuständig.[975] Die Zuständigkeit geht somit automatisch auf den MS über, auch wenn er nach den Zuständigkeitskriterien nicht zuständig ist. Dadurch soll die Zuständigkeit schnell feststehen und Verfahren nicht unnötig in die Länge gezogen werden. Haben aber antragstellende Personen Familienangehörige iSd Dublin-III-VO in einem anderen MS und wird die Zuständigkeit nicht übertragen, können die Betroffenen ihr

[974] Art 33 Abs 1 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission); Art 43 Abs 1 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament); nach dem Standpunkt des Parlaments sollen nach der Überstellungsentscheidung eingetretene entscheidende Umstände, die die richtige Anwendung der VO betreffen, ebenso im Rahmen des Rechtsmittels geltend gemacht werden können.

[975] Siehe Art 21 Abs 1, Art 23 Abs 2 und 3, Art 24 Abs 2 und 3 Dublin-III-VO; ausführlich zu den Fristenregelungen etwa *Groß* in *Wollenschläger et al* 699 (Rz 56ff); *Hruschka,* ZAR 2018, 281; vgl auch *Klaassen/Rodrigues,* Eur. J. Migr. Law 2017, 191 (215); der Vorschlag der Kommission zur Dublin-IV-VO sah noch ausdrücklich einen Rechtsbehelf vor, wenn eine antragstellende Person nicht überstellt wurde, obwohl sie behauptete, Familienangehörige bzw Verwandte in einem anderen MS zu haben; siehe Art 28 Abs 5 Dublin-IV-VO. Im Vorschlag der Kommission zur Asyl- und Migrationsmanagement-VO findet sich eine solche Bestimmung nicht mehr; vgl GA *Emiliou*, SA zu C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, ECLI:EU:C:2022:279 Rz 42f. Nach der angenommenen Fassung des Parlaments besteht zumindest insofern ein Auslegungsspielraum, als Umstände, die nach der Überstellungsentscheidung eingetreten und entscheidend für die richtige Anwendung der VO sind, geltend gemacht werden können; Art 43 Abs 1 lit b Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament); gem ErwGr 62 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament) soll zudem ausdrücklich ein wirksamer Rechtsschutz zur Gewährleistung des Rechtes auf Achtung des Privat- und Familienlebens und der Kinderrechte bestehen.

subjektives Recht aufgrund der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie der Sonderbestimmungen nicht geltend machen und ihre familiäre Einheit nicht wiederherstellen.

Problematisch sind weiters Sachverhalte, in denen zwar dem Gesuch vom ersuchten MS stattgegeben wird, in der Folge aber keine rechtzeitige Überstellung erfolgt. Auch in einem solchen Fall geht die Zuständigkeit auf den MS über, in dem sich die antragstellende Person aufhält – auch, wenn dies zur Trennung der Familie führt.[976]

Hruschka meint unter Hinweis auf die ErwGr 13-17 Dublin-III-VO, dass es möglich sei, den automatischen Zuständigkeitsübergang unangewendet zu lassen, um das Kindeswohl und das Familienleben zu schützen.[977] Das wäre zwar mit Blick auf das Recht auf Achtung des Familienlebens und des Kindeswohls die effektivste Variante, nur lassen die Bestimmungen zum automatischen Zuständigkeitsübergang nach dem Wortlaut keinen Ermessenspielraum zu, bei denen die MS die Erwägungen zum Schutz des Familienlebens und des Kindeswohls miteinfließen lassen könnten: Die Zuständigkeit geht ex lege über.

In einem solchen Fall bleibt somit nur die Möglichkeit, den nach den Zuständigkeitskriterien originär zuständigen MS gem Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO zur Aufnahme zu ersuchen, bevor der MS, in dem sich die antragstellende Person aufhält, eine Erstentscheidung trifft. Art 8 EMRK kann in diesem Fall zu einer positiven Verpflichtung führen, gem Art 17 Abs 2 Dublin-III-VO ein Ersuchen zu stellen. Dadurch wird das Zuständigkeitsverfahren noch einmal verlängert: Es benötigt ein weiteres Ersuchen, eine weitere Annahme und zusätzlich die Zustimmung der betroffenen Personen.[978]

Die derzeitige Ausgestaltung führt dazu, dass der automatische Zuständigkeitsübergang grundrechtsblind die spezifischen Zuständigkeitskriterien verdrängen kann, wenn die MS entgegen den Zuständigkeitskriterien nicht rechtzeitig mittels Gesuchs oder Überstellung tätig werden. Dadurch können MS auch ihrer Verpflichtung entkommen, die spezifischen Zuständigkeitskriterien einzuhalten.[979]

Hier wird ein grundlegendes Problem des Dublin-Systems hinsichtlich des Rechtes auf Achtung des Familienlebens deutlich: Die Dublin-III-VO überlässt es den MS, jederzeit einen Antrag selbst zu prüfen; es verpflichtet die MS nicht zur Führung eines Dublin-Verfahrens und zur Stellung eines

[976] Art 28 Abs 1 und 2 Dublin-III-VO; *Hruschka,* ZAR 2018, 281 (284f).
[977] *Hruschka,* ZAR 2018, 281 (287).
[978] Vgl *Hruschka,* ZAR 2018, 281 (287).
[979] In der Vergangenheit gab es Vorwürfe, wonach Behörden den automatischen Zuständigkeitsübergang bewusst ausnützten, um nur ein bestimmtes Kontingent an Familienzusammenführungen nach der Dublin-III-VO zu ermöglichen – darüberhinausgehende Personen wurden nicht überstellt, wodurch die Zuständigkeit bei dem MS verblieb, bei dem sich die antragstellenden Personen aufhielten; VG Wiesbaden, 15. 9. 2017, 6L 4438/17.WI.A.

(Wieder-)Aufnahmegesuches.[980] Die Dublin-III-VO verankert kein Recht auf Familienzusammenführung als solches.[981] Familienangehörige, Verwandte und familiäre Bezugspersonen können grundsätzlich nach dem System der Dublin-III-VO keine Überstellung zur Familienzusammenführung beantragen, sondern nur gegen eine Überstellungsentscheidung oder nunmehr, nach der rezenten Rechtsprechung des EuGH, gegen eine Ablehnung eines Aufnahmegesuches ein Rechtsmittel erheben.

5) Fazit und abschließende Bemerkungen zur Phase 1: Ermittlung des zuständigen Mitgliedstaates

Die Dublin-III-VO mag in vielerlei Hinsicht zu Recht kritisiert werden, aber:

Die Möglichkeit, die familiäre Einheit durch die Zuständigkeitskriterien zu wahren bzw wieder herzustellen, wird durch die rechtlichen Rahmenbedingungen der Dublin-III-VO ermöglicht und entspricht zu einem großen Teil den grundrechtlichen Anforderungen gem Art 8 EMRK.

Der Kreis der berechtigten familiären Bezugspersonen, die bei der Zuständigkeitsermittlung zu berücksichtigen sind, wird durch die familiären Zuständigkeitskriterien sowie die Sonderbestimmungen erweitert und geht über die Kernfamilie hinaus. Zudem ermöglicht Art 17 Dublin-III-VO grundsätzlich einen kulturell sensiblen und Art 8 EMRK-konformen Umgang mit familiären Beziehungen.[982]

Allerdings ist der Umgang mit familiären Bezugspersonen zum Teil geprägt von einem formalistischen Zugang, wie etwa die Voraussetzungen zeigen, um als verantwortliche erwachsene Person für minderjährige Antragsteller:innen zu gelten. Insgesamt erweist sich die Anwendung der Zuständigkeitskriterien zur Wahrung der familiären Einheit als überaus komplex, insbesondere aufgrund der unterschiedlichen erfassten familiären Bezugspersonen und der kleinen feinen Unterschiede innerhalb der einzelnen Zuständigkeitskriterien. Diese Unterschiede führen teilweise zu gleichheitswidrigen Differenzierungen.

Dennoch liegt das große grundrechtliche Problem der Dublin-III-VO nicht in den materiellen Rechtspositionen der Antragsteller:innen und ihrer Familienangehörigen bzw familiären Bezugspersonen, sondern in der Vollziehungspraxis durch die MS: Berichten zufolge wird die Rangfolge der Zuständigkeitskriterien teilweise nicht richtig angewendet und die Zahl der durchgeführten Überstellungen ist gering. Die Vermutung liegt nahe, dass das komplexe Fristensystem und die bürokratische Struktur der VO[983] die rechtlichen Verpflichtungen oder

[980] *Hruschka,* ZAR 2018, 281 (282).
[981] *AIDA/ECRE*, Not there yet 31.
[982] Vgl *Hruschka/Maiani* in *Thym/Hailbronner*[3] Dublin III Regulation Art 17 Rz 19; *Maiani*, Schutz der Einheit 48.
[983] Vgl *Thym*, European Migration Law 360.

zumindest rechtlichen Möglichkeiten zur Wahrung der familiären Einheit untergräbt. Dadurch wird faktisch die familiäre Einheit für die familiären Bezugspersonen nicht wiederhergestellt, auch wenn die Zuständigkeitskriterien der Dublin-III-VO eine Zusammenführung vorsehen würden. Im Zuge dessen, werden die prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK missachtet.

Ergänzt wird dieses Problem durch mangelnden Rechtsschutz. Der EuGH hat einige Rechtsschutzlücken der Dublin-III-VO durch seine Auslegung geschlossen; einige bleiben aber bestehen. So etwa bei einem automatischen Zuständigkeitsübergang aufgrund der Fristenregelungen oder in Fällen, in denen überhaupt kein Aufnahmegesuch an den zuständigen MS ergeht. Ein eingeschränkter Rechtsschutz besteht zudem in Fällen, in denen MS vom Selbsteintrittsrecht gem Art 17 Dublin-III-VO kein Gebrauch machen oder kein entsprechendes Ersuchen aus humanitären Gründen stellen, obwohl es nach Art 8 EMRK geboten wäre.

Das Rechtsschutzdefizit läuft der Gefahr, sich zukünftig mit der Asyl- und Migrationsmanagement-VO zu verschärfen: Weiterhin möglich ist zukünftig zwar die Geltendmachung der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie der Abhängigkeitsverhältnisse iSv Art 16 Dublin-III-VO. Der Wortlaut der Nachfolgebestimmung zu Art 27 Dublin-III-VO[984] lässt auch einer Übertragung der EuGH-Judikatur hinsichtlich der Ablehnung eines (Wieder-)Aufnahmegesuches zu. Vom Umfang des Rechtsbehelfs ausdrücklich nicht mehr erfasst ist zukünftig die Anwendung der Ermessensklausel gem Art 17 Dublin-III-VO.[985] Daher ist es fraglich, ob Antragsteller:innen zukünftig überhaupt noch eine Verpflichtung zum Selbsteintritt einwenden können.

Die sich daraus ergebenden Rechtsschutzprobleme bzw die offen geblieben Rechtsschutzfragen wären unter dem Blickwinkel von Art 13 iVm Art 8 EMRK sowie Art 47 GRC genauer zu prüfen; diese grundrechtlichen Maßstäbe sind nicht Gegenstand der Untersuchung, weshalb dieser Frage nicht weiter nachgegangen werden kann.

Fakt ist, dass die Rechtsstellung von Antragsteller:innen und ihren familiären Bezugspersonen nach der gesetzlichen Grundlage noch so gut sein kann: Ohne die notwendige Einhaltung durch die MS und ohne einen Rechtsschutz, um diese Rechte ausreichend geltend zu machen, garantieren die rechtlichen Rahmenbedingungen keinen grundrechtskonformen Zustand.

[984] Art 33 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission) bzw Art 43 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).
[985] Art 25 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Vorschlag Kommission) bzw Art 35 Asyl- und Migrationsmanagement-VO (Standpunkt Parlament).

C) Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland

1) Grundlegende Vorgaben nach der Status-RL

a) Inhalt von internationalem Schutz nach der Status-RL

Neben den Kriterien, wann internationaler Schutz zuzuerkennen ist,[986] legt die Status-RL weiters den „Inhalt" von internationalem Schutz fest und somit die Rechte, die mit der Statuszuerkennung einhergehen. Die in der Status-RL verankerten Rechte stehen subsidiär Schutzberechtigten in gleicher Weise wie Asylberechtigten zu, sofern die RL nicht ausdrücklich anderes bestimmt.[987] Unterschiedliche Rechte lässt die Status-RL für Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte nach wie vor bei der Dauer von Aufenthaltsberechtigungen, Ausstellung von Reisedokumenten sowie bei Sozialhilfeleistungen zu.[988] Eine unterschiedliche Rechtsstellung besteht außerdem beim Recht auf Familienzusammenführung, die aber nicht auf die Status-RL, sondern auf die Familienzusammenführungs-RL zurückzuführen ist – diese unterschiedliche Rechtsstellung wird im nächsten Abschnitt zur Phase 3 untersucht.[989]

Im Rahmen dieses Abschnitts interessieren die unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Aufenthaltsrechtes von Familienangehörigen von international Schutzberechtigten, die selbst nicht die Voraussetzungen für internationalen Schutz erfüllen, sowie deren innerstaatliche Umsetzung.

Art 23 Status-RL ruft die MS auf dafür zu sorgen, dass die familiäre Einheit zwischen international Schutzberechtigten und ihren Familienangehörigen aufrechterhalten bleibt.[990] Deshalb soll jenen Familienangehörigen, die selbst nicht für internationalen Schutz qualifiziert sind, dieselben Leistungen zustehen wie den internationalen Schutzberechtigten selbst.[991]

Art 24 Status-RL regelt die Aufenthaltstitel für international Schutzberechtigte sowie für ihre Familienangehörigen. Der MS, der internationalen Schutz zuerkennt, muss Asylberechtigten sowie deren Familienangehörigen einen verlängerbaren Aufenthaltstitel gewähren. Dasselbe gilt für

---

[986] Siehe bereits Kapitel II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben*.

[987] ErwGr 39, Art 20 Abs 2 Status-RL; vgl EuGH C-443/14, *Alo und Osso,* ECLI:EU:C:2016:127 Rz 32f; siehe zur Entstehung und mit einer Gegenüberstellung zur Status-RL 2004 (alt) auch *Battjes* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Asylum Qualification Directive Art 20 Rz 8f; *Bauloz/Ruiz* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 240 (244ff).

[988] Art 24, 25 und 29 Status-RL; vgl *Bauloz/Ruiz* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 240 (242ff, insb 252ff); *Baumgartl*, Internationaler Schutz im unionsrechtlichen Kontext - die Status-RL auf dem Prüfstand, in *Bauer/Baumgartl* (Hrsg), 70 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention - altbewährt? (2021) 105 (114f); *Hasel/Salomon* in *Salomon* 113 (141); zur Differenzierung bei Sozialhilfeleistungen siehe insb EuGH C-443/14, *Alo und Osso,* ECLI:EU:C:2016:127; günstigere Regelungen und somit auch eine Gleichstellung sind nach den Vorgaben von Art 3 Status-RL zulässig.

[989] Kapitel IV) D) – *Phase 3: Familienzusammenführung*.

[990] Art 23 Abs 1 Status-RL; vgl EuGH C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Rz 43.

[991] Art 23 Abs 2 sowie ErwGR 16 Status-RL; die Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Familienangehörigen aufgrund der Kapitel III und V der Status-RL von internationalem Schutz ausgeschlossen sind; weiters kann die Leistung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verweigert oder eingeschränkt werden; siehe Art 23 Abs 3 und 4 Status-RL.

subsidiär Schutzberechtigte und ihre Familienangehörigen. Die Bestimmung differenziert hinsichtlich der Gültigkeitsdauer der Aufenthaltstitel von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten sowie jeweils von deren Familienangehörigen.[992]

Außerhalb des MS, der internationale Schutz zuerkannt hat, dürfen sich international Schutzberechtigte und ihre Familienangehörige nach den Grundsätzen des SDÜ wie alle Drittstaatsangehörige mit einem gültigen Aufenthaltsrecht für 90 Tage innerhalb von 180 Tage frei bewegen; darüber hinaus steht ihnen aber kein Freizügigkeits- bzw Aufenthaltsrecht außerhalb des zuerkennenden MS in der EU zu.[993]

b) Familienangehörige iSd Status-RL

Zu gewähren ist der Aufenthaltstitel entsprechend der Status-RL neben der international schutzberechtigten Person selbst jedenfalls jenen Personen, die Familienangehörige von international Schutzberechtigten („Ankerpersonen") nach der Definition gem Art 2 lit j Status-RL sind. Vergleichbar zur Dublin-III-VO ist für minderjährige international Schutzberechtigte der Kreis von Familienangehörigen gesondert zu betrachten.

Familienangehörige sind nach der Definition zunächst unverheiratete minderjährige Kinder und Ehegatt:innen; nicht verheiratete Partner:innen dann, wenn sie im betreffenden MS ausländerrechtlich gleich behandelt werden, was in Österreich (wie bereits erwähnt) nicht der Fall ist.[994] Wie auch die Definition nach der Dublin-III-VO, lässt der Wortlaut der Status-RL offen, wie mit eingetragenen Partnerschaften bzw gleichgeschlechtlichen Ehen umzugehen ist.

Für minderjährige unverheiratete Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt wurde, gelten als Familienangehörige deren Elternteile sowie andere Erwachsene, die nach dem Recht oder der Praxis des jeweiligen MS für sie verantwortlich sind. Beantragt ein Elternteil bzw eine andere verantwortliche erwachsene Person zu einem späteren Zeitpunkt internationalen Schutz als die minderjährige, international schutzberechtigte Person, so ist nach der Auslegung des EuGH dieser Zeitpunkt der Antragstellung des Elternteiles bzw des verantwortlichen Erwachsenen für die

[992] Bei erstmaliger Erteilung hat der Aufenthaltstitel von Asylberechtigten zumindest drei Jahre gültig zu sein; diese Dauer kann bei Familienangehörigen von Asylberechtigten unterschritten werden. Subsidiär Schutzberechtigten und ihren Familienangehörigen ist zunächst für mindestens ein Jahr ein Aufenthaltstitel zu erteilen, bei einer Verlängerung muss der Aufenthaltstitel für mindestens zwei weitere Jahre gültig sein. Der Aufenthaltstitel bzw dessen Verlängerung kann nur dann verwehrt werden, wenn zwingende Gründe der nationalen oder öffentlichen Sicherheit entgegenstehen; vgl Art 24 Status-RL sowie auch Art 24 Status-VO (Standpunkt Parlament); der Vorschlag der Kommission, die Gültigkeitsdauer zukünftig zu harmonisieren (Art 26 Status-VO (Vorschlag Kommission)), wurde nach dem angenommenen Vorschlag des Parlaments verworfen.

[993] Art 19, 21 SDÜ; vgl *Thym*, European Migration Law 317f, 417ff; dies soll auch in der Status-VO ausdrücklich verankert werden, siehe Art 29 Status-VO (Vorschlag Kommission) bzw Art 27 Status-VO (Standpunkt Parlament).

[994] Vgl Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO*; ErläutRV 952 BlgNr 22. GP 31.

Beurteilung der Minderjährigkeit der Ankerperson maßgeblich; eine spätere Volljährigkeit schadet der Familienangehörigeneigenschaft nicht.[995]

Insgesamt gleicht die Bestimmung im Wesentlichen der Definition von Familienangehörigen nach der Dublin-III-VO.[996] Auch die Status-RL verlangt für die Familienangehörigeneigenschaft, dass die Familie bereits im Herkunftsstaat bestand. Anders als die Dublin-III-VO verlangt die Status-RL zudem, dass sich die jeweiligen Personen im Zusammenhang mit einem AaiS und im selben MS aufhalten. Dieser Unterschied ist leicht erklärbar durch die jeweilige Funktion des Familienangehörigenbegriffs in den Rechtsakten: Während der Familienangehörigenbegriff in der Dublin-III-VO zur Bestimmung des zuständigen MS genutzt wird, dient der Familienangehörigenbegriff in der Status-RL dazu, den Familienangehörigen von international Schutzberechtigten, die sich *gemeinsam* in einem MS im Zusammenhang mit einem AaiS aufhalten, dieselben Rechte wie der international schutzberechtigten Person selbst einzuräumen.[997]

An die ordnungsgemäße Anwendung der Dublin-III-VO kann die Anwendung der speziellen Bestimmungen für Familienangehörige nach der Status-RL anschließen, nachdem sich durch die Anwendung der Dublin-III-VO die Familienangehörigen im selben MS befinden sollten. Allerdings behandelt die Status-RL anders als die Dublin-III-VO keine weiteren familiären Bezugspersonen vergleichbar zu den Familienangehörigen per Definition; der erfasste, privilegierte Personenkreis von Familienangehörigen bzw familiären Bezugspersonen ist dadurch insgesamt wesentlich kleiner. Auch wenn etwa eine minderjährige Person nach Österreich aufgrund der Dublin-III-VO überstellt wurde, weil sich ein Geschwisterteil rechtmäßig in Österreich aufhält, kann für die minderjährige Person nach der Status-RL mangels Familienangehörigeneigenschaft kein Aufenthaltstitel vom Geschwisterteil abgeleitet werden, wenn dieser nicht auch als verantwortlicher Erwachsener gilt. Nur aufgrund individueller Gründe der minderjährigen Person selbst kann ihr im Rahmen eines Asylverfahrens internationaler Schutz zuerkannt und dadurch nach der Status-RL ein Aufenthaltstitel zuteilwerden.[998]

---

[995] EuGH C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE,* ECLI:EU:C:2021:709 insb Rz 52; grundsätzlich gelten gem Art 2 lit k Status-RL Personen unter 18 als minderjährig.

[996] Vgl Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO.*

[997] Mit der Bedeutung „im Zusammenhang mit einem Antrag auf internationalen Schutz" setzte sich etwa *Nedwed* ausführlich auseinander; siehe *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (220); vgl auch *Dörig* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Asylum Qualification Directive Art 2 Rz 19.

[998] Siehe aber Abschnitt II) A) 1) – *Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)* sowie Kapitel II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben*; unter Umständen können sich die Verfolgungsgründe einer Person aufgrund der Verfolgung der sozialen Gruppe der Familie auch auf andere familiäre Bezugspersonen auswirken, selbst wenn sie keine Familienangehörigen per Definition sind.

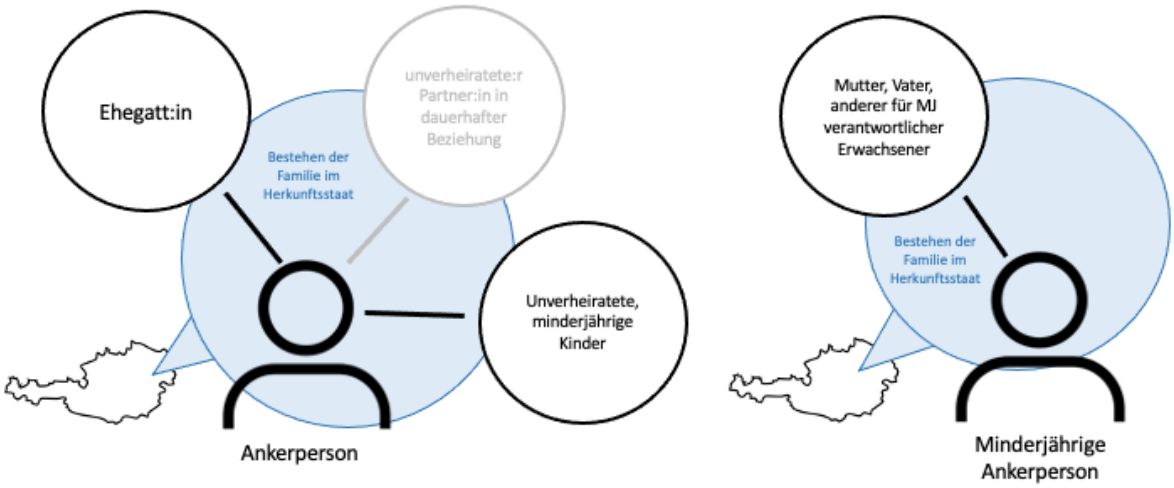


Abbildung 9 - Familienangehörige iSd Status-RL, bei Aufenthalt in einem MS und im Zusammenhang mit einer Antragstellung auf internationalen Schutz

Die Legaldefinition von Familienangehörigen gem Art 2 lit j Status-RL spricht explizit davon, dass die Familienangehörige die „folgenden Mitglieder der Familie" sind. Dies macht deutlich, dass der Unionsgesetzgeber bewusst nur einen kleinen Teil der potenziell größeren Familie als Familienangehörige privilegierte. Art 23 Abs 5 Status-RL ermächtigt die MS dazu, die Rechte, die Familienangehörigen von internationalen Schutzberechtigten zukommen, auch auf weitere enge Verwandte zu erstrecken, wenn diese Verwandten mit der Ankerperson im Herkunftsstaat innerhalb eines Familienverbandes lebten und damals von der Ankerperson abhängig waren.[999] Aus dem Wortlaut der RL ergibt sich nicht, ob „innerhalb eines Familienverbandes zu leben" zwangsläufig auch einen gemeinsamen Haushalt erfordert.

Gegenüber der ersten Fassung der Status-RL 2004 (alt) erfuhr der Familienangehörigenbegriff mit der geltenden Fassung der Status-RL eine wichtige Erweiterung: Die Status-RL 2004 (alt) qualifizierte nur dann minderjährige Kinder als Familienangehörige, wenn sie gegenüber ihren Eltern unterhaltsberechtigt[1000] waren. Aus der Perspektive des minderjährigen Kindes sah die Status-RL 2004 (alt) überhaupt keinen Kreis an Familienangehörigen vor: Erhielt das minderjährige Kind internationalen Schutz aufgrund individueller Gründe, führte dies nicht dazu, dass den Elternteilen ebenso ein Aufenthaltstitel zu erteilen war.[1001] Die Änderung wurde als notwendig erachtet, um insbesondere die Rechtsstellung des Kindes zu stärken und dadurch zum Kindeswohl

[999] Die offene Bestimmung einer generellen Abhängigkeit stellt eine Erweiterung gegenüber Art 23 Abs 5 Status-RL 2004 (alt) dar, in der noch konkret eine Unterhaltsgewährung durch die Ankerperson erforderlich war und andere Abhängigkeitsverhältnisse von Verwandten nicht berücksichtigt werden konnten; ursprünglich schlug die Kommission zur Status-RL 2004 (alt) vor, auch diese enge Verwandte als Familienangehörige anzuerkennen; siehe Art 2 lit j Vorschlag der Kommission zur Status-RL 2004 (alt).
[1000] Art 2 lit h Status-RL 2004 (alt); vgl auch KOM(2009) 551 endg 26 f; nach der englischen Fassung „dependent".
[1001] Art 2 lit h Status-RL 2004 (alt); KOM(2009) 551 endg 10, 12.

beizutragen; weiters sollen nach der geltenden Fassung nunmehr besondere Umstände der Abhängigkeit berücksichtigt werden.[1002]

Die Kommission schlug ursprünglich in Anlehnung an die Reformvorschläge zur Dublin-III-VO einen einheitlichen Ansatz vor und wollte weiters auch Geschwister als Familienangehörige in der Status-RL 2011 qualifizieren;[1003] der Rat der EU lehnte diese Erweiterung aber so wie bei den Reformvorschlägen zur Dublin-III-VO ab.[1004]

2) Aufenthaltstitel für Familienangehörige nach der innerstaatlichen Rechtslage unter Beachtung des Unionsrechts

a) Innerstaatliche Umsetzung des Familienangehörigenbegriffs

i) Familienangehörige iSd AsylG 2005

Die für den Untersuchungsgegenstand relevanten Aspekte der Status-RL sind im AsylG 2005[1005] umgesetzt worden. Die Legaldefinition von Familienangehörigen befindet sich in § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 und entspricht den unionsrechtlichen Anforderungen nach der Status-RL – soweit § 2 Z 22 AsylG 2005 der Status-RL inhaltlich entspricht[1006], wird auf eine Wiederholung im Folgenden verzichtet. In drei Aspekten geht die Legaldefinition gem § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 aber mittlerweile über die unionsrechtlichen Anforderungen hinaus:

Zunächst wurden mit der Schaffung der eingetragenen Partnerschaft in der österr Rechtsordnung eingetragene Partner:innen als Familienangehörige in der Definition ergänzt und Ehegatt:innen gleichgestellt.[1007]

Der Gesetzgeber ließ die Voraussetzung des Bestehens der Familie im Herkunftsstaat bei Ehegatt:innen[1008] und eingetragenen Partner:innen sowie bei gesetzlichen Vertreter:innen von

---

[1002] ErwGr 18 und 19 Status-RL (geltende Fassung); vgl auch *Rossi* in *Calliess/Ruffert*[6] Art 78 AEUV Rz 16.

[1003] KOM(2009) 551 endg 5, 26f; siehe auch Commission Staff working document SEC(2009) 1373 final 36f; schon damals wurde angedacht, das Erfordernis vom Bestehen der Familie im Herkunftsstaat fallen zu lassen; weiters wurde in Erwägung gezogen, für die Qualifizierung von nahen Verwandten auf die Abhängigkeit abzustellen anstatt auf die (rechtliche) Verantwortung eines Erwachsenen; diese Überlegungen fanden aber schließlich keinen Eingang in den Vorschlag der Kommission.

[1004] Vgl *Europäisches Parlament*, Bericht – A7-0271/2011; https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2011-0271_DE.html?redirect (Stand 14. 7. 2011).

[1005] Das AsylG 2005 regelt gem § 1 die Zuerkennung von internationalem Schutz, Fälle von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen sowie besondere Verfahrensbestimmungen zu diesen Bereichen.

[1006] In der Formulierung weicht § 2 Z 22 AsylG 2005 mitunter von Art 2 lit j Status-RL ab, auch wenn derselbe Personenkreis als Familienangehörige definiert wird.

[1007] BGBl I 2009/135; ErläutRV 485 BlgNR 24.GP 1 und 27.

[1008] Wie auch die Status-RL äußert sich § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 nicht zum Umgang mit Ehegatt:innen einer Mehrehe; aufgrund der Verknüpfung von § 35 AsylG 2005 und § 34 AsylG 2005 bei der Familienzusammenführung zu international Schutzberechtigten, ist zumindest ein Eheteil, wenn die Ankerperson mit keinem anderen Eheteil im Inland in Ehe lebt, als Familienangehörige gem § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 anzuerkennen; siehe dazu Punkt IV) D) 2) b) – *Familienangehörige, die zur Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 berechtigt sind* und Punkt IV) D) 2) c) – *Verfahren zur Familienzusammenführung*.

minderjährigen Ankerpersonen entfallen. Stattdessen ist es nunmehr erforderlich, dass die Familie vor der Einreise bestand.[1009] Dadurch gelten mittlerweile auch jene Personen als Familienangehörige, zu denen das familiäre Verhältnis erst nach dem Verlassen des Herkunftsstaates entstand. Kinder, die nach dem Verlassen des Herkunftsstaates geboren wurden, waren allerdings schon zuvor als Familienangehörige anzusehen.[1010]

Nach der geltenden Fassung ist das Verhältnis von minderjährigen Personen und ihren gesetzlichen Vertreter:innen nunmehr in beide Richtungen von der Legaldefinition der Familienangehörigen erfasst. Die Status-RL bestimmt indes nur gesetzliche Vertreter:innen von minderjährigen Ankerpersonen als Familienangehörige. Bis 2020[1011] erfasste die innerstaatliche Legaldefinition von Familienangehörigen ebenso nur diese Richtung des Verhältnisses; eine minderjährige Person war demnach keine Familienangehörige einer gesetzlichen Vertreterin, der internationaler Schutz zuerkannt wurde.

Anlass für die Erweiterung war eine Entscheidung des VfGH, der sich amtswegig mit der Verfassungskonformität der Legaldefinition von Familienangehörigen gem § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 auseinandersetzte. Der VfGH führte aus, dass minderjährige Kinder zu ihren gesetzlichen Vertreter:innen in vielfacher Hinsicht in einem Verhältnis stehen, welches jenem von Eltern und Kindern gleicht. Dieses Eltern-Kind-Verhältnis sollte durch die speziellen Bestimmungen für Familienangehörige besonders geschützt werden. Dadurch, dass die minderjährigen Kinder per Definition nicht als Familienangehörige von ihren gesetzlichen Vertreter:innen gelten, wurde dieses Eltern-Kind-ähnliche Verhältnis nicht ausreichend berücksichtigt. Es handelte sich nach Ansicht des VfGH um eine nicht sachlich gerechtfertigte Differenzierung, weshalb er die Definition von Familienangehörigen als gleichheitswidrig erachtete.[1012] Der VfGH hob die Bestimmung aus diesen Gründen auf, woraufhin die Legaldefinition von Familienangehörigen vom Gesetzgeber erneut beschlossen wurde – ergänzt um

[1009] Die Änderung wurde bereits mit dem BGBl I 2017/ 84 initiiert, wobei dieses BGBl in der Form nie in Kraft trat; stattdessen wurden die Änderungen mit dem BGBl I 2017/145 durch einen Initiativantrag (2285/A) mit gleichem Wortlaut hinsichtlich der hier relevanten Bestimmungen vorgenommen. Die Materialen zu beiden BGBl bleiben einer sinnvollen Erklärung für die Änderung schuldig und verweisen nur auf sprachliche Anpassungen, die vor dem Hintergrund der Familienzusammenführungs-RL gewesen sei; IA FrÄG 2017, 2285/A 25. GP 83 (unrichtig ist die Ausführung in ErläutRV 1523 BlgNR 25. GP 43, die die Notwendigkeit der Änderung auf die Status-RL stützen); vgl Punkt IV) D) 2) b) – *Familienangehörige, die zur Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 berechtigt sind* und dort FN 1234; § 2 Abs 1 Z 22 lit b AsylG 2005 ist so zu verstehen, dass die Ehe bzw eingetragene Partnerschaft bestanden haben muss, bevor auch nur einer der beiden Ehe- bzw eingetragenen Partner:innen einreiste; vgl VwGH 28. 3. 2023, Ra 2022/20/0391.

[1010] Vgl ErläutRV 952 BlgNr 22. GP 31; VwGH 16. 2. 2023, Ra 2022/18/0309.

[1011] § 2 Z 22 AsylG 2005 idF BGBl I 2018/56.

[1012] VfSlg 20.393/2020 Rz 31; unter Verweis auf *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (223).

das Verhältnis von gesetzlichen Vertreter:innen als Ankerpersonen zu den von ihnen vertretenen minderjährigen Kindern.[1013]

Nach wie vor muss die gesetzliche Vertretung aber vor der Einreise bereits bestanden haben. Ergeht ein Obsorgebeschluss erst nach der Einreise, gilt die gesetzliche Vertreter:in nicht als Familienangehörige nach der Legaldefinition.[1014] In den Materialien zur Umsetzung der Status-RL (2011) führte der Gesetzgeber noch aus: „Der gesetzliche Vertreter ist nach österreichischem Recht als jener Erwachsener zu sehen, der für einen Minderjährigen verantwortlich im Sinne dieser Richtlinienbestimmung ist.“[1015] Die Formulierung erweckt den Anschein, dass eine Unsicherheit des Gesetzgebers bestand, ob die gesetzliche Vertretung nach dem österr Verständnis mit der unionsrechtlichen Vorgabe „verantwortlicher Erwachsener“ gleichzusetzen ist. Das Verständnis, auf die gesetzliche Vertretung abzustellen, ist auch gängige Rechtspraxis;[1016] eine Klarstellung durch den EuGH, ob dies tatsächlich den unionsrechtlichen Anforderungen entspricht, fehlt bisher.

Nach dem Wortlaut von § 2 Z 22 AsylG 2005 stellt sich die Definition von Familienangehörigen wie folgt dar:

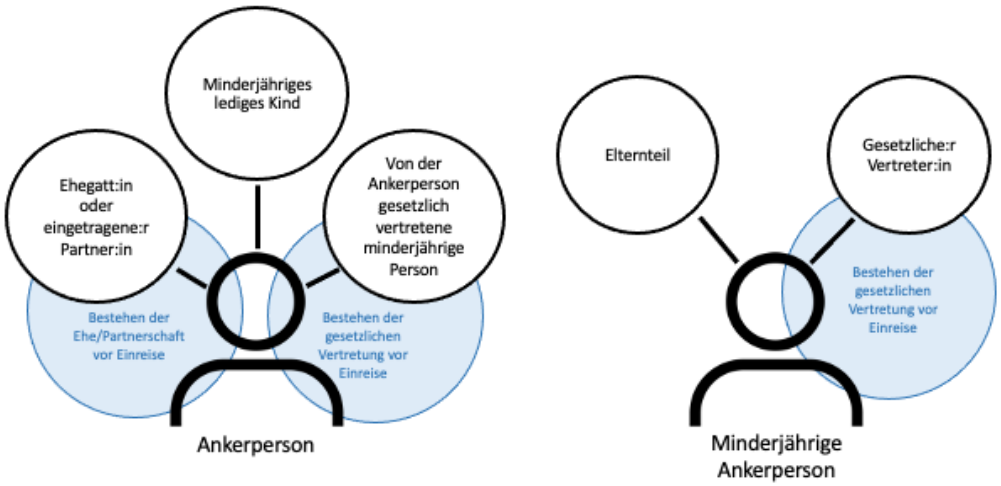


Abbildung 10 - Familienangehörige iSd AsylG 2005

In der Vergangenheit kam es zu Auslegungsfragen, wer „Kind“ iSd Legaldefinition von Familienangehörigen gem § 2 Z 22 AsylG 2005 ist: Nach der Auslegung des VwGH sind jedenfalls auch Adoptivkinder Familienangehörige.[1017] Der VwGH bejahte zudem die Familienangehörigeneigenschaft von Stiefkindern[1018]; diese Auslegung ist aber nach der derzeitigen

[1013] VfSlg 20.393/2020, Kundmachung der Aufhebung in BGBl I 2020/86; mit legistischen Anpassungen wurde die derzeit geltende Definition sodann mit dem BGBl I 2020/145 beschlossen, siehe auch ErläutRV 349 BlgNr 27. GP 5.
[1014] VwGH 9. 12. 2021, Ro 2021/19/0001; VfSlg 20.393/2020 Rz 9.
[1015] ErläutRV 2144 BlgNr 24. GP 17 zu AsylG 2005 idF BGBl 2013/68.
[1016] Vgl VfSlg 20.393/2020; VwGH 12. 10. 2022, Ra 2022/18/0124 Rz 12; 20. 3. 2024, Ra 2021/20/0069.
[1017] VwGH 24. 3. 2011, 2008/23/1338; vgl auch *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (223).
[1018] VwGH 24. 3. 2011, 2008/23/1338.

gesetzlichen Ausgestaltung nicht mehr aufrechtzuhalten, wie der Punkt zum *Ausschluss vom Familienverfahren* zeigen wird.[1019]

ii) Unionsrechtskonformität der Definition von Familienangehörigen gem § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005

Da der Familienangehörigenbegriff in der innerstaatlichen Ausgestaltung über den unionsrechtlich Familienangehörigenbegriff iSd Status-RL hinausgeht, ist zu erörtern ist, ob der weitere Kreis von Familienangehörigen gem § 2 Z 22 AsylG 2005 unionsrechtlich problematisch ist:

Dass gleichgeschlechtliche, verrechtlichte Partnerschaften mit heterosexuellen Ehen gleichgestellt werden, ist jedenfalls unionsrechtlich möglich und geboten: Da der Begriff „Ehegatten" nach dem EuGH geschlechtsneutral ist, können zunächst sowohl gleichgeschlechtliche sowie verschiedengeschlechtliche Ehegatt:innen nach der Status-RL als Familienangehörige verstanden werden.[1020] Die Analyse zu gleichgeschlechtlichen Partnerschaften in der Untersuchung zur Phase 1 zeigte auch, dass die Gleichstellung von verrechtlichten Beziehungen zwischen gleich- sowie verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften konventionsrechtlich geboten ist.[1021]

Zu diskutieren ist die günstigere Stellung von Familienangehörigen, zu denen das familiäre Verhältnis erst nach dem Verlassen des Herkunftsstaates entstand. Weiters ist zu erörtern, ob es zulässig ist, dass anders als nach der unionsrechtlichen Vorgabe minderjährige Antragsteller:innen Familienangehörige von ihren gesetzlichen Vertreter:innen sind. Beide Erweiterungen des Familienangehörigenbegriffs können nicht auf Art 23 Abs 5 Status-RL gestützt werden, da sie kein Leben im Familienverband im Herkunftsstaat und keinerlei Abhängigkeit erfordern. Die Status-RL sieht aber auch eine allgemeine Ermächtigung für günstigere Bestimmungen vor, sofern die innerstaatlichen Bestimmungen mit der RL vereinbar sind.[1022] Da nach den ErwGr der Status-RL ausdrücklich der Familienangehörigenbegriff ausgeweitet werden soll und das Wohl des Kindes grundsätzlich vorrangig zu berücksichtigen ist, ist davon auszugehen, dass eine Erweiterung des Kreises an Familienangehörigen dem Willen des Unionsgesetzgebers entspricht.[1023] Dementsprechend ist anzunehmen, dass Art 23 Abs 5 Status-RL deklarativen Charakter hat und nicht lex specialis zur allgemeinen Günstigkeitsklausel ist. Die im Vergleich zur unionsrechtlichen Vorgabe erweiterte Definition Familienangehöriger gem § 2 Z 22 AsylG 2005 gefährdet die

[1019] Punkt IV) C) 2) d) – *Ausschluss vom Familienverfahren*; vgl *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (223f).
[1020] EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 35; vgl bereits Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO*.
[1021] Vgl bereits Unterpunkt IV) B) 3) b) ii) – *Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften*.
[1022] Art 3 Status-RL.
[1023] ErwGr 18 und 19 Status-RL; vgl VfSlg 20.393/2020 Rz 30; siehe auch das begleitende Arbeitsdokument der Kommission, in der fünf Optionen für eine Ausdehnung des Familienangehörigenbegriffs diskutiert wurden, *Commission of the European Communities*, 21.10.2009,SEC(2009) 1373 final 36; sowie der Vorschlag der Kommission zur Status-RL 2011, 21.10.2009, KOM(2009) 551 endg 5; wo die Kommission die Uneinigkeit der MS zur Ausweitung des Familienangehörigenbegriffs darlegt.

allgemeine Systematik oder Ziele der Status-RL nicht, wie es der EuGH zur Zulässigkeit von günstigeren Normen fordert,[1024] und kann insofern auf die Günstigkeitsklausel gem Art 3 Status-RL gestützt werden. Sie ist folglich unionsrechtlich unproblematisch.

b) Grundsätze des Familienverfahrens

Der unionsrechtlichen Vorgabe, Familienangehörigen zur Wahrung des Familienverbandes einen Aufenthaltstitel zu erteilen, leistet in der innerstaatlichen Rechtslage das „Familienverfahren" gem § 34 AsylG 2005[1025] Folge: Demnach gilt ein Antrag von Familienangehörigen einer Ankerperson iSd Legaldefinition gem § 2 Z 22 AsylG 2005 als Antrag auf denselben Schutz.[1026] Anzuwenden ist das Familienverfahren nur auf Familienangehörige, die sich gemeinsam im Bundesgebiet aufhalten.[1027]

Zwei Situationen sind bei der Anwendung des Familienverfahrens zu unterscheiden:

Einerseits gibt es Situationen in denen einer Person, der Ankerperson, bereits (originär) internationaler Schutz zuerkannt wurde; stellen die Familienangehörigen der Ankerperson zu einem späteren Zeitpunkt (nach der Zuerkennung) einen AaiS, so ist ihnen nach den Bestimmungen des Familienverfahrens der Status von der Ankerperson abzuleiten. Das bedeutet, wenn der Ankerperson der Status von Asylberechtigten zuerkannt wurde, ist auch den Familienangehörigen der Status von Asylberechtigten zuzuerkennen; wurde der Ankerperson subsidiärer Schutz zuerkannt, so erhalten die Familienangehörigen jedenfalls ebenso subsidiären Schutz, wenn ihnen nicht aus persönlichen Gründen der Status von Asylberechtigten zuzuerkennen ist.[1028]

Andererseits gibt es Situationen, in denen alle AaiS der Familienangehörigen noch offen und inhaltlich noch nicht abschließend entschieden sind; das bedeutet, sowohl die Familienangehörigen als auch die Ankerperson sind allesamt Asylwerber:innen. In dieser Situation sind die Anträge aller Familienangehörigen gesondert zu prüfen, aber die Verfahren unter einem zu führen: Wird einer Person aus dem Kreis der Familienangehörigen internationaler Schutz zuerkannt, so erhalten alle Familienangehörige denselben Schutzumfang, wobei der Status von Asylberechtigten vorgeht.[1029]

[1024] Vgl etwa EuGH C-542/13, *M'Bodj,* ECLI:EU:C:2014:2452 Rz 71; C-652/16, *Ahmedbekova,* ECLI:EU:C:2018:801 Rz 71; C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Rz 40; zur Günstigkeitsklausel siehe auch sogleich Punkt IV) C) 2) b) – *Grundsätze des Familienverfahrens.*

[1025] Zu unterscheiden ist das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 vom Familienverfahren gem Art 11 Dublin-III-VO, auf das im vorhergehenden Abschnitt eingegangen wurde; dieses betrifft nur das Zuständigkeitsverfahren und hat somit einen gänzlich anderen Regelungsinhalt.

[1026] § 34 Abs 1 AsylG 2005; zur Maßgeblichkeit der Legaldefinition für das Familienverfahren siehe etwa VwGH 15. 5. 2019, Ra 2019/01/0012; 17. 5. 2022, Ra 2019/19/0209 Rz 16.

[1027] VwGH 23. 11. 2017, Ra 2017/18/0291; 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 41.

[1028] § 34 Abs 2 bis 3 AsylG 2005.

[1029] § 34 Abs 4 AsylG 2005.

Erhielten Familienangehörige eine Aufenthaltsberechtigung aufgrund der Bestimmungen des Familienverfahrens, so richtet sich die Dauer der Aufenthaltsberechtigung nach der Gültigkeitsdauer der Aufenthaltsberechtigung der Ankerperson.[1030] Grundsätzlich erhalten Asylberechtigte eine Aufenthaltsberechtigung für drei Jahre; danach verlängert sich die Aufenthaltsberechtigung auf unbefristete Dauer, wenn keine Aberkennungsgründe vorliegen. Subsidiär Schutzberechtigte erhalten eine Aufenthaltsberechtigung für ein Jahr; liegen die Voraussetzungen danach weiterhin vor, ist die Aufenthaltsberechtigung auf Antrag um jeweils zwei weitere Jahre zu verlängern.[1031] Da den Familienangehörigen dieselbe Dauer des Aufenthaltsrechts gewährt wird wie der Ankerperson, liegt keine gleichheitsrechtlich problematische Differenzierung bei der Dauer des Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen vor, die die Fortsetzung des Familienlebens gefährden könnten. Ob die unterschiedliche Aufenthaltsdauer von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten generell gerechtfertigt ist, ist eine andere Frage, die nicht Teil dieser Arbeit ist.[1032]

Dadurch, dass Familienangehörigen derselbe Status wie der Ankerperson zuerkannt wird, geht die österr Rechtslage über das unionsrechtlich Gebotene hinaus: Zwar wurde ursprünglich von der Kommission vorgeschlagen, Familienangehörigen denselben Status wie der Ankerperson zuzuerkennen, aber der Vorschlag ging nicht in die beschlossene Fassung der Status-RL ein.[1033] Die Status-RL verlangt nur, dass Familienangehörigen dieselben Leistungen wie der Ankerperson und insbesondere ein Aufenthaltstitel zukommen muss. Der EuGH hatte sich bereits damit auseinanderzusetzen, ob eine solche Regelung als günstigere Norm iSv Art 3 Status-RL zulässig ist:

Nach dem EuGH dürfen günstigere Normen gem Art 3 Status-RL die allgemeine Systematik oder die Ziele der Status-RL nicht gefährden, um mit der RL vereinbar zu sein. Normen, die den Status von Asylberechtigten bzw den Status von subsidiär Schutzberechtigten an Personen ohne Zusammenhang zu internationalem Schutz verleihen, sind unzulässig.[1034]

Für den EuGH ist ein Zusammenhang mit internationalem Schutz bei innerstaatlichen Regelungen, nach denen Familienangehörigen derselbe Status von internationalem Schutz wie der Ankerperson zuerkannt wird, nicht ausgeschlossen, da solche Bestimmungen der Wahrung des

[1030] § 3 Abs 4b und § 8 Abs 5 AsylG 2005; vor Abschluss des Familienverfahrens verfügen die Familienangehörigen sowie sonstige Antragsteller:innen ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht gem § 13 AsylG 2005.
[1031] § 3 Abs 4 und § 8 Abs 4 AsylG 2005.
[1032] Siehe dazu etwa *Hasel/Salomon* in *Salomon* 113 (141ff); *Kaspar,* NLMR 2020, 5 (7ff).
[1033] EuGH C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Rz 50 mwN; Art 6 Vorschlag der Kommission zur Status-RL 2004 (alt); vgl *Battjes* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Asylum Qualification Directive Art 23 Rz 11.
[1034] EuGH C-542/13, *M'Bodj,* ECLI:EU:C:2014:2452 Rz 71; C-652/16, *Ahmedbekova,* ECLI:EU:C:2018:801 Rz 71; C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Rz 40.

Familienverbandes dienen wie in Art 23 Status-RL gefordert.[1035] Nachdem die Status-RL in Übereinstimmung mit der GFK auszulegen ist,[1036] stützt sich der EuGH weiters auf die Empfehlung der Bevollmächtigtenkonferenz der Vereinten Nationen zur Schlussakte über die Rechtsstellung von Flüchtlingen: Nach dieser stellt die Einheit der Familie ein unentbehrliches Recht für Flüchtlinge dar, weshalb Maßnahmen zu ergreifen sind, um die Einheit der Familie von Flüchtlingen aufrechtzuerhalten.[1037]

Dieser Empfehlung tragen nationale Bestimmungen wie jene des Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 Rechnung. Insgesamt sind nach der Auslegung des EuGH nationale Bestimmungen wie sie das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 vorsieht, nach der Familienangehörigen derselbe Status wie der Ankerperson zukommt, ohne dass sie persönlich die Voraussetzungen von internationalem Schutz erfüllen, unionsrechtlich zulässig.[1038] Dabei ist es unerheblich, ob ein Familienleben in einem anderen Staat möglich wäre; Sinn und Zweck von Art 23 Status-RL ist es, den Familienverband im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates zu wahren.[1039]

Seinen Ursprung hat das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 nicht im Unionsrecht: Schon in der Fassung des AsylG von 1991 bestand die Möglichkeit der „Asylerstreckung“ für Familienangehörige.[1040] Die Asylerstreckung im AsylG 1991 wurde als notwendig erachtet, um dem Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK zu entsprechen, das in Ermangelung einer speziellen Regelung der GFK zum Schutz der Familie über die GFK hinausgehe. Der Empfehlung der Bevollmächtigtenkonferenz wollte man nachkommen.[1041] Mit der AsylG-Novelle 2003[1042] wurde das Familienverfahren in der Form, wie es im Wesentlichen heute noch besteht, eingeführt und damit die Asylerstreckung ersetzt. Bei der Einführung des Familienverfahrens in der

---

[1035] EuGH C-652/16, *Ahmedbekova,* ECLI:EU:C:2018:801 Rz 72f; C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Rz 41, 43; der EuGH formuliert vorsichtig: Die automatische Zuerkennung „weist jedoch nicht von vorneherein keinen Zusammenhang mit dem Zweck des internationalen Schutzes auf“; kürzlich bestätigte der EuGH, dass keine Verpflichtung zur Ableitung des Status von international Schutzberechtigten besteht, C-374, *XXX/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides,* ECLI:EU:C:2023:902 Rz 20ff; C-614/22, *XXX/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides,* ECLI:EU:C:2023:903 Rz 20ff.

[1036] Siehe Art 78 Abs 1 AEUV; vgl Kapitel II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben*; EuGH C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Rz 27.

[1037] EuGH C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Rz 42; siehe auch GA *Mengozzi*, SA zu C-652/16, *Ahmedbekova*, ECLI:EU:C:2018:514 Rz 51; der darauf Bezug nimmt, dass *UNHCR* vorschlug, Familienmitgliedern von anerkannten Flüchtlingen die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen; vgl bereits Abschnitt II) A) 1) – *Genfer Flüchtlingskonvention (GFK*).

[1038] Sofern keine Ausschlussgründe vorliegen und es mit der persönlichen Rechtsstellung vereinbar ist, EuGH C-652/16, *Ahmedbekova,* ECLI:EU:C:2018:801 Tenor; C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Tenor; siehe auch VwGH 24. 10. 2018, Ra 2018/14/0040 Rz 32f; aA GA *de la Tour*, SA zu C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:384.

[1039] EuGH C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898 Rz 59f.

[1040] AsylG 1991 idF BGBl 1992/8; zur Genese ausführlich *Czech*, Die Exklusivität des asylrechtlichen Familienverfahrens: Warum § 35 Abs 5 AsylG verfassungswidrig ist, FABL 2016, 31 (32); *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (214ff).

[1041] ErläutRV 270 BlgNR 18. GP 13f; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (215).

[1042] BGBl I 2003/101; *Bernhart*, Familienzusammenführung nach dem Asylgesetz, in *Eppel/Reyhani* (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht (2023) Kap 9.1, 2; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (215).

derzeitigen Form wurde die Beschleunigung des Asylverfahrens durch die Zuerkennung des „stärksten“ Status an alle Familienangehörigen als Zweck vordergründ g betont.[1043]

c) Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit

Aus dem Wortlaut der Legaldefinition von Familienangehörigen gem § 2 Z 22 AsylG 2005 ergibt sich, dass die Minderjährigkeit von Antragsteller:innen selbst im Zeitpunkt der Antragstellung zu beurteilen ist; eine spätere Volljährigkeit schadet der Familienangehörigeneigenschaft und somit auch der Anwendbarkeit des Familienverfahrens nicht.[1044] Offen lässt der Wortlaut, wann die Minderjährigkeit in Situationen zu beurteilen ist, in denen sich andere Personen auf ihre Familienangehörigeneigenschaft zur minderjährigen Ankerperson berufen, aber ihren AaiS zu einem späteren Zeitpunkt stellen als die minderjährige Ankerperson. In Frage kommt der Zeitpunkt der Antragstellung der Familienangehörigen oder der Entscheidungszeitpunkt, der nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens[1045] maßgeblich ist.

Der VfGH geht davon aus, dass die später eingetretene Volljährigkeit der Ankerperson nicht schadet und die Familienangehörigeneigenschaft bei Minderjährigkeit zum Zeitpunkt der Antragstellung für das gesamte Verfahren perpetuiert.[1046]

Der VwGH greift den unklaren Wortlaut auf und unterscheidet zwischen minderjährigen Antragsteller:innen, die sich auf ihre Familienangehörigeneigenschaft berufen, und minderjährigen Ankerpersonen, für die eben kein bestimmter Beurteilungszeitpunkt gesetzlich festgelegt wird. Für den VwGH endet mit der Volljährigkeit der Ankerperson die Familienangehörigeneigenschaft der Eltern; in diesem Fall ist nach der Ansicht des VwGH der Entscheidungszeitpunkt für die Beurteilung der Minderjährigkeit maßgeblich.[1047] Für jene Fälle, in denen aber alle AaiS noch offen[1048] und die Verfahren unter einem zu führen sind, schadet der spätere Wegfall der Familienangehörigeneigenschaft nach Ansicht des VwGH der Anwendbarkeit des Familienverfahrens nicht: Aufgrund der angestrebten Verfahrensbeschleunigung[1049] sei das Familienverfahren weiterhin anzuwenden und beispielsweise Eltern Asyl abgeleitet zuzuerkennen, wenn dem mittlerweile volljährigen Kind Asyl originär zuerkannt wurde.[1050] Offen lässt der VwGH,

[1043] ErläutRV 120 BlgNR 22. GP 14; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (216).
[1044] § 2 Z 22 lit c AsylG 2005; vgl VwGH 29. 4. 2019, Ra 2018/20/0031.
[1045] *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht[12] Rz 413, 836.
[1046] VfGH 23. 9. 2019, E 2018/2019 Rz 21.
[1047] VwGH 24. 10. 2018, Ra 2018/14/0040 Rz 20ff; 8. 9. 2021, Ra 2020/20/0242 Rz 12f.
[1048] Der VwGH spricht von AaiS, die gleichzeitig gestellt wurden – diese Unterscheidung kennt das Gesetz aber nicht, sondern lediglich die Anordnung, dass in einem Fall, in dem mehrere Familienangehörige einen AaiS stellten, die Verfahren unter einem zu führen sind. Insofern ist es jedenfalls unerheblich, ob die AaiS gleichzeitig gestellt wurden, solange alle AaiS noch offen und nicht entschieden wurden.
[1049] Kritisch *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (226); nachdem der VwGH hier eigentlich eine Verfahrensvereinfachung bezweckt.
[1050] VwGH 24. 10. 2018, Ra 2018/14/0040 Rz 24ff.

ob in Fällen, in denen etwa eine minderjährige Person zunächst alleine einen AaiS stellte und internationalen Schutz erhielt, das Familienverfahren anwendbar bleibt, wenn die minderjährige Ankerperson die Volljährigkeit im laufenden Verfahren der Familienangehörigen erreicht.

Da aufgrund der rezenten Rechtsprechung des EuGH, wonach eine nach der Antragstellung eingetretene Volljährigkeit der Familienangehörigeneigenschaft nicht schadet,[1051] ist der Ansicht des VfGH als unionsrechtskonforme Interpretation der Vorzug zu geben. Daher kann eine weitere Auseinandersetzung mit der Ansicht des VwGH, wonach die Familienangehörigeneigenschaft wegfiele, an dieser Stelle unterbleiben.[1052]

Anders als bei der Beurteilung der Minderjährigkeit, ist bei einer verrechtlichten Beziehung auf den Entscheidungszeitpunkt abzustellen: Ließen sich etwa Ehegatt:innen seit der Antragstellung scheiden, sind sie füreinander keine Familienangehörigen mehr.[1053]

d) Ausschluss vom Familienverfahren

Das Familienverfahren ist grundsätzlich ex lege anzuwenden[1054], außer wenn der Familienangehörige straffällig geworden ist oder wenn gegen die Ankerperson ein Aberkennungsverfahren eingeleitet wurde. Ausgeschlossen ist das Familienverfahren weiters bei EWR-Bürger:innen und Schweizer-Bürger:innen sowie in Fällen einer Aufenthaltsehe, -partnerschaft oder -adoption.[1055]

Nicht anwendbar ist das Familienverfahren seit 2009[1056] weiters, wenn die Ankerperson ihren Status bereits selbst im Rahmen eines Familienverfahrens erhalten hat; in einem solchen Fall, in dem der Status der Ankerperson nicht originär zuerkannt wurde, können Familienangehörige den Status von internationalen Schutzberechtigten nicht von ihr ableiten. Ziel der Gesetzesänderung war es, zukünftig „Ketten-Familienverfahren" zu vermeiden.[1057] Ausgenommen von dieser Bestimmung sind minderjährige Kinder, die als Familienangehörige im Rahmen eines Familienverfahrens den Status ableiten wollen.[1058]

[1051] EuGH C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE,* ECLI:EU:C:2021:709 insb Rz 52; vgl bereits Punkt IV) C) 1) b) – *Familienangehörige iSd Status-RL*.
[1052] Siehe dazu aber vertiefend *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (226); der ausführt, dass die Anwendbarkeit des Familienverfahrens auch in Fällen, in denen der AaiS von vorneherein auf Ableitung desselben Schutzstatus gerichtet ist, trotz eingetretener Volljährigkeit bestehen bleibt.
[1053] Etwa VwGH 28. 1. 2016, Ra 2015/21/0230; 17. 5. 2022, Ra 2021/19/0209.
[1054] Ein Unterlassen trotz Familienangehörigeneigenschaft ohne, dass ein Ausschlussgrund vorliegt, behaftet das Asylverfahren mit Rechtswidrigkeit; vgl etwa VfGH 21. 9. 2023, E 1171/2023.
[1055] § 34 Abs 2, 3 und 6 AsylG 2005; weiters ist anzunehmen, dass das Familienverfahren aus unionsrechtlichen Gründen nicht angewendet werden kann, wenn Ausschlussgründe der Familienangehörigen vorliegen, *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (214, 219f).
[1056] BGBl I 2009/122.
[1057] ErläutRV 330 BlgNr 24.GP 24.
[1058] § 34 Abs 6 Z 2 AsylG 2005.

Das bedeutet beispielsweise für einen Fall, in dem ein Vater mit seinem Kind internationalen Schutz beantragt und dem Vater internationaler Schutz zuerkannt wird, das Kind diesen Status zunächst vom Vater ableiten kann. Beantragt die Mutter zu einem späteren Zeitpunkt internationalen Schutz, ist aber nicht mit dem Vater verheiratet oder verpartnert, so hat sie keine Möglichkeit, den Status von internationalen Schutzberechtigten abzuleiten: Vom Vater ist eine Ableitung mangels Familienangehörigeneigenschaft nicht möglich; vom Kind kann sie den Status nicht ableiten, da das Kind den Status selbst im Rahmen eines Familienverfahrens erhielt. Um ein Aufenthaltsrecht aufgrund eines internationalen Schutzstatus zu erhalten, muss sie selbst die Voraussetzungen für internationalen Schutz erfüllen.

Erhielt ein minderjähriges Kind originär internationalen Schutz, können zunächst die Eltern von diesem Kind den Schutzstatus ableiten. Weitere minderjährige Kinder von diesen Eltern können den Status trotz der Einschränkung von Ketten-Familienverfahren von ihren Eltern ableiten: Zwar sind sie keine Familienangehörige ihres Geschwisterteils, dem originär internationaler Schutz zuerkannt wurde, für sie gilt aber die Ausnahme bei Ketten-Familienverfahren nicht.

Die Einschränkung des Familienverfahrens zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren führt mitunter zu Situationen, in denen einem Elternteil originär internationaler Schutz zuerkannt wurde, das minderjährige Kind den Status ableitet, aber eine Ableitung für den weiteren Elternteil mangels verrechtlichter Beziehung nicht möglich ist.[1059] Dabei ist es aus Perspektive der einfachgesetzlichen Bestimmung unerheblich, ob die Eltern zusammenleb(t)en oder nicht. Der Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens und in das Kindeswohl sowie insbesondere das Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Elternteilen wird hier besonders evident.

Die Erläuterungen des Gesetzgebers, wonach die Einschränkung dafür sorgen soll, dass keinen Personen der Status abgeleitet werden soll, die mit der Person, der originär internationaler Schutz zuerkannt wurde, in „keiner in irgendeinem relevanten familiären Bezug stehen“[1060], stellen vor diesem Hintergrund keine tragfähige Begründung dar: In einer Konstellation wie der beschriebenen greift die Einschränkung gerade in das Familienleben der Kernfamilie ein. In Anbetracht des ohnehin eingeschränkten Familienangehörigenbegriffs und der Tatsache, dass (mehrere) Ehegatt:innen aus Mehrehen in der Regel nicht anerkannt werden, stellt sich die Frage, wer diese Personen sein sollten, die in überhaupt keinem relevanten familiären Bezug zueinanderstehen. Zu denken wäre an eine Konstellation, in der ein minderjähriges verheiratetes Kind (wenn die Ehe anerkannt wurde) von seiner Ehepartner:in den Status ableitete und anschließend Eltern von diesem

[1059] VwGH 31. 8. 2015, Ra 2015/19/0154; 30. 12. 2021, Ra 2021/19/0289; 14. 9. 2022, Ra 2022/20/0127; 14. 9.2022, Ra 2022/20/0191; vgl 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 (120f).
[1060] ErläutRV 330 BlgNr 24.GP 24.

Kind den Status durch ein Familienverfahren ableiten möchten. Es wäre legistisch ein Leichtes, für diese Konstellation bei der Familienangehörigeneigenschaft zu einem minderjährigen Kind vorauszusetzen, dass das Kind ledig ist[1061], wie es die Definition in den sonstigen Konstellationen mit minderjährigen Kindern festlegt und auch die Definition nach der Status-RL vorsieht.[1062] Zur Sicherheit könnte in Anlehnung an die Regelung im NAG klargestellt werden, dass nur ein:e Ehegatt:in einer Mehrehe anspruchsberechtigte:r Familienangehörige:r ist, um Mehrehen vorzubeugen.[1063] Dadurch könnte das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel über den Familienangehörigenbegriff genauso verwirklicht werden; die einschränkende Regelung in § 34 Abs 6 Z 2 AsylG 2005 könnte entfallen und somit der potenzielle Eingriff in das Familienleben gem Art 8 EMRK einer Kernfamilie.

Trotz des Eingriffs in das Familienleben in Art 8 EMRK hegen weder VfGH noch VwGH Zweifel an der Verfassungskonformität der Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren.[1064]

Mit Blick auf den Ausschluss von Ketten-Familienverfahren ist aus systematischer Perspektive zu verneinen, dass Stiefkinder Familienangehörige iSv § 2 Z 22 AsylG 2005 sind: Wäre dies der Fall, könnte ein Stiefkind den Status des Stiefelternteiles ableiten, selbst wenn die Ehe erst nach der Einreise geschlossen wurde, da bei Kindern das familiäre Verhältnis nicht vor der Einreise bestehen muss. Der leibliche Elternteil könnte den Status von der Ehepartner:in dennoch nicht ableiten. Somit hätte zwar das Stiefkind denselben Status wie der Stiefelternteil; dem leiblichen Elternteil kommt im Familienverfahren aber keine Rechtsstellung zu. Deshalb ergibt sich aus systematischer Interpretation, dass ein Stiefkind nicht als Kind iSv § 2 Z 22 AsylG 2005 zu subsumieren ist.[1065]

e) Individuelle Prüfung der Anträge auf internationalen Schutz im Familienverfahren

Wie bereits erwähnt, soll das Familienverfahren § 34 AsylG 2005 mitunter der Beschleunigung des Asylverfahrens im Familienverband dienen – nach den Materialien aber ausdrücklich, ohne Familienangehörige um ihr Verfahren im Einzelfall zu bringen.[1066] Deshalb sind nach dem klaren Wortlaut die Anträge der Familienangehörigen gesondert zu prüfen, wobei die Verfahren unter „einem“ zu führen sind.[1067]

[1061] Und somit den Wortlaut von § 2 Z 22 lit a AsylG 2005 auf „der Elternteil eines minderjährigen ledigen Asylwerbers, Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten“ abzuändern.
[1062] Vgl § 2 Z 22 lit c und d AsylG 2005, Art 2 lit j Status-RL; Punkt IV) C) 1) b) – *Familienangehörige iSd Status-RL*.
[1063] Vgl § 2 Abs 1 Z 9 NAG.
[1064] VfGH 10. 10. 2012, U 1533/12; 22. 2. 2013, U 2445/12; VwGH 2. 9. 2014, Ra 2014/18/0062; 31. 8. 2015, Ra 2015/19/0154, vgl *Gachowetz/Schmidt/Simma/Urban*, Asyl 94; zur eigenen grundrechtlichen Beurteilung siehe Punkt IV) C) 3) a) – *Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 2 mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK*.
[1065] Vgl *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (223f).
[1066] ErläutRV 952 BlgNr 22.GP 54; VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 40; 17. 5. 2022, Ra 2019/19/0209 Rz 16.
[1067] § 34 Abs 4 AsylG 2005.

Dennoch geht der VwGH in jüngerer Rechtsprechung davon aus, dass es mit dem Gesetz im Einklang stehe, eine individuelle asylrechtliche Verfolgung nicht zu prüfen, wenn der Status von Asylberechtigten schon aufgrund des Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 zuzuerkennen ist. Er begründ t diese Ausfüh ung damit, dass das Gesetz nicht zwischen einem „originären" und einem „abgeleiteten" Status unterscheide; vielmehr sei „der" Status des Asylberechtigten zuzuerkennen. Auch die Status-RL kenne eine solche Differenzierung nicht.[1068]

Es stimmt, dass das AsylG 2005 nicht wörtlich zwischen einem „abgeleiteten" und einem „originären" Status von Asylberechtigten unterscheidet. Dennoch unterscheidet das AsylG 2005 durch die einschränkende Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren zwischen jenen Asylberechtigten, die den Status originär aufgrund eigener vorgebrachter Asylgründe erhielten, und jenen, denen der Status von Asylberechtigten aufgrund des Familienverfahrens zuerkannt wurde.

Es ist auch zutreffend, dass die Status-RL eine solche Unterscheidung nicht kennt. Die Status-RL enthält aber das ausdrückliche Gebot, dass alle AaiS individuell zu prüfen sind; aus diesem Gebot ergibt sich, dass alle Anträge von Familienangehörigen bezogen auf die Situation jedes einzelnen Familienangehörigen individuell zu prüfen sind – auch, wenn die Anträge in einem Zusammenhang stehen.[1069] Der EuGH betonte ausdrücklich, dass bei der individuellen Prüfung zu berücksichtigen ist, ob die Bedrohung der Ankerperson aufgrund der familiären Beziehung eine individuelle Bedrohung des Familienangehörigen selbst darstellt, und führte dazu aus, dass die Anträge trotz eines solchen Zusammenhanges nicht zusammengeführt werden können.[1070]

Auch der ausdrückliche Wortlaut von Art 23 Abs 2 Status-RL verstärkt den Eindruck, dass eine Regelung, wie sie das österr Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 vorsieht, nur dann zulässig ist, wenn sie die einzelnen Familienangehörigen nicht um die individuelle Prüfung ihres AaiS bringt: Nach der Bestimmung haben die MS Familienangehörigen dieselben Leistungen wie international Schutzberechtigten selbst zu gewähren, wenn die Familienangehörigen „selbst nicht die Voraussetzungen für die Gewährung dieses Schutzes erfü llen".

Die Auslegung des VwGH, wonach eine individuelle Prüfung nicht zu erfolgen hat, wenn der Status von Asylberechtigten aufgrund des Familienverfahrens zuzuerkennen ist, ist daher nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben der Status-RL nicht vereinbar: Es hat primär eine individuelle Prüfung des AaiS zu erfolgen; nur wenn keine individuellen Gründe vorliegen, ist der Status von Asylberechtigten aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft zuzuerkennen. Der Wortlaut des

[1068] VwGH 30. 4. 2018, Ra 2017/01/0418 Rz 17; 14. 9. 2022, Ra 2022/20/0127 Rz 13; 14. 9 .2022, Ra 2022/20/0184 Rz 12f; 14. 9. 2022, Ra 2022/20/0191 Rz 12.

[1069] Art 4 Abs 3 Status-RL; EuGH C-652/16, *Ahmedbekova,* ECLI:EU:C:2018:801 Rz 48, 57f; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (221, 227f).

[1070] EuGH C-652/16, *Ahmedbekova,* ECLI:EU:C:2018:801 Rz 50f; GA *de la Tour*, SA zu C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:384 Rz 77, 79, 84, 94, 104, 131f; ErwGr 36 Status-RL.

§ 34 AsylG 2005 steht einer dem Familienverfahren vorgelagerten individuellen Prüfung nicht entgegen und lässt dadurch eine entsprechende unionsrechtskonforme Auslegung zu.

Weiters führt der VwGH aus, dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, er habe vorgesehen, dass eigene Asylgründe zu prüfen wären, wenn ohnedies der Status von Asylberechtigten zuzuerkennen sei; ein solches Vorgehen würde der angestrebten Beschleunigung des Asylverfahrens entgegenstehen.[1071] Es steht außer Streit, dass die individuelle Prüfung von Asylgründen für die Beschleunigung des Verfahrens abträglich sein kann. Aber das unionsrechtlich verankerte Recht einer antragstellenden Person auf individuelle Prüfung kann nicht der Verfahrensbeschleunigung zum Opfer fallen. Auch die GFK verfolgt zunächst einen individualisierten Ansatz, ob eine einzelne Person die Flüchtlingseigenschaft iSd GFK erfüllt.[1072] Zudem scheint sich der Gesetzgeber den Materialien zufolge im Gegenteil im vollen Bewusstsein gewesen zu sein, dass eine individuelle Einzelfallprüfung trotz des Familienverfahrens geboten ist.[1073] In Erinnerung zu rufen ist weiters, dass die Beschleunigung nur ein Zweck des Familienverfahrens ist: Daneben soll es der Wahrung des Familienverbandes dienen und die Fortsetzung des Familienlebens von international Schutzberechtigten ermöglichen.[1074] Diesem Ziel kann die Auslegung des VwGH vor allem in Verbindung mit der einschränkenden Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren sogar schaden. Folglich ändert diese Ausführung des VwGH am Ergebnis, dass das Unterlassen der individuellen Prüfung unionsrechtswidrig ist, nichts: Das Familienverfahren in der österr Rechtslage entspricht nur dann den unionsrechtlichen Anforderungen, wenn eine Zuerkennung von internationalem Schutz aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft erst erfolgt, wenn der einzelne Familienangehörige nicht selbst aus individuellen Gründen die Voraussetzungen erfüllt.[1075]

f) Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienverfahren

In einer früheren Fassung konnte das Familienverfahren nur angewendet werden, wenn das Familienleben gem Art 8 EMRK mit der Person, der internationaler Schutz originär zuerkannt wurde, in einem anderen Staat nicht möglich war.[1076] Nach der Auslegung des VwGH handelte es sich dabei eigentlich um zwei Voraussetzungen: Ein bestehendes Familienleben iSv Art 8 EMRK

[1071] VwGH 30. 4. 2018, Ra 2017/01/0418 Rz 23; 14. 9. 2022, Ra 2022/20/0191 Rz 12; 14. 9. 2022, Ra 2022/20/0184 Rz 13; 14. 9. 2022, Ra 2022/20/0127 Rz 13; anders zu beurteilen ist es jedenfalls, wenn der Status von subsidiären Schutzberechtigten im Familienverfahren zuerkannt wurde; in diesem Fall können die einzelnen Familienangehörigen individuelle Fluchtgründe geltend machen; vgl VwGH 23. 3. 2015, Ra 2014/19/0063.
[1072] Vgl Abschnitt II) A) 1) – *Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)*.
[1073] ErläutRV 952 BlgNr 22.GP 54, vgl *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (228).
[1074] Vgl *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (229).
[1075] Vgl *Gachowetz/Schmidt/Simma/Urban*, Asyl 89; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (227f).
[1076] Vgl VwGH 5. 4. 2018, Ra 2017/19/0333; 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105; 17. 5. 2022, Ra 2021/19/0209 Rz 18; *Nedwed* in *Filzwieser/Taucher* 207 (217f); die Voraussetzung war schon Teil des AsylG 1997 idF BGBl I 2003/101; vgl VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0218 Rz 29.

einerseits und die Unmöglichkeit, dieses Familienleben in einem anderen Staat fortzusetzen, andererseits.[1077]

Die Bestimmung entfiel 2017;[1078] gleichzeitig wurde die Anwendung des Familienverfahrens beim Vorliegen einer Aufenthaltsehe, -partnerschaft oder -adoption ausgeschlossen: In Fällen, in denen Antragsteller:innen ein Eheleben nicht führen, können sie sich auf die Ehe auch nicht berufen.[1079] Um unter die Ausschlussbestimmung zu fallen, ist es nicht notwendig, dass die Ehe in Missbrauchsabsicht zur Erlangung eines Aufenthaltstitels geschlossen wurde. Es reicht aus, dass das Eheleben nicht (mehr) besteht bzw eine Fortsetzung nicht beabsichtigt ist.[1080] Der VwGH bezweifelt, dass die Änderung der Rechtslage tatsächlich eine inhaltliche Änderung bedeutet: In beiden Bestimmungen sieht er das Erfordernis, dass das Familienverfahren nur in Fällen zur Anwendung kommt, in denen tatsächlich ein Familienleben fortgesetzt wird; die Familienangehörigeneigenschaft alleine reicht seiner Ansicht nach nicht aus.[1081]

Nunmehr leitet der VwGH aufgrund des Ausschlusses von Aufenthaltsehen, -partnerschaften und -adoptionen die Voraussetzung ab, dass die Fortsetzung des Familienlebens von den Antragsteller:innen generell beabsichtigt sein muss. Dass die Bestimmung insbesondere die Beziehung zwischen leiblichen Kindern und ihren Eltern nicht erwähnt, schadet seines Erachtens nicht: Es sei kein sachlich gerechtfertigter Grund zu sehen, warum ein adoptiertes Kind kein Aufenthaltsrecht im Rahmen eines Familienverfahrens zukomme, dem leiblichen Kind aber schon, wenn in beiden Fällen ein Familienleben nicht mehr besteht.[1082] Der Gesetzgeber habe zu erkennen gegeben, dass er jene Fälle von der Anwendung des Familienverfahrens ausschließen möchte, in denen die Aufrechterhaltung oder die Wiederaufnahme der familiären Beziehung gar nicht stattfindet, sondern bloß zur Erlangung eines Aufenthaltstitels vorgeschoben würde.[1083]

Die Auslegung des VwGH ist kritisch zu betrachten: Das Familienleben iSv Art 8 EMRK von leiblichen Eltern und Kindern entsteht ipso iure. Ihr Familienleben endet nur unter außergewöhnlichen Umständen; dabei schadet auch ein vorübergehender getrennter Aufenthalt oder Kontaktabbruch nicht.[1084] Zwar ist auch für die Beziehung von Adoptiveltern und -kindern anzunehmen, dass ihr Familienleben nur unter außergewöhnlichen Umständen endet, wenn faktisch

[1077] VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0218 Rz 29 mwN.
[1078] Geändert mit BGBl I 2017/84; die Bestimmung entfiel laut den Materialien aufgrund der Anforderungen der Familienzusammenführungs-RL; IA FrÄG 2017, 2285/A 25.GP 82; wie aus dem nächsten Kapitel hervorgeht, wird das Familienverfahren auch zur Umsetzung der Familienzusammenführungs-RL verwendet.
[1079] § 34 Abs 6 Z 3 AsylG 2005 unter Verweis auf § 30 NAG; siehe auch IA FrÄG 2017, 2285/A 25.GP 82f.
[1080] Vgl *Kind* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, inkl Integrationsgesetz: Kommentar[2] (2019) § 30 NAG Rz 1, 3 mwN; VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 49.
[1081] VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 51ff, unter Verweis auf VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0218.
[1082] VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 55.
[1083] VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 52f; 17. 5. 2022, Ra 2019/19/0209 Rz 18.
[1084] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) v) –*Beziehung zwischen Eltern und Kindern*.

ein Familienleben geführt wird und die Adoption der rechtlichen Anerkennung dieser familiären Beziehung dient. Aber anders als bei der leiblichen Eltern-Kind-Beziehung entsteht das Familienleben iSv Art 8 EMRK nicht ipso iure und es ist zumindest denkbar, dass der Rechtsakt der Adoption für ein Aufenthaltsrecht geschlossen wurde. Auch die Materialien legen hier eine Unterscheidung nahe, die erstens nur auf die mangelnde Fortsetzung des Ehelebens abstellen (und nicht generell auf die Fortsetzung des Familienlebens) und von einer Aufenthaltsadoption dann sprechen, wenn die Adoption ausschließlich oder überwiegend zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts diente. Insofern ist die Auslegung des VwGH weder vom Wortlaut der Bestimmung gedeckt, noch ergibt sich aus den Materialien, dass eine entsprechende Auslegung vom Gesetzgeber intendiert gewesen wäre.[1085]

Auch der EuGH setzte sich bereits damit auseinander, ob Familienangehörigen ein Aufenthaltstitel zu erteilen ist, wenn ein Familienleben nicht fortgesetzt wird. Der EuGH führte dazu aus, dass sich die Definition von Familienangehörigen auf die Voraussetzungen des Wortlauts – Bestehen der Familie im Herkunftsstaat, Zusammenhang mit AaiS im selben MS und Erfüllung der erfassten familiären Beziehung der Familienangehörigeneigenschaft – beschränkt. Die tatsächliche Wiederaufnahme des Familienlebens ist keine Voraussetzung, weshalb trotz fehlender Fortsetzung des Familienlebens Familienangehörigen die Rechte nach der RL einzuräumen sind.[1086]

Anders als der VwGH beurteilte der EuGH die Frage auf der Ebene der Familienangehörigeneigenschaft, also ob dennoch von Familienangehörigen auszugehen ist, wenn das Familienleben nicht weitergeführt wird. Der VwGH knüpfte seine Argumentation daran, ob diesen Familienangehörigen trotz mangelnder Fortsetzung des Familienlebens ein Aufenthaltstitel einzuräumen ist. Im Ergebnis ändert der unterschiedliche Anknüpfungspunkt der rechtlichen Beurteilung aber nichts: Der EuGH weist ausdrücklich darauf hin, dass auch Art 23 Status-RL, dessen Umsetzung das innerstaatliche Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 dient, nicht auf eine tatsächliche Wiederaufnahme des Familienlebens abstellt. Seine Ausführungen untermauert der EuGH mit Art 7 GRC, der – so der EuGH – das Recht auf Achtung des Familienlebens verankert, ohne weitere Modalitäten an die Ausübung dieses Rechts oder die Intensität der Beziehung zu stellen.[1087]

Trotz der eindeutigen Auslegung des EuGH, dass der Begriff von Familienangehörigen keine tatsächliche Wiederaufnahme des Familienlebens erfordert, erachtet der VwGH seine Ansicht als

[1085] Vgl IA FrÄG 2017, 2285/A 25.GP 82f.
[1086] EuGH C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE,* ECLI:EU:C:2021:709 Rz 54ff.
[1087] EuGH C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE,* ECLI:EU:C:2021:709 Rz 55f; damit übernimmt er im Wesentlichen die Argumentation des GA *Hogan*, SA zu C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE*, ECLI:EU:C:2021:247 Rz 81ff, der auch darauf hinweist, dass die Wiederaufnahme des Familienlebens nicht immer von den Betroffenen kontrolliert werden kann und es kaum möglich ist, die Wiederaufnahme objektiv und verhältnismäßig zu beurteilen.

unionsrechtlich zulässig, wonach das Familienleben tatsächlich fortgesetzt werden muss, um ein Aufenthaltsrecht abzuleiten. Es sei der Entscheidung des EuGH nicht zu entnehmen, dass bloß aufgrund eines formalen Bandes zwischen Ankerperson und Familienangehörigen ein Aufenthaltstitel zu gewähren sei.[1088] Die Entscheidung des EuGH bezog sich aber konkret auf die Beziehung eines Vaters zu seinem leiblichen Sohn. Der Sohn war zum Zeitpunkt seines AaiS minderjährig, im Zeitpunkt der Entscheidung volljährig. Nach dem EuGH ist sein Vater, der seinen AaiS stellte, nachdem sein Sohn die Volljährigkeit erreichte und bevor über dessen AaiS endgültig entschieden wurde, dennoch Familienangehöriger des Sohnes; dem Vater ist daher gem Art 23 iVm Art 24 Status-RL ein Aufenthaltstitel zu erteilen, unabhängig davon, ob das Familienleben fortgesetzt wird.

Die unionsrechtlichen Anforderungen gehen über die grundrechtlichen Anforderungen nach dem Recht auf Achtung des Familienlebens hinaus, nach denen in einem solchen Fall kein Aufenthaltstitel geboten wäre, wenn ein Familienleben nicht fortgesetzt wird bzw das Familienleben aufgrund der Volljährigkeit endete. Allerdings kann auch nach dem EGMR das Familienleben nach Erreichen der Volljährigkeit eine Zeit lang unter Umständen fortbestehen.[1089] Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH ist die Auslegung des VwGH nicht mit den unionsrechtlichen Anforderungen vereinbar. Die Bestimmung, wonach Familienangehörige in Fällen der Aufenthaltsehe, -partnerschaft oder -adoption vom Familienverfahren ausgeschlossen sind, kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass Eltern und Kindern ein Familienverfahren verweigert wird, wenn sie die Fortführung eines Familienlebens nicht nachweisen können. Dies ist ein Beispiel, dass den Vorteil der Verankerung eines subjektiven Rechts durch das Unionsrecht bzw durch eine einfachgesetzliche Bestimmung gegenüber einer rein grundrechtlichen Mindestregelung zeigt: Die betroffenen Personen sind gerade nicht auf eine Einzelfallbeurteilung angewiesen, ob aufgrund des Familienlebens und den Umständen im Einzelfall ein Aufenthaltsrecht erteilt werden muss. Allein aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft ist ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, wenn die betroffenen Familienangehörigen schon im Herkunftsstaat Teil einer Familie waren und sie sich im Zusammenhang mit einem AaiS im selben MS befinden.

[1088] VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 55, 64; 17. 5. 2022, Ra 2019/19/0209 Rz 19; der VwGH verknüpft in seiner Entscheidung Aspekte, die im Zusammenhang mit der Status-RL stehen und Aspekte, die in einem Zusammenhang mit der Familienzusammenführungs-RL stehen – dies entspricht der österr Rechtslage, die diese Verknüpfung vorsieht; vgl Punkt IV) D) 2) c) – *Verfahren zur Familienzusammenführung*; dennoch sind für eine ordnungsgemäße Prüfung der Unionsrechtskonformität diese Aspekte zu trennen; vgl dazu auch die Untersuchung im Punkt IV) D) 2) e) – *Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienzusammenführung.*
[1089] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) v) –*Beziehung zwischen Eltern und Kindern*.

3) Grundrechtliche Beurteilung der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht

a) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 2 mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK

i) Familienangehörige per Definition

Der maßgebliche Familienangehörigenbegriff – sowohl nach der Status-RL als auch nach der österr Umsetzung – orientiert sich stark an der bürgerlichen Kleinfamilie: Nur die Kernfamilie sowie gesetzliche Vertreter:innen sind umfasst. Andere familiäre Bezugspersonen, die keine Familienangehörige per Definition sind, werden nicht berücksichtigt – auch dann nicht, wenn sie in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinanderstehen. Lebensgefährt:innen, deren Beziehung nicht rechtlich formalisiert ist, gelten auch dann nicht als Familienangehörige, wenn sie gemeinsame, noch minderjährig Kinder haben. Erhält ein Elternteil internationalen Schutz, kann das Kind den Schutzstatus ableiten; der zweite Elternteil – wenn dieser nicht selbst die Voraussetzungen erfüllt – kann den Status weder von der Lebensgefährt:in mangels Familienangehörigeneigenschaft noch vom Kind aufgrund des Ketten-Familienverfahrens ableiten. In Verbindung mit der einschränkenden Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren kann der eingeschränkte Familienangehörigenbegriff zu Eingriffen in das Familienleben gem Art 8 EMRK einer Kernfamilie sowie in das Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Elternteilen führen.

Die Gesetzesänderung, veranlasst durch das Erkenntnis des VfGH, wonach die Beziehung von gesetzlichen Vertreter:innen und den vertretenen Minderjährigen nunmehr in beide Richtungen unter die Definition von Familienangehörigen fallen, hat zu einer kleinen Verbesserung geführt. Die ursprüngliche Gleichheitswidrigkeit argumentierte der VfGH allerdings vor allem mit dem Eltern-Kind-ähnlichen Verhältnis, das häufig zwischen Minderjährigen und ihren gesetzlichen Vertreter:innen besteht.[1090] Ein solches Eltern-Kind-ähnliches Verhältnis besteht mitunter in Fällen, in denen familiäre Bezugspersonen wie ältere Geschwister, Tanten, Onkel oder Großeltern die Rolle der Eltern faktisch übernehmen – unabhängig von einem Obsorgebeschluss, der sie rechtlich zu gesetzlichen Verteter:innen werden lässt. Der VfGH nahm im Erkenntnis auf ErwGr 19 Status-RL Bezug, wonach der Begriff von Familienangehörigen ausgeweitet werden soll und dabei die unterschiedlichen besonderen Umstände der Abhängigkeit Rechnung zu tragen und das Kindeswohl besonders zu berücksichtigen ist.[1091] Wenn keine gesetzliche Vertretung vor der Einreise bestand, aber familiäre Bezugspersonen faktisch die Verantwortung für Minderjährige übernahmen, so

[1090] VfSlg 20.393/2020 Rz 31.
[1091] VfSlg 20.393/2020 Rz 30.

gelten sie nach der innerstaatlichen Rechtslage nicht als Familienangehörige und finden keine Berücksichtigung im Familienverfahren; ein Abhängigkeitsverhältnis sowie Kindeswohlerwägungen ändern daran nichts.[1092] Durch den formalistischen Zugang, nur auf gesetzliche Verter:innen abzustellen, die schon vor der Einreise als solche galten, kann das Eltern-Kind-ähnliche Verhältnis zwischen Erwachsenen, die faktisch die Verantwortung für Minderjährige übernahmen, und den Minderjährigen häufig gerade nicht gewahrt werden. Trotz der Anpassung der Rechtslage besteht auch bei einem Eltern-Kind-ähnlichen Verhältnis weiterhin ein potenzieller Eingriff in Art 8 EMRK, da das Vorliegen eines solchen Verhältnisses nicht alleine für die Anerkennung als Familienangehörige ausreicht und somit nicht die Erteilung eines Aufenthaltstitels im Familienverfahren ermöglicht.

ii) Aufenthaltsrecht für weitere familiäre Bezugspersonen im Zusammenhang mit einem AaiS

Weder das Unionsrecht noch Art 8 EMRK verlangen, dass familiären Bezugspersonen derselbe aufenthaltsrechtliche Status zuerkannt wird wie der Ankerperson. Deshalb liegt ein Eingriff in Art 8 EMRK erst dann vor, wenn gar kein Aufenthaltsrecht für familiäre Bezugspersonen, die keine Familienangehörige iSd Legaldefinition sind, möglich ist, obwohl ein Familienleben iSv Art 8 EMRK vorliegt.[1093]

Für die grundrechtliche Beurteilung ist deshalb die Frage zu stellen, ob familiäre Bezugspersonen, die selbst nicht die Voraussetzungen für internationalen Schutz erfüllen und die keine berechtigten Familienangehörigen nach der Definition gem § 2 Z 22 AsylG 2005 sind, auch außerhalb des Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 ein Aufenthaltsrecht erhalten können, um die Anforderungen gem Art 8 EMRK zu wahren. Dasselbe gilt für Familienangehörige im Inland, die den Status nicht von ihrer Ankerperson ableiten können, da die Ankerperson den Status selbst im Rahmen eines Familienverfahrens erhielt.

Grundsätzlich sieht die österr Rechtsordnung eine Prüfung, ob aus Gründen von Art 8 EMRK ein Aufenthaltsrecht zu erteilen ist, im Anschluss an die Prüfung eines AaiS vor: Wenn weder der Status

[1092] Anders war dies ausschließlich im Anlassverfahren zum Erkenntnis aufgrund der „Ergreiferprämie“ (siehe dazu etwa *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1066): Da für die Beschwerdeführer:innen die Aufhebung der Definition von Familienangehörigen § 2 Z 22 AsylG 2005 unmittelbar galt, konnte der Begriff des Familienangehörigen unabhängig von einer Definition ausgelegt werden. Das BVwG urteilte, dass minderjährige Kinder von gesetzlichen Vertreter:innen als Ankerperson jedenfalls dann als Familienangehörige gelten, wenn sie ein Eltern-Kind-ähnliches Verhältnis haben; vgl BVwG 30. 9. 2020, W261 2200005-1; 24. 11. 2020, W261 2199958-1.

[1093] Der VfGH erwog in der Vergangenheit, ob das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 auf zwei Personen anwendbar ist, obwohl deren Ehe nicht rechtsgültig geschlossen wurde und daher keine Familienangehörigeneigenschaft vorlag, siehe VfGH 20. 9. 2022, E 1227/2022; das BVwG trat dieser Ansicht entschieden entgegen, siehe BVwG 16. 8. 2023, W192 2193692-1. Die Überlegung des VfGH gleicht dem Ansatz, den der VfGH bei der Familienzusammenführung folgt: Durch eine unmittelbare Anwendbarkeit kann die Definition von Familienangehörigen von Art 8 EMRK im Einzelfall verdrängt werden; vgl Unterpunkt IV) D) 3) a) ii) – *Unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK als Lösung?*.

von Asylberechtigten noch der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen ist, ist der Regel nach eine Rückkehrentscheidung gegen die antragstellende Person zu erlassen.[1094] Greift die Rückkehrentscheidung aber in das Privat- und Familienleben der antragstellenden Person ein, ist zu prüfen, ob die Rückkehrentscheidung zur Erreichung der Ziele gem Art 8 Abs 2 EMRK dringend geboten ist.[1095] Es hat eine Interessenabwägung zu erfolgen, ob die öffentlichen Interessen gegenüber der individuellen Interessen am Aufenthalt überwiegen. Hierfür nennt die einfachgesetzliche Grundlage demonstrativ Abwägungskriterien, die besonders zu berücksichtigen sind.[1096] Überwiegen die individuellen Interessen am Aufenthalt aufgrund von Art 8 EMRK gegenüber den öffentlichen Interessen an der Erlassung der Rückkehrentscheidung und somit an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, ist ein Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK gem § 55 AsylG 2005 zu erteilen.[1097]

Der Anwendungsbereich von § 55 AsylG 2005, der auch der Erteilung von Bleiberechten dient, wenn aufenthaltsbeendende Maßnahmen gem Art 8 EMRK unzulässig sind, geht über den Untersuchungsgegenstand hinaus.[1098] Die Judikatur zu Rückkehrentscheidungen und Aufenthaltstiteln gem § 55 AsylG 2005 ist sehr einzelfallspezifisch, und Prognosen, ob schließlich ein entsprechender Aufenthaltstitel erteilt wird, sind kaum möglich.[1099] An dieser Stelle kann nur ein Überblick für die Beurteilung geboten werden, ob die Abwägung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels gem § 55 AsylG 2005 die grundrechtlichen Anforderungen zur Erteilung eines Aufenthaltstitels für Familienangehörige im asylrechtlichen Kontext erfüllen kann.

Als Abwägungskriterien, ob eine Rückkehrentscheidung aufgrund von Art 8 EMRK unzulässig ist, beispielhaft genannt sind zunächst die Art und Dauer des bisherigen Aufenthalts, ob dieser Aufenthalt rechtmäßig oder rechtswidrig war, sowie, ob die Dauer des Aufenthalts auf Verzögerungen durch Behörden zurückzuführen ist.[1100] Weiters nennt die gesetzliche Grundlage das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens, die Schutzwürdigkeit des Privatlebens, den Grad der Integration, die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden, die strafgerichtliche Unbescholtenheit, Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts, und schließlich das Wissen um den unsicheren Aufenthaltsstatus im Zeitpunkt des Entstehens des Privat- und Familienlebens.

[1094] § 10 AsylG 2005 iVm § 52 Abs 2 FPG; siehe ausführlich *Ecker/Ziegelbecker* in *Filzwieser/Taucher* 149.
[1095] § 9 BFA-VG.
[1096] § 9 Abs 2 BFA-VG.
[1097] Die Erteilung hat in diesem Fall amtswegig zu erfolgen gem § 58 Abs 2 iVm § 55 AsylG 2005.
[1098] Kapitel I) C) – *Abgrenzung*.
[1099] Siehe dazu die Beiträge *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199; *Ecker/Ziegelbecker* in *Filzwieser/Taucher* 149; die jeweils vereinzelte Fälle veranschaulichen und dadurch verdeutlichen, wie unterschiedlich die Entscheidungen ausfallen können.
[1100] Vgl hier und im Folgenden die demonstrative Aufzählung in § 9 Abs 2 BFA-VG.

Die Abwägungskriterien gehen auf die Judikatur des EGMR zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen („Boultif-Kriterien“[1101]) zurück, die schließlich von den innerstaatlichen Gerichten übernommen und gesetzlich implementiert wurden.[1102] Die Interessenabwägung zur Beurteilung, ob die Rückkehrentscheidung iSv Art 8 EMRK zulässig ist, verdeutlicht wieder die Überschneidung zwischen positiver Verpflichtung zur Legalisierung nach kurzzeitigen Aufenthalt und der Schranke von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen.[1103] Die von der gesetzlichen Bestimmung genannten Kriterien zeigen für die Gesamtbetrachtung eine große Bedeutung von Aspekten des Privatlebens auf, die einen intensiven Gebietskontakt erfordern – wie etwa der Grad der Integration oder die Schutzwürdigkeit des Privatlebens in Österreich.

Dass ein stärker Gebietskontakt durch längeren Aufenthalt neben dem Familienleben eine große Bedeutung zukommt, zeigt auch die Judikatur des VwGH, der bei einer Aufenthaltsdauer von weniger als fünf Jahren weniger strenge Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art 8 EMRK stellen wie bei einer Aufenthaltsdauer über fünf Jahren: So wird bei einem Aufenthalt unter fünf Jahren maßgeblich auf eine *außergewöhnliche* Integration bei der Beurteilung abgestellt, ob Art 8 EMRK einer Rückkehrentscheidung entgegensteht.[1104] Über fünf Jahren fällt das öffentliche Interesse in der Regel weniger stark ins Gewicht, sofern keine komplexen Rechtsfragen vorliegen oder die Verfahrensdauer auf verfahrensverschleppende Handlungen der antragstellenden Personen zurückzuführen sind. Nach der Judikatur des VfGH ist es die Verantwortung des Staates, die Verfahren effizient zu führen und eine übermäßige Verfahrensdauer zu vermeiden. Bei langer Verfahrensdauer darf es den Antragsteller:innen nicht angelastet werden, wenn sie zwischenzeitlich ihr Privat- und Familienleben im Inland intensivierten.[1105]

Die Abwägungskriterien des Kindeswohls und unüberwindbarer Hindernisse, denen bei der Beurteilung positiver Verpflichtungen zur Erteilung eines Aufenthaltstitels gem Art 8 EMRK in der Judikatur des EGMR eine besondere Bedeutung zukommt, finden in der demonstrativen Aufzählung zur Interessenabwägung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von Rückkehrentscheidungen keine Erwähnung. Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH sowie des VwGH muss aber das Kindeswohl in die Abwägung miteinfließen, wenn Kinder von der Entscheidung (direkt oder indirekt) betroffen sind; eine unzureichende Berücksichtigung des Kindeswohls verstößt gegen

[1101] Vgl bereits Kapitel I) C) – *Abgrenzung*.
[1102] Vgl *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (201) mwN; *Ecker/Ziegelbecker* in *Filzwieser/Taucher* 149 (159).
[1103] Siehe bereits Punkt III) B) 3) c) – *Positive Verpflichtung zur Gewährung des Aufenthalts von Familienmitgliedern nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung*.
[1104] Etwa VwGH 23. 10. 2019, Ra 2019/19/0289; 17. 12. 2019, Ro 2019/18/0006 Rz 17; vgl *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (205f, FN 28) mwN.
[1105] Etwa VfGH 21. 9. 2020, E 4656/2019; vgl *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (206ff) mwN.

Art 8 EMRK.[1106] Im Rahmen der Kindeswohlprüfung ist zu berücksichtigen, dass gerade Kleinkinder in den ersten Lebensphasen einen ständigen Kontakt mit der Mutter benötigen und auch eine Trennung vom Vater nicht im Sinne des Kindeswohls ist.[1107] Zu beachten ist auch der Anspruch des Kindes auf Kontakt zu beiden Elternteilen.[1108] Als lebensfremd bzw als unmöglich erachten der VfGH und der VwGH die Annahme, dass zwischen Kleinkindern und Eltern über elektronische Medien oder Telekommunikation ein Familienleben aufrechterhalten werden kann; eine dahingehende Begründung kann das Gewicht von Kindeswohlerwägungen nicht abschwächen und reicht nicht zur Rechtfertigung eines Eingriffs in das Familienleben aus.[1109]

Unüberwindbare Hindernisse, die einem Familienleben im Herkunftsstaat entgegenstehen, fließen nicht als solche bezeichnet in die Interessenabwägung mit ein;[1110] der VwGH beurteilt aber, ob ein gemeinsames Familienleben im Herkunftsstaat insgesamt zumutbar ist. Auch die Beurteilung des EGMR, ob unüberwindbare Hindernisse vorliegen, zielt mitunter darauf ab festzustellen, ob ein gemeinsames Familienleben im Herkunftsstaat zumutbar bzw „angemessen" ist.[1111] Insofern geht dieser Aspekt der Abwägungskriterien des EGMR zu positiven Verpflichtungen in der Judikatur in die Judikatur des VwGH zumindest unter einer anderen Facette ein. Ist ein gemeinsames Familienleben im Herkunftsstaat nicht zumutbar, kann nach der Judikatur des VwGH eine Trennung durch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme nur dann gerechtfertigt sein, wenn das Interesse an der Aufenthaltsbeendigung etwa aufgrund von Straffälligkeit der betroffenen Person oder einer von vorneherein beabsichtigten Umgehung der Regelungen des Familiennachzugs großes Gewicht beizumessen ist.[1112]

Insgesamt lässt sich feststellen, dass in Anschluss an den AaiS, sofern weder der Status von Asylberechtigten noch jener von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wird, die österr Rechtsordnung eine Prüfung vorsieht, ob aus Gründen von Art 8 EMRK ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung finden familiäre Beziehungen außerhalb der Kernfamilie Berücksichtigung; so etwa die Beziehung von Lebensgefährt:innen oder die Beziehung zu Onkeln, Tanten und Geschwistern unter Berücksichtigung von

[1106] Vgl VwGH 19. 6. 2020, Ra 2019/19/0475; 31. 8.2022, Ra 2022/18/0123; VfGH 11. 6. 2018, E 435/2018; 26. 2. 2019, E 3079/2018; *Kindeswohlkommission*, Bericht Rz 690ff mwN; die Kindeswohlkommission empfahl die ausdrückliche gesetzliche Verankerung; *Kindeswohlkommission*, Bericht Rz 133.
[1107] Etwa VwGH 26. 2. 2020, Ra 2019/18/0456 mwN; 7. 10. 2021, Ra 2020/21/0299; VfGH 29. 11. 2021, E 2557/2021 Rz 20 mwN; vgl *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (211) mwN.
[1108] Etwa VwGH 17. 11. 2022, Ra 2020/21/0049, vgl *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (212) mwN.
[1109] Etwa VfGH 12. 6. 2019, E 47/2019 mwN; VwGH 25. 1. 2022, Ra 2021/19/0146 Rz 11; *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (insb FN 76) mwN.
[1110] Dass das Abwägungskriterium in der Judikatur des VwGH und des VfGH nicht als eigenständiges Abwägungskriterium vertreten ist, ergab eine eigene RIS-Abfrage mit den Suchworten: „unüb rwindbar*" und „Hindernis*" zur Norm § 9 BFA-VG.
[1111] Vgl Unterpunkt III) B) 3) d) ii) – *Bestehen unüberwindbarer bzw wesentlicher Hindernisse*.
[1112] Etwa VwGH 28. 11. 2019, Ra 2019/19/0360 Rz 18; 19. 6. 2020, Ra 2019/19/0475; vgl *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (209f).

Abhängigkeitsverhältnissen.[1113] Auch die bedeutenden Abwägungskriterien des Kindeswohls und (unter der Beurteilung der generellen Zumutbarkeit des Familienlebens im Herkunftsstaat) unüberwindbare Hindernisse fließen in die Gesamtbetrachtung, ob ein Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK geboten ist, zu einem guten Teil mit ein, auch wenn sie nicht in der demonstrativen Aufzählung von Abwägungskriterien genannt sind.

Die Auswahl der demonstrativ genannten Abwägungskriterien sowie die Bedeutung der Aufenthaltsdauer zeigen, dass in der Beurteilung des Gesamtbildes, ob eine Rückkehrentscheidung aufgrund von Art 8 EMRK unzulässig und daher ein Aufenthaltstitel geboten ist, die Faktoren des Privatlebens sehr gewichtig sind.

Dass ein Eingriff noch intensiver ist, wenn neben Aspekten des Familienlebens ein intensiver Gebietskontakt vorliegt, bei dem die betroffenen Personen bereits Integrationsschritte setzten und sich ein Privatleben aufbauten, ist unbestritten. Je länger ein Verfahren dauert, desto eher steigen die Chancen auf ein Aufenthaltsrecht gem § 55 AsylG 2005 aus Gründen von Art 8 EMRK; besonders dann, wenn die antragstellenden Familienangehörigen währenddessen Integrationsschritte setzen und unbescholten sind.[1114] Zwar betont der VwGH, dass auch bei einer Aufenthaltsdauer von weniger als drei Jahren nicht pauschal von einem deutlich überwiegendem öffentlichen Interesse an der aufenthaltsbeendenden Maßnahme ausgegangen werden kann; zu einer Erteilung eines Aufenthaltstitels bei einer so kurzen Aufenthaltsdauer allein aufgrund familiärer Beziehungen zeigt er sich aber restriktiv.[1115]

Insgesamt kann durch die Interessenabwägung bei der Zulässigkeitsprüfung von Rückkehrentscheidungen grundsätzlich ein Art 8 EMRK konformer Zustand erzielt werden. Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass nach der Judikatur des EGMR auch dann eine positive Verpflichtung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels aufgrund des Familienlebens vorliegen kann, wenn sich die betroffenen Personen erst relativ kurze Zeit aufhalten. Der Überblick erweckt den Eindruck, dass dieser Umstand im Schatten der Judikatur zu § 55 AsylG 2005 als Bleiberecht bei längerem Aufenthalt steht, da der Dauer und der Art des bisherigen Aufenthalts besonderes Gewicht beigemessen wird. Familiäre Verhältnisse außerhalb des Kreises von Familienangehörigen per Definition können bei kurzzeitigem Aufenthalt nur in Verbindung mit einer außergewöhnlichen Integration zu einem Aufenthaltstitel gem § 55 AsylG 2005 führen. Dass dies nicht immer amtswegig von den Behörden beurteilt wird, zeigt etwa eine rezente Entscheidung des VfGH, in der ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen volljährigen Sohn und Mutter vorlag, welches von BFA

[1113] Vgl etwa VwGH 28. 1. 2016, Ra 2015/21/0191; 19. 6. 2020, Ra 2019/19/0475; VfSlg 20.063/2016; VfGH 26. 2. 2019, E 3079/2018; siehe auch *Ecker/Ziegelbecker* in *Filzwieser/Taucher* 149 (183, 195) mwN.
[1114] Vgl etwa VfGH 6. 6. 2014, U 145/2014.
[1115] VwGH 28. 1. 2016, Ra 2015/21/0191; 9. 11. 2022, Ra 2022/18/0115, vgl *Ecker/Ziegelbecker* in *Filzwieser/Taucher* 149 (192).

und BVwG nicht (ausreichend) berücksichtigt bzw ermittelt wurde; das BVwG stützte sich bei der Abweisung des Aufenthaltsrechts mitunter auf die zu kurze Aufenthaltsdauer. [1116]

iii) Aufenthaltsrecht aufgrund von familiären Bezugspersonen ohne Zusammenhang mit dem AaiS

Zu unterscheiden sind Fälle, in denen die familiären Bezugspersonen allesamt einen AaiS im Inland stellten, von Fällen, in denen Antragsteller:innen über familiäre Bezugspersonen im Inland verfügen, die sich unabhängig von einem AaiS bereits rechtmäßig aufhalten. In diesem Fall ist das Familienverfahren nicht anzuwenden. Wenn die Zuerkennung vom Status von Asylberechtigten sowie vom Status von subsidiär Schutzberechtigten abgelehnt wird, hat das Privat- und Familienleben von Antragsteller:innen unabhängig vom Aais beurteilt zu werden. Führen Antragsteller:innen mit österr Staatsbürger:innen, Unionsbürger:innen, oder Drittstaatsangehörigen, die über ein unbefristetes Aufenthaltsrecht verfügen, ein Familienleben, so wiegt dieser Umstand bei der Zulässigkeitsprüfung von Rückkehrentscheidungen schwer auf Seiten des individuellen Interesses am Aufenthalt und kann zu einem Aufenthaltstitel gem § 55 AsylG 2005 führen.[1117] Dadurch findet auch ein Familienleben mit familiären Bezugspersonen, die ihrerseits keinen AaiS stellten, im Nachgang der Asylprüfung wie bei familiären Bezugspersonen, die ebenso einen AaiS stellten, Beachtung. Außerhalb des Zusammenhangs mit dem AaiS ist die Art des Aufenthaltsrechts der familiären Bezugspersonen von maßgeblicher Bedeutung: Hat die Person etwa nur ein befristetes Studentenvisum, ist das individuelle Interesse nicht so gewichtig, wie wenn es sich bei der Person um eine Unionsbürger:in handelt.

Wenn das Familienleben zu einem Zeitpunkt begründet wurde, zudem sich die antragstellende Person des unsicheren Aufenthalts bewusst sein musste – wie etwa während des laufenden Asylverfahrens –, so schwächt dies das individuelle Interesse am Aufenthalt ab.[1118] Dieser Ansatz deckt sich mit jenem des EGMR.[1119] Die Trennung von Familienangehörigen, mit denen ein gemeinsames Familienleben im Herkunftsstaat nicht zumutbar ist, kann insbesondere dann gerechtfertigt sein, wenn von Anfang an eine Umgehung der allgemeinen Bestimmungen zum Familiennachzug nach dem NAG beabsichtigt wurde.[1120] Sobald ein AaiS anhängig ist, ist die

[1116] VfGH 28. 6. 2023, E 2014/2022; vgl auch VwGH 17. 12. 2019, Ro 2019/18/0006 Rz 17ff.
[1117] § 9 Abs 3 BFA-VG; vgl VwGH 19. 6. 2020, Ra 2019/19/0475; 11. 11. 2021, Ra 2019/21/0383 Rz 10 mwN; *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (209) mwN.
[1118] Vgl VwGH 22. 7. 2021, Ra 2020/22/0220; 21. 2. 2022, Ra 2021/14/0335 Rz 12 mwN; *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (210f) mwN.
[1119] Vgl Unterpunkt III) B) 3) d) vii) – *Umstände zum Zeitpunkt der Begründung des Familienlebens*.
[1120] Vgl etwa VwGH 16. 12. 2021, Ra 2021/14/0374 mwN.

Beantragung eines Aufenthaltstitels nach den allgemeinen einwanderungsrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich auch nicht mehr möglich.[1121]

iv) Ergebnis

Der eingeschränkte Familienangehörigenbegriff in der Phase 2 – verschärft um verfahrensrechtliche Einschränkungen einerseits gesetzlich und andererseits durch die Auslegung der Gerichte – kann isoliert betrachtet in das Recht auf Achtung des Familienlebens, das Kindeswohl sowie in das Recht auf Kontakt zu beiden Elternteilen eingreifen. In diesem Aspekt gleicht die Beurteilung jener der Phase 1. Dabei besteht keine Möglichkeit, weitere familiäre Bezugspersonen wie Familienangehörige zu behandeln und somit diesen ebenso einen Aufenthaltstitel durch das Familienverfahren zu erteilen. Da bei der Abwägung, ob aus Gründen von Art 8 EMRK ein Aufenthaltsrecht gem § 55 AsylG 2005 zu erteilen ist, auch das Familien- und Privatleben mit familiären Bezugspersonen abseits der Familienangehörigen per Definition zu berücksichtigen ist, führt der eingeschränkte Kreis von Familienangehörigen alleine zu keiner Verletzung von Art 8 EMRK.

Der konventionskonforme Zustand hängt somit maßgeblich von Aufenthaltstitel gem § 55 AsylG 2005 ab. Die notwendige Beurteilung orientiert sich neben dem Familienleben stark am Privatleben im Inland und insbesondere an der Dauer des Aufenthalts. Die Abwägungskriterien unüberwindbarer Hindernisse und des Kindeswohls, die in der Judikatur des EGMR bei der Beurteilung positiver Verpflichtungen zur Erteilung eines Aufenthaltstitels aus Gründen von Art 8 EMRK von besonderer Bedeutung sind, fehlen zwar in der demonstrativen Aufzählung von abzuwägenden Kriterien, werden aber in der Rechtsprechung berücksichtigt.

Die Masse an Einzelfalljudikatur erschwert eine abschließende Beurteilung, inwieweit der Judikatur des EGMR auch bei kurzzeitigem Aufenthalt Rechnung getragen und aufgrund des Familienlebens zu familiären Bezugspersonen im Inland Aufenthaltstitel erteilt werden. Der Überblick lässt vermuten, dass dies die Ausnahme ist. Entsprechend wird § 55 AsylG 2005 als ultima ratio[1122] oder auch als absolute Grenze[1123] bezeichnet.

[1121] § 1 Abs 2 NAG; siehe ausführlich etwa *Czech* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, inkl Integrationsgesetz: Kommentar[2] (2019) § 1 NAG Rz 7ff; der AaiS müsste zuerst zurückgezogen werden; ob danach ein Antrag auf einen Aufenthaltstitel nach dem NAG aus dem Inland zulässig ist, richtet sich nach den komplexen Bestimmungen gem § 21 Abs 2 NAG, siehe dazu *Tanzer*, Die Beantragung von Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz im Inland, in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2022 (2022) 119; eine Ausnahme besteht für Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürger:innen; siehe etwa *Czech* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*[2] § 1 NAG Rz 13.
[1122] BVwG 7. 1. 2020, W237 2214519-1; vgl *Niedrist*, Zum Verhältnis des Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG und den aus Art 8 EMRK erwachsenden Rechten, FABL 2021, 170.
[1123] *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (224).

Weiters zeigt die Masse an Einzelfalljudikatur, dass trotz der durch die Judikatur des EGMR sowie durch die innerstaatliche Judikatur immer klarer werdenden Abwägungskriterien[1124], wann ein Aufenthaltstitel aus Gründen von Art 8 EMRK zu erteilen ist, die abschließende Entscheidung dennoch von individuellen Wertungen abhängt.[1125] Dadurch ist es nicht ausgeschlossen, dass unterschiedliche Entscheidungsorgane unter Herzanziehung der gleichen Abwägungskriterien zu unterschiedlichen Entscheidungen gelangen.[1126]

Ein Abwägungsspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK bleibt somit zwar eine grundrechtliche Notwendigkeit, da nicht jede Situation vorhersehbar und einfachgesetzlich zu regeln ist. Wo möglich, sollte dennoch einer entsprechenden umfassenderen einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Vorzug gegeben werden, damit eine entsprechende grundrechtskonforme Abwägung gar nicht erst nötig wird. Besonders in jenen Konstellationen, wo die gesetzlichen Bestimmungen alleine mit großer Wahrscheinlichkeit in Art 8 EMRK unverhältnismäßig eingreifen, wäre es aus Perspektive des Rechts auf Achtung des Familienlebens wünschenswert, den Eingriff einfachgesetzlich vorzubeugen. So etwa bei Eltern-Kind-ähnlichen Verhältnissen von minderjährigen Personen und den für sie verantwortlichen Erwachsenen: Anstatt streng formalistisch auf einen Obsorgebeschluss und eine gesetzliche Vertretung abzustellen, könnte durch Berücksichtigung von faktischen Abhängigkeitsverhältnissen und der Orientierung an der faktischen Übernahme von Verantwortung für Minderjährige innerhalb der Definition von Familienangehörigen vorab ein grundrechtskonformer Zustand gesichert werden. Geboten erscheint dies insbesondere aufgrund des Kindeswohls und des Umstands, dass es sich in solchen Konstellationen um unbegleitete Minderjährige und somit eine besonders vulnerable Personengruppe handelt. Ähnliches gilt für die Ausgestaltung der Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren: Wie aufgezeigt, wäre es möglich, das Ziel des Gesetzgebers zu verfolgen, ohne in die Kernfamilie und das Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Elternteilen einzugreifen.

b) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 2 mit den gleichheitsrechtlichen Anforderungen

i) Differenzierung zwischen „originärem“ und „abgeleitetem“ Status von internationalen Schutzberechtigten

Durch die Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren kommt es zu einer unterschiedlichen Rechtsstellung jener Personen, denen der Status von international Schutzberechtigten originär zuerkannt wurde, und jenen Personen, die diesen Status durch das

[1124] So auch *Chvosta* in *Filzwieser/Kasper* 199 (200).
[1125] Vgl bereits *Pöschl* in *Posch/Schleifer* 104 (114).
[1126] Vgl auch die Gegenüberstellung von *Pöschl* vom Fall *Maslov* vor dem EGMR und den zuvor ergangenen Entscheidungen von VwGH und VfGH; *Pöschl* in *Posch/Schleifer* 104 (110ff); auch wenn der Ausgangssachverhalt lange zurückliegt, treffen die Schlussfolgerungen aus der Gegenüberstellung nach wie vor zu.

Familienverfahren erhielten: Letzteren ist es – mit Ausnahme von Elternteilen an ihre minderjährigen Kinder – nicht möglich, ihren Familienangehörigen als Ankerperson zu dienen, wodurch ihren Familienangehörigen ein Aufenthaltstitel im Rahmen des Familienverfahrens zukäme.

Aus gleichheitsrechtlicher Perspektive ist es irrelevant, ob das Gesetz nur den „Status von Asylberechtigten" bzw von „subsidiär Schutzberechtigten" kennt, wie der VwGH ausfüh t. In beiden Fällen liegt eine Problemstellung vor, die gleichheitsrechtlich zu thematisieren ist: Entweder es werden Personen, die über einen originären Status von international Schutzberechtigten verfügen, anders behandelt als Personen, die über einen abgeleiteten Status von international Schutzberechtigten verfügen, und es stellt sich die Frage, ob die Unterschiede aufgrund des Aufenthaltsstatus die unterschiedliche Behandlung sachlich rechtfertigen kann. Oder es werden Personen, die allgemein über den Status von Asylberechtigten bzw über den Status von subsidiär Schutzberechtigten und somit jeweils über den gleichen Aufenthaltsstatus verfügen, unterschiedlich behandelt, und es ist zu beurteilen, ob trotz des gleichen Aufenthaltsstatus Unterschiede vorliegen, die die unterschiedliche Behandlung sachlich rechtfertigen können. Da bei beiden Zugängen wesentlich ist, inwieweit Unterschiede des Aufenthaltsstatus vorliegen, müssen beide Zugänge zum selben gleichheitsrechtlichen Ergebnis führen, und es reicht die Beurteilung einer Variante aus. Zum besseren Verständnis wird die Differenzierung zwischen „originärem" und „abgeleitetem" Status von Asyl für die gleichheitsrechtliche Beurteilung beibehalten.

Die Differenzierung als solche ist grundsätzlich als sachlich gerechtfertigt zu bewerten: Die Bestimmung zielt darauf ab, Familienangehörigen von Personen, denen internationaler Schutz zuerkannt wurde, zu begünstigen und wie unionsrechtlich geboten ein Aufenthaltsrecht einzuräumen. Der österr Gesetzgeber hat sich in Anlehnung an die Empfehlung der Bevollmächtigtenkonferenz zur Schlussakte zur GFK[1127] dazu entschieden, diesen Familienangehörigen denselben Status einzuräumen wie ihrer Ankerperson. Zwischen Personen, denen aus individuellen Gründen internationaler Schutz originär zuerkannt wurde, und Personen, denen dieser Status aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft abgeleitet wurde, liegt ein wesentlicher Unterschied vor. Dass Letztere nicht in gleicher Weise begünstigt werden und nicht ihrerseits für weitere Familienangehörige Anknüpfungspunkt für ein Aufenthaltsrecht sein können, ist sachlich gerechtfertigt, wenn ihnen nicht aus individuellen Gründen selbst der Status von international Asylberechtigten zuzuerkennen ist. Für diese Personen stehen die allgemeinen Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach dem NAG offen.[1128]

[1127] Vgl Abschnitt II) A) 1) – *Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)*.
[1128] Siehe Unterpunkt IV) D) 2) c) iv) – *Familienzusammenführung nach dem NAG*; sowie allgemeine etwa *Kunesch/Matti* in *Aigner/Erlacher/Forster/Friedrichkeit-Lebmann/Frommelt/Holl/Holzer/Huber/Kunesch/Matti/*

Der Sitz der Rechtswidrigkeit ist deshalb nicht die Differenzierung zwischen „originärem“ und „abgeleitetem“ Status von international Schutzberechtigten – sondern, wie bereits zuvor aufgezeigt,[1129] die unionsrechtswidrige Verweigerung der individuellen Überprüfung.

ii) Ergebnis

Die Differenzierung von „originärem“ und „abgeleitetem“ Status von international Schutzberechtigten ist grundsätzlich sachlich gerechtfertigt; daher liegen mit Blick auf die Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen in der Phase 2 keine ungerechtfertigten Differenzierungen vor. Die generelle Differenzierung hinsichtlich der Dauer der Aufenthaltsberechtigung von subsidiär Schutzberechtigten und Asylberechtigten ist nicht Teil der vorliegenden Arbeit und führt zu keiner Differenzierung der Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen.

4) Ausblick auf die Status-VO

a) Familienangehörigenbegriff iSd Status-VO

Mit dem Beschluss des neuen Migrations- und Asylpakets soll die Status-RL durch die Status-VO ersetzt werden.[1130] Dadurch erübrigt sich zukünftig eine Umsetzung der unionsrechtlichen Bestimmungen weitgehend, wie sie sich derzeit im AsylG 2005 befindet; stattdessen ist zwei Jahre nach dem Inkrafttreten die Status-VO[1131] unmittelbar von den MS anzuwenden.

Nach dem Vorschlag der Kommission zur Status-VO hätte der Familienangehörigenbegriff keine großen Veränderungen erfahren: Die einzige vorgesehene Änderung bestand darin, dass die Familie wie auch in der Asyl- und Migrationsmanagement-VO[1132] nur mehr vor Ankunft im Hoheitsgebiet der MS bestehen muss und nicht bereits im Herkunftsstaat.[1133]

Nach der Fassung, die das Europäische Parlament angenommen hat, erfährt der Familienangehörigenbegriff mit der Status-VO nun mehr in zwei Aspekten wesentliche Änderungen:

Zunächst soll der Familienangehörigenbegriff dahingehend erweitert werden, dass nicht nur minderjährige Kinder als Familienangehörige zu qualifizieren sind, sondern auch erwachsene Kinder, wenn sie von ihren Elternteilen abhängig sind.[1134] Ein erwachsenes Kind ist nur dann als

Mittermüller/Reithmayer-Ebner[4] 189; *Muzak* in *Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek*[2] 167.

[1129] Punkt IV) C) 2) e) – *Individuelle Prüfung der Anträge auf internationalen Schutz im Familienverfahren.*

[1130] Tatsächlich war die Status-VO bereits Teil der Reformbestrebungen 2015/16 und wurde im Asyl- und Migrationspaket wieder aufgenommen; COM(2020) 609 final, 5, 13.

[1131] Art 42 Status-VO (Standpunkt Parlament); die Kommission plante ursprünglich, die VO schon sechs Monate nach dem Inkrafttreten anzuwenden, vgl Art 46 Status-VO (Vorschlag Kommission).

[1132] Vgl Unterpunkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO.*

[1133] Art 2 Z 9 Status-VO (Vorschlag Kommission).

[1134] Art 3 Abs 9 lit b Status-VO (Standpunkt Parlament).

abhängig zu beurteilen, wenn es sich nicht selbst erhalten kann aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustandes, der mit einer nicht nur vorübergehenden schweren Krankheit oder einer schweren Behinderung zusammenhängt. Die Abhängigkeit ist individuell zu beurteilen.[1135] Die Erweiterung um abhängige erwachsene Kinder ist aus Perspektive von Art 8 EMRK zu begrüßen: Sie berücksichtigt den Umstand, dass das Familienleben gem Art 8 EMRK von Eltern und erwachsenen Kindern in Fällen besonderer Abhängigkeit, die über die übliche, gefühlsmäßige Zuneigung hinausgeht, fortbesteht.[1136] Andere Abhängigkeitsverhältnisse, wie etwa zwischen Kindern und Großeltern, werden weiterhin vom Familienangehörigenbegriff nicht erfasst.[1137] Dadurch besteht weiterhin ein Notwendigkeit, einen Ermessenspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK vorzusehen, um weiteren familiären Bezugspersonen im Einzelfall einen Aufenthalt zu gewähren.[1138]

Nach dem Standpunkt des Parlaments soll weiters zukünftig konkretisiert werden, dass nur dann von verheirateten Minderjährigen auszugehen ist, wenn die Ehe des Minderjährigen im Einklang mit dem nationalen Recht des jeweiligen MS steht, wäre sie dort geschlossen worden.[1139]. Dadurch ist im Anwendungsbereich der Status-VO die Gültigkeit von Kinderehen nach den Regeln des internationalen Privatrechts zu beurteilen[1140], sondern nach den nationalen Rechtsvorschriften unter der Fiktion, die Kinderehe wäre dort geschlossen worden.

Hinsichtlich Ehegatt:innen und Lebensgefährt:innen bleibt der Familienangehörigenbegriff nach der Status-VO unverändert: Ob Lebensgefährt:innen als Familienangehörige zu qualifizieren sind, richtet sich auch zukünftig nach der innerstaatlichen Rechtslage.[1141] Der Begriff „Ehegatte" innerhalb der Status-VO wird wie innerhalb der Dublin-III-VO unionsautonom auszulegen sein und gleichgeschlechtliche als auch verschiedengeschlechtliche verrechtlichte Beziehungen umfassen.[1142] Während die Status-RL aber zur Mehrehe schwieg, soll die Status-VO nach der angenommenen Fassung des Parlaments zukünftig klarstellen, dass die MS selbst entscheiden können, inwieweit sie die Bestimmungen der Status-VO auf Mehrehen sowie Kinder aus einer

[1135] ErwGr 17 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1136] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) v) – *Beziehung zwischen Eltern und Kindern*.
[1137] Nach ErwGr 19 Status-RL sowie ErwGr 16 Status-VO (Vorschlag Kommission) sollten die MS allgemein Umstände der Abhängigkeit und des Kindeswohles berücksichtigen und den Familienangehörigenbegriff entsprechend erweitern; diese ErwGr sind in der angenommenen Fassung des Parlaments entfallen und den ErwGr zur Abhängigkeit von erwachsenen Kindern zu ihren Eltern gewichen.
[1138] Vgl Punkt IV) C) 3) a) – *Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 2 mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK*.
[1139] Art 3 Abs 9 lit b und c Status-VO (Standpunkt Parlament); ob die Kinderehe mit den nationalen Anforderungen vereinbar ist, ist im Einzelfall zu beurteilen; wenn aufgrund des Kindeswohles die familiäre Einheit eines verheirateten minderjährigen Kindes mit den Eltern gewahrt werden soll, soll der Eheteil des Kindes gem ErwGr 20 Status-VO (Standpunkt Parlament) kein Aufenthaltsrecht nach der Status-VO erlangen.
[1140] Vgl Abschnitt IV) A) 2) – *Rechtliche Anerkennung von Familienangehörigen*.
[1141] Art 2 Z 9 lit a Status-VO (Vorschlag Kommission); Art 3 Abs 9 lit a Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1142] Vgl Unterpunkt IV) B) 3) b) ii) – *Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften.*

Mehrehe anwenden; die Bestimmungen zur Wahrung der familiären Einheit sollen nicht in die Werte und Prinzipien der MS eingreifen.[1143] Weiters soll die Status-VO daraufhin weisen, dass sich die Bestimmung zur Wahrung der familiären Einheit echte familiäre Beziehungen adressiert; Zwangsehen oder Aufenthaltsehen sollen nicht in den Genuss der Begünstigungen kommen.[1144]

Durch den Verordnungs-Charakter ist eine Klärung durch den EuGH in der Zukunft zu erhoffen, wer als verantwortlicher Erwachsener für eine minderjährige Person gilt: Ist tatsächlich auf eine gesetzliche Vertretung abzustellen (und nicht auf eine faktische Übernahme der Verantwortung für eine minderjährige Person), bleibt die innerstaatliche Rechtslage weiterhin relevant, da sich das Personenstandsrecht der Kompetenz des Unionsrechtsgesetzgebers entzieht.[1145]

Anders als nach der derzeitigen innerstaatlichen Rechtslage sind nach der Status-VO wie auch nach der Status-RL nur verantwortliche Erwachsene Familienangehörige von minderjährigen Ankerpersonen; minderjährige Personen sind aber keine Familienangehörige von verantwortlichen Erwachsenen, denen internationaler Schutz zuerkannt wurde. Dadurch erfährt der Familienangehörigenbegriff für die Phase 2 gegenüber der derzeit geltenden innerstaatlichen Rechtslage grundsätzlich eine Einschränkung. Allerdings überlässt die Status-VO den MS weiterhin die Möglichkeit, nahen Verwandten ebenso ein Aufenthaltstitel wie Familienangehörigen einzuräumen, sofern sie vor der Ankunft des Antragstellers im Hoheitsgebiet der MS in einem Familienverband lebten und von der Ankerperson abhängig sind.[1146] In Anbetracht der Entscheidung des VfGH erscheint es gleichheitsrechtlich iSd Grundsatzes der doppelten Bindung[1147] geboten, zumindest in den Fällen, in denen diese Voraussetzungen sowie ein Eltern-Kind-ähnliches Verhältnis vorliegen, von dem unionsrechtlich gewährten Gestaltungsspielraum Gebrauch zu machen und diesen nahen Verwandten wie Familienangehörigen einen Aufenthaltstitel einzuräumen. Aufgrund dieses vorgesehenen Gestaltungsspielraums ist es unwahrscheinlich, dass der EuGH eine Gleichheitswidrigkeit gem Art 20 GRC in der Definition von Familienangehörigen iSd Status-VO erblickt, wie es der VfGH für § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005

[1143] ErwGr 18 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1144] ErwGr 19 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1145] Vgl EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385 Rz 37; neu ist die Klarstellung, dass auch erwachsene Geschwister verantwortliche Erwachsene sein können; Art 3 Abs 9 lit c 18 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1146] Siehe Art 25 Abs 6 Status-VO (Vorschlag Kommission) sowie Art 23 Abs 7 Status-VO (Standpunkt Parlament); nach der Kommission hätten die MS auch ausdrücklich auf das Bestehen der Familie im Herkunftsstaat abstellen können, diese Möglichkeit entfällt nach dem Standpunkt des Parlaments. Weiters stellte der Vorschlag der Kommission auf ein Abhängigkeitsverhältnis ab, das bestand als die betroffenen Personen zusammenlebten – nach der angenommenen Fassung des Parlaments ist ein gegenwärtiges Abhängigkeitsverhältnis maßgeblich. Schließlich konkretisiert die angenommene Fassung des Parlaments, dass die MS verheiratete Minderjährige wie Familienangehörige begünstigen können, wenn es dem Kindeswohl dient.
[1147] Siehe bereits Punkt III) C) 3) b) – *Verhältnis von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten und Unionsgrundrechten im Anwendungsbereich des Unionsrechts*.

feststellte, weil nur verantwortliche Erwachsene Familienangehörige von minderjährigen Ankerpersonen sind und nicht umgekehrt.[1148]

b) Aufenthaltstitel für Familienangehörige - Familienverfahren

Die Erteilung von Aufenthaltstitel für Familienangehörige von international Schutzberechtigten soll sich auch gem der Status-VO weiterhin nach dem nationalen Recht richten.[1149] Ob das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 weiterhin unionsrechtskonform bleibt,[1150] ist fraglich: Die Günstigkeitsklausel der Status-RL entfällt. Zwar legte die Kommission in ihren Erläuterungen zum Vorschlag den Willen dar, in einem ErwGr klarzustellen, dass nationale Maßnahmen, die über die Status-VO hinausgehen, zulässig sein sollen, sofern sie die Anwendung der Status-VO nicht konterkarieren;[1151] ein entsprechender ErwGr fehlt aber im Vorschlag schließlich. Er wäre auch konträr zum Ziel der Status-VO, Unterschiede innerhalb der MS abzubauen, die Anreize für Sekundärmigration sind.[1152]

Statt der Günstigkeitsklausel bestimmt die Status-VO, dass nationale humanitäre Aufenthaltstitel für Personen, denen kein internationaler Schutz zuzuerkennen ist, weiterhin möglich sind, sofern keine Verwechslungsgefahr mit internationalem Schutz besteht.[1153] Eine Regelung, wie sie § 55 AsylG vorsieht, kann daher fortbestehen. Ein solcher humanitärer Aufenthaltstitel, der eine Abwägung zu Gunsten von Art 8 EMRK ermöglicht, ist grundrechtlich entsprechend der zuvor vorgenommenen Untersuchung auch weiterhin notwendig. Der Aufenthaltstitel für Familienangehörige iSd Status-VO selbst ist allerdings kein humanitärer Titel. Aus dem Gebot, Verwechslungen zu vermeiden, ergibt sich daher keine unionsrechtliche Unzulässigkeit, Familienangehörigen denselben Aufenthaltstitel wie international Schutzberechtigten zu erteilen. Jedenfalls müssten die Bestimmungen, die für die Erteilung der Aufenthaltstitel für Familienangehörige auf das nationale Recht verweisen,[1154] selbst dahingehend ausgelegt werden, dass eine nationale Bestimmung wie § 34 AsylG 2005, wonach Familienangehörigen derselbe Status für das Aufenthaltsrecht zuerkannt wird wie der international schutzberechtigten Person selbst, unionsrechtlich zulässig ist.

Durch den ausdrücklichen Wortlaut der Status-VO[1155] ist weiterhin für jede Person individuell zu prüfen, ob Gründe für die Zuerkennung von internationalem Schutz vorliegen; erst wenn dies

[1148] Vgl Unterpunkt IV) C) 2) a) i) – *Familienangehörige iSd AsylG 2005*.
[1149] Art 25 Abs 1 Status-VO (Vorschlag Kommission); Art 23 Abs 1 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1150] Zur Unionsrechtskonformität iSd Status-RL siehe Punkt IV) C) 2) b) – *Grundsätze des Familienverfahrens*.
[1151] COM(2016) 466 final 14.
[1152] Vgl ErwGr 3 Status-VO (Vorschlag Kommission); ErwGr 3 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1153] Art 3 Abs 2 Status-VO (Vorschlag Kommission); Art 2 Abs 2 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1154] Sprich Art 25 Abs 1 Status-VO (Vorschlag Kommission) bzw Art 23 Abs 1 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1155] Art 25 Abs 1 Status-VO (Vorschlag Kommission); Art 23 Abs 1 Status-VO (Standpunkt Parlament).

verneint wird, kommt im Anschluss ein Aufenthaltstitel aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft nach der jeweiligen nationalen Ausgestaltung in Frage.

5) Fazit und abschließende Bemerkungen zur Phase 2: Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland

Die Status-RL bewirkt eine Harmonisierung dahingehend, dass Familienangehörigen von international Schutzberechtigten, die sich im selben MS wie ihre Ankerperson aufhalten, ein Aufenthaltstitel zu erteilen ist – unabhängig von einem allfälligen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gem Art 8 EMRK im Einzelfall. Für diese Familienangehörigen verankert die Status-RL sowie zukünftig die Status-VO ein subjektives Recht auf Erteilung eines Aufenthaltstitels. Dadurch geht die Status-RL und zukünftig die Status-VO über Art 8 EMRK hinaus. Weiters verbleibt den MS ein Ermessensspielraum, weiteren familiären Bezugspersonen einen Aufenthaltstitel zuzuerkennen, wobei im Fall der Status-VO jedenfalls ein Abhängigkeitsverhältnis für die Erweiterung des Kreises von Familienangehörigen vorliegen wird müssen. Humanitäre Aufenthaltsrechte, wie sie etwa § 55 AsylG 2005 vorsieht, bleiben unionsrechtlich zulässig und grundrechtlich erforderlich. Trotz des eingeschränkten Familienangehörigenbegriffs ist die Status-RL selbst mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand nicht grundrechtlich zu beanstanden.

Auch die innerstaatliche Umsetzung entspricht per se den grundrechtlichen Anforderungen durch die Möglichkeit, im Rahmen von § 55 AsylG 2005 eine Abwägungsentscheidung zwischen den individuellen Interessen am Aufenthalt aus Gründen des Familienlebens iSv Art 8 EMRK und den öffentlichen Interessen zu treffen. Durch den engen Familienangehörigenbegriff sowie der Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren ist eine Abwägungsentscheidung gem § 55 AsylG 2005 auch in Konstellationen notwendig, in denen ein schwerer Eingriff abzusehen ist, etwa weil minderjährige Personen oder die Kernfamilie betroffen sind. Durch eine Ausweitung des Familienangehörigenbegriffs und durch eine Anpassung der Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren könnte diesen Eingriffen vorgebeugt und dadurch die Verwaltungsbehörden und Gerichte entlastet werden, da sich eine Abwägungsentscheidung erübrigen würde.

Die Auslegung des VwGH[1156] hinsichtlich des tatsächlichen Bestehens von Familienleben unterwandert eben jenes subjektive Recht, dass die Status-RL verankert: Entgegen der Auslegung des EuGH und dem Willen des Gesetzgebers fordert der VwGH eine Beurteilung über das Bestehen eines Familienlebens in Konstellationen, in denen das Unionsrecht den Familienangehörigen einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel sichert. Die Prüfung eines tatsächlichen Familienlebens in

[1156] Vgl Punkt IV) C) 2) f) – *Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienverfahren*; VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105.

Fällen, in denen ein subjektives Recht allein aufgrund der definierten Familienangehörigeneigenschaft besteht, gefährdet den Vorteil, den die Definition von Familienangehörigen verschafft: Dass gerade kein Familienleben iSv Art 8 EMRK im Einzelfall geprüft werden muss.

Die innerstaatliche Ausgestaltung entspricht auch den gleichheitsrechtlichen sowie den prozeduralen Anforderungen, die in Teil III) der vorliegenden Arbeit erarbeitet wurden. Während die Status-RL und die innerstaatliche Ausgestaltung mit den grundrechtlichen Anforderungen vereinbar ist, führt die Auslegung des VwGH zu teilweise unionsrechtswidrigen Ergebnissen, insbesondere hinsichtlich der Beurteilung, inwieweit individuelle Gründe für internationalen Schutz zu beurteilen sind, wenn einer Person bereits ein Aufenthaltstitel als Familienangehöriger erteilt wurde.

Durch das Familienverfahren, nachdem Familienangehörigen derselbe Status wie der Ankerperson zuzuerkennen ist, geht die innerstaatliche Rechtslage über die Status-RL hinaus und folgt der Empfehlung der Schlussakte der Bevollmächtigtenkonferenz zur GFK. Allerdings sind nur Mitglieder der Kernfamilie sowie gesetzliche Vertreter:innen als Familienangehörige Teil des Familienverfahrens. Andere familiäre Bezugspersonen, auch wenn sie sich ursprünglich in einem anderen MS aufhielten und nach Österreich aufgrund der Dublin-III-VO überstellt wurden, sind vom Familienverfahren nicht erfasst.[1157] Die AaiS von familiären Bezugspersonen, die keine Familienangehörige per Definition gem § 2 Z 22 AsylG 2005 sind, sind eigenständig zu prüfen; sie sind nicht Teil eines Familienverfahrens.

In den ErwGr weist die Status-RL[1158] und zukünftig die Status-VO[1159] ausdrücklich darauf hin, dass Familienangehörige allein aufgrund der Tatsache, mit einer international schutzberechtigten Person verwandt zu sein, in der Regel gefährdet sind in einer Art und Weise verfolgt zu werden, sodass ein Grund für die Zuerkennung von internationalem Schutz vorliegen kann. Dieser Grundsatz gilt auch für Familienmitglieder, die keine Familienangehörige per Definition sind.

Der angesprochene Grund ist insbesondere jener der Zugehörigkeit der sozialen Gruppe; wie schon erläutert ist die soziale Gruppe der „Familie“ in der Staatenpraxis vielfach anerkannt.[1160] Beruht die persönliche Verfolgung einer asylsuchenden Person auf der Eigenschaft, Teil der bedrohten Familie zu sein, so kann diesem Umstand Asylrelevanz zukommen. Dadurch kann sich das

[1157] Befinden sich Familienangehörige in Österreich, für die das Familienverfahren anzuwenden wäre, aber Österreich für ihr Asylverfahren nach der Dublin-III-VO nicht zuständig ist, so verpflichtet nach der Judikatur des VwGH die Anwendbarkeit des Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 zum Selbsteintritt gem Art 17 Dublin-III-VO, vgl etwa VwGH 15. 12. 2015, Ra 2015/18/0192; 27. 6. 2017, Ra 2016/18/0277; 26. 4. 2021, Ra 2021/14/0015.
[1158] ErwGr 36 Status-RL.
[1159] ErwGr 38 Status-VO (Vorschlag Kommission); ErwGr 58 Status-VO (Standpunkt Parlament).
[1160] Siehe bereits Kapitel II) A) – *Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)* sowie II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben*.

Fluchtvorbringen von Mitgliedern der Familie, auch wenn sie keine Familienangehörige per Definition sind, auf das Asylverfahren anderer Familienmitglieder auswirken[1161] und in der Konsequenz auf deren potenzielles Aufenthaltsrecht als international Schutzberechtigte.

D) Phase 3: Familienzusammenführung[1162]

1) Grundlegende Vorgaben nach der Familienzusammenführungs-RL

a) Allgemeines

Während das vorhergehende Kapitel sich mit dem Familienangehörigenbegriff und dem Familienverfahren in der Phase 2 befasste und somit mit Konstellationen, in denen sich Ankerpersonen sowie Familienangehörige gemeinsam im Inland aufhalten, widmet sich das vorliegende Kapitel jenen Konstellationen, in denen sich Familienangehörige bzw familiäre Bezugspersonen im Herkunftsstaat bzw in einem anderen auswärtigen Staat befinden. Unionsrechtlich maßgeblich ist hierfür in erster Linie die Familienzusammenführungs-RL, welche die Bedingungen für die Ausübung des Rechtes auf Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet der MS aufhalten, und ihren Familienangehörigen regelt.[1163]

Ganz allgemein verankert die Familienzusammenführungs-RL ein subjektives Recht auf Familienzusammenführung, sofern die jeweiligen gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind.[1164] Dadurch geht die Familienzusammenführungs-RL über die Anforderungen von Art 8 EMRK hinaus, wonach nur unter spezifischen Umständen im Einzelfall ein Recht auf Familienzusammenführung zur effektiven Achtung des Familienlebens besteht.[1165]

[1161] VfGH 20. 2. 2014, U 1067/2012; 19. 2. 2015, E 1045/2014; 18. 9. 2015, E 1174/2014; VwGH 15. 12. 2010, 2007/19/0265; EuGH C-652/16, *Ahmedbekova,* ECLI:EU:C:2018:801 Rz 50; GA *Mengozzi*, SA zu C-652/16, *Ahmedbekova*, ECLI:EU:C:2018:514 Rz 32f; *Gachowetz/Schmidt/Simma/Urban*, Asyl 89, 159ff; *Hembach/Thaler/Nedwed* in *Filzwieser/Kasper* 151 (178f) mwN.

[1162] Teilweise wurden Erkenntnisse aus diesem Kapitel bereits publiziert; siehe *Bauer,* migraLex 2022, 34; *Bauer,* juridikum 2023, 384.

[1163] Vgl Art 1 Familienzusammenführungs-RL; nicht maßgeblich ist die Familienzusammenführungs-RL für Unionsbu¨ger:innen; ihr Recht auf „Familienzusammenführung" bzw das Freizügigkeitsrecht ihrer Familienangehörigen richtet sich nach der Unionsbürger-RL bzw unter Umständen ebenso nach den primärrechtlichen Anforderungen gem Art 20, 21 AUEV; siehe dazu weiterführend *Wapler* in *Wollenschläger et al* 263.

[1164] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 60; C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577 Rz 26; C-1/23, *Afrin,* ECLI:EU:C:2023:296 Rz 42; *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Family Reunification Directive Art 4 Rz 3 mwN; *Groenendijk*, Europarechtliche Vorgaben für das Recht auf Familieneinheit, in *Barwig/Brinkmann/Beichel-Benedetti* (Hrsg), Perspektivwechsel im Ausländerrecht? (2007) 177 (179); *Walter*, § 24 Das Recht auf Familienzusammenführung, in *Wollenschläger et al* (Hrsg), Europäischer Freizügigkeitsraum - Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 885 (Rz 5).

[1165] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 59f; *Bast*, Aufenthaltsrecht 196; *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law[2] 129; *Groenendijk* in *Barwig/Brinkmann/Beichel-Benedetti* 177 (180ff); *Walter* in *Wollenschläger et al* 885 (Rz 5); vgl auch bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (388).

Die Familienzusammenführungs-RL schenkt Asylberechtigten wegen der Fluchtgründe, die sie an der Fortsetzung eines Familienlebens hindern, besondere Aufmerksamkeit und räumt ihnen deshalb eine begünstigte Stellung ein:[1166]

So dürfen die MS bei Drittstaatsangehörigen für die Gewährung der Familienzusammenführung verlangen, dass die Ankerperson – also jene drittstaatsangehörige Person, die sich bereits rechtmäßig im Inland aufhält und zu der Familienangehörige die Zusammenführung anstreben – über eine ortsübliche Unterkunft, Krankenversicherung und feste, regelmäßige Einkünfte (Erteilungsvoraussetzungen) verfügt.[1167] Für Asylberechtigte dürfen solche Erteilungsvoraussetzungen grundsätzlich[1168] nur dann verlangt werden, wenn der Antrag auf Familienzusammenführung erst drei Monate nach der Zuerkennung des Status von Asylberechtigten eingebracht wird; ist die verspätete Antragstellung auf objektiv entschuldbare Umstände zurückzuführen, so ist nach der Judikatur des EuGH von der Erfüllung der Erteilungsvoraussetzungen weiterhin abzusehen.[1169] Während die MS bei Drittstaatsangehörigen das Recht auf Familienzusammenführung für die Dauer eines zweijährigen bzw unter Umständen dreijährigen[1170] rechtmäßigen Aufenthalts hemmen können, ist bei Asylberechtigten eine Wartefrist beim Recht auf Familienzusammenführung unzulässig.[1171] Weiters sind günstigere Mindestanforderungen an den Familienangehörigenbegriff von Asylberechtigten vorgesehen; dies wird im nächsten Punkt aufgezeigt.[1172]

Vor der Zuerkennung des Status von Asylberechtigten verleiht die RL kein Recht auf Familienzusammenführung.[1173]

Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission zur Familienzusammenführungs-RL erfasste auch Personen, mit Formen von subsidiären Schutz; diese wollte man wie Asylberechtigte begünstigen.[1174] Im Zuge der vielen Verhandlungen zur Familienzusammenführungs-RL wurden Personen mit subsidiären Schutz schließlich vom Anwendungsbereich der

---

[1166] ErwGr 8 Familienzusammenführungs-RL; vgl auch EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248 Rz 32; C-519/18, *TB/Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal,* ECLI:EU:C:2019:1070 Rz 36.

[1167] Art 7 Abs 1 Familienzusammenführungs-RL.

[1168] Die MS können die Erteilungsvoraussetzungen innerhalb der ersten drei Monate nach Zuerkennung des Status dann verlangen, wenn die Familienzusammenführung auch in einem anderen Drittstaat möglich wäre, zu dem eine besondere Bindung der betroffenen Personen besteht, vgl Art 12 Abs 1 Familienzusammenführungs-RL.

[1169] Art 12 Abs 1 Familienzusammenführungs-RL; EuGH C-380/17, *K und B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:877 Rz 66.

[1170] Eine dreijährige Wartefrist ist für jene MS möglich, die eine Berücksichtigung der Aufnahmefähigkeit bei Familienzusammenführungen bereits vor der RL vorsahen.

[1171] Art 8 und 12 Abs 2 Familienzusammenführungs-RL; zudem dürfen bei Asylberechtigten keine Integrationserfordernisse vor der Gewährung der Familienzusammenführung verlangt werden; Art 7 Abs 2 Familienzusammenführungs-RL.

[1172] Punkt IV) D) 1) b) – *Familienangehörige iSd Familienzusammenführungs-RL*.

[1173] Art 3 Abs 2 lit a Familienzusammenführungs-RL.

[1174] Vgl KOM(1999) 638 endg.

Familienzusammenführungs-RL ausgenommen.[1175] Die Ausnahme erfolgte zu einem Zeitpunkt, indem noch keine unionsrechtliche Harmonisierung zu subsidiären Schutz bestand: Die Familienzusammenführungs-RL wurde 2003 erlassen und somit bereits vor der ersten Fassung der Status-RL 2004 (alt), mit der erstmals der subsidiäre Schutzstatus unionsrechtlich eingeführt wurde.[1176] Mehrfach setzte sich die Kommission seither für eine Gleichstellung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführungs-RL ein und betonte, dass sich die Schutzbedürfnisse von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten ihrer Auffassung nach nicht unterscheidet.[1177] Eine Novellierung blieb aber bisher aus; mitunter, weil eine Konsultierung unterschiedlicher Interessensträger:innen durch die Kommission 2011[1178] ergab, dass kein Konsens für eine Novellierung der RL besteht. Statt einer Novelle erließ die Kommission schließlich Leitlinien zur Anwendung der RL.[1179]

Für subsidiär Schutzberechtigte und ihre Familienangehörige existiert folglich kein unionsrechtlich verankertes Recht auf Familienzusammenführung.[1180] Die MS sind dadurch frei, das Recht auf Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten innerhalb des nationalen Rechts zu gestalten; die grundrechtlichen Anforderungen nach der EMRK sind für sie dennoch weiterhin beachtlich.[1181] Sofern ein MS die Familienzusammenführungs-RL für subsidiär Schutzberechtigte für unmittelbar und unbedingt anwendbar erklärt und ihnen basierend auf der RL ein Recht auf Familienzusammenführung einräumt, sieht sich der EuGH für die Auslegung der RL dennoch zuständig.[1182] Jene MS, die subsidiär Schutzberechtigte nach Maßgabe der RL zur Familienzusammenführung berechtigten, sind dadurch an die Auslegung der RL durch den

[1175] Art 3 Abs 2 lit c Familienzusammenführungs-RL, vgl auch EuGH C-380/17, *K und B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:877 Rz 32ff; C-635/17, *E/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2019:192 Rz 33f; vgl *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Family Reunification Directive Art 1 Rz 7ff, die eingehend die Entstehung der RL und die Wandlung der Entwürfe zur RL schildern.

[1176] Vgl EuGH C-380/17, *K und B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:877 Rz 39; GA *Hogan*, SA zu C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE*, ECLI:EU:C:2021:247 Rz 54; *Bauloz/Ruiz* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 240 (246); siehe auch *Bast,* ZAR 2018, 41 (45), der das Fehlen des Rechts auf Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten als planwidrige Lücke bezeichnet und in den Raum stellte, dass der von der Familienzusammenführungs-RL ausgenommene subsidiäre Schutz ein anderer als jener nach der Status-RL sein könne; diese Ansicht ist weder mit der Judikatur des EuGH noch mit Blick auf die Entstehung vereinbar.

[1177] So bereits im ersten Bericht der Kommission zur Anwendung der RL KOM(2008) 610 endg 5, bevor mit dem sog Stockholmer Programm (ABl 2010 C 115/32) generell die Schaffung eines einheitlichen Status für Personen, denen Asyl oder subsidiärer Schutz gewährt wird, als Ziel der EU erklärt wurde; weiters COM(2014) 210 final 29; COM(2019) 162 final 4; vgl auch *Walter* in *Wollenschläger et al* 885 (Rz 24); *Bauer,* juridikum 2023, 384 (390).

[1178] Siehe Grünbuch KOM(2011) 735 endg.

[1179] COM(2014) 210 final 2; vgl *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law[2] 131; *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 1 Rz 11.

[1180] Vgl *Bauloz/Ruiz* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 240 (246); *Walter* in *Wollenschläger et al* 885 (Rz 24).

[1181] Vgl bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (389).

[1182] EuGH C-380/17, *K und B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:877 Rz 34ff; C-635/17, *E/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2019:192 Rz 35ff; vgl bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (389).

EuGH[1183] gebunden und nach den allgemeinen Grundsätzen zur Stellung von Vorabentscheidungsersuchen verpflichtet.[1184] Berechtigt ein MS subsidiär Schutzberechtigte in gleicherweise zur Familienzusammenführung, wie Asylberechtigte nach der Familienzusammenführungs-RL zu berechtigen sind, geht der EuGH davon aus, dass der MS die RL für unmittelbar und unbedingt für anwendbar erklärte.[1185]

Nachdem der Verhandlungsprozess der Familienzusammenführungs-RL abgeschlossen war, wendete sich das Europäische Parlament mit Bedenken an den EuGH, ob gewisse Bestimmungen[1186] mit Art 8 EMRK vereinbar sind.[1187] In der folgenden Entscheidung bestätigte der EuGH die Grundrechtskonformität der in Frage stehenden Bestimmungen und legte wesentliche Grundsätze für die Anwendung der Familienzusammenführungs-RL fest: Die RL überlasse nach Ansicht des EuGH den MS einen Ermessensspielraum, der sich nicht von jenem Ermessensspielraum, den der EGMR gem Art 8 EMRK gewährt, unterscheidet. Die MS haben in jedem Einzelfall die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen.[1188] Art 5 Abs 5 und Art 17 Familienzusammenführungs-RL führen dazu, dass die MS dabei das Wohl des Kindes, die Art und Stärke der familiären Bindung, die Dauer des Aufenthalts sowie das Vorliegen familiärer, kultureller und sozialer Bindungen zum Herkunftsstaat bei jedem Antrag gebührend zu berücksichtigen haben.[1189] Der EuGH nahm ausdrücklich auf die Judikatur des EGMR Bezug und betonte, dass die Kriterien gem Art 5 Abs 5 und Art 17 Familienzusammenführungs-RL jenen

[1183] Es ist davon auszugehen, dass den Urteilen des EuGH eine erga omnes-Wirkung zukommt; der EuGH legt im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens dar, wie die jeweilige unionsrechtliche Bestimmung schon seit ihrem Inkrafttreten auszulegen war; vgl *Karpenstein* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (2013 50.EL) Art 267 AEUV Rz 101ff; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 85f; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich und Deutschland[3] (2015) 113ff; *Schima* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (Stand 1. 3. 2020, rdb.at) Art 267 AEUV Rz 197ff.

[1184] Zum Vorlagerecht bzw zur Vorlagepflicht siehe etwa *Karpenstein* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 267 AEUV Rz 15ff, 51ff; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 200ff; *Schima*, Vorabentscheidungsverfahren[3] 50ff; *Schima* in *Jaeger/Stöger* Art 267 AEUV Rz 83ff.

[1185] EuGH C-380/17, *K und B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:877 Rz 37; C-635/17, *E/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2019:192 Rz 38.

[1186] Bedenken hatte das Europäische Parlament an den Art 4 Abs 1 UAbs 2, Art 4 Abs 6 sowie Art 8 Familienzusammenführungs-RL; im Gegensatz zum EuGH erachtete die GA Kokott Art 4 Abs 6 und Art 8 Familienzusammenführungs-RL als rechtswidrig; GA *Kokott*, SA zu C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2005:517 Rz 127.

[1187] ErwGr 2 Familienzusammenführungs-RL betont ausdrücklich die Vereinbarkeit.

[1188] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 62; ausführlich *Walter*, Familienzusammenführung 297ff.

[1189] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 63ff, 87; *Walter* in *Wollenschläger et al* 885 (Rz 28); *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Family Reunification Directive Art 5 Rz 21f; *Bornemann/Klarmann* in *Thym/Hailbronner*, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022) Family Reunification Directive Art 17 Rz 1, 3ff.

Kriterien, die der EGMR in seiner Rechtsprechung heranzieht, entsprechen.[1190] Dadurch wird die Bedeutung der EGMR-Judikatur für die Auslegung der Familienzusammenführungs-RL deutlich.

b) Familienangehörige iSd Familienzusammenführungs-RL

i) Allgemeiner Familienangehörigenbegriff iSd Familienzusammenführungs-RL

Der Familienangehörigenbegriff der Familienzusammenführungs-RL erfuhr im Zuge der Verhandlungen große Veränderungen – aufgrund des Zieles, die Rechte von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürger:innen anzugleichen, sollte der Kreis von berechtigten Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen ursprünglich jenem von Unionsbürger:innen entsprechen.[1191] Dieser Vorschlag stieß auf Widerstand durch die MS, weshalb schließlich nur die Mitglieder der Kernfamilie gem Art 4 Familienzusammenführungs-RL als nachzugsberechtigte Familienangehörige festgelegt wurden.[1192] Daneben erlaubt die Familienzusammenführungs-RL den MS, den Familienangehörigenbegriff unter gewissen Bedingungen zu erweitern sowie gleichzeitig weitere Voraussetzungen an die Familienangehörigeneigenschaft zu knüpfen und dadurch auch zu beschränken.

Zu drittstaatsangehörigen Ankerpersonen nachzugsberechtigt sind jedenfalls Ehegatt:innen und unverheiratete minderjährige Kinder[1193] der Ankerpersonen selbst sowie deren Ehegatt:innen einschließlich adoptierter Kinder.[1194] Die Familienzusammenführung ist diesen Personen unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung der Familie zu gewähren.[1195]

Im Falle einer Mehrehe ist die Zusammenführung nur mit einer Ehegatt:in zulässig; weitere Ehegatt:innen sind nicht nachzugsberechtigt.[1196] Dadurch, dass zumindest ein:e Ehegatt:in einer

---

[1190] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 64; zur Auseinandersetzung mit der EGMR Judikatur siehe dort Rz 54ff.

[1191] KOM(1999) 638 final 9f, 28f; vgl *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 2.

[1192] Vgl *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 2; KOM(2002) 225 endg.

[1193] Die MS können vorsehen, dass die Familienzusammenführung von minderjährigen Kindern nur dann zulässig ist, wenn der Antrag vor Vollendung des 15. Lebensjahres gestellt und der jeweilige MS bereits im Zeitpunkt der Umsetzung der RL eine dahingehende Bestimmung vorsah; vgl Art 4 Abs 6 Familienzusammenführungs-RL; sowohl der EuGH als auch die GA erachteten die Bestimmung vor allem durch den Ermessensspielraum gem Art 5 Abs 5 und Art 17 Familienzusammenführungs-RL als grundrechtskonform, EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 87, 90; GA *Kokott*, SA zu C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2005:517 95f; ausführlich *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 48ff.

[1194] Art 4 Abs 1 lit b – d und UAbs 1 Familienzusammenführungs-RL; unter Umständen müssen weitere Voraussetzungen vorliegen, wie etwa Sorgerecht des Zusammenführenden, Zustimmung des anderen Elternteils, Beschluss über die Adoption oder Unterhaltsgewährung.

[1195] Art 2 lit d Familienzusammenführungs-RL; vgl *Walter* in *Wollenschläger et al* 885 (Rz 26); auch die Erteilungsvoraussetzungen können nicht vom Zeitpunkt, in dem die Familie begründet wurde, abhängig gemacht werden, siehe EuGH C-578/08, *Chakroun,* ECLI:EU:C:2010:117 Rz 59ff, wo auf den Einklang mit Art 8 EMRK hingewiesen wird.

[1196] Art 4 Abs 4 UAbs 1 Familienzusammenführungs-RL; siehe auch *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 40, die in Frage stellen, ob auch der Nachzug mehrerer Ehemänner

Mehrehe nachzugsberechtigt ist, anerkennt die Familienzusammenführungs-RL zumindest bedingt für die Erteilung eines Aufenthaltsrechts nach der RL die rechtlichen Auswirkungen einer Mehrehe, die nach dem Recht des Staates, in dem sie geschlossen wurde, rechtmäßig ist; die Familienzusammenführungs-RL beschränkt nur die Anzahl nachzugsberechtigter Ehegatt:innen der Mehrehe.[1197] Diese Ausgestaltung erfolgte mit dem Gedanken, dass bei einem uneingeschränkten Verbot keine Möglichkeit für die Ankerperson bliebe, ein Familienleben zu führen.[1198] Den MS steht es offen, die Familienzusammenführung von minderjährigen Kindern von weiteren Ehegatt:innen zu beschränken.[1199]

Die MS sind berechtigt, ein Mindestalter von höchstens 21. Lebensjahren der Ehe:gattinnen und der Ankerperson festzulegen, bevor der Eheteil tatsächlich nachziehen darf. Die Bestimmung soll der Integrationsförderung und der Vermeidung von Zwangsehen dienen.[1200]

Hinsichtlich eingetragener Partner:innen überlässt die Familienzusammenführungs-RL es ausdrücklich den MS, ob sie diesen die Familienzusammenführung gemäß der RL gestatten und, ob sie diese so behandeln wie Ehegatt:innen.[1201] Damit unterscheidet sich die Familienzusammenführungs-RL zur Dublin-III-VO und zur Status-RL[1202], die „nur" Ehegatt:innen ausdrücklich als Familienangehörige definieren und zu eingetragenen Partner:innen schweigen. Hinsichtlich des Begriffs „Ehegatte" kann auf die Darstellung und die grundrechtliche Beurteilung zur Phase 1 verwiesen werden: Die grundrechtlichen Anforderungen verlangen, dass der zunächst geschlechtsneutrale Begriff „Ehegatte" sowohl gleich- als auch verschiedengeschlechtliche Ehegatt:innen umfasst.[1203] Daneben gilt es zu untersuchen, ob die Ermessensklausel, wonach es den MS offen steht, eingetragene Partner:innen wie Ehegatt:innen zu behandeln, den grundrechtlichen Anforderungen entspricht bzw inwieweit es sich tatsächlich um eine „Kann"-Bestimmung

---

jedenfalls ausgeschlossen ist; sowie kritisch *Stybnarova*, Teleology Behind the Prohibition of Recognition of Polygamous Marriages Under the EU Family Reunification Directive: A Critique of Rule Effectiveness, Journal of Muslim Minority Affairs 2020, 104, die in dem Ausschluss der Mehrehe eine Benachteiligung von Frauen sieht.

[1197] KOM(1999) 638 endg 17; vgl *Boeles/Heijer/Lodder/Wouters*, European Migration Law[2] 136; *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 43; beachte auch Art 16 Abs 1 lit c Familienzusammenführungs-RL: Wenn einer der beteiligten Personen nachweislich mit einer anderen Person verheiratet ist oder eine auf Dauer angelegte Beziehung führt, können die MS den Nachzug dennoch verweigern.

[1198] KOM(1999) 638 endg 17.

[1199] Art 4 Abs 4 UAbs 2 Familienzusammenführungs-RL.

[1200] Art 4 Abs 5 Familienzusammenführungs-RL; nach dem EuGH steht es den MS dabei frei zu bestimmen, ob das Mindestalter im Zeitpunkt der Antragstellung erfüllt sein muss, EuGH C-338/13, *Noorzia,* ECLI:EU:C:2014:2092; dass ein Mindestalter tatsächlich der Vermeidung von Zwangsehen und der Integrationsförderung dient, wird vielfach bezweifelt, siehe *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 45 mwN; *Peers*, Family Reunion, in *Peers/Guild/Tomkin* (Hrsg), EU immigration and asylum law[2] (2012) 247 (255), der die Regelung vor allem bei gemeinsamen Kindern als problematisch sieht.

[1201] Art 4 Abs 3 Familienzusammenführungs-RL.

[1202] Sowie zukünftig die Asyl- und Migrationsmanagement-VO und die Status-VO.

[1203] Vgl Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO* und Unterpunkt IV) B) 3) b) ii) – *Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften.*

handelt.[1204] Weiters steht es den MS frei, Lebensgefährt:innen, mit denen die Ankerperson nachweislich eine auf Dauer angelegte Beziehung führt, die Familienzusammenführung zu gestatten.[1205]

ii) Besondere Anforderungen an den Familienangehörigenbegriff von asylberechtigten Ankerpersonen

In diesen vorhergehenden dargestellten Aspekten gilt der Familienangehörigenbegriff in gleicher Weise für asylberechtigte Ankerpersonen; darüber hinaus verpflichtet Art 10 Familienzusammenführungs-RL, den Familienangehörigenbegriff bei asylberechtigten Ankerpersonen gegenüber der allgemeinen Begriffsbestimmung zu erweitern bzw untersagt gewisse Einschränkungen:

Insbesondere[1206] müssen die MS bei unbegleiteten minderjährigen Asylberechtigten jedenfalls ihre Elternteile als Familienangehörige zur Familienzusammenführung ohne weitere Voraussetzungen berechtigten; im Rahmen des allgemeinen Familienangehörigenbegriffs für Drittstaatsangehörige können die MS nur dann Elternteile als berechtigte Familienangehörige festlegen, wenn die Ankerperson ihnen Unterhalt gewährt[1207] und die Elternteile im Herkunftsstaat über keine familiären Bindungen mehr verfügt.[1208]

Bei asylberechtigten Ankerpersonen steht es den MS generell frei, weitere, nicht in der allgemeinen Definition genannte familiäre Bezugspersonen als Familienangehörige zu definieren und ihnen die Familienzusammenführung zu gestatten, sofern die asylberechtigte Ankerperson für deren Unterhalt aufkommt.[1209] Bei minderjährigen asylberechtigten Ankerpersonen ist dies sowohl für familiäre Bezugspersonen als auch für gesetzliche Vertreter:innen unabhängig von einer

[1204] Zur grundrechtlichen Beurteilung siehe Unterpunkt IV) D) 3) c) ii) – *Differenzierung zwischen eingetragenen Partner:innen und verheirateten Paaren.*
[1205] Art 4 Abs 3 Familienzusammenführungs-RL.
[1206] Weiters dürfen von Kindern über 12 Jahre von Asylberechtigten keine Integrationserfordernisse verlangt werden, Art 4 Abs 1 UAbs 3, 10 Abs 1 Familienzusammenführungs-RL; der EuGH sowie die GA erachteten Art 4 Abs 1 UAbs 3 Familienzusammenführungs-RL aufgrund des Ermessensspielraums bzw der Verpflichtung zur Beurteilung im Einzelfall gem Art 5 Abs 5 und 17 Familienzusammenführungs-RL als grundrechtskonform; siehe EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 66, 76; GA *Kokott*, SA zu C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2005:517 Rz 86, 89; ausführlich *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 18ff.
[1207] Die Bewertung, wann Unterhalt gewährt wird, orientiert sich stark nach der EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürger-RL, wonach auf eine tatsächliche Abhängigkeit abzustellen ist, vgl COM(2014) 210 final 5ff; *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 15 mwN; die tatsächliche Abhängigkeit erfordert eine Einzelfallprüfung iSv Art 17 Familienzusammenführungs-RL unter Berücksichtigung der speziellen Situation von Asylberechtigten, EuGH C-519/18, *TB/Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal,* ECLI:EU:C:2019:1070 Rz 44ff, 53ff, 73ff.
[1208] Art 4 Abs 2 lit a, 10 Abs 3 lit a Familienzusammenführungs-RL; vgl EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 33; die RL definiert die Elternteile umständlich als „Verwandte in gerader aufsteigender Linie ersten Grades".
[1209] Art 10 Abs 2 Familienzusammenführungs-RL; EuGH C-519/18, *TB/Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal,* ECLI:EU:C:2019:1070 Rz 38.

Unterhaltsgewährung möglich.[1210] Dadurch können die MS den Familienangehörigenbegriff von asylberechtigten Ankerpersonen – bei erwachsenen asylberechtigten Ankerpersonen unter der Voraussetzung der Unterhaltsgewährung – unter Einhaltung der Mindestanforderungen frei gestalten. Bei Drittstaatsangehörigen können die MS nach Maßgabe der RL neben den Elternteilen bei Unterhaltsgewährung sowie Lebensgefährt:innen nur volljährige, unverheiratete Kinder, wenn diese aufgrund ihres Gesundheitszustandes nicht selbst für ihren Unterhalt aufkommen können, über die Mindestanforderungen hinaus ausdrücklich als nachzugsberechtigte Familienangehörige definieren.[1211] Die allgemeine Günstigkeitsregelung der Familienzusammenführungs-RL erlaubt den MS dennoch, allein auf Grundlage ihres nationalen Rechts einen weiteren Kreis Familienangehöriger unabhängig von den Voraussetzungen nach der RL festzulegen.[1212]

Durch das Zusammenspiel von verpflichtenden und fakultativen Bestimmungen hinsichtlich des Familienangehörigenbegriffs und die Begünstigungen für den berechtigten Kreis von Familienangehörigen von asylberechtigten Ankerpersonen sind die Bestimmungen zum Familienangehörigenbegriff der Familienzusammenführungs-RL komplex. Für asylberechtigte Ankerpersonen bzw minderjährige asylberechtigte Ankerpersonen sind nach den verpflichtenden Mindestanforderungen jedenfalls die folgenden Personen als Familienangehörige zu berechtigen:

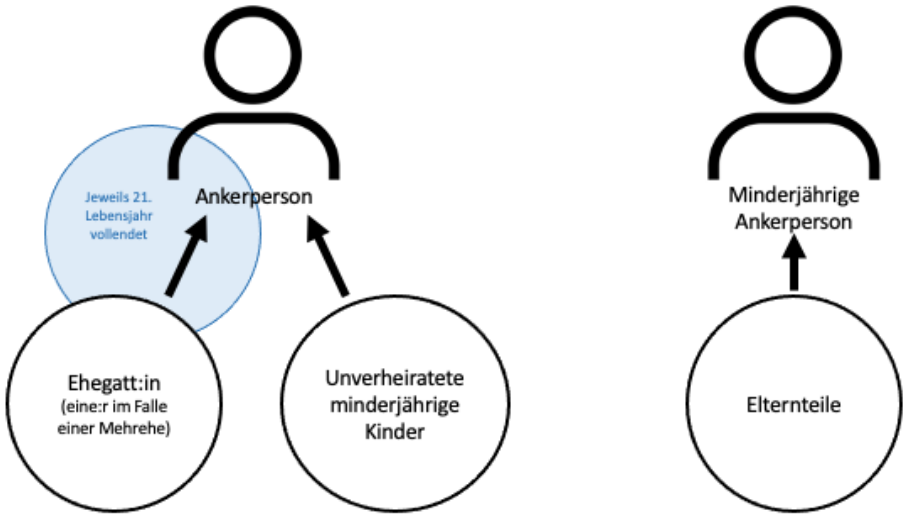


Abbildung 11 - Familienangehörige iSd Familienzusammenführungs-RL, die beim Nachzug zu asylberechtigten Ankerpersonen jedenfalls zu berechtigen sind

Asylberechtigte minderjährige Ankerpersonen müssen nicht unverheiratet sein, damit ihre Familienangehörigen ihr Recht auf Familienzusammenführung ausüben können. Der EuGH betonte

[1210] Art 10 Abs 3 lit b Familienzusammenführungs-RL.
[1211] Ar 4 Abs 2 und Abs 3 Familienzusammenführungs-RL.
[1212] Art 3 Abs 5 Familienzusammenführungs-RL; vgl *Bornemann/Arévalo* in *Thym/Hailbronner*[3] Family Reunification Directive Art 4 Rz 38; *Walter* in *Wollenschläger et al* 885 (Rz 6); vgl EuGH C-519/18, *TB/Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal,* ECLI:EU:C:2019:1070 Rz 42f, 57ff, 72.

in diesem Zusammenhang, dass eine eingegangene Ehe von minderjährigen Kindern auf schwere Formen von Gewalt wie Kinderehen oder Zwangsehen hindeuten kann. Deshalb dient es dem Schutz des Kindes, wenn seinen Elternteilen nicht aufgrund der vom Kind eingegangen Ehe der Familiennachzug verwehrt wird.[1213] Bei Kindern, die den Nachzug zu ihren Eltern begehren, konkretisiert die Familienzusammenführungs-RL demgegenüber, dass sie unverheiratet sein müssen. Dies stellt einen Wertungswiderspruch dar, da die vorhin angeführten Argumente in gleicherweise gelten und zu berücksichtigen sind. Gem Art 5 Abs 5 und Art 17 Familienzusammenführungs-RL sind die MS dennoch verpflichtet, bei einem Antrag auf Familienzusammenführung zu erwägen, ob aus Gründen des Kindeswohls und Art 8 EMRK eine Verpflichtung besteht, dem Antrag stattzugeben. Dabei ist bei einer Kinderehe iSd Auslegung des EuGH zu berücksichtigen, dass diese auf Formen schwerer Gewalt hindeuten kann, und dass das Kind aufgrund dessen dennoch wie ein minderjähriges, unverheiratetes Kind zu behandeln sein kann.

Der EuGH hatte sich kürzlich damit zu befassen, ob auch einer schwerkranken, dauerhaft unterstützungsbedürftigen Schwester einer asylberechtigten, minderjährigen Ankerperson die Familienzusammenführung gemeinsam mit den Eltern zur Ankerperson zu gewähren ist, obwohl sie selbst keine berechtigte Familienangehörige nach der Familienzusammenführungs-RL ist: Der EuGH betonte, dass die Familienzusammenführungs-RL gem Art 7 und Art 24 GRC auszulegen und anzuwenden ist. Dies ergebe sich insbesondere auch aus Art 5 Abs 5 Familienzusammenführungs-RL, wonach die MS Anträge auf Familienzusammenführung unter Berücksichtigung des Kindeswohls und dem Bestreben, das Familienleben zu fördern, prüfen müssen.[1214] Der EuGH wies erneut darauf hin, dass die Familienzusammenführungs-RL die Zusammenführung von Eltern mit ihren asylberechtigten Kindern aufgrund ihrer Schutzbedürftigkeit besonders begünstigen will und sich aus der RL positive Verpflichtungen sowie klar definierte Rechte ergeben, die den MS keinen Ermessensspielraum überlassen.[1215] Wenn der schwerkranken Schwester, die auf die Unterstützung der Elternteile angewiesen ist, nicht mit den Elternteilen die Familienzusammenführung gewährt wird, würde es die asylberechtigte Ankerperson und ihre Eltern an der Ausübung ihres Rechtes auf Familienzusammenführung hindern.[1216] Der unabdingbare Charakter des Rechtes auf Familienzusammenführung nach der RL, die Sicherung deren praktischen Wirksamkeit sowie die Einhaltung der Grundrechte gem Art 7 und

[1213] EuGH C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887 insb Rz 45.
[1214] EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 49f.
[1215] EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 50ff.
[1216] EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 54 ff.

24 GRC gebieten es in einem solchen Fall folglich, auch der unterstützungsbedürftigen Schwester die Einreise und den Aufenthalt zu gewähren.[1217]

Im Ergebnis ist daher unter Umständen weiteren familiären, unterstützungsbedürftigen Bezugspersonen, die keine Familienangehörige iSd Familienzusammenführungs-RL sind, die Einreise und der Aufenthalt zu gestatten, wenn ansonsten die berechtigten Familienangehörigen und die Ankerperson das Recht auf Familienzusammenführung faktisch nicht ausüben können.

2) Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten nach der innerstaatlichen Rechtslage unter Beachtung des Unionsrechts

a) Allgemeines

Grundsätzlich sind sowohl Asyl- als auch subsidiär Schutzberechtigte zur Familienzusammenführung in Österreich berechtigt.[1218] Die maßgebliche Bestimmung zur Familienzusammenführung mit international Schutzberechtigten befinden sich im AsylG 2005 – und somit grundsätzlich getrennt von den allgemeinen Bestimmungen zur Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen, die sich im NAG mit weiteren einwanderungsrechtlichen Regelungen befinden.

Während Asylberechtigten ab dem Zeitpunkt der Statuszuerkennung das Recht auf Familienzusammenführung zusteht, unterliegen subsidiär Schutzberechtigte seit einer Novelle 2016 einer dreijährigen Wartefrist; es besteht keine Sonderregelung, wenn minderjährige Kinder betroffen sind.[1219] Im Rahmen dieser Novelle stellte der österr Gesetzgeber auch ausdrücklich klar, dass die Familienzusammenführungs-RL für subsidiär Schutzberechtigte keine Anwendung findet.[1220] Dadurch ist die Auslegung des EuGH hinsichtlich der Familienzusammenführungs-RL für die Rechtsstellung von subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung nicht maßgeblich.[1221]

Mit derselben Novelle wurde eingeführt, dass Asylberechtigte bei einer Antragstellung nach drei Monaten und subsidiär Schutzberechtigte generell über eine ortsübliche Unterkunft, eine Krankenversicherung sowie über ein ausreichendes Einkommen (Erteilungsvoraussetzungen) für

[1217] EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 57 ff.
[1218] § 35 AsylG 2005.
[1219] BGBl I 2016/24; zuvor war die Beantragung der Familienzusammenführung nach der erstmaligen Verlängerung des Status von subsidiär Schutzberechtigten nach einem Jahr bereits möglich; vgl § 35 Abs 2 AsylG 2005 idF BGBl I 2013/68; vgl *Czech,* FABL 2016, 15 (17, 20ff) der die Wartefrist von Anbeginn als konventionswidrig betrachtete.
[1220] ErläutRV 996 BlgNr 25. GP 5.
[1221] Vgl bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (389f).

die Zulässigkeit der Familienzusammenführung verfügen müssen.[1222] Von der Erfüllung der Erteilungsvoraussetzungen ist abzusehen, wenn es sich bei der international schutzberechtigten Ankerperson um eine unbegleitete minderjährige Person handelt, zu der ein Elternteil nachziehen möchte.[1223] Weiters ist von der Erfüllung der Erteilungsvoraussetzungen ausdrücklich abzusehen, wenn die Gewährung der Familienzusammenführung zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens iSv Art 8 EMRK erforderlich ist.[1224] Entsprechend der EuGH Rechtsprechung[1225] kann von Asylberechtigten die Erfüllung der Erteilungsvoraussetzungen nicht verlangt werden, wenn die Antragstellung nach der Dreimonatsfrist auf objektiv entschuldbaren Gründen beruht.[1226]

b) Familienangehörige, die zur Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 berechtigt sind

Ursprünglich richtete sich der Kreis von Familienangehörigen, die zur Familienzusammenführung mit international Schutzberechtigten berechtigt sind, nach der allgemeinen Legaldefinition des § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005.[1227] Im Jahr 2013 änderte sich dies, und der Familienangehörigenbegriff wurde für die Familienzusammenführung eigens definiert; die Legaldefinition von Familienangehörigen gem § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 kommt daher bei der Familienzusammenführung nicht zur Anwendung.[1228] Gem § 35 Abs 5 AsylG 2005 sind nunmehr die Elternteile von minderjährigen Ankerpersonen[1229], Ehegatt:innen sowie eingetragene Partner:innen und im Zeitpunkt der Antragstellung minderjährige ledige Kinder[1230] von Ankerpersonen nachzugsberechtigte Familienangehörige. § 35 Abs 5 AsylG 2005 äußert sich anders als die Familienzusammenführungs-RL[1231] nicht zum Umgang mit Ehegatt:innen einer Mehrehe: Da die Bestimmung der Umsetzung der Familienzusammenführungs-RL dient, muss

[1222] § 35 Abs 1 und 2 AsylG 2005.
[1223] § 35 Abs 2a AsylG 2005.
[1224] § 35 Abs 4 Z 3 AsylG 2005; die Prüfung orientiert sich an den Maßstäben gem § 9 Abs 2 BFA-VG; der VfGH und der VwGH beachten insb, ob ein Familienleben außerhalb Österreichs möglich ist und ob die Trennung durch die Fluchtgründe bedingt waren; vgl etwa VfGH 30. 9. 2019, E 2226/2019 Rz 20; VwGH 31. 5. 2021, Ra 2020/01/0284; 25. 1. 2022, Ra 2021/19/0146; der Umgang mit Erteilungsvoraussetzungen entspricht den Anforderungen gem Art 8 EMRK; vgl Unterpunkt III) B) 3) d) vi) – *Migrationsrechtliche Erwägungen und Verstöße gegen die öffentliche Ordnung*.
[1225] Siehe bereits Punkt IV) D) 1) a) – *Allgemeines*; EuGH C-380/17, *K und B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:877 Rz 66.
[1226] VfGH 30. 9. 2019, E 2226/2019 Rz 21; VwGH 25. 6. 2019, Ra 2018/19/0568; 15. 4. 2020, Ra 2019/20/0291.
[1227] Vgl § 2 Z 22 iVm § 35 AsylG 2005 idF BGBl I 2005/100 (StF); siehe Unterpunkt IV) C) 2) a) i) – *Familienangehörige iSd AsylG 2005*.
[1228] BGBl I 2013/68; vgl auch VwGH 28. 1. 2016, Ra 2015/21/0230; 28. 3. 2023, Ra 2022/20/0330 Rz 15 mwN; *Czech,* FABL 2016, 31 (33).
[1229] Wie auch nach der Familienzusammenführungs-RL vorgesehen, müssen die minderjährigen Ankerpersonen nicht ledig sein, damit Elternteile zu ihnen nachziehen können; vgl *Bernhart* in *Eppel/Reyhani* (Kap 9.2.2, 9); minderjährig sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben gem § 2 Abs 4 Z 1 NAG iVm § 21 Abs 2 ABGB.
[1230] Der Zeitpunkt der Geburt ist grundsätzlich unerheblich; auch Kinder, die nach dem Verlassen des Herkunftsstaates geboren wurden, sind nachzugsberechtigt; vgl VwGH 28. 1. 2020, Ra 2018/20/0464 Rz 20.
[1231] Und anders als das NAG, siehe dazu Unterpunkt IV) D) 2) d) iv) – *Familienzusammenführung nach dem NAG*.

entsprechend der unionsrechtlichen Vorgabe einer Ehegatt:in der Nachzug gestattet werden, wenn die Ankerperson mit keinem anderen Eheteil bereits in Ehe im Inland lebt.[1232]

Bis 2017 musste die Ehe bzw die eingetragene Partnerschaft bereits im Herkunftsstaat bestehen, damit sich die betroffenen Personen darauf berufen konnten. Wie auch für die allgemeine Legaldefinition von Familienangehörigen im AsylG 2005 wurde dieses Erfordernis ersetzt und es ist nun ausreichend, wenn die Ehe oder eingetragene Partnerschaft vor der Einreise der Ankerperson bestand.[1233] Für die Familienzusammenführung war diese Anpassung unionsrechtlich erforderlich, da nach der Familienzusammenführungs-RL eben nicht darauf abgestellt werden darf, ob die Familie schon im Herkunftsstaat vorlag.[1234]

Im Gegensatz zur allgemeinen Legaldefinition von Familienangehörigen gem § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 werden gesetzliche Vertretungsverhältnisse oder sonstige Verantwortungsverhältnisse zu minderjährigen Kindern nicht vom Familienangehörigenbegriff für die Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 berücksichtigt.

Der Kreis von Familienangehörigen, die nach dem AsylG 2005 zu international Schutzberechtigten nachzugsberechtigt sind, gleicht den Mindestanforderungen hinsichtlich des Familienangehörigenbegriffs von Asylberechtigten nach der Familienzusammenführungs-RL.[1235]

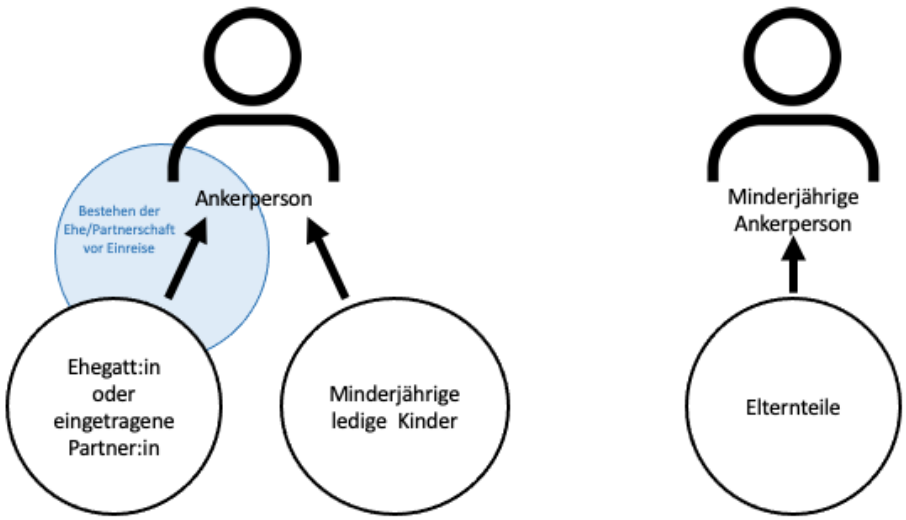


Abbildung 12 - Familienangehörige, die zur Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 berechtigt sind

[1232] Vgl *Bernhart* in *Eppel/Reyhani* (Kap 9.2.2, 3).
[1233] Vgl Unterpunkt IV) C) 2) a) i) – *Familienangehörige iSd AsylG 2005*; BGBl I 2017/145.
[1234] Art 2 lit d Familienzusammenführungs-RL; vgl bereits Unterpunkt IV) C) 2) a) i) – *Familienangehörige iSd AsylG 2005* und dort FN 1009; entsprechend auch IA FrÄG 2017, 2285/A 25. GP 83; die Änderung wurde bereits mit dem BGBl I 2016/24 vorgeschlagen, wo unzutreffend ausgeführt wurde, dass die Änderung aufgrund der Status-RL erforderlich sei, vgl ErläutRV 1523 BlgNR 25. GP 43; das BGBl I 2017/145 wurde schließlich beschlossen, bevor das AsylG 2005 idF BGBl I 2016/24 je in Kraft trat.
[1235] Vgl Unterpunkt IV) D) 1) b) ii) – *Besondere Anforderungen an den Familienangehörigenbegriff von asylberechtigten Ankerpersonen*.

c) Verfahren zur Familienzusammenführung

Die nachzugsberechtigten Familienangehörigen haben für die Familienzusammenführung gem § 35 AsylG 2005 bei einer österr Vertretungsbehörde im Ausland[1236] einen Antrag auf Erteilung eines Einreisetitels zum Zweck eines AaiS und Führung eines Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 zu stellen.[1237] Die Vertretungsbehörde hat diesen Antrag an das BFA weiterzuleiten, das eine Prognoseentscheidung zu treffen hat, ob die Zuerkennung von internationalem Schutz an die nachzugsbegehrenden Familienangehörigen gem § 34 AsylG 2005 wahrscheinlich ist.[1238] Im Falle einer positiven Prognoseentscheidung hat die Vertretungsbehörde einen Einreisetitel zu erteilen.[1239]

Nach der Einreise haben die Familienangehörigen ein AaiS zu stellen[1240], woraufhin ein Familienverfahren wie im Punkt zur Phase 2 IV) C) 2) b) – *Grundsätze des Familienverfahrens* geschildert zu führen ist. Demnach gilt der AaiS der Familienangehörigen als Antrag auf denselben Schutzstatus der Ankerperson.[1241] Das schließlich zu erteilende Aufenthaltsrecht gleicht somit jenem von Familienangehörigen, die sich von Anbeginn an mit einer Ankerperson im Zusammenhang mit einem AaiS im Inland befanden.[1242]

In der österr Rechtslage werden bei Familienangehörigen von international Schutzberechtigten dadurch die Rechte aus der Familienzusammenführungs-RL mit jenen der Status-RL miteinander verknüpft: Die „Familienzusammenführung" nach der Familienzusammenführungs-RL umfasst die

[1236] Die Familienzusammenführungs-RL selbst schließt nicht aus, dass auch aus einem anderen MS eine Antragstellung auf Familienzusammenführung möglich wäre; hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 35 AsylG 2005, der auf die Führung eines Familienverfahrens gerichtet ist, wird regelmäßig ein Vorrang der Dublin-III-VO angenommen; *Filzwieser/M. Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl § 35 AsylG 2005 K 1; vgl BVwG 24. 6. 2021, W144 2242143-1, wo die Revision zugelassen wurde, da Rechtsprechung des VwGH hinsichtlich der Frage, ob die Dublin-III-VO tatsächlich Vorrang hat, fehlt und zudem ausdrücklich auf das Rechtsschutzdefizit nach der Dublin-III-VO hingewiesen wurde.

[1237] Bis 2010 war der Antrag unmittelbar auf die Führung eines Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 gerichtet; der Antrag galt gleichzeitig als Antrag auf Erteilung eines Einreisetitels; vgl § 35 Abs 1 AsylG 2005 idF BGBl I 2005/100 (StF); zu beachten ist dabei die Entscheidung des EuGH C-1/23, *Afrin,* ECLI:EU:C:2023:296, wonach von Familienangehörigen einer asylberechtigten Person nicht verlangt werden kann, die Vertretungsbehörde zur Antragstellung aufzusuchen, wenn dies für die Familienangehörigen unmöglich oder übermäßig schwierig ist.

[1238] Gem § 35 Abs 4 AsylG 2005 ist eine positive Mitteilung zu erteilen, wenn kein Aberkennungsverfahren gegen die Ankerperson anhängig ist, die Einreise nicht den öffentlichen Interessen gem Art 8 Abs 2 EMRK widerspricht sowie erforderlichenfalls die Erteilungsvoraussetzungen vorliegen; für eine negative Prognoseentscheidung, darf die Zuerkennung daher nicht einmal wahrscheinlich sein; vgl VwGH 1. 3. 2016, Ro 2015/18/0002; 5. 3. 2020, Ra 2019/19/0397.

[1239] § 35 Abs 4 AsylG 2005; die Vertretungsbehörde ist an die Prognoseentscheidung des BFA gebunden, vgl VwGH 1. 7. 2021, Ra 2021/18/0016.

[1240] Gem § 17 AsylG 2005; darüber hat die Vertretungsbehörde gem§ 35 Abs 4 AsylG 2005 zu informieren.

[1241] Den nachgezogenen Familienangehörigen wird der Status insofern „abgeleitet"; sie unterliegen somit auch der Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren; vgl Punkt IV) C) 2) d) – *Ausschluss vom Familienverfahren*.

[1242] Im Inland richtet sich das Verfahren entsprechend nach der Phase 2; vor Abschluss des Asylverfahrens als Familienverfahren verfügen die Familienangehörigen sowie sonstigen Antragsteller:innen ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht gem § 13 AsylG 2005.

Gewährung der Einreise und des Aufenthalts von Familienangehörigen.[1243] § 35 AsylG 2005 regelt die Gewährung des Einreisetitels; die Erteilung des Aufenthaltsrechtes richtet sich aber nach dem Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005, dass entsprechend der Vorgaben nach der Status-RL Familienangehörigen von international Schutzberechtigten im Inland ein Aufenthaltsrecht verleiht. Genauso wenig wie die Status-RL verlangt die Familienzusammenführungs-RL, dass Familienangehörigen derselbe Status wie der Ankerperson zu erteilen ist. Die Familienzusammenführungs-RL konkretisiert (bis auf eine Mindestgültigkeit von einem Jahr[1244]) generell keine Anforderungen an den Aufenthaltstitel. Insofern ist die Familienzusammenführung nach der österr Rechtslage für international Schutzberechtigte günstiger, als es die Mindestanforderungen der RL verlangen.[1245]

Durch die Verknüpfung wird die Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren[1246] für die Familienzusammenführung tragend: Sofern international Schutzberechtigte ihren Status im Rahmen eines Familienverfahrens und nicht originär erhielten, ist eine Familienzusammenführung zu ihnen nicht möglich, da eine Zuerkennung im Rahmen des Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 nicht wahrscheinlich ist. Außer, es handelt sich um minderjährige Kinder, die den Nachzug zu einem Elternteil begehren, dem der Status im Rahmen eines Familienverfahrens zuerkannt wurde.[1247]

Weiters führt die Verknüpfung dazu, dass zumindest ein:e Ehegatt:in, wenn die Ankerperson mit noch keinem anderen Eheteil im Inland lebt, auch als Familienangehörige iSv § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 betrachtet und der Ehegatt:in der Status von der Ankerperson im Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 abzuleiten ist.

[1243] Art 2 lit d und Art 13 Familienzusammenführungs-RL; vgl *Bauer,* migraLex 2022, 34 (43f).

[1244] Art 13 Abs 2 Familienzusammenführungs-RL.

[1245] Vereinzelt meinte der VwGH deshalb, dass § 35 AsylG 2005 nicht zwangsläufig die Familienzusammenführungs-RL umsetzen müsse, da es sich um eine günstigere Norm iSv Art 3 Abs 5 Familienzusammenführungs-RL handle, vgl VwGH 27. 11. 2017, Ra 2017/19/0218 Rz 33ff; *Bernhart* in *Eppel/Reyhani* (Kap 9.1, 4); die Ansicht ist meines Erachtens nicht haltbar, denn der Gesetzgeber wollte bewusst die Familienzusammenführung für international Schutzberechtigte über das AsylG 2005 regeln; nur in den Fällen, in denen das Familienverfahren gem § 34 Abs 2 AsylG 2005 nicht anwendbar ist, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Familienzusammenführung über das NAG zu wählen, siehe dazu Unterpunkt IV) D) 2) d) iv) – *Familienzusammenführung nach dem NAG*; so auch VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 43: „Gesetzgeber hat sich dazu entschieden"; generell hegt der VwGH Zweifel an der Unionsrechtskonformität der Familienzusammenführung für international Schutzberechtigte nach dem AsylG 2005, vgl VwGH 15. 12. 2021, 2021/20/0105 Rz 67ff.

[1246] Zuvor Punkt IV) C) 2) d) – *Ausschluss vom Familienverfahren*.

[1247] *Czech,* FABL 2016, 31 (35); nach dem Geschwister keine Familienangehörigen sind aber minderjährige Kinder von der Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren ausgenommen sind, können Geschwister als Familienangehörige der Eltern ebenso nachziehen; damit sie nicht vorerst alleine im Herkunftsstaat verbleiben müssen, können sie in der Praxis mit den nachzugsberechtigten Eltern gleichzeitig den Antrag auf Familienzusammenführung stellen und sofern die Voraussetzungen vorliegen gemeinsam einreisen; vgl *Bernhart* in *Eppel/Reyhani* (Kap 9.2.2, 9).

d) Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit

i) Zwei Fallkonstellationen

In den vergangenen Jahren hatte sich der EuGH mehrfach mit dem Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit zu befassen. Die daraus resultierende Judikaturlinie wirkte sich stark auf die Auslegung der innerstaatlichen Rechtslage aus. Zu unterscheiden sind dabei zwei Fallkonstellationen: Zunächst beschäftigte sich der EuGH damit, zu welchem Zeitpunkt die Minderjährigkeit in Fällen zu beurteilen ist, in denen eine unbegleitete minderjährige Person einen AaiS stellt und nach Zuerkennung ein Elternteil zum Kind als Ankerperson die Familienzusammenführung beantragt. In der Folge hatte sich der EuGH mit der umgekehrten Situation zu befassen und sich damit auseinanderzusetzen, wann die Minderjährigkeit zu beurteilen ist, wenn die minderjährige Person die Familienzusammenführung zu einem asylberechtigten Elternteil begehrt.

ii) Elternteil beantragt Familienzusammenführung zu asylberechtigtem Kind

<u>Auslegung durch den EuGH</u>

In der ersten Entscheidung zur Rs *A und S*[1248] ging es um einen Sachverhalt, in dem eine unbegleitete minderjährige Person einen AaiS stellte und während des laufenden Asylverfahrens die Volljährigkeit erreichte. Nach der Auslegung des EuGH sind Personen, die während des laufenden Asylverfahrens die Volljährigkeit erreichten, weiterhin als „minderjährig" iSd Familienzusammenführungs-RL[1249] zu betrachten; dadurch gelten die Elternteile weiterhin als Familienangehörige und sind nachzugsberechtigt. Der EuGH begründete seine Auslegung mit dem Ziel der RL, Asylberechtigte und speziell unbegleitete minderjährige Asylberechtigte zu begünstigen.[1250] Das Recht von unbegleiteten Minderjährigen auf Familienzusammenführung kann seiner Ansicht nach nicht vom Zeitpunkt der Entscheidung über den AaiS abhängen: Dies würde die praktische Wirksamkeit der Rechte nach der Familienzusammenführungs-RL in Frage stellen, wenn diese Rechte unter anderem von der Bearbeitungsdauer der nationalen Behörden und somit von unvorhersehbaren Umständen, die in der Behördensphäre liegen, abhingen.[1251] Zudem könnte es die MS daran hindern, die AaiS von unbegleiteten Minderjährigen unter Beachtung des Kindeswohls vorrangig zu bearbeiten.[1252] Die Ziele der RL sowie Grundsätze der

[1248] EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248; bestätigend C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 34.
[1249] Konkret als minderjährig gem Art 2 lit f iVm Art 10 Abs 3 lit a Familienzusammenführungs-RL.
[1250] EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248 Rz 32, 44, 55.
[1251] EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248 Rz 55f, 59f; bestätigend C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 35.
[1252] EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248 Rz 58.

Gleichbehandlung, der Rechtssicherheit sowie der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts gebieten daher die Auslegung, dass für die Beurteilung der Minderjährigkeit der **Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz** maßgeblich ist; ein Ermessensspielraum der MS, den Beurteilungszeitpunkt zu bestimmen, besteht nach dem EuGH nicht.[1253]

Allerdings können sich die Elternteile nur dann weiterhin auf die „Minderjährigkeit" der Ankerperson iSd Familienzusammenführungs-RL berufen, wenn sie den Antrag auf Familienzusammenführung innerhalb einer angemessenen Frist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt stellen, indem der Ankerperson Asyl zuerkannt wurde.[1254] Kürzlich konkretisierte der EuGH, dass eine solche Frist aber nur dann besteht, wenn eine minderjährige asylberechtigte Ankerperson die Volljährigkeit während des Asylverfahrens erreichte. Ist Ankerperson auch bei der Zuerkennung noch minderjährig und wird während des laufenden Verfahrens zur Familienzusammenführung volljährig, besteht keine Frist; die Familienzusammenführung ist jedenfalls zu gewähren.[1255]

Auswirkung auf die Auslegung der innerstaatlichen Rechtslage

Seit der Novelle, mit der der Familienangehörigenbegriff für die Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten eigens definiert wurde, zieht der VwGH bei der Familienzusammenführung gem § 35 AsylG 2005 grundsätzlich den Entscheidungszeitpunkt zur Beurteilung der Familienverhältnisse entsprechend den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen heran.[1256] Für jene Situationen, in denen Elternteile den Nachzug zu minderjährigen Ankerpersonen begehren, ordnet die maßgebliche Definition von Familienangehörigen gem § 35 Abs 5 AsylG 2005 auch keinen anderen Beurteilungszeitpunkt an:[1257] Erreicht eine minderjährige Ankerperson nach dem Antrag auf Familienzusammenführung die Volljährigkeit, liegt demnach keine Familienangehörigeneigenschaft der Elternteile mehr vor und, mangels

[1253] EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248 Rz 41, 55; vgl auch bereits die Darstellung in *Bauer,* migraLex 2022, 34 (39); *Hinterberger*, Die umgekehrte Familienzusammenführung von nachziehenden Eltern zu unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, NLMR 2018, 205.

[1254] EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248 Rz 61; die drei Monate als angemessene Frist leitete der EuGH aus Art 12 Abs 1 UAbs 3 Familienzusammenführungs-RL, wonach die MS nach drei Monaten auch von Asylberechtigten die Erfüllung von Erteilungsvoraussetzungen verlangen können; es ist davon auszugehen, dass in Anlehnung an C-380/17, *K und B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:877 objektiv entschuldbare Umstände zu berücksichtigen sind, so auch der VwGH 18. 11. 2021, Ro 2021/22/0006.

[1255] EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 40ff.

[1256] VwGH 28. 1. 2016, Ra 2015/21/0230; 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 Rz 28; siehe zur Rechtsprechungsentwicklung etwa *Bernhart* in *Eppel/Reyhani* (Kap 9.2.2, 10); *Hinterberger,* NLMR 2018, 205 (209f) mwN; *Strasser*, Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Minderjährigkeit der Eigenschaft als Familienangehöriger iSd § 2 Abs 1 Z 9 NAG, migraLex 2020, 89 (91); hier und im Folgenden siehe auch bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (40); allgemein zum maßgeblichen Zeitpunkt etwa *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht[12] Rz 413, 836.

[1257] Nur hinsichtlich der Befreiung von Erteilungsvoraussetzungen führte der Gesetzgeber in den Materialen aus, dass der Zeitpunkt der Antragstellung auf Familienzusammenführung durch die Elternteile maßgeblich ist; ErläutRV 996 BlgNR 25.GP 5; vgl VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 Rz 28.

Familienangehörigeneigenschaft, kein Recht auf Familienzusammenführung gem § 35 AsylG 2005.

Diese Ansicht behielt der VwGH trotz der Rechtsprechung des EuGH in der Rs *A und S*, dass auf den Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz abzustellen sei, bei:[1258]

Die Familienzusammenführung gem § 35 AsylG 2005 ist seiner Ansicht nach nur eine von mehreren Möglichkeiten der Familienzusammenführung des österr Rechts. Dabei verfolgt die Familienzusammenführung gem § 35 AsylG 2005 den asylspezifischen Zweck, im Anschluss ein Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 zu führen und dadurch denselben Status zu erhalten wie die Ankerperson. Ist das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 nach der Einreise aufgrund der Volljährigkeit und der dadurch mangelnden Familienangehörigeneigenschaft nicht anzuwenden, könne diesem asylspezifischen Zweck nicht entsprochen werden.[1259]

Weiters führt der VwGH aus, dass die Familienzusammenführungs-RL nicht verlange, Familienangehörigen von Asylberechtigten denselben Status zu verleihen. Daher handle es sich um eine günstigere Rechtsstellung, als es die RL gebiete. Folglich könne es nicht unionsrechtswidrig sein, wenn den Familienangehörigen nicht derselbe Status zuerkannt wird.[1260]

Insgesamt gelangte der VwGH zum Ergebnis, dass ein Einreisetitel gem § 35 AsylG 2005 ungeeignet ist, wenn die minderjährige Ankerperson mittlerweile die Volljährigkeit erreichte und deshalb ein Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 nicht anzuwenden ist. Der Anwendungsbereich von § 35 AsylG 2005 ist seiner Ansicht nach nicht zu erweitern; stattdessen ist in diesen Fällen auf die Möglichkeiten der Familienzusammenführung des NAG zu verweisen.[1261]

[1258] VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609; in diesem Fall hatte sich der VwGH erstmals mit dieser Fragestellung nach EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248 auseinanderzusetzen; wesentliche Abgrenzungsgrundsätze zwischen dem AsylG 2005 und dem NAG stellte der VwGH bereits zuvor auf; siehe etwa VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0218.

[1259] VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 Rz 27; vgl bereits zuvor VwGH 21. 2. 2017, Ra 2016/18/0253; 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0218 Rz 37ff.

[1260] VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 Rz 27, 32; vgl bereits zuvor VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0218 Rz 32ff.

[1261] VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 Rz 27, 38; siehe dazu sogleich Unterpunkt IV) D) 2) d) iv) – *Familienzusammenführung nach dem NAG*.

iii) Kind beantragt Familienzusammenführung zu asylberechtigtem Elternteil

Auslegung durch den EuGH

In der Folge hatte sich der EuGH in der Rs *B.M.M*[1262] mit der umgekehrten Situation zu befassen, in der zunächst minderjährige Kinder[1263] zu ihrem asylberechtigten Elternteil als Ankerperson die Familienzusammenführung begehrten. Die Kinder waren zum Zeitpunkt, in dem sie den Antrag auf Familienzusammenführung stellten, minderjährig, erreichten aber vor der Entscheidung über den Familienzusammenführungsantrag die Volljährigkeit. Nach dem EuGH war für die Ausgangssituation die Beurteilung der Minderjährigkeit[1264] der **Zeitpunkt der Antragstellung auf Familienzusammenführung** maßgeblich. Der EuGH argumentierte seine Auslegung im Wesentlichen mit denselben Argumenten wie in der Rs *A und S*,[1265] ergänzt um Erwägungen zum Recht auf Achtung des Familienlebens sowie zum Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Elternteilen: Diesen Rechten ist es nach der Ansicht des EuGH abträglich, wenn die MS keine Veranlassung hätten, die Anträge von Minderjährigen mit der gebotenen Dringlichkeit vorrangig zu bearbeiten und dadurch ihrer Schutzbedürftigkeit Rechnung zu tragen.[1266]

Und schließlich hatte sich der EuGH in der Rs *Bundesrepublik Deutschland*[1267] damit auseinanderzusetzen, ob die unterschiedlichen Beurteilungszeitpunkte der Minderjährigkeit in den Vorentscheidungen auf den unterschiedlichen Sachverhalten und dadurch anwendbaren Rechtsvorschriften[1268] beruhen, oder, ob ein Widerspruch vorliegt[1269]: Im Ausgangssachverhalt war das Kind, das den Nachzug begehrte, minderjährig, als der Elternteil seinen AaiS stellte, erreichte aber, bevor dem Elternteil Asyl zuerkannt wurde, die Volljährigkeit; somit war das Kind beim Antrag auf Familienzusammenführung – anders als in der Rs *B.M.M.* – bereits volljährig. Basierend auf den bereits in der vorangegangenen Judikatur herangezogenen Auslegungsgrundsätzen,[1270]

[1262] EuGH C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577.
[1263] Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass es Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit der Altersangaben aufgrund von Widersprüchlichkeiten gab; nach beiden Angaben war allerdings zumindest ein Kind jedenfalls minderjährig; vgl EuGH C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577 Rz 15f.
[1264] Konkret iSv Art 4 Abs 1 UAbs 1 lit c Familienzusammenführungs-RL.
[1265] Vgl vorheriger Unterpunkt IV) D) 2) d) ii) – *Elternteil beantragt Familienzusammenführung zu asylberechtigtem Kind*; EuGH C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577 Rz 30, 42f.
[1266] EuGH C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577 Rz 34ff; vgl auch bereits die Darstellung in *Bauer,* migraLex 2022, 34 (41).
[1267] EuGH C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618.
[1268] Während die Rs *A und S* die Auslegung von Art 2 lit f iVm Art 10 Abs 3 lit a Familienzusammenführungs-RL behandelte, ging es in der Rs *B.M.M* – so wie auch in der Rs *Bundesrepublik Deutschland* – um die Auslegung von Art 4 Abs 1 UAbs 1 lit c Familienzusammenführungs-RL.
[1269] GA *Collins*, SA zu C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC*, ECLI:EU:C:2021:1030 Rz 46; EuGH C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618 29; vgl auch bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (41).
[1270] Vgl vorheriger Unterpunkt IV) D) 2) d) ii) – *Elternteil beantragt Familienzusammenführung zu asylberechtigtem Kind*; entsprechend EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248; C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577.

wich der EuGH von seiner Rechtsprechung in der Rs *B.M.M* dahingehend ab, dass nun die Minderjährigkeit auch in Fällen, in denen die Kinder den Nachzug begehren, im **Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz** durch die Elternteile als Ankerperson zu beurteilen ist.

Ausgehend von der Annahme, dass den Urteilen des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren eine erga omnes-Wirkung zukommt und der EuGH in Vorabentscheidungsverfahren darlegt, wie die jeweilige unionsrechtliche Bestimmung seit ihrem Inkrafttreten auszulegen war,[1271] gilt für den Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit Folgendes: Sowohl in den Fällen, in denen die zunächst minderjährige Person die asylberechtigte Ankerperson ist, als auch in Fällen, in denen minderjährige Personen den Nachzug zu asylberechtigten Ankerpersonen begehren, ist der **Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz** der jeweiligen Ankerperson für die Beurteilung der Minderjährigkeit iSd Familienzusammenführungs-RL maßgeblich.[1272] Auch in den Fällen, in denen Kinder trotz mittlerweile eingetretener Volljährigkeit die Familienzusammenführung beantragen, können sie sich nur dann weiterhin auf die „Minderjährigkeit" iSd Familienzusammenfu¨rungs-RL berufen, wenn sie den Antrag auf Familienzusammenführung innerhalb einer angemessenen Frist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt stellen, indem dem Elternteil Asyl zuerkannt wurde.[1273]

Auswirkung auf die Auslegung der innerstaatlichen Rechtslage

Für minderjährige Kinder, die den Nachzug begehren, ordnet § 35 Abs 5 AsylG 2005 – anders als bei minderjährigen Ankerpersonen – ausdrücklich an, dass auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen ist; gemeint ist der Antrag auf Familienzusammenführung durch das minderjährige Kind.[1274] Eine später eingetretene Volljährigkeit des nachzugbegehrenden Kindes ändert an der Familienangehörigeneigenschaft nichts und steht der Familienzusammenführung nicht entgegen.[1275]

[1271] Vgl *Karpenstein* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 267 AEUV Rz 101ff; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 85f; *Schima*, Vorabentscheidungsverfahren[3] 115ff; *Schima* in *Jaeger/Stöger* Art 267 AEUV Rz 197ff; zu Rechtsprechungsänderungen des EuGH siehe auch *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische (2021) § 16 Rz 10ff mwN.

[1272] Vgl bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (41); der EuGH stellte zudem fest, dass es sich bei der Minderjährigkeit um keine materielle Voraussetzung iSv Art 16 Abs lit a Familienzusammenführungs-RL handelt, die es den MS bei Nichtvorliegen ermöglichen würde den Antrag auf Familienzusammenführung abzulehnen; EuGH C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577 Rz 46; C-273/20, *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC,* ECLI:EU:C:2022:617 Rz 47f.

[1273] EuGH C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618 Rz 53; vgl Unterpunkt IV) D) 2) d) ii) – *Elternteil beantragt Familienzusammenführung zu asylberechtigtem Kind.*

[1274] Vgl *Feik*, Forever young? Minderjährigkeitsbegünstigungen beim Elternnachzug bleiben (zumindest eine Zeit lang) bestehen, FABL 2019, 1 (10).

[1275] VwGH 28. 1. 2020, Ra 2018/20/0464 Rz 20; 16 2. 2023, Ra 2022/18/0309.

Dadurch, dass auf den Zeitpunkt der Antragstellung auf Familienzusammenführung für die Beurteilung der Minderjährigkeit abzustellen ist, entspricht die Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 zwar der Rechtsprechung des EuGH zur Rs *B.M.M.*; sie steht aber in einem Widerspruch zur Rs *Bundesrepublik Deutschland*: Nach dieser wäre der Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz durch den Elternteil für die Beurteilung der Minderjährigkeit des Kindes, das den Nachzug begehrt, maßgeblich. Erreicht das Kind die Volljährigkeit, bevor dem jeweiligen Elternteil der Status von international Schutzberechtigten zuerkannt wird, gilt das Kind weiterhin als minderjährig iSd Familienzusammenführungs-RL, und es ist unionsrechtlich geboten, dem Kind als minderjährige Person die Familienzusammenführung zu gewähren.

Der Wortlaut von § 35 Abs 5 AsylG 2005 ließe eine entsprechende Auslegung zu, nachdem die Bestimmung selbst nicht konkretisiert, welche Antragstellung gemeint ist.[1276] Nach dem VwGH ist weiterhin keine Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 35 Abs 5 AsylG 2005 geboten: Auch in den Fällen, in denen Kinder im Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz der Ankerperson minderjährig waren, aber vor dem eigenen Antrag auf Familienzusammenführung die Volljährigkeit erreichten, ist auf die Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach dem NAG zu verweisen.[1277]

iv) Familienzusammenführung nach dem NAG

Sowohl in den Fällen, in denen die minderjährige Ankerperson die Volljährigkeit erreichte, bevor der Familienzusammenführung eines Elternteils stattgegeben wurde, als auch in den Fällen, in denen Kinder minderjährig waren, als ein Elternteil den AaiS stellte, aber bereits die Volljährigkeit erreichten, bevor sie den Antrag auf Familienzusammenführung stellen konnten, hat nach dem VwGH also die Familienzusammenführung über das NAG zu erfolgen.

Das NAG ist grundsätzlich nicht für Personen anwendbar, die aufgrund des AsylG 2005 aufenthaltsberechtigt sind, sofern das NAG nicht selbst anderes bestimmt.[1278] § 46 NAG enthält – basierend auf der Familienzusammenführungs-RL – die allgemeinen Bestimmungen über die Familienzusammenführung von Familienangehörigen zu aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen.[1279] § 46 Abs 1 Z 2 lit c NAG ermöglicht Familienangehörigen von Asylberechtigten die Familienzusammenführung, denen nicht aufgrund des Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 ebenso der Status von Asylberechtigten zuzuerkennen ist. Die Bestimmung

[1276] Vgl bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (41f); *Feik,* FABL 2019, 1 (10).
[1277] VwGH 5. 10. 2022, Ra 2022/14/0222 Rz 19; 16. 2. 2023, Ra 2022/18/0309 Rz 19.
[1278] § 1 Abs 2 Z 1 NAG; vgl *Czech* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*[2] § 1 NAG Rz 7ff; *Ecker* in *Filzwieser/Taucher* 84 (85).
[1279] ErläutRV 952 BlgNR 22. GP 11f, 114f, 138f.

gilt ausdrücklich nur für Familienangehörige von Asylberechtigten; Familienangehörigen von subsidiär Schutzberechtigten steht nur der Weg der Familienzusammenführung über das AsylG 2005 offen.[1280]

Das NAG definiert den Begriff von Familienangehörigen eigens und dadurch den zur Familienzusammenführung berechtigten Personenkreis. Gem § 2 Abs 1 Z 9 NAG sind Ehegatt:innen einschließlich eingetragene Partner:innen Familienangehörige; wobei sie und die Ankerperson zum Zeitpunkt der Antragstellung – anders als im AsylG 2005 – das 21. Lebensjahr vollendet haben müssen.[1281] Lebt bereits eine Ehegatt:in oder eingetragene Partner:in mit der Ankerperson im Inland, können im Falle einer Mehrehe weitere Ehegatt:innen oder eingetragene Partner:innen keinen Anspruch auf Familienzusammenführung geltend machen.

Familienangehörige sind weiters minderjährige Kinder, einschließlich Adoptiv- oder Stiefkinder. Aufgrund der Rs *B.M.M.* wich der VwGH davon ab, entsprechend der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze den Entscheidungszeitpunkt zur Beurteilung der Minderjährigkeit heranzuziehen[1282], und stellt nunmehr auf den Zeitpunkt der Antragstellung auf Familienzusammenführung für die Beurteilung der Familienangehörigeneigenschaft der minderjährigen Person iSv § 2 Abs 1 Z 9 NAG ab.[1283] Nach der Rs *Bundesrepublik Deutschland* ist es in Fällen, in denen vom AsylG 2005 ins NAG verwiesen wird, unionsrechtlich geboten, auf den Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz der Ankerperson für die Beurteilung der Minderjährigkeit abzustellen.[1284]

Der Familienangehörigenbegriff des NAG entspricht den Mindestanforderungen nach der Familienzusammenführungs-RL und berechtigt nur Angehörige der Kernfamilie zur

[1280] Vgl VwGH 31. 5. 2021, Ra 2020/01/0284 Rz 22ff; nur wenn subsidiär schutzberechtigte Personen ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EU“ gem § 45 Abs 12 NAG erteilt wurde, ist eine Familienzusammenführung nach dem NAG für sie möglich.

[1281] Vgl VwGH 20. 8. 2013, 2013/22/0176; 24. 3. 2022, Ra 2018/22/0093; *Czech* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, inkl Integrationsgesetz: Kommentar[2] (2019) § 2 NAG Rz 13; bereits vor dem EuGH C-338/13, *Noorzia,* ECLI:EU:C:2014:2092 teilte der VfGH die Ansicht, dass die Beschränkung auf Ehegatt:innen und eingetragene Partner:innen über 21. Jahren verfassungskonform ist; vgl VfSlg 19.414/2011; kritisch dazu etwa *Muzak*, Beschränkung des Nachzugs von Ehegatten auf Personen unter 21 Jahren zur Erreichung des Ziels der Vermeidung von Zwangsehen gerechtfertigt, migraLex 2012, 53; Österreich ist neben Belgien, Zypern und Malta einer von nur vier MS, die eine solche Altersbeschränkung vorsehen; vgl *AIDA/ECRE*, Not there yet 12.

[1282] Vgl VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 Rz 35 mwN.

[1283] VwGH 9. 9. 2020, Ra 2017/22/0021 Rz 7; 7. 4. 2022, Ra 2020/22/0169 Rz 5.3; vgl *Strasser,* migraLex 2020, 89 (89); auch bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (41); hinsichtlich der Prüfung der Einkommenserfordernisse ist bei mittlerweile eingetretener Volljährigkeit der Richtsatz für erwachsene Personen anzuwenden; siehe dazu VwGH 6. 12. 2023, Ro 2023/22/0002 Rz 20ff.

[1284] Vgl *Bernhart* in *Eppel/Reyhani* (Kap 9.2.2, 5); der VwGH bestätigte im Zusammenhang mit EuGH C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618 den Verweis in das NAG und die Unanwendbarkeit der Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005; dadurch deutet er implizit an, dass entsprechend der Rs *Bundesrepublik Deutschland* im Zeitpunkt der Antragstellung des AaiS der Ankerperson die Minderjährigkeit zu beurteilen ist, stellte dies aber nicht ausdrücklich fest; VwGH 5. 10. 2022, Ra 2022/14/0222 Rz 19; 16. 2. 2023, Ra 2022/18/0309.

Familienzusammenführung.[1285] Wie auch der allgemeine Familienangehörigenbegriff der Familienzusammenführungs-RL, bestimmt sie Elternteile von minderjährigen Ankerpersonen nicht als Familienangehörige: Ein Familiennachzug von Elternteilen zu minderjährigen Ankerpersonen ist somit nach dem Wortlaut des NAG überhaupt nicht vorgesehen.[1286]

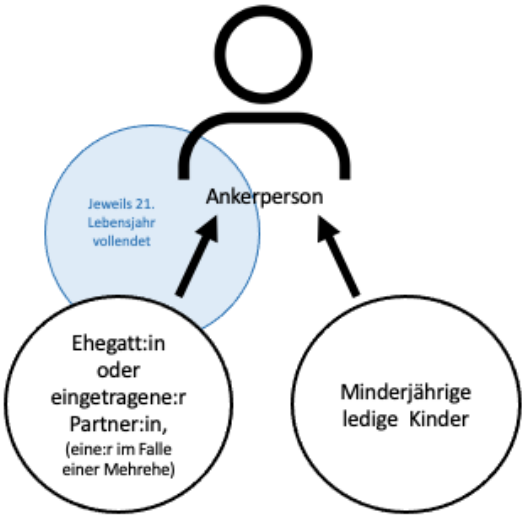


Abbildung 13 - Familienangehörige iSd NAG

Aufgrund des eingeschränkten Familienangehörigenbegriffs nach dem NAG wirkt es auf den ersten Blick so, als würde § 46 Abs 1 Z 2 lit c NAG nur bedingt über die Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 hinausgehen: Nur in Fällen, in denen die Ehe bzw eingetragene Partnerschaft nach der Einreise geschlossen wurde, offenbart der Wortlaut eine mögliche Familienzusammenführung, die nach dem AsylG 2005 nicht besteht.[1287]

Allerdings geht der VwGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es geboten sein kann, den Begriff von „Familienangehörigen" gem § 46 NAG von der Legaldefinition des Familienangehörigen gem § 2 Abs 1 Z 9 NAG „abzukoppeln", um ein verfassungs- oder unionsrechtswidriges Ergebnis zu vermeiden.[1288]

Durch die „Abkoppelung" ist der Begriff des Familienangehörigen gem § 46 NAG eigenständig auszulegen. Dadurch ist es einerseits möglich, familiären Bezugspersonen, die keine Familienangehörigen iSd Legaldefinition sind, für die aber eine positive Verpflichtung zur Gewährung der Familienzusammenführung aus Gründen von Art 8 EMRK besteht, die

[1285] Vgl Punkt IV) D) 2) b) – *Familienangehörige, die zur Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 berechtigt sind*.
[1286] Vgl *Hinterberger,* NLMR 2018, 205 (210); auch bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (40f).
[1287] VwGH 28. 1. 2020, Ra 2018/20/0464 Rz 32ff, insb Rz 36; siehe bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (390f).
[1288] Grundlegend VwGH 17. 11. 2011, 2010/21/0494; dem folgend etwa VwGH 26. 6. 2013, 2011/22/0278; 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 mwN; 18. 11. 2021, Ro 2021/22/0006; vgl mwN und einer methodischen Einordnung der vom VwGH als „Abkoppelung" bezeichnete Auslegung bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34.

Familienzusammenführung zu gewähren: Ungeachtet der Legaldefinition kann der Begriff des Familienangehörigen gem 46 NAG weit ausgelegt werden und iSv Art 8 EMRK etwa auch de facto-Familien umfassen.[1289] In der Vergangenheit war der Begriff des Familienangehörigen aus Gründen von Art 8 EMRK etwa abzukoppeln, weil die volljährige Tochter stark behindert und auf familiäre Betreuung in Österreich angewiesen war, ein erwachsener Verwandter außerhalb der Kernfamilie sich um die Betreuung eines in Österreich wohnenden schwer kranken Kindes kümmerte oder aufgrund einer besonders starken familiären Bindung von einer erst kürzlich volljährigen gewordenen und sich rechtmäßig in Österreich aufhaltenden Tochter zu ihrem Vater.[1290] Nicht ausreichend war etwa eine noch nicht einmal ein Jahr andauernde Beziehung, in der zwar die Ehe geschlossen und ein Kind geboren wurde, aber der Ehepartner noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet hatte.[1291] Dies zeigt wiederum, wie unterschiedlich die Beurteilung der notwendigen Wertungsfragen im Zusammenhang mit der Interessenabwägung gem Art 8 EMRK ausfallen können.[1292]

Weiters ist es durch die „Abkoppelung" möglich, Elternteilen die Familienzusammenführung zu ihren in Österreich aufenthaltsberechtigten Kindern zu ermöglichen: In Fällen, in denen nach der Rechtsprechung des VwGH auf die Familienzusammenführung nach dem NAG zu verweisen ist, weil eine zunächst minderjährige asylberechtigte Ankerperson vor der Entscheidung über den Antrag auf Familienzusammenführung eines Elternteils die Volljährigkeit erreichte, ist die Abkoppelung zur Vermeidung eines unionsrechtswidrigen Ergebnisses notwendig. Nur dadurch kann der Rechtsprechung des EuGH zur Rs *A und S* Folge geleistet werden und die Familienzusammenführung der Eltern zum iSd Familienzusammenführungs-RL nach wie vor als „minderjährig" zu beurteilenden Ankerperson nach dem NAG stattfinden.[1293] Die unionsrechtlichen Anforderungen gem der *Rs A und S* reichen zur Notwendigkeit der Abkoppelung aus; es muss nicht darüber hinaus noch ein tatsächliches Familienleben iSv Art 8 EMRK bestehen.[1294]

Gem den Bestimmungen des NAG sind grundsätzlich die Erteilungsvoraussetzungen der ortsüblichen Unterkunft, Krankenversicherung und ausreichend Einkommen zu erfüllen.[1295] Weiters muss für die Gewährung der Familienzusammenführung zu Asylberechtigten nach dem NAG grundsätzlich ein Quotenplatz vorliegen. Von beiden muss aus Gründen von Art 8 EMRK

[1289] Vgl VwGH 17. 11. 2011, 2010/21/0494; *Bauer,* migraLex 2022, 34 (36); *Bauer,* juridikum 2023, 384 (391); zum weiten Familienangehörigenbegriff iSv Art 8 EMRK siehe Abschnitt III) B) 2) – *Geschütztes Familienleben gem Art 8 EMRK bei aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten*.
[1290] VwGH 24. 3. 2022, Ra 2018/22/0093 Rz 5.4 mwN.
[1291] VwGH 24. 3. 2022, Ra 2018/22/0093 Rz 5.5f.
[1292] Vgl bereits Unterpunkt IV) C) 3) a) iv) – *Ergebnis*.
[1293] VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 Rz 33ff; 27. 6. 2022, Ra 2021/22/0209 Rz 7ff; vgl bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (34); *Bauer,* juridikum 2023, 384 (392).
[1294] VwGH 27. 6. 2022, Ra 2021/22/0209 Rz 12ff.
[1295] Hier und im Folgenden §§ 11 und 12 iVm 46 Abs 2 NAG, vgl etwa VwGH 27. 6. 2022, Ra 2021/22/0209 Rz 9; vgl *Bauer,* migraLex 2022, 34 (35, 42) mwN.

nach den Bestimmungen des NAG ausdrücklich abgesehen werden. Die Erteilungsvoraussetzungen sowie der Quotenplatz können, wenn der Antrag auf Familienzusammenführung aufgrund der Judikaturlinie zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit über das NAG zu erfolgen hat, auch aufgrund der unionsrechtlichen Anforderungen nicht verlangt werden: Innerhalb von drei Monaten nach Zuerkennung sind von asylberechtigten Ankerpersonen nach der Familienzusammenführungs-RL die Erteilungsvoraussetzungen und ein Quotenplatz nicht zu verlangen; von minderjährigen asylberechtigten Ankerpersonen iSd Familienzusammenführungs-RL sind sie ungeachtet von einer Frist grundsätzlich nicht zu verlangen.[1296]

v) Folgeprobleme durch den Verweis ins NAG

Durch den Verweis ins NAG ist den nachzugsbegehrenden familiären Bezugspersonen nicht der Status von Asylberechtigten, sondern die „Rot-Weiß-Rot Karte plus“ zu erteilen.[1297] Diese hat zunächst eine Gültigkeitsdauer von einem Jahr und muss anschließend verlängert werden; demgegenüber verleiht der Status von Asylberechtigten ein Aufenthaltsrecht von drei Jahren, das sich ex lege verlängert, sofern keine Aberkennungsgründe vorliegen. Zwar ist der unterschiedliche Aufenthaltstitel mit Blick auf Art 8 EMRK unproblematisch[1298], aber es ist fraglich, ob der unterschiedliche Aufenthaltstitel mit Blick auf dem unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung, auf den sich der EuGH explizit in seiner Judikatur zum Beurteilungszeitpunkt stützte, sowie gleichheitsrechtliche Erwägungen gem Art 20 GRC und Art I BVG-RD rechtskonform ist. Rechtlich betrachtet, ist die faktisch mittlerweile volljährige Person, wenn sie zum Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz als Ankerperson bzw der Ankerperson als Familienangehörige:r minderjährig war, weiterhin minderjährig iSd Familienzusammenführungs-RL. Und dennoch sind an das faktische Erreichen der Volljährigkeit unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft.

In den Fällen, in denen Elternteile zur zunächst minderjährigen Ankerperson die Familienzusammenführung begehren, ist der Antrag nach dem AsylG 2005 zu stellen; wird die minderjährige Ankerperson aber vor der Entscheidung über die Familienzusammenführung volljährig, verlangt die österr Rechtspraxis, dass ein neuer Antrag nach dem NAG zu stellen ist. Der Antrag nach dem AsylG 2005 müsste nach der Auslegung des VwGH aufgrund der eingetretenen

[1296] Art 12 Abs 1 UAbs 3 Familienzusammenführungs-RL; vgl EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 67ff; vgl bereits vor diesem Urteil *Bauer,* migraLex 2022, 34 (42f); beruht die verspätete Antragstellung auf objektiv entschuldbaren Umständen, kann auch nach der Frist von drei Monaten von den Erteilungsvoraussetzungen abzusehen sein; VwGH 20. 3. 2024, Ro 2020/22/0011.

[1297] Hier und im Folgenden vgl bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (43f); in Fällen, in denen Geschwister einer „minderjährigen“ Ankerperson mit einem Elternteil nachziehen möchten, hat auch nach dem NAG eine Interessenabwägung iSv Art 8 EMRK stattzufinden, ob den Geschwistern mit dem Elternteil die Einreise und der Aufenthalt zu gewähren ist; VwGH 18. 11. 2021, Ro 2021/22/0006, 27. 6. 2022, Ra 2021/22/0209 Rz 14.

[1298] Vgl Unterpunkt IV) C) 3) a) ii) – *Aufenthaltsrecht für weitere familiäre Bezugspersonen im Zusammenhang mit einem AaiS.*

Volljährigkeit abgewiesen werden.[1299] Nach welchem Verfahren der Antrag zu stellen ist, ist somit mitunter aus Gründen unvorhersehbar, die mit der Bearbeitungsdauer durch die Behörde zusammenhängen und somit in der Behördensphäre liegen – ein weiterer Aspekt, den der EuGH ausdrücklich zur Auslegung heranzog, warum die minderjährige Ankerperson weiterhin als minderjährig iSd Familienzusammenführungs-RL zu beurteilen sind. Zwar konkretisierte der VwGH unlängst, dass eine Antragsstellung auf Familienzusammenführung nach dem NAG, die mehr als drei Monate nach der Zuerkennung von Asyl erfolgte auch dann objektiv entschuldbar und deshalb zulässig sein kann, wenn der Grund für die verspätete Antragstellung die vorherige Beantragung der Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 ist.[1300] Dadurch wird zumindest die Rechtstellung der betroffenen Personen gestärkt, ändert aber nichts an der Unvorhersehbarkeit des Verfahrens sowie der Tatsache, dass sich das fortbestehende Recht auf Familienzusammenführung nicht aus dem Gesetzestext ergibt.

Der österr Rechtspraxis erteilte der EuGH im Vorabentscheidungsersuchen zur Rs *CR ua*, welches das Verwaltungsgericht Wien einbrachte, eine ausdrückliche Absage: Er erklärte, dass die Familienzusammenführungs-RL einer Abweisung des ersten Antrages auf Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 aufgrund der eingetretenen Volljährigkeit entgegensteht.[1301] In dieser Hinsicht besteht nunmehr Klarheit, dass eine verpflichtende erneute Antragstellung unionsrechtswidrig ist. Für ein unionsrechtskonformes Ergebnis müsste der Antrag entweder amtswegig umgedeutet werden – wobei einer Umdeutung grundsätzlich die strenge Antragsbindung des NAG entgegensteht[1302] – oder schlichtweg die Familienzusammenführung weiterhin über das AsylG 2005 zulässig sein.

Kürzlich setzte sich der VwGH bereits mit der Vorabentscheidung des EuGH zur Rs *CR ua* in einem vergleichbaren Sachverhalt auseinander:[1303] Im Ausgangsfall ging es um eine zunächst minderjährige asylberechtigte Ankerperson, die nach der Antragstellung der Eltern auf Familienzusammenführung gem § 35 AsylG 2005 die Volljährigkeit erlangte. Das anhängige

[1299] VwGH 28. 11. 2023, Ra 2023/22/0178 Rz 2 sowie EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 16f; sofern nach beiden Verfahren die Anträge zu stellen sind, sind auch zweimal Konsulargebühren zu entrichten; siehe Anlage zu § 1 Bundesgesetz über die Erhebung von Gebühren und den Ersatz von Auslagen für Amtshandlungen österreichischer Vertretungsbehörden in konsularischen Angelegenheiten, Tarifpost 1a Abs 1 und 2 und Tarifpost 7 Abs 1 Z 3 und 4; vgl *Hinterberger,* NLMR 2018, 205 (212); auch bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (44).

[1300] VwGH 20. 3. 2024, Ra 2020/22/0199.

[1301] EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 16 und 42.

[1302] Siehe § 19 Abs 2 NAG sowie etwa VwGH 30. 4. 2020, Ra 2019/22/0228; vgl auch bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (44).

[1303] VwGH 23. 2. 2024; Ra 2023/22/0080; in zwei anderen Entscheidungen ging der VwGH ebenso bereits auf die Rs *CR u*a ein; allerdings wurde in VwGH 20. 3. 2024, Ro 2020/22/0011 kein Antrag gem § 35 AsylG 2005 vor dem Antrag nach dem NAG gestellt; inVwGH 20. 3. 2024, Ra 2020/22/0199 war die Ankerperson, die als minderjährige den AaiS stellte, bereits zum Zeitpunkt der Zuerkennung volljährig, weshalb der Antrag nach der bisherigen Judikatur des VwGH von Anbeginn an nach dem NAG zu stellen gewesen wäre.

Verfahren hatte den zweiten Antrag auf Familienzusammenführung nach dem NAG zum Gegenstand, nachdem der erste Antrag gem § 35 AsylG 2005 aufgrund der eingetretenen Volljährigkeit zurückgewiesen wurde. Der VwGH bestätigte zwar, dass die Ankerperson weiterhin als minderjährig zu betrachten ist; unterlies es aber sich dazu zu äußern, inwieweit nicht schon die Abweisung des Antrages nach dem AsylG 2005 rechtswidrig aufgrund der unionsrechtlichen Anforderungen war.[1304] Notwendige Konkretisierungen zum Verhältnis der Verfahren zur Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 und dem NAG nach der Auffassung des VwGH im Lichte der jüngsten EuGH Rechtsprechung sind deshalb weiterhin ausständig.

Unklar ist auch, wie in Fällen vorzugehen ist, in denen minderjährige Kinder den Nachzug zu einem asylberechtigten Elternteil begehren, die bei Antragstellung auf die Familienzusammenführung sowie der darüber stattgebenden Entscheidung minderjährig sind, aber volljährig werden, bevor sie den AaiS im Inland stellen: Das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 ist in einem solchen Fall grundsätzlich nicht mehr anwendbar;[1305] die Inlandsantragstellung auf einen Aufenthaltstitel nach dem NAG ist nur sehr eingeschränkt möglich und grundsätzlich ausgeschlossen, wenn ein AaiS im Inland gestellt wurde.[1306] Die Familienzusammenführung umfasst Einreise und Aufenthalt; der gewährte Aufenthaltstitel muss jedenfalls für ein Jahr gültig sein.[1307] Dass § 34 AsylG 2005 in erster Linie der Umsetzung der Status-RL dient[1308], ändert nichts daran, dass §§ 34 und 35 AsylG 2005 eine normative Einheit bilden: Nur durch ihr Zusammenspiel kommt der Person, die den Antrag auf Familienzusammenführung stellt, ein Aufenthaltsrecht zu. Insofern verlangt die Stattgabe der Einreise gem § 35 AsylG 2005, die Möglichkeit, im Rahmen des Asylverfahrens als Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 einen Aufenthaltstitel zu erlangen.[1309]

Insgesamt ist aus mehreren Gründen zu bezweifeln, dass der Verweis ins NAG mit den unionsrechtlichen und grundrechtlichen Anforderungen im Einklang steht.[1310] Zwar kann auch grundsätzlich zur Judikaturlinie des EuGH zum Beurteilungszeitpunkt kritisch eingewendet werden, dass sie nicht differenziert, ob die minderjährigen Personen zum Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz schon fast volljährig waren oder ob sie noch weit von der Volljährigkeit entfernt waren und tatsächlich die (lange) Bearbeitungsdauer an der Familienzusammenführung hindert. Für einen rechtssicheren Zustand und zur Garantie der

[1304] VwGH 23. 2. 2024; Ra 2023/22/0080 Rz 18.
[1305] Daran ändert auch die Auslegung des VfGH zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit in der Phase 2 nichts; vgl Punkt IV) C) 2) c) – *Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit*.
[1306] Vgl § 1 Abs 2 und § 21 NAG, siehe eingehend zur Inlandsantragstellung *Tanzer* in *Filzwieser/Kasper* 119.
[1307] Art 2 lit d und Art 13 Abs 2 Familienzusammenführungs-RL, vgl EuGH C-273/20, *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC,* ECLI:EU:C:2022:617 Rz 50.
[1308] Siehe ErläutRV 952 BlgNR 22. GP 1, 54; vgl Punkt IV) C) 2) b) – *Grundsätze des Familienverfahrens*; *Bauer,* migraLex 2022, 34 (43); Umsetzungshinweisen haben zudem nur deklaratorische Bedeutung, vgl *Wimmer,* ZÖR 2015, 511 (520).
[1309] Vgl bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (43).
[1310] Vgl *Feik,* FABL 2019, 1 (11f); auch bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (44f).

praktischen Wirksamkeit der Familienzusammenführungs-RL hat sich der EuGH aber bewusst für diese unionsautonome, einheitliche Auslegung entschieden und damit ein migrationsfreundliches[1311] Ergebnis herbeigeführt. Die MS sind verpflichtet, einen unionsrechtskonformen Zustand im Sinne dieser Auslegung herzustellen und eine klare, transparente Rechtslage zu schaffen, sodass der Einzelne seine Rechte erkennen und sich darauf berufen kann.[1312]

e) Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienzusammenführung

Im Anschluss an die Judikaturlinie des EuGH zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit, reihten sich Vorabentscheidungsersuchen der MS, welche Anforderungen an die tatsächlichen Bindungen zwischen Familienangehörigen und Ankerpersonen zu stellen sind; insbesondere, wenn es sich um das Verhältnis eines mittlerweile volljährigen Kindes und dessen Elternteilen handelt. Hintergrund dieser Vorabentscheidungsersuchen ist, dass bei Nichtvorliegen von tatsächlichen Bindungen die Familienzusammenführungs-RL die MS ermächtigt, Anträge auf Familienzusammenführung zu verweigern.[1313]

Nach dem EuGH hat im Lichte von Art 17 Familienzusammenführungs-RL eine Einzelfallprüfung zur erfolgen, ob tatsächliche familiäre Bindungen vorliegen.[1314] Ein rein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis reicht seines Erachtens nicht für die Annahme tatsächlicher familiärer Bindungen aus; es ist aber Sache der betroffenen Personen, darüber zu entscheiden wie sie ihr (tatsächlich vorliegendes) Familienleben führen, wobei sich weder aus der GRC noch aus der Familienzusammenführungs-RL Anforderungen an die Intensität der familiären Beziehung ergeben.[1315] Nach dem EuGH kann nicht angenommen werden, dass jegliche familiäre Bindung durch das Erreichen der Volljährigkeit eines Kindes wegfällt. Der Wille, tatsächliche familiäre Bindungen aufrechtzuerhalten oder herzustellen – etwa durch die Absicht, einander gelegentlich zu besuchen und in irgendeiner Weise regelmäßige Kontakte im Bereich des Möglichen zu pflegen –, reicht nach dem EuGH für die Annahme von tatsächlichen familiären Bindungen iSd Familienzusammenführungs-RL aus. Umstände, die die Situation im Einzelfall kennzeichnen, wie etwa das Alter der betroffenen Personen, sind dabei zu berücksichtigen.[1316] Für die Annahme der

[1311] Vgl *Feik,* FABL 2019, 1 (4), der die Entscheidung als „flüchtlingsfreundlich" bezeichnet.
[1312] EuGH C-162/99, *Europäische Kommission/Italien,* ECLI:EU:C:2001:35 Rz 22; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 100ff mwN.
[1313] Art 16 Abs 1 lit b Familienzusammenführungs-RL.
[1314] EuGH C-273/20, *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC,* ECLI:EU:C:2022:617 Rz 61; C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618 Rz 62.
[1315] EuGH C-273/20, *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC,* ECLI:EU:C:2022:617 Rz 62; C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618 Rz 63.
[1316] EuGH C-273/20, *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC,* ECLI:EU:C:2022:617 Rz 65f; C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618 66f; zur Auslegung wenig hilfreich ist die Aussage des

tatsächlichen familiären Bindungen kann nicht verlangt werden, dass sich die betroffenen Personen gegenseitig finanziell unterstützen, und es ist ebenso wenig erforderlich, dass sie im selben Haushalt wohnen.[1317] Fehlende tatsächliche familiäre Bindungen können insbesondere auch nicht auf die Trennung gestützt werden, wenn diese auf die Flucht(ursachen) zurückzuführen ist.[1318] Ob ein Kind zu seinem asylberechtigten Elternteil oder ein Elternteil zu seinem asylberechtigten Kind den Nachzug begehrt, ist für die Anforderungen an die tatsächlichen familiären Bindungen für den EuGH irrelevant.[1319]

Die Schwelle der Anforderungen, die der EuGH an das Vorliegen von tatsächlichen familiären Bindungen iSd Familienzusammenführungs-RL stellt, sind insgesamt geringer als jene Anforderungen, die der EGMR an ein tatsächliches Familienleben iSv Art 8 EMRK stellt: Gelegentliche Besuche und je nach Möglichkeit regelmäßige Kontakte jedweder Art würde der EGMR nach seiner bisherigen Judikatur dem Privatleben zurechnen und nicht weiterhin ein Familienleben zwischen volljährigen Kindern und deren Eltern bejahen.[1320]

Aufgrund der Verknüpfung der Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten mit dem Familienverfahren im Inland geht der VwGH wie beim Familienverfahren davon aus, dass die Familienzusammenführung allein aufgrund der Familienangehörigeneigenschaft nicht zu gestatten ist, wenn die tatsächliche Wiederaufnahme des Familienlebens nicht beabsichtigt ist.[1321] Der VwGH sowie auch der Gesetzgeber sind der Meinung, diese Voraussetzung stehe im Einklang mit der Erforderlichkeit von tatsächlichen familiären Bindungen iSd Familienzusammenführungs-RL.[1322]

Die Ausführungen des VwGH lassen sich dahingehend deuten, dass seine Anforderungen an die Wiederaufnahme eines Familienlebens mehr jenen entsprechen, die der EGMR an ein Familienleben iSv Art 8 EMRK stellt, und weniger jenen, die der EuGH an tatsächlich familiäre Bindungen iSd Familienzusammenführungs-RL stellt.[1323] Die Rechtsprechung des VwGH erfolgte

---

EuGH, dass die Feststellung der tatsächlich familiären Bindungen voraussetzt, dass die familiäre Bindung wirklich gegeben ist.

[1317] EuGH C-273/20, *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC,* ECLI:EU:C:2022:617 Rz 67f; C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618 Rz 68f.

[1318] EuGH C-273/20, *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC,* ECLI:EU:C:2022:617 Rz 64; der Zugang entspricht jenem des EGMR, vgl Unterpunkt III) B) 3) d) iii) – *Umstände und Dauer der Unterbrechung des Familienlebens*.

[1319] Die Rs *Bundesrepublik Deutschland/XC* befasste sich mit der Konstellation Kind zieht zu Elternteil; die Rs *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC* mit der Konstellation Elternteil zieht zu Kind.

[1320] Vgl Unterpunkt III) B) 2) b) v) – *Beziehung zwischen Eltern und Kindern*.

[1321] Vgl Punkt IV) C) 2) f) – *Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienverfahren*; VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 51ff; der VwGH leitet dies aus § 34 Abs 4 Z 6 AsylG 2005 ab, wonach Aufenthaltsehen, Aufenthaltspartnerschaften und Aufenthaltsadoptionen von der Anwendbarkeit des Familienverfahrens ausgeschlossen sind.

[1322] VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 54; IA FrÄG 2017, 2285/A 25.GP 82f.

[1323] VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 49, 51ff, 59, 64ff.

aber vor den Entscheidungen des EuGH; seitdem setzte sich der VwGH noch nicht erneut mit den Anforderungen auseinander. Das BVwG beschäftigte sich bereits mit den jeweiligen Anforderungen und stellte diese Anforderungen gegenüber, wobei die Ausführungen offen lassen, ob die Anforderungen nach dem EuGH an tatsächliche familiäre Bindungen für das BVwG ausreichen.[1324]

Im Lichte der EuGH-Judikatur kann kein Familienleben iSv Art 8 EMRK, das nach der Rechtsprechung des EGMR mehr verlangt als die Anforderungen für die Annahme von tatsächlichen familiären Bindungen iSd Familienzusammenführungs-RL, für die Familienzusammenführung von Kindern und ihren Eltern gefordert werden. Vielmehr ist die Familienzusammenführung zu gewähren, wenn ein subjektives Recht nach der Familienzusammenführungs-RL unter Berücksichtigung des Beurteilungszeitpunktes der Minderjährigkeit besteht und die Erteilungsvoraussetzungen vorliegen. Nur mangels Vorliegens der Erteilungsvoraussetzungen oder weil eben jene Familienangehörigeneigenschaft nach der Familienzusammenführungs-RL nicht vorliegt, ist für die Gewährung des Antrages iSv Art 17 Familienzusammenführungs-RL ein Familienleben gem Art 8 EMRK und ein gegenüber dem öffentlichen Interesse überwiegendes individuelles Interesse der betroffenen Personen am Aufenthalt zur Aufrechterhaltung des Familienlebens notwendig.

3) Grundrechtliche Beurteilung der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 3: Familienzusammenführung

a) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 3 mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK

i) Familienangehörige per Definition

Der maßgebliche Familienangehörigenbegriff für die Familienzusammenführung zu international Schutzberechtigten gem § 35 Abs 5 AsylG 2005 beschränkt sich auf die Kernfamilie – nur Ehegatt:innen, minderjährigen Kindern sowie Elternteilen von minderjährigen Kindern steht die Familienzusammenführung nach der Bestimmung offen, wobei die Minderjährigkeit im Lichte der EuGH-Judikatur zu beurteilen ist. Durch die Verknüpfung mit dem Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 findet auch die Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren bei der Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 Anwendung und kann bei Familien, in denen die Eltern keine verrechtlichte Beziehung führen, in die Kernfamilie eingreifen.[1325] Dabei sieht die Bestimmung grundsätzlich keinen Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK vor, um für diese Fälle oder generell in Fällen, in denen im Einzelfall etwa aufgrund eines besonderen

[1324] BVwG 28. 2. 2023, W212 2250831-1 Rz 3.2.1f; 3. 10. 2023, W212 2271727-1 Rz 3.2.1f.
[1325] Siehe dazu Punkt IV) C) 2) b) – *Grundsätze des Familienverfahrens*; vgl *Czech,* FABL 2016, 31 (35).

Abhängigkeitsverhältnisses die Gewährung der Familienzusammenführung gem Art 8 EMRK geboten ist, dennoch die Einreise und den Aufenthalt zu ermöglichen. Anders als in der Phase 2 kann bei diesen grundrechtlichen Eingriffen eine Verletzung nicht durch einen Aufenthaltstitel aus Gründen des Art 8 EMRK gem § 55 AsylG 2005 vermieden werden, da der Aufenthaltstitel gem § 55 AsylG 2005 nur im Inland beantragbar ist.[1326]

Der VfGH hegte bisher per se keine verfassungsrechtlichen Bedenken an der Bestimmung § 35 Abs 5 AsylG 2005. Gleichzeitig nahm er aber mehrfach eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK im Zusammenhang mit § 35 Abs 5 AsylG 2005 an:[1327]

So ging der VfGH etwa in Fällen, in denen die Ehe in Österreich nicht anerkannt wurde oder in denen die Ehe erst nach dem Verlassen des Herkunftsstaates und somit die Ehe nach der früheren Rechtslage für die Familienzusammenführung grundsätzlich unbeachtlich war, davon aus, dass dennoch zu prüfen ist, ob ein Einreisetitel zur Wahrung des Familienlebens iSv Art 8 EMRK zu gewähren ist. In den jeweiligen Ausgangssachverhalten hatten die betroffenen Personen gemeinsame Kinder, die ebenso den Nachzug zu einem Elternteil als Ankerperson begehrten, weshalb auch ein Eingriff in deren Familienleben sowie deren Recht auf Kontakt zu beiden Elternteilen durch die Verweigerung vorlag.[1328]

Bezüglich § 35 Abs 5 AsylG 2005 bezog sich der VwGH in seiner früheren Judikatur nur vereinzelt auf die Rechtsprechung des VfGH.[1329] In ständiger Rechtsprechung betont der VwGH nunmehr, dass der Anwendungsbereich von § 35 Abs 5 AsylG 2005 nicht zu erweitern ist und in Fällen, in denen ein Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 nicht offen steht, auf die Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach dem NAG zu verweisen ist.[1330]

[1326] Vgl Unterpunkt IV) C) 3) a) ii) –*Aufenthaltsrecht für weitere familiäre Bezugspersonen im Zusammenhang mit einem AaiS*; *Czech,* FABL 2016, 31 (38).

[1327] Vgl *Gruber*, Einreisetitel für den Familiennachzug nach dem AsylG und "abgeleitete" Familienangehörigeneigenschaft? in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2019 (2019) 237 (239f).

[1328] VfGH 6. 6. 2014, B 369/2013 Rz 24 f; 23. 11. 2015, E 1510/2015 Rz 16; 27. 11. 2017, E 1001/2017 Rz 16; 11. 6. 2018, E 3362/2017 Rz 15.

[1329] VwGH 1. 3. 2016, Ro 2015/18/0002 Rz 33f; 30. 6. 2016, Ra 2015/21/0068, wobei in beiden Fällen verfahrensrechtliche Aspekte vordergründig zu beurteilen waren und nicht der Familienangehörigenbegriff oder Erwägungen gem Art 8 EMRK; vgl *Gruber* in *Filzwieser/Taucher* 237 (240f); ein einziges Mal nahm der VwGH darüber hinaus noch auf die Rechtsprechung des VfGH Bezug, wobei er mehr zur Kenntnis nahm, dass keine Prüfung gem Art 8 EMRK stattfand und auf die Möglichkeiten des NAG verwies; VwGH 28. 1. 2020, Ra 2018/20/0464 Rz 36ff.

[1330] Vgl Punkt IV) D) 2) d) – *Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit*; etwa VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0218 Rz 30, 37, 39 mwN; 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609 Rz 27, 38; 5. 10. 2022, Ra 2022/14/0222 Rz 19; 16. 2. 2023, Ra 2022/18/0309 Rz 19; vgl *Gruber* in *Filzwieser/Taucher* 237 (241f).

ii) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK als Lösung?

Es stellt sich die Frage, ob der Rechtsprechungslinie des VfGH, wonach über den Wortlaut des § 35 Abs 5 AsylG 2005 hinaus eine Prüfung gem Art 8 EMRK vorzunehmen ist,[1331] oder jener des VwGH, wonach in Fällen, in denen die Voraussetzungen gem § 35 Abs 5 AsylG 2005 nicht erfüllt sind und insbesondere, die Personen, die den Nachzug begehren, keine berechtigten Familienangehörigen nach der Definition sind, auf das NAG zu verweisen ist.[1332]

Während der VfGH in der Vergangenheit mehrfach Bestimmungen aufhob, weil gerade kein ausdrücklicher Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK bestand,[1333] geht er bei § 35 Abs 5 AsylG 2005 von einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 8 EMRK aus, die schon im Grundsatz mitunter kritisch betrachtet wird.[1334] Neben der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 8 EMRK als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht könnte die Interessenabwägung auch über die unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK als Unionsgrundrecht bzw von Art 7 und 24 GRC bzw auch von Art 5 Abs 5 und Art 17 Familienzusammenführungs-RL[1335] hergeleitet werden; die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts wird zumindest im Grundsatz nicht methodisch bezweifelt.[1336] Der EuGH machte kürzlich deutlich, dass diese Grundrechtserwägungen (jedenfalls in Kombination mit zur Familienzusammenführung berechtigten Familienangehörigen) dazu führen können, dass auch weiteren unterstützungsbedürftigen familiären Bezugspersonen, die keine berechtigten Familienangehörigen iSd Familienzusammenführungs-RL sind, die Einreise und der Aufenthalt zu gewähren ist.[1337] Allerdings würde diese Herleitung nur bei familiären Bezugspersonen von Asylberechtigten eine Interessenabwägung erfordern, da die Familienzusammenführung zu subsidiär Schutzberechtigten in der österr Rechtslage nicht im

[1331] Da die Herleitung des VfGH über den Wortlaut hinausgeht, kann seine Herangehensweise auch nicht als verfassungskonforme Interpretation gewertet werden; vgl etwa *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 94; *Khakzadeh-Leiler*, Die verfassungskonforme Interpretation in der Judikatur des VfGH, ZÖR 2006, 201 (203ff); *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[13] Rz 37; auszuschließen ist auch, dass es sich um eine (planwidrige) Lücke handelt, die mittels Analogie geschlossen werden müsste; vgl dazu etwa *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] (2015) Rz 136; *Muzak*, Gefährdungshaftung im Verkehrsrecht als Beispiel für unterschiedliche methodische Sichtweisen zur Analogie, in *Jabloner/Kolonovits/Kucsko-Stadlmayer/Laurer/Mayer/Thienel* (Hrsg), GS Walter (2013) 505; vielmehr scheint der Wortlaut den Willen des Gesetzgebers wiederzugeben; vgl auch *Bauer,* migraLex 2022, 34 (36f)

[1332] Vgl *Gruber* in *Filzwieser/Taucher* 237 (246ff).

[1333] So etwa VfSlg 17.013/2003; 18.517/2008; 19.713/2012; vgl *Czech,* FABL 2016, 31 (36); *Gruber* in *Filzwieser/Taucher* 237 (237ff).

[1334] Vgl konkret *Gruber* in *Filzwieser/Taucher* 237 (237ff); *Mayer* in *ÖJT* 87 (95f); generell *Berka*, Das "eingriffsnahe Gesetz" und die grundrechtliche Interessenabwägung, in FS Walter (1991) 37; *Muzak*, B-VG[6] (Stand 1. 10. 2020, rdb.at) Art 8 MRK Rz 16 mwN; *B. Raschauer*, Sind die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte für die Vollziehung unmittelbar anwendbares Recht? ZfV 1988, 30.

[1335] Sofern man annimmt, dass Art 5 Abs 5 und Art 17 Familienzusammenführungs-RL für eine unmittelbare Anwendbarkeit ausreichend bestimmt sind.

[1336] Vgl *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 89ff; die MS sind bei entgegenstehendem nationalen Recht zur Anpassung verpflichtet; *Öhlinger/Eberhard/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[8] 100ff.

[1337] Vgl Unterpunkt IV) D) 1) b) ii) – *Besondere Anforderungen an den Familienangehörigenbegriff von asylberechtigten Ankerpersonen*; EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 49ff.

Anwendungsbereich des Unionsrechts liegt. Unabhängig von der Herleitung führt die unmittelbare Anwendbarkeit zu einer Rechtsunsicherheit, die mit einer unterschiedlichen Rechtspraxis einhergeht.[1338]

Aber auch der Verweis ins NAG bietet nur bedingt eine Lösung:

Bei mangelnder Familienangehörigeneigenschaft aufgrund von Anerkennungsproblemen oder generell, weil die betroffene Person keine Familienangehörige per Definition ist, bietet auch das NAG nach dem Wortlaut keine Lösung: Dort müsste der Familienangehörigenbegriff ebenso aus Gründen von Art 8 EMRK „abgekoppelt" werden, was im Ergebnis der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 8 EMRK gleicht. Für subsidiär Schutzberechtigte kennt das NAG überhaupt keine Möglichkeit der Familienzusammenführung; für sie bietet es insofern gar keine Lösung bei fehlender Familienangehörigeneigenschaft.[1339]

Einerseits kann man in der Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren den Willen des Gesetzgebers sehen, nicht den Kreis der begünstigten Familienangehörigen ausweiten zu wollen.[1340] Allerdings ist dieser Wille in jeder Definition von Familienangehörigen, nach der nur diesem definierten Personenkreis ein Recht auf Familienzusammenführung eingeräumt wird, erkennbar. Auch wenn sich weder Status- noch Familienzusammenführungs-RL die Pflicht ableiten lässt, Familienangehörigen von international Schutzberechtigten denselben Status einzuräumen, so hat sich der Gesetzgeber dennoch bewusst für diese Variante und die Familienzusammenführung über das AsylG 2005 entschieden.[1341]

Da insofern kein Grund eindeutig für die Lösung über das NAG spricht, welche ohnehin zu vielen Folgeproblemen führt und noch dazu keine grundrechtskonforme Lösung für subsidiär Schutzberechtigte und ihre familiären Bezugspersonen bieten kann, ist von den beiden Ansätzen der österr öffentlichen Höchstgerichten der Rechtsprechungslinie des VfGH der Vorzug zu geben: In Fällen, in denen die Voraussetzungen gem § 35 AsylG 2005 nicht vorliegen, muss bei einem Familienleben iSv Art 8 EMRK eine entsprechende Interessenabwägung vorgenommen und bei überwiegendem individuellen Interesse die Einreise gem § 35 Abs 5 AslyG 2005 gestattet werden.[1342] Dadurch kann auch eine weitere komplexe Schnittstelle[1343] zwischen dem AsylG 2005

[1338] Siehe weiterführend *Bernhart* in *Eppel/Reyhani* (Kap 9.2.2, 6; Kap 9.2.6); der unter Verweis auf einschlägige BVwG Judikatur ausführt, dass Art 8 EMRK nur teilweise von den Behörden amtswegig geprüft wird.
[1339] Nur wenn subsidiär schutzberechtigten Personen ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EU" gem § 45 Abs 12 NAG erteilt wurde, ist eine Familienzusammenführung nach dem NAG für sie möglich.
[1340] So *Gruber* in *Filzwieser/Taucher* 237 (239).
[1341] So auch der VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105 Rz 43; *Gruber* in *Filzwieser/Taucher* 237 (248); bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (43).
[1342] AA *Gruber* in *Filzwieser/Taucher* 237 (251f).
[1343] Siehe für eine ausführliche Gegenüberstellung *Ecker* in *Filzwieser/Taucher* 84.

und dem NAG vermieden und zumindest ein einheitliches Verfahren für die Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten sicher gestellt werden.

Aber auch der Ansatz des VfGH ist weder methodisch noch praktisch optimal: Da aus dem Gesetz selbst nicht erkennbar ist, dass überhaupt ein Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK besteht, kommt es mitunter zu einer unterschiedlichen Vollzugspraxis und somit zu einer unvorhersehbaren Einzelfallgerechtigkeit.[1344] Insgesamt sind die Bestimmungen, die einerseits bestimmten Familienangehörigen die Familienzusammenführung gewähren und andere davon ausschließen, zu Art 8 EMRK „eingriffsnah", was für strengere Anforderungen an die Determinierungspflicht des Gesetzgebers spricht.[1345] Deshalb sollte der Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK ausdrücklich gesetzlich verankert und die Vollziehung nicht in Zugzwang gebracht werden, entgegen den einfachgesetzlichen Wortlaut Art 8 EMRK anzuwenden.[1346] Dies würde auch der Gesamtsystematik des AsylG 2005 entsprechen, das etwa bei den Erteilungsvoraussetzungen einen solchen Ermessenspielraum vorsieht.

iii) Ergebnis

Durch den eingeschränkten Familienangehörigenbegriff kann § 35 Abs 5 AsylG 2005 in vielen Konstellationen in das Recht auf Achtung des Familienlebens eingreifen – mitunter in jenes von Kernfamilien, Eltern-Kind-ähnlichen Verhältnissen sowie in Fällen der Abhängigkeit. Zwar kann durch eine ordnungsgemäß vorgenommene Interessenabwägung gem Art 8 EMRK und einer aufgrund von Art 8 EMRK gewährten Einreise ein grundrechtskonformer Zustand im Einzelfall erreicht werden, aber der dazu notwendige Ermessensspielraum ist nicht gesetzlich verankert und erfordert eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK über den Wortlaut hinaus – auch bei einer Lösung über das NAG. Mangels gesetzlicher Verankerung bestehen Rechtsunsicherheit und eine uneinheitliche Rechtspraxis. Daher wäre es grundrechtlich sowie aufgrund der Determinierungspflicht geboten, einen entsprechenden Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK gesetzlich zu verankern. Für ein einheitliches System mit Blick auf die Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten ist nach der derzeitigen rechtlichen Ausgestaltung einer gesetzlichen Verankerung in § 35 Abs 5 AsylG 2005 der Vorzug zu geben. Aus den bisher ergangenen Erkenntnissen des VfGH ist nicht erkennbar, inwieweit die Abwägungskriterien nach dem EGMR berücksichtigt werden. Im Rahmen einer gesetzlichen Verankerung könnten die maßgeblichen Abwägungskriterien für eine positive Verpflichtung zur

[1344] Vgl *Bernhart* in *Eppel/Reyhani* (Kap 9.2.2, 6; Kap 9.2.6) mwN; vgl allgemein *Berka* in FS Walter 37 (46).
[1345] Vgl etwa *Berka* in FS Walter 37 (42ff); *Mörth*, Das Legalitätsprinzip. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (2020) 216ff.
[1346] Vgl *Mayer* in *ÖJT* 87 (95f).

Gewährung der Einreise und des Aufenthalts entsprechend der EGMR-Judikatur demonstrativ genannt werden, wie es etwa § 9 Abs 2 BFA-VG für aufenthaltsbeendende Maßnahmen vorsieht.

b) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 3 mit den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK

i) Wartefrist und individuelle Prüfung

Nach der geltenden innerstaatlichen Rechtslage unterliegen Familienangehörige von subsidiär Schutzberechtigten einer dreijährigen Wartefrist, bis sie ihr Recht auf Familienzusammenführung geltend machen können.

Der EuGH betrachtet die Wartefrist grundsätzlich als unionsrechtskonform, fordert aber gleichzeitig, dass gem Art 17 Familienzusammenführungs-RL im Einzelfall eine Berücksichtigung der spezifischen Umstände zu erfolgen hat.[1347] Da aber die Familienzusammenführung für subsidiär Schutzberechtigte nicht in Umsetzung der Familienzusammenführungs-RL erfolgt, bindet die Auslegung des EuGH weder Gesetzgeber noch Vollziehung in Österreich, und Art 17 Familienzusammenführungs-RL führt für subsidiär Schutzberechtigte nicht zu einer verpflichtenden individuellen Prüfung.[1348]

Der VfGH setzte sich 2018 mit der Wartefrist bei der Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten auseinander. Dabei stellte er unter Bezugnahme auf den EGMR fest, dass sich aus Art 8 EMRK keine generelle Verpflichtung ergibt, Drittstaatsangehörigen den Aufenthalt in einem bestimmten Konventionsstaat zu gewähren. Der VfGH befand, dass sich die dreijährige Wartefrist unter Ausschluss einer Abwägung der Umstände im Einzelfall verfassungsrechtlich unbedenklich sei und im margin of appreciation liege.[1349] Er begründete dies mit dem vorübergehenden, provisorischen Charakter des Aufenthaltsrechtes von subsidiär Schutzberechtigten, das zunächst nur für ein Jahr gilt und das auf Umständen beruht, die typischerweise rascher beendet sein können wie eine Verfolgung iSd GFK.[1350]

Die Entscheidung steht in einem Widerspruch zu den jüngsten Entscheidungen des EGMR in den Fällen *M.A.* und *M.T. ua*, wonach bei einer über zwei Jahre hinausgehenden Wartefrist die individuellen Interessen und insbesondere die unüberwindbaren Hindernisse, das Familienleben fortzusetzen, an Gewicht gewinnen. Eine Rechtsgrundlage, die eine dreijährige Wartefrist ohne

[1347] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 99; die GA *Kokott* erachtete die Bestimmung generell als grundrechtswidrig, GA *Kokott*, SA zu C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2005:517 Rz 101ff, 127.
[1348] Siehe aber *Czech,* FABL 2021, 23 (32); der es für möglich hält, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet sei.
[1349] VfSlg 20.286/2018 Rz 42f, 46, 49, vgl hier und im Folgenden auch bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (391ff).
[1350] VfSlg 20.286/2018 Rz 47f; dem folgend VwGH 31. 5. 2021, Ra 2020/01/0284 Rz 29; schon damals kritisch zum Argument, der Schutzbedarf sei provisorischer Natur und könne vorübergehender sein etwa *Hasel/Salomon* in *Salomon* 113 (153ff); *Immervoll/Frühwirth* in *Salomon* 161 (177ff); *Kaspar,* NLMR 2020, 5 (10).

Möglichkeit einer individuellen Einzelfallprüfung vorsieht, verletzt nach dem EGMR Art 8 EMRK, wobei besondere Herausforderungen wie steigende Antragszahlen das öffentliche Interesse an der längeren Wartefrist (vorübergehend) stärken können.[1351]

Der VfGH befasste sich in der Folge erneut mit der Wartefrist für die Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten und ihren Familienangehörigen: Da das BVwG im Anlassfall eine nachvollziehbare Einzelfallprüfung vorgenommen hatte, in der die konkreten Umstände gem Art 8 EMRK abgewogen wurden, lag im Anlassfall keine Verletzung von Art 8 EMRK vor.[1352] Mangels Aussicht auf Erfolg lehnte der VfGH die weitere Behandlung der Beschwerde ab. Die Entscheidung legt nahe, dass der VfGH auch mit Blick auf die jüngste EGMR-Rechtsprechung keine Zweifel an der Verfassungskonformität von § 35 Abs 5 AsylG 2005 hegte. Entgegen der früheren Entscheidung des VfGH ist aber nunmehr davon auszugehen, dass auch bei einem Antrag auf Familienzusammenführung vor Ablauf der dreijährigen Wartefrist Art 8 EMRK unmittelbar anzuwenden ist und die Interessen entsprechend abzuwägen sind. Mangels weiterer Behandlung gab der VfGH auch seinerseits keine weiteren Leitlinien vor, inwieweit entsprechend der EGMR-Judikatur bei einer niedrigeren Zahl von Antragsteller:innen das öffentliche Interesse weniger ins Gewicht fällt.

Der Judikaturwandel des VfGH macht die Grundproblematik der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 8 EMRK deutlich: Bei der Anwendung derselben Bestimmung kann einerseits ein Ermessenspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK verneint und bejaht werden, ohne dass sich die Rechtslage ändert. Nur mit einer tiefgehenden Auseinandersetzung mit der Judikatur ist es möglich zu erkennen, dass über den Wortlaut hinaus ein solcher Ermessensspielraum besteht und nunmehr von einer Verpflichtung auszugehen ist, eine Interessenabwägung iSv Art 8 EMRK vor Ablauf der Wartefrist vorzunehmen.

Fraglich bleibt, ob trotz des nun „geschaffenen" Ermessensspielraums bei der Wartefrist von einem konventionskonformen Zustand ausgegangen werden kann: Selbst die dänische Rechtslage, bei der der EGMR im Fall *M.A.* eine Konventionsverletzung feststellte, sah zumindest in außergewöhnlichen Umständen ausdrücklich eine mögliche Abweichung von der Wartefrist vor. Zudem begründete der dänische Gesetzgeber die Einführung der Wartefrist explizit mit den steigenden Antragszahlen, setzte sich mit Art 8 EMRK auseinander und legte dar, dass unter speziellen Umständen zu prüfen ist, ob ein Recht auf Familienzusammenführung besteht.[1353] Demgegenüber ist den Materialen zur Einführung der Wartefrist in Österreich nichts weiter zu

[1351] Ausführlich Punkt III) B) 4) b) – *Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK*; EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 162, 173ff, 193; 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 63ff.
[1352] VfGH 13. 12. 2022, E 933/2022.
[1353] EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 29, 31, 166ff, 185ff, 192ff.

entnehmen als die Einführung der Wartefrist selbst und der Klarstellung, dass die Familienzusammenführungs-RL auf subsidiär Schutzberechtigte keine Anwendung findet.[1354] Anders als etwa hinsichtlich der Erteilungsvoraussetzungen besteht kein ausdrücklicher Hinweis für einen Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK oder sonstiger außergewöhnlicher Umstände, die ein Abweichen von der Wartefrist ermöglichen würden. Aufgrund dessen ist es nicht auszuschließen, dass dem EGMR trotz des grundsätzlich weiten margin of appreciation bei Wartefristen in der österr Ausgestaltung eine Konventionsverletzung sehen könnte, da die mangelnde Auseinandersetzung mit Art 8 EMRK im Gesetzgebungsprozess zu einer engmaschigeren Kontrolle führen kann.[1355]

Dass auch vor Ende der Wartefrist eine Interessenabwägung stattfinden muss, ob im Einzelfall eine Familienzusammenführung aufgrund Art 8 EMRK zu gewähren ist, ist besonders für (minderjährige) subsidiär Schutzberechtigte bzw für (minderjährige) Familienangehörige von Bedeutung: Vor der Entscheidungen des EGMR zur *M.A.* und *M.T. ua* und der darauffolgenden Entscheidung des VfGH stand den betroffenen Personen die Familienzusammenführung jedenfalls nur dann zu, wenn die jeweilige minderjährige Person auch nach der Wartefrist noch minderjährig war. Erreichte sie mittlerweile die Volljährigkeit, stand ihr keine Möglichkeit zur Familienzusammenführung offen – auch nicht nach dem NAG. Die Judikaturlinie des EuGH zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit ist in der österr Rechtslage für subsidiär Schutzberechtigte unbeachtlich. In die nunmehr vorzunehmende Interessenabwägung gem Art 8 EMRK müssen Kindeswohlerwägungen entsprechend berücksichtigt werden, so wie der Umstand, dass ohne die Gewährung der Familienzusammenführung vor Ablauf der Wartefrist eine Familienzusammenführung insgesamt kaum mehr möglich ist. Nach der Judikatur des EGMR handelt es sich dabei aber nur um einen Aspekt, der im Rahmen der Interessensabwägung zu berücksichtigend ist: Während der EuGH den Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung für Asylberechtigte, die im Zeitpunkt der Antragstellung minderjährig waren, weitgehend sichert, kann für den EGMR die Versagung der Familienzusammenführung, weil während der Wartefrist die Volljährigkeit eintrat, grundsätzlich gerechtfertigt sein.[1356]

ii) Entscheidungsfindungsprozess

Nach den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK hat der Entscheidungsfindungsprozess bei der Familienzusammenführung sowohl für Asyl- als auch subsidiär Schutzberechtigte flexibel, rasch und wirksam mit besonderer Sorgfalt zu erfolgen.

[1354] ErläutRV 996 BlgNR 25. GP 4f; vgl *Czech,* FABL 2021, 23 (28f); *Kaspar,* NLMR 2020, 5 (10).
[1355] Vgl Punkt III) B) 4) a) – *Allgemeines*.
[1356] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 59, 75, 84; vgl bereits III) B) 4) b) – *Prozedurale Anforderungen bei Familienzusammenführung bzw Legalisierung des Aufenthalts gem Art 8 EMRK*.

In einer Studie des Europäischen Migrationsnetzwerkes wurden drei Hauptprobleme während des Familienzusammenführungsverfahrens eruiert: Die Verpflichtung, den Antrag persönlich in einer konsularischen Vertretungsbehörde zu stellen, sehr lange Bearbeitungszeiten und strikte Anforderungen an Dokumente. In Österreich liegen alle drei Hauptprobleme vor.[1357] Bei den österr Botschaften ist teilweise mit einer Wartefrist von bis zu drei Monaten für einen Termin zu rechnen.[1358]

Wie auch der EGMR regelmäßig ausführt, gilt es mitzubedenken, dass die Trennung der Familie nicht mit der Wartefrist beginnt: Die Trennung erfolgt häufig bereits durch das Verlassen des Herkunftsstaates, daran schließt die Zeit, bis die jeweilige Person überhaupt den AaiS stellt, sowie anschließend die Dauer des Asylverfahrens. Selbst nach Zuerkennung steht noch das Verfahren der Familienzusammenführung sowie die Einreise der faktischen Wiederherstellung der familiären Einheit entgegen.[1359] Bei der Interessenabwägung iSv Art 8 EMRK können nach der Judikatur des EGMR im asylrechtlichen Kontext die individuellen Interessen mit steigender Verfahrensdauer stärker ins Gewicht fallen.[1360]

Von einem flexiblen, raschen und wirksamen Entscheidungsfindungsprozess kann auch nicht bei dem Verweis auf die Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach dem NAG gesprochen werden: Es entsteht ein höchst komplexes Verfahren mit über den Gesetzestext hinausgehenden Rechten, die ohne Kenntnisse der einschlägigen Judikatur nicht einmal erahnt werden können. Unter Umständen sind zwei unterschiedliche Anträge auf Familienzusammenführung – einmal nach dem AsylG 2005 und einmal nach dem NAG – zu stellen. Bei einem ursprünglich berechtigten Antrag nach dem AsylG 2005 war von dem VwGH bisher, wenn inzwischen die Volljährigkeit eintrat, der Antrag ohne Weiteres zurückzuweisen und ein neuer Antrag nach dem NAG zu stellen. Abgesehen davon, dass schon die Erfolgsaussichten des Antrages nach dem AsylG 2005 allein von der Bearbeitungsdauer abhingen, konnte die notwendige doppelte Antragstellung mit unterschiedlicher Behördenzuständigkeit[1361] nur zu einer Verfahrensverlängerung führen. Diese Rechtspraxis hat der EuGH nunmehr ausdrücklich als unionsrechtswidrig erklärt.[1362] Neben den

[1357] *EMN*, Family Reunification of Third-Country. Nationals in the EU plus Norway: National Report (2017) 37; COM(2019) 162 final 2.
[1358] *AIDA/ECRE*, Country 161; *AIDA/ECRE*, Not there yet 17.
[1359] EGMR 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich* Rz 58; 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark* Rz 179; *AIDA/ECRE*, Not there yet 16.
[1360] Vgl Unterpunkt III) B) 3) d) ii) – *Bestehen unüberwindbarer bzw wesentlicher Hindernisse*.
[1361] Zwar sind beide Anträge bei der Vertretungsbehörde einzubringen, aber anschließend ist für den Antrag nach dem AsylG 2005 das BFA zur Prognoseentscheidung zuständig, während für den Antrag nach dem NAG der jeweilige Landeshauptmann zuständig ist; § 35 AsylG 2005 und § 3 NAG; die strenge Antragsbindung gem § 19 Abs 2 NAG steht auch einer Umdeutung des Antrages grundsätzlich entgegen; nur wenn man annimmt, dass die strenge Antragsbindung durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts verdrängt werden könnte, käme eine Weiterleitung gem § 6 AVG in Frage; vgl bereits *Bauer,* migraLex 2022, 34 (44) mwN.
[1362] Vgl Unterpunkt IV) D) 2) d) v) – *Folgeprobleme durch den Verweis ins NAG*; EuGH C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96 Rz 42.

Zweifeln an der Unionsrechtskonformität des Verweises ins NAG erscheint die Rechtspraxis auch unvereinbar mit den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK. Trotz der rezenten Entscheidung des EuGH ist je nach Ausgangssachverhalt entweder ein Antrag auf Familienzusammenführung nach dem AsylG 2005 oder nach dem NAG zu stellen. Nur mit eingehender Analyse der Judikatur des VwGH erschließt sich, nach welchen Verfahren bzw auf Basis welchen Gesetzes der Antrag zu stellen ist.

iii) Ergebnis

Sowohl die österr Rechtslage als auch deren Vollziehung kommen den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK beim Recht auf Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten nicht nach. Die Bestimmung für die Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten, die ohne Berücksichtigung besonderer Herausforderungen eine generelle Wartefrist von drei Jahren vorsieht und dabei keinen ausdrücklichen Ermessensspielraum für eine individuelle Beurteilung enthält, ist mit den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK unvereinbar, selbst wenn der VfGH mittlerweile eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK bejaht. Die Ausgestaltung führt zu einer Rechtsunsicherheit, da es unmöglich ist, allein aus dem Gesetzestext über die zustehenden Rechte Kenntnis zu erlangen. Den Berichten von unterschiedlichen Organisationen zufolge kommt es zu einer besonders langen Bearbeitungsdauer vor österr Behörden bei der Familienzusammenführung. Zudem erschwert der Verweis ins NAG das Verfahren und zieht es weiter (unnötig) in die Länge. Insgesamt kann nicht bejaht werden, dass ein flexibler, rascher und wirksamer Entscheidungsfindungsprozess vorliegt.

c) Vereinbarkeit der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige in der Phase 3 mit den gleichheitsrechtlichen Anforderungen

i) Unterschiedliche Behandlung von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung

Nach der österr Rechtslage werden subsidiär Schutzberechtigte gegenüber Asylberechtigten bei der Familienzusammenführung benachteiligt, da erstere grundsätzlich einer dreijährigen Wartefrist unterliegen, bis sie und ihre Familienangehörigen ihr Recht auf Familienzusammenführung ausüben können. Asylberechtigten und ihren Familienangehörigen steht demgegenüber unmittelbar nach der Zuerkennung des Status die Familienzusammenführung offen.

Der VfGH geht davon aus, dass genügend Unterschiede zwischen den beiden Schutzstatus vorliegen, die die Differenzierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK sowie gem Art I RD-BVG sachlich rechtfertigen. Er begründete dies insbesondere mit dem zunächst nur ein Jahr gültigen Aufenthaltsrecht von subsidiär Schutzberechtigten und betonte wiederum, dass die Umstände für subsidiären Schutz typischerweise nur vorübergehender Natur sind und rascher beendet sein

können, als dies bei Asylberechtigten der Fall sei.[1363] Vor dem Hintergrund, dass subsidiär Schutzberechtigte nicht dem Anwendungsbereich der Familienzusammenführungs-RL unterliegen, zweifelte der VfGH allgemein an der Vergleichbarkeit.[1364]

Der EGMR bejahte für den Fall *M.T. ua* eine Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Aufenthaltsstatus – wenn auch vorsichtig und darauf bedacht, sich für die Zukunft möglichst alle Türen offenzuhalten. Die ausschlaggebenden Gründe, die den EGMR dazu veranlassten, im Fall *M.T. ua* eine Vergleichbarkeit zu bejahen (nämlich der praktische effektive Schutz durch die Konvention sowie die Möglichkeit, die Dauer der Aussetzung/Wartefrist bis zur Familienzusammenführung ausreichend zu beurteilen), können auch bei der österr Ausgestaltung ins Treffen geführt werden.[1365]

Der EGMR setzte sich in seiner Beurteilung mit faktischen Gegebenheiten auseinander und befasste sich hinsichtlich des vermeintlich vorübergehenden Charakters mit Situationen, in denen sich die allgemeine Gefährdungslage in der Vergangenheit rasch änderte.[1366] Eine solche Auseinandersetzung lässt der VfGH vermissen; der VfGH beruft sich in erster Linie auf die rechtliche Ausgestaltung des Aufenthaltsrechts von subsidiär Schutzberechtigten im Vergleich zu jener von Asylberechtigten.[1367]

In der Literatur sowie von internationalen Organisationen und sogar von der Europäischen Kommission wird ins Treffen geführt, dass der Schutzbedarf von subsidiär Schutzberechtigten häufig gleich lang ist wie jener von Asylberechtigten.[1368] Bei einem Blick auf die Anzahl von stattgegebenen Verlängerungsanträgen im Vergleich zu Aberkennungen des subsidiären Schutzstatus in Österreich bekräftigt sich dieser Eindruck.[1369] In der Status-VO soll nach dem Standpunkt des Parlaments in den ErwGr ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass das Schutzbedürfnis von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten von ähnlicher Dauer sein kann.[1370] Daher sind Zweifel berechtigt, ob der subsidiäre Schutzstatus tatsächlich vorübergehender,

[1363] VfSlg 20.286/2018 Rz 50ff.
[1364] VfSlg 20.286/2018 Rz 51ff.
[1365] Vgl hier und im Folgenden Unterpunkt III) B) 5) b) vi) – *Diskriminierung aufgrund des Aufenthaltsstatus – Zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten*; EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* 105ff.
[1366] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 98 mwN.
[1367] VfSlg 20.286/2018 Rz 51.
[1368] Siehe etwa *Bauloz/Ruiz* in *Chetail/Bruycker/Maiani* 240 (242f) mwN; *Hasel/Salomon* in *Salomon* 113 (153ff) mwN; *Kaspar,* NLMR 2020, 5 (10) mwN; *UNHCR*, Third party intervention in the case of M.A. v. Denmark (Application no. 6697/18) before the European Court of Human Rights 8f; *UNHCR/Nicholson*, Essential 155; COM(2014) 210 final 29.
[1369] Siehe etwa deutlich Anfragebeantwortung des BMI 11630/AB vom 21. 9. 2022, 36, wonach zwischen Jänner und Juli 2022 7396 Verlängerungsanträgen stattgegeben wurden, während 87-Mal subsidiärer Schutz aberkannt wurde.
[1370] ErwGr 48 Status-VO (Standpunkt Parlament).

provisorischer Natur ist und folglich, ob ein Unterschied im Tatsächlichen vorliegt, der die Unterschiede im Rechtlichen[1371] sachlich rechtfertigen könnte.

Obwohl die Massenzustrom-RL im Rahmen dieser Arbeit nicht eingehend zu behandeln ist, ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf diesen Unionsrechtsakt zu werfen, der im Zuge des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine erstmals aktiviert wurde:[1372] Nach der Massenzustrom-RL sowie nach der in Österreich zur Durchführung erlassenen VO[1373] verfügen Familienangehörige[1374] von Vertriebenen iSd Massenzustrom-RL unmittelbar nach dem Gesetz ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht ohne das eine Wartefrist oder Erteilungsvoraussetzungen vorgesehen wären.[1375] Zwar ist an dieser Stelle eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Status von Vertriebenen und somit eine gleichheitsrechtliche Beurteilung der unterschiedlichen Behandlung von Vertriebenen und ihren Familienangehörigen auf der einen Seite und subsidiär Schutzberechtigten und ihren Familienangehörigen auf der anderen Seite nicht möglich.[1376] Aber allein die Tatsache, dass das vorübergehende Aufenthaltsrecht nicht an der Erteilung eines Aufenthaltsrechtes für Familienangehörige hindert, lassen zusätzlich daran zweifeln, dass der vermeintlich vorübergehende provisorische Charakter von subsidiär Schutzberechtigten als sachlicher Rechtfertigungsgrund geeignet ist.

Anders als der VfGH zieht der EGMR den vermeintlich vorübergehenden, provisorischen Charakter von subsidiär Schutzberechtigten nicht zur Rechtfertigung heran.[1377] Er stützt die Rechtfertigung erneut auf den Umstand, dass die Aussetzung der Familienzusammenführung der Aufrechterhaltung der Einwanderungskontrolle sowie dem Schutz des wirtschaftlichen Wohlergehens in Anbetracht der hohen Antragszahlen diente sowie die Tatsache, dass dennoch ein Raum für eine individuelle Interessenabwägung gem Art 8 EMRK blieb. Insgesamt erachtete der EGMR daher die unterschiedliche Behandlung innerhalb der schwedischen Rechtslage als verhältnismäßig.

[1371] Vgl Punkt III) C) 3) c) – *Besondere Bedeutung des innerstaatlichen Gleichheitssatzes*; *Berka*, Verfassungsrecht[8] Rz 1644ff; *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter* Art 7 Abs 1 S 1 und 2 B-VG Rz 114ff; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*[2] 519 (Rz 32ff).

[1372] Vgl hier und im Folgenden bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (393).

[1373] Vertriebenen-Verordnung.

[1374] Gem Art 15 Massenzustrom-RL und § 2 Vertriebenen-Verordnung sind neben der Kernfamilie auch sonstige enge Verwandte erfasst, die mit Vertriebenen gem Art 2 lit c Massenzustrom-RL bzw § 1 Vertriebenen-Verordnung in einer häuslichen Gemeinschaft lebten und von der vertriebenen Person zumindest größtenteils abhängig waren; der Familienangehörigenbegriff ist insofern weiter wie nach der Status-RL oder der Familienzusammenführungs-RL und der jeweiligen innerstaatlichen Umsetzung.

[1375] § 1 Z 3 iVm § 2 Vertriebenen-Verordnung; Art 15 Massenzustrom-RL; vgl bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (393).

[1376] Vgl Abschnitt IV) A) 1) – *Eine Untersuchung in Phasen*; da es sich beim Vertriebenen-Status um ein Aliud im Vergleich zum GEAS handelt, müsste die Natur des Status für eine gleichheitsrechtliche Beurteilung näher beurteilt werden.

[1377] EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden* Rz 113ff; vgl bereits *Bauer,* juridikum 2023, 384 (391f).

Es ist davon auszugehen, dass die generelle, unabhängig von einer Evaluierung der aktuellen Antragszahlen vorgesehene dreijährige Wartefrist für subsidiär Schutzberechtigte nach der innerstaatlichen Rechtslage auch unvereinbar mit Art 14 iVm Art 8 EMRK ist. Für einen gleichheitskonformen Zustand ist eine Reduktion der generellen Wartefrist auf zwei Jahre notwendig, die nach dem EGMR zulässig und rational ist. Eine darüberhinausgehende generelle Wartefrist ist an besondere Rechtfertigungserfordernisse geknüpft: Nach dem EGMR kann eine dreijährige Wartefrist etwa aufgrund von aktuellen, besonderen Herausforderungen wie eine steigende Anzahl von AaiS gerechtfertigt sein, wobei die veranlassende Herausforderung entsprechend zu evaluieren ist. Gleichzeitig benötigt es jedenfalls einen Ermessensspielraum, um eine individuelle Beurteilung iSv Art 8 EMRK im Einzelfall vornehmen zu können und bei einem überwiegenden individuellen Interesse die Familienzusammenführung bereits vor Ablauf der Wartefrist zu gestatten.

ii) Differenzierung zwischen eingetragenen Partner:innen und verheirateten Paaren

Nach der österr Rechtslage sind eingetragene Partner:innen und verheiratete Paare gleichgestellt. Mit Blick auf andere MS der EU stellt sich aber die Frage, ob Art 4 Abs 3 UAbs 2 Familienzusammenführungs-RL, wonach die MS beschließen „können", eingetragene Lebenspartner:innen wie Ehepartner:innen zu behandeln, mit den Anforderungen gem Art 14 iVm Art 8 EMRK vereinbar ist.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass es sich nur um eine unterschiedliche Behandlung des zivilrechtlichen Rechtsinstituts handelt. Dahinter steckt aber mehr, denn viele europäische Staaten sahen zunächst nur eine eingetragene Partnerschaft oder vergleichbare Formen einer verrechtlichten Beziehung für gleichgeschlechtliche Paare vor, anstatt ihnen die Eheschließung zu ermöglichen.[1378] Insofern kann hinter der Regelung eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung verortet werden. Im Bericht der Kommission zur Umsetzung der Familienzusammenführungs-RL 2019 setzte die Kommission eingetragene Partnerschaften mit gleichgeschlechtlichen Partnerschaften gleich.[1379] Zum damaligen Zeitpunkt ließen sechs MS nach wie vor die Familienzusammenführung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften nicht zu und lediglich neun MS berechtigten gleichgeschlechtliche Partnerschaften in gleicher Weise wie Ehegatt:innen.

Dass das Parlament in seiner Nichtigkeitsklage[1380] die Grundrechtskonformität dieser Bestimmung nicht in Zweifel zog, ist historisch erklärbar: Zum Zeitpunkt der Erlassung der

[1378] Vgl EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich* Rz 27f.
[1379] Hier und im Folgenden COM(2019) 162 final 5, vgl auch *AIDA/ECRE*, Not there yet 12.
[1380] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429.

Familienzusammenführungs-RL sowie zum Zeitpunkt der Nichtigkeitsklage im Jahr 2003 sahen erst acht MS eine eingetragene Partnerschaft vor.[1381] Die Nichtigkeitsklage erfolgte zudem vor der Entscheidung des EGMR zu *Schalk und Kopf*[1382] und somit zu einem Zeitpunkt, in dem der EGMR gleichgeschlechtliche Beziehungen noch als Teil des Privatlebens erachtete. Und sie erfolgte weit vor *Oliari ua*[1383], wonach gleichgeschlechtlichen Paaren ebenso gem Art 8 EMRK eine Möglichkeit zu gewähren ist, ihre Beziehung zu verrechtlichen.[1384]

Wie schon in der grundrechtlichen Beurteilung zur Phase 1 dargelegt,[1385] besteht nunmehr, im Lichte der gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen,[1386] eine konventionsrechtliche Verpflichtung, eingetragene Partner:innen wie verheiratete Paare zu behandeln, wenn sich die beiden Rechtsinstitute lediglich darin unterscheiden, dass das eine Rechtsinstitut nur gleichgeschlechtlichen und das andere nur verschiedengeschlechtlichen Paaren offensteht.

In ihren Schlussanträgen zur Nichtigkeitsklage des Parlaments setzte sich die Generalanwältin *Kokott* mit den Auslegungsmöglichkeiten von „Kann"-Bestimmungen auseinander.[1387] Dabei ist es ihrer Ansicht nach möglich „können" dahingehend auszulegen, dass demnach die MS nur insoweit eine Bestimmung vorsehen können, wenn sie mit der EMRK im Einklang steht. Da ErwGr 2 Familienzusammenführungs-RL erklärt, dass die RL im Einklang mit den Grundrechten und insbesondere mit Art 8 EMRK steht, erahnte die Generalanwältin die Gefahr, dass die MS den Gebrauch von Ermessensklauseln als konventionskonform erachten, ohne eigene Prüfungen vorzunehmen, und stellte eine Konventionswidrigkeit der „Kann"-Bestimmung fest. Der EuGH teilte nicht die Erwägungen der Generalanwältin, die sie im Zusammenhang mit der Wartefrist anstellte, da durch eine Abwägung iSv Art 17 Familienzusammenführungs-RL ein konventionskonformer Zustand erreicht werden kann.

Eine Interessenabwägung im Einzelfall reicht aber hinsichtlich der Differenzierung von eingetragenen Partner:innen und verheirateten Paaren nicht aus, wenn dahinter eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung steckt: Den eingetragenen Partner:innen ist wie verheirateten Paaren aufgrund von Art 14 iVm Art 8 EMRK die Familienzusammenführung zu gewähren, ohne dass das Recht auf Familienzusammenführung von einer Interessenabwägung im Einzelfall abhängt, in der ein überwiegendes individuelles Interesse festgestellt werden muss. Unter

---

[1381] Vgl *ILGA*, Same-Sex Marriage and Civil Unions, https://database.ilga.org/same-sex-marriage-civil-unions (abgefragt am 30. 4. 2024).
[1382] EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*.
[1383] EGMR 21. 7. 2015, 18766/11, *Oliari ua/Italien* Rz 177ff.
[1384] Siehe ausführlich Unterpunkt III) B) 2) b) iii) – *Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehe*.
[1385] Siehe Unterpunkt IV) B) 3) b) ii) – *Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften.*
[1386] Vgl Punkt III) B) 1) a) – *Die „living instrument"-Doktrin und ihre Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand.*
[1387] Hier und im Folgenden GA *Kokott*, SA zu C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2005:517 Rz 102ff.

Berücksichtigung der Anforderungen gem Art 14 iVm Art 8 EMRK besteht insofern kein Gestaltungsspielraum für die MS, eingetragene Partner:innen bei der Familienzusammenführung anders zu behandeln als verheiratete Paare.

Auch der EuGH geht davon aus, dass eine unionsrechtliche Bestimmung, die auch nur implizit gestattet, nationales Recht zu erlassen, das Grundrechte missachtet, insgesamt grundrechtswidrig sein kann.[1388] Dennoch ist es unwahrscheinlich, dass der EuGH in Zukunft Art 4 Abs 3 UAbs 2 Familienzusammenführungs-RL als unionsrechtswidrig aufgrund dieser grundrechtlichen Erwägungen beurteilen könnte: Nachdem der Union keine Kompetenz im Personenstandsrecht zukommt, übt sich der EuGH in diesem Aspekt mehr in Zurückhaltung; ein Erklärungsgrund, warum er Zusammenhang mit Unionsbürger:innen die Auslegung über die Personenfreizügigkeit wählte.[1389]

iii) Differenzierung zwischen verheirateten und unverheirateten Minderjährigen

Sowohl die Familienzusammenführungs-RL als auch die darauf basierende innerstaatliche Rechtslage differenzieren zwischen verheirateten und unverheirateten Minderjährigen: Während Elternteilen zu einer Familienzusammenführung zu minderjährigen Ankerpersonen ungeachtet dessen, ob die Ankerperson verheiratetet ist, berechtigt sind, sind nur unverheiratete minderjährige Kinder nachzugsberechtigt; minderjährige verheiratete Kinder sind dem Wortlaut nach keine berechtigten Familienangehörige.

Der EuGH begründete die Entscheidung, dass die Familienzusammenführung auch zu verheirateten Minderjährigen entsprechend der Familienzusammenführungs-RL zu gewähren ist, allen voran damit, dass Kinderehen auf besonders schwere Formen von Gewalt hindeuten können.[1390] Dieses Argument gilt in gleicherweise für Minderjährige, die den Nachzug begehren.

Grundsätzlich handelt es sich beim Personenstand um einen sonstigen Status iSv Art 14 EMRK;[1391] mit der Frage, ob verheiratete Minderjährige wie unverheiratete Minderjährige bei der Familienzusammenführung zu begünstigen sind, hatte sich der EGMR bisher nicht zu beschäftigen. Anders als bei beispielsweise ehelichen und unehelichen Kindern,[1392] ist bei der Maßgeblichkeit des Personenstands der antragstellenden Person selbst von einem weiten margin of appreciation der

[1388] EuGH C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429 Rz 23; vgl auch *Bast*, Aufenthaltsrecht 197.
[1389] Vgl etwa EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385; *Wapler* in *Wollenschläger et al* 263 (Rz 4).
[1390] Vgl Unterpunkt IV) D) 1) b) ii) – *Besondere Anforderungen an den Familienangehörigenbegriff von asylberechtigten Ankerpersonen;* EuGH C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887 Rz 45.
[1391] Vgl Punkt III) B) 5) a) – *Allgemeines*.
[1392] Vgl etwa *Peters/Altwicker* in *Dörr/Grote/Marauhn*[3] 1338 (Rz 202, 237); EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien*.

Konventionsstaaten auszugehen. Bei verheirateten Kindern muss der margin of appreciation aber geringer ausfallen, wie bei Erwachsenen: Einerseits handelt es sich bei Kindern um eine vulnerable Gruppe und andererseits ist der Personenstand bei Kinderehen nicht immer freiwillig gewählt. In Anlehnung an den Aufenthaltsstatus, wenn er unfreiwillig gewählt wurde,[1393] ist davon auszugehen, dass in diesem Fall der margin of appreciation geringer ausfallen wird.

Zu untersuchen ist einerseits, ob es sachlich gerechtfertigt ist, danach zu unterscheiden, ob die verheiratete minderjährige Person Ankerperson oder nachzugsbegehrende Person ist: Dies ist meines Erachtens grundsätzlich zu bejahen, da jeweils eine andere Sachverhaltskonstellation mit anderen Folgefragen zu beurteilen ist.[1394] Ein solcher Zugang würde den Gesetzgeber in seinem Gestaltungsspielraum weiter einschränken, da jede Konstellation, in der er einen Nachzug ermöglicht, dazu führen würde, dass auch die Spiegelvariante gleichheitsrechtlich geboten ist.

Andererseits ist zu beurteilen, ob es sachlich gerechtfertigt ist, verheiratete minderjährige Kinder im Gegensatz zu unverheirateten minderjährigen Kindern von der Familienzusammenführung auszuschließen: Dass eine Situation eines Kindes eine andere ist, wenn das Kind seinerseits eine Familie (freiwillig) gegründet hat, als wenn das Kind nach wie vor primär Teil des Familienlebens der Eltern ist, kann bejaht werden. Bei einer Durchschnittsbetrachtung erscheint die unterschiedliche Behandlung daher zunächst gerechtfertigt.

Verheiratete minderjährige Kinder haben aber – wie auch der EuGH betont – nicht immer freiwillig und bewusst eine eigene Familie gegründet; die eingegangene Ehe kann auf schwere Formen von Gewalt hindeuten. Meines Erachtens bedeutet dies aber nicht, dass verheiratete Kinder jedenfalls wie unverheiratete Kinder nachzugsberechtigte Familienangehörige sein müssen. Es ist das Alter der Kinder, deren Willen und Beurteilungsvermögen zu berücksichtigen, um die Situation der jeweiligen Kinderehe zu beurteilen – Kriterien, die der VwGH mittlerweile bei der Beurteilung der rechtlichen Anerkennung heranzieht.[1395]

Der Ausgangssachverhalt zur Entscheidung des EuGH zeigt aber das grundsätzliche Problem, wenn die Anerkennung einer Ehe durch den MS alleine über die Familienangehörigeneigenschaft und

---

[1393] Vgl Unterpunkt III) B) 5) b) v) – *Diskriminierung aufgrund des Aufenthaltsstatus – Art des Aufenthaltsrechts (und Zeitpunkt der Eheschließung)*.

[1394] Wie etwa welche familiären Bezugspersonen der nachgezogenen Person wiederum nachzugsberechtigt sein könnten; beispielsweise ist bei nachzugsbegehrenden Kindern nicht ausgeschlossen, dass sie ihrerseits Kinder haben; die Ehepartner:in des verheirateten Kindes wäre nach der innerstaatlichen Rechtslage zumindest abseits einer Einzelfallbeurteilung gem Art 8 EMRK nicht nachzugsberechtigt; vgl auch die Entscheidung des VfGH zur Verfassungswidrigkeit von § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005: Der VfGH stützte sich gerade nicht darauf, dass gesetzliche Vertreter:innen von minderjährigen begünstigte Familienangehörige sind, weshalb auch Kinder Familienangehörige von gesetzlichen Vertreter:innen sein müssen. Er argumentierte, dass gesetzliche Vertreter:innen oft zum Kind in einem Eltern-Kind-ähnlichen Verhältnis stehen, weshalb sie wie Eltern als Familienangehörige behandelt werden sollen; vgl VfSlg 20.393/2020; Unterpunkt IV) C) 2) a) i) – *Familienangehörige iSd AsylG 2005*.

[1395] Vgl Abschnitt IV) A) 2) – *Rechtliche Anerkennung von Familienangehörigen*.

somit über die aufenthaltsrechtliche Stellung entscheidet: Als die verheiratete minderjährige Ankerperson selbst in Belgien einreiste, wo sich ihr Ehemann aufhielt, und einen AaiS stellte, teilte ihr die Behörde mit, die Ehe könne nicht anerkannt werden, da es sich um eine Kinderehe handelte. Daher war die minderjährige Ankerperson keine Familienangehörige ihres Ehemannes. Als ihre Mutter den Familiennachzug zu ihrer Tochter, der minderjährigen Ankerperson, begehrte, teilte die Behörde mit, der Nachzug sei nicht möglich, da die minderjährige Ankerperson verheiratet sei.[1396]

Das Beispiel zeigt, dass es nicht ausreicht, darauf abzustellen, ob eine Kinderehe grundsätzlich rechtlich anzuerkennen ist. Es hat eine vertiefende Auseinandersetzung mit dem Kindeswohl iSv Art 5 Abs 5 Familienzusammenführungs-RL, Art 8 EMRK bzw Art 7 und 24 GRC zu erfolgen, indem das Alter, die Einsichtsfähigkeit und der Wille des Kindes umfassend beurteilt werden; wenn die Kinderehe nicht dem Willen des Kindes entspricht, sollte das Kind wie ein unverheiratetes Kind behandelt werden und als Familienangehörige nachzugsberechtigt sein.

Zu bedenken gilt, dass die Situation des verheirateten Kindes im Herkunftsstaat prekärer sein kann als jene des verheirateten Kindes im Aufnahmestaat: Gerade dann, wenn das verheiratete Kind im Herkunftsstaat über kein soziales Netzwerk (abseits der Ehe) verfügt oder das soziale Netzwerk die Ehe anders als das Kind selbst befürwortet, stellt sich die Frage, wer das Kind unterstützt. Um zumindest die rechtlichen Hürden für das nachzugsbegehrende Kind zu erleichtern und den Schutz des Kindes zu sichern, wäre es denkbar, unter einer bestimmten Altersgrenze, etwa dem vollendeten 15. Lebensjahr[1397], Kinder jedenfalls als unverheiratete Kinder zu erachten.

iv) Ergebnis

Auch wenn die Europäische Kommission einen einheitlichen Status als angestrebtes Ziel festlegte[1398], so bestehen zwischen dem Status von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten nach wie vor Unterschiede; insbesondere bei ihrem Recht auf Familienzusammenführung. Daran ändern auch die aktuellen Reformbestrebungen der EU nichts; neben den Hinweis, dass das Schutzbedürfnis von Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten von ähnlicher Dauer sein kann,[1399] kommt es mit der Status-VO zu keinen fundamentalen inhaltlichen Änderungen und das Recht auf Familienzusammenführung sowie die Familienzusammenführungs-RL generell werden von den aktuellen Reformbestrebungen nicht adressiert. Ein politscher Konsens, um unionsrechtlich subsidiär Schutzberechtigte wie Asylberechtigte bei der Familienzusammenführung zu behandeln und zu begünstigen, ist in nächster Zeit nicht zu erwarten.

[1396] EuGH C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887 Rz 12ff.
[1397] In Anlehnung an Art 4 Abs 6 Familienzusammenführungs-RL.
[1398] Vgl Kapitel II) B) – *Unionsrechtliche Vorgaben*.
[1399] ErwGr 48 Status-VO (Standpunkt Parlament).

Auch nach dem EGMR besteht keine Gleichbehandlungspflicht von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung. Die unterschiedliche Behandlung muss aber insgesamt in einem verhältnismäßigen Rahmen sein, und der vermeintlich vorübergehende provisorische Charakter des subsidiären Schutzstatus reicht zur Rechtfertigung nicht. Die Anforderungen hinsichtlich Wartefristen gleichen dabei den generellen Anforderungen an Wartefristen; die österr Rechtslage, nach der eine generelle dreijährige Wartefrist ohne Erwägungen von besonderen Herausforderungen und ohne ausdrücklichen Ermessensspielraum für eine individuelle Beurteilung im Einzelfall besteht, genügen diesen Anforderungen nicht.

Hinsichtlich des Ermessensspielraums für die MS, gleichgeschlechtliche Partner:innen anders zu behandeln als Ehegatt:innen, ist festzustellen, dass dieser Ermessensspielraum aus konventionsrechtlicher Perspektive inexistent ist. Dass sich die rechtliche Grundlage in der Familienzusammenführungs-RL dementsprechend ändert, ist nicht alsbald zu erwarten, obwohl auch der Unionsgesetzgeber an Art 14 iVm Art 8 EMRK nach der Auslegung des EGMR als allgemeinen Rechtsgrundsatz gebunden ist.

Verheiratete minderjährige Kinder beim Familiennachzug gegenüber unverheirateten Kindern zu benachteiligen, erscheint im Grundsatz aus gleichheitsrechtlicher Perspektive gerechtfertigt: Aber es bedarf einer Beurteilung im Einzelfall, in der insbesondere das Kindeswohl ausreichend berücksichtigt und abgewogen wird, um einen konventionskonformen Zustand iSv Art 8 EMRK zu sichern.

4) Fazit und abschließende Bemerkungen zur Phase 3: Familienzusammenführung

Die Familienzusammenführungs-RL verleiht den Familienangehörigen iSd Familienzusammenführungs-RL ein subjektives Recht auf Familienzusammenführung; dabei begünstigt sie Asylberechtigte und trägt somit auch der Anforderungen nach der EGMR-Rechtsprechung, die besondere Vulnerabilität von Asylberechtigten bei der Familienzusammenführung zu achten, Rechnung.

Dennoch besteht weiterhin der Bedarf für einen Ermessensspielraum gem Art 8 EMRK, um in Fällen, in denen im Einzelfall eine positive Verpflichtung zur Gewährung der Familienzusammenführung besteht, diesen Verpflichtungen nachzukommen. Der von der RL sowie innerstaatliche Rechtslage berechtigte Personenkreis beschränkt sich auf die Kernfamilie und reicht nicht aus, den vielfältigen gelebten Familienformen von Menschen und deren Bedürfnissen an einer Familienzusammenführung zur Aufrechterhaltung bzw Wiederaufnahme eines Familienlebens iSv Art 8 EMRK nachzukommen. Festzuhalten ist, dass in der Phase 3, wo der berechtigte Personenkreis von familiären Bezugspersonen am kleinsten ist und keine gesetzliche Bestimmung

eine Abwägung iSv Art 8 EMRK ermöglicht, die fundamentalsten grundrechtlichen Bedenken bestehen.

Der notwendige Ermessensspielraum für Familien iSv Art 8 EMRK aber auch hinsichtlich der Wartefrist für die Familienzusammenführung zu subsidiär Schutzberechtigten ist derzeit gesetzlich nicht verankert. Dies führt zu einer Rechtsunsicherheit und steht auch im Widerspruch zur Systematik des AsylG 2005 sowie des NAG, die insbesondere hinsichtlich der Erteilungsvoraussetzungen sehr wohl einen entsprechenden Ermessensspielraum ausdrücklich vorsehen und ein Absehen von den Voraussetzungen aus Gründen von Art 8 EMRK ermöglichen.

Grundsätzlich bringen die subjektiven Rechte von definierten Familienangehörigen auf Familienzusammenführung große Vorteile mit sich: Einerseits können die betroffenen Personen auf ihr Recht auf Familienzusammenführung unter den jeweiligen Voraussetzungen vertrauen. Andererseits müssen die Behörden keine aufwendigen Ermittlungen vornehmen, um überhaupt eine Interessenabwägung iSv Art 8 EMRK vornehmen zu können. Sofern die Voraussetzungen vorliegen, ist die Familienzusammenführung zu gestatten. Allerdings ist eine Tendenz der österr Rechtspraxis erkennbar, diese Vorteile zu konterkarieren und trotz Vorliegen der Voraussetzungen teilweise entgegen der EuGH-Judikatur ein tatsächliches Familienleben iSv Art 8 EMRK zu verlangen. Dadurch können die betroffenen Personen in ihrem subjektiven Recht verletzt werden und zudem kommt es dadurch erst recht zu einem Erfordernis, die Umstände des Einzelfalles zu ermitteln und ein Familienleben iSv Art 8 EMRK festzustellen.

Da die Familienzusammenführungs-RL keine Anwendbarkeit für subsidiär Schutzberechtigte vorsieht und Österreich subsidiär Schutzberechtigte auch nicht nach der Familienzusammenführungs-RL berechtigt, ist die Auslegung der Familienzusammenführungs-RL durch den EuGH für subsidiär Schutzberechtigte nicht einschlägig. Dadurch zeigt sich eine besondere Bedeutung des EGMR, dem es somit als einzigem europäischen Gericht möglich ist, sich mit den grundrechtlichen Anforderungen an das Recht auf Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten auseinanderzusetzen. Von dieser Rolle hat er auch Gebrauch gemacht und wichtige grundrechtliche Mindestanforderungen festgelegt: Auch das Familienzusammenführungsverfahren für subsidiär Schutzberechtigte hat flexibel, rasch und wirksam mit besonderer Sorgfalt zu erfolgen. Die MS sind in ihrem Gestaltungsspielraum auch hinsichtlich Wartefristen nicht frei; gerade Wartefristen über zwei Jahren unterliegen strengeren Rechtfertigungsanforderungen. Dennoch ergibt sich auch nach dem EGMR kein Gleichbehandlungsgebot von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten und ihren Familienangehörigen bei der Familienzusammenführung. Viele MS räumen subsidiär

Schutzberechtigten dieselbe Rechtsposition bei der Familienzusammenführung ein.[1400] Dass Österreich eine unterschiedliche Rechtsstellung vorsieht, ist dennoch grundrechtlich grundsätzlich zulässig, wobei die generelle dreijährige Wartefrist ohne ausdrücklichen Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK in einem Widerspruch zu den Anforderungen nach dem EGMR steht. *ECRE* und *UNHCR* sehen zudem in der unterschiedlichen Rechtsstellung von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten bei der Familienzusammenführung eine Gefahr, dass der subsidiäre Schutzstatus selbst bei Vorliegen von Asylgründen zuerkannt wird, um die Familienzusammenführung einzuschränken.[1401]

Die Judikatur des EuGH zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit iSd Familienzusammenführungs-RL hat durch die Reaktion des VwGH zu einer weiteren komplexen Schnittstelle zwischen dem AsylG 2005 und dem NAG geführt. Diese ist sowohl aus unions- als auch grundrechtlicher Perspektive bedenklich. Ein einheitliches System für die Familienzusammenführung von international Schutzberechtigten erscheint für einen rechtssicheren Zustand geboten. Auch die Verzahnung mit dem Familienverfahren im Inland nach der Phase 2 führt zu weiteren schwierigen Fragestellungen. Zwar ist es lobenswert, dass der österr Gesetzgeber über die Anforderungen der Status-RL und der Familienzusammenführungs-RL hinausgeht und selbst jenen familiären Bezugspersonen denselben Schutzstatus einräumen, die über die Familienzusammenführung nach Österreich einreisen. Aber wenn der Gesetzgeber kein einheitliches Verfahren für die Familienzusammenführung zu international Schutzberechtigten im AsylG 2005 sicherstellen möchte, wäre auch eine einheitliche Lösung über das NAG zu erwägen: Etwa durch die Schaffung eines eigenen Aufenthaltstitels für Familienangehörige von international Schutzberechtigten. Unionsrechtlich wäre dies möglich, solange den Familienangehörigen weiterhin die unionsrechtlich erforderlichen Begünstigungen zukommen und es den Familienangehörigen im Inland möglich ist, selbst einen AaiS zu stellen. Jedenfalls entspricht die derzeitige Rechtslage mit den Unklarheiten, nach welchem Gesetz der Antrag auf Familienzusammenführung zu stellen ist, nicht den unionsrechtlichen Anforderungen; mehrere Bestimmungen müssen für ein unionsrechtskonformes Ergebnis durch eine unmittelbare Anwendung der Familienzusammenführungs-RL verdrängt werden. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist deshalb jedenfalls geboten, um seiner unionsrechtlichen Anpassungspflicht nachzukommen.

[1400] *AIDA/ECRE*, Not there yet 9.
[1401] *AIDA/ECRE*, Not there yet 10; mit einer Auseinandersetzung der Zuerkennungszahlen in Deutschland nach Einführung der Familienzusammenführung.

E) Fazit – Aufenthaltsrecht für bestimmte Familienangehörige im asylrechtlichen Kontext nach der geltenden Rechtslage

1) Lehren aus einer Phase für die anderen?

Die Untersuchung der drei Phasen, in denen ein Familienangehörigenbegriff im asylrechtlichen Kontext definiert wird und die definierten Familienangehörige aufenthaltsrechtlich begünstigt werden, zeigte, dass in jeder Phase eine unterschiedliche Definition von begünstigten Familienangehörigen maßgeblich ist:

Zwar gleichen sich der Familienangehörigenbegriff per Definition in der Phase 1 (Ermittlung des zuständigen MS) nach der Dublin-III-VO und jener der Phase 2 (Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht im Inland), welche durch die Status-RL harmonisiert ist, auf den ersten Blick: Beide Familienangehörigenbegriffe erfassen im Wesentlichen die Kernfamilie erweitert um erwachsene Verantwortliche bzw gesetzliche Vertreter:innen nach dem Verständnis der innerstaatlichen Rechtslage. Aber im Gegensatz zur Status-RL und deren innerstaatlichen Umsetzung enthält die Dublin-III-VO auch eine Definition von Verwandten, die bei minderjährigen Antragsteller:innen zu berücksichtigen ist. Weiters wird der Kreis der Familienangehörigen in der Phase 1 um bei der Ermittlung des zuständigen MS zu berücksichtigende familiäre Bezugspersonen innerhalb der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien erweitert: Mitunter werden Geschwister oder familiäre Bezugspersonen berücksichtigt, die zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen.

Innerhalb der Phase 3 (Familienzusammenführung) sind nach den Mindestanforderungen der Familienzusammenführungs-RL nur die Mitglieder der Kernfamilie von Asylberechtigten aufenthaltsrechtlich zu begünstigen. Verantwortliche Erwachsene oder gesetzliche Vertreter:innen sind nach der Familienzusammenführungs-RL nicht verpflichtend als Familienangehörige zu bestimmen, und der österr Gesetzgeber hat nur die Mindestanforderungen für den Kreis von begünstigten Familienangehörigen umgesetzt. Die Familienzusammenführungs-RL ist grundsätzlich nicht auf subsidiär Schutzberechtigte anzuwenden, wobei es den MS offensteht, subsidiär Schutzberechtigte in gleicher Weise wie Asylberechtigte nach der Familienzusammenführungs-RL zu berechtigen und die Familienzusammenführungs-RL auch für subsidiär Schutzberechtigte für anwendbar zu erklären. Der österr Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Das Recht auf Familienzusammenführung für subsidiär Schutzberechtigte besteht in Österreich nur aufgrund des nationalen Rechts, weshalb die Auslegung der Familienzusammenführungs-RL durch den EuGH für die innerstaatliche Rechtslage in dieser Hinsicht nicht maßgeblich ist.

Dass sich der Kreis der begünstigten Familienangehörigen bzw familiären Bezugspersonen innerhalb der drei Phasen unterscheidet, ist rechtlich zulässig: Der Familienangehörigenbegriff bzw der Kreis von weiteren begünstigten familiären Bezugspersonen bezweckt in den jeweiligen Phasen eine unterschiedliche Funktion. In der Phase 1 soll der für die Prüfung des Asylantrages zuständige MS ermittelt werden, wobei grundsätzlich jener MS zuständig sein soll, in dem sich bereits Familienangehörige bzw familiäre Bezugspersonen befinden. In der Phase 2 soll den Familienangehörigen, die sich mit einer international schutzberechtigten Person gemeinsam im Zusammenhang mit einem AaiS in einem MS aufhalten, ein Aufenthaltsrecht erteilt werden, wenn sie selbst die Voraussetzungen für internationalen Schutz nicht erfüllen. In der Phase 3 legt der Familienangehörigenbegriff jenen Personenkreis fest, der nachzugsberechtigt ist.

Mit Blick auf die Funktion erklärt sich auch die unterschiedliche Größe der erfassten begünstigten familiären Bezugspersonen: In der Phase 1 ist vorrangiges Ziel die Zuständigkeitsermittlung und dient dem Verteilungssystem von Asylwerber:innen innerhalb der EU; das zunächst vorübergehende Aufenthaltsrecht der familiären Bezugspersonen im selben MS ist Begleiterscheinung, aber nicht vorrangiges Ziel. In der Phase 2 besteht bereits ein Gebietskontakt der Familienangehörigen – wenn auch, je nach Dauer des Asylverfahrens, noch kein intensiver, so befinden sich die begünstigten Familienangehörigen bereits im selben MS. In der Phase 3 besteht in der Regel noch kein Gebietskontakt der Familienangehörigen; sie befinden sich meist noch im Ausland. Insgesamt ist daher festzustellen: Je mehr der Familienangehörigenbegriff der aufenthaltsrechtlichen Begünstigung der definierten Familienangehörigen ungeachtet des Gebietskontaktes dient, desto kleiner ist der Kreis von Familienangehörigen, die nach der unionsrechtlichen Vorgabe jedenfalls zu begünstigen sind.

Zu Überschneidungen zwischen den einzelnen Phasen kommt es kaum: Zwar führt die ordnungsgemäße Anwendung der Dublin-III-VO dazu, dass jene Personen, die auch Familienangehörige iSd Status-RL sind, aufenthaltsrechtlich in der Phase 2 begünstigt werden müssen, wenn sie selbst die Voraussetzungen für internationalen Schutz nicht erfüllen; für andere im Rahmen der Dublin-III-VO zu berücksichtigenden familiäre Bezugspersonen, die keine Familienangehörige iSd Status-RL sind, hat dies aber keine unmittelbaren aufenthaltsrechtlichen Folgen. Lediglich, wenn eine individuelle Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zur Familie besteht, kann der Aufenthalt zu einer verwaltungsverfahrensrechtlichen Vereinfachung führen: Das Fluchtvorbringen der einen Person kann für das Fluchtvorbringen der anderen bedeutend sein; die Beurteilung der Fluchtvorbringen von den Antragsteller:innen kann mitunter leichter festgestellt werden, wenn die Personen im Asylverfahren des anderen durch den Aufenthalt im selben MS einvernommen werden können.

Auch die Familienzusammenführungs-RL und die Status-RL überschneiden sich nach der unionsrechtlichen Vorgabe nicht. Es ist die Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtslage, die zu einer Überschneidung führt. Dadurch, dass § 34 und § 35 AsylG 2005 eine normative Einheit beim Familiennachzug zu international Schutzberechtigten bilden, wirken sich die Vorgaben der Familienzusammenführungs-RL hinsichtlich des Familienangehörigenbegriffs auch auf das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 aus: Weder die Status-RL noch § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 äußern sich dazu, ob Ehegatt:innen einer Mehrehe als Familienangehörige zu begünstigen sind. Da aber § 35 Abs 5 AsylG 2005 in Umsetzung der Familienzusammenführungs-RL ergeht, muss entsprechend der Familienzusammenführungs-RL zumindest ein:e Ehegatt:in beim Familiennachzug nachzugsberechtigt sein, wenn noch kein Eheteil mit der Ankerperson in Ehe im Inland lebt. Für einen Aufenthaltstitel muss dementsprechend zumindest ein Eheteil ebenso als Familienangehöriger gem § 2 Z 22 AsylG 2005 angesehen und diesem einen Eheteil im Rahmen des Familienverfahrens gem § 34 AsylG 2005 der Status der Ankerperson abgeleitet werden.

Ob eine Familienzusammenführung zu Asylberechtigten nach der Familienzusammenführungs-RL innerhalb des Hoheitsgebietes der MS möglich ist, wenn entweder Familienangehörige selbst keinen AaiS stellten (und beispielsweise ursprünglich visumsfrei oder aufgrund einer anderen einwanderungsrechtlichen Bestimmung außerhalb des asylrechtlichen Kontexts einreisten) oder die Dublin-III-VO nicht rechtskonform angewendet wurde bzw eine Überstellung nicht rechtzeitig erfolgte, ist unklar: In der Literatur und der österr Rechtspraxis wird vorwiegend ein Vorrang der Dublin-III-VO angenommen, wobei Rechtsprechung des VwGH dazu fehlt.[1402] Eine eindeutige Antwort des EuGH ist ebenso nicht vorhanden.[1403] Wenn die Familienangehörigen ursprünglich außerhalb des asylrechtlichen Kontexts aufenthaltsberechtigt waren, lässt sich ein Vorrang der Dublin-III-VO kaum argumentieren. Reisen die Familienmitglieder selbständig weiter und stellen in Österreich einen AaiS, so geht der VwGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass in Fällen, in denen das Familienverfahren gem § 34 AsylG 2005 anwendbar ist, vom Selbsteintrittsrecht zwingend Gebrauch zu machen ist.[1404] Zwar lässt diese Rechtspraxis Sekundärmigration zu, die die EU grundsätzlich verhindern will – für Personen, für die das Familienverfahren als Familienangehörige anwendbar ist, hätte aber ohnehin die rechtskonforme Anwendung der Dublin-III-VO zu einem Asylverfahren in dem MS, wo weitere familiären Bezugspersonen sind, führen

[1402] Vgl Punkt IV) D) 2) c) – *Verfahren zur Familienzusammenführung* und dort FN 1236; *Filzwieser/M. Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl § 35 AsylG 2005 K 1; vgl BVwG 24. 6. 2021, W144 2242143-1.

[1403] In EuGH C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887 Rz 38f; GA *Sharpston*, SA zu C-582/17, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/H., R.*, ECLI:EU:C:2018:975 Rz 72, finden sich jeweils nur oberflächliche Äußerungen zum Verhältnis der beiden Rechtsakte.

[1404] VwGH 27. 6. 2017, Ra 2016/18/0277; 13. 12. 2018, Ra 2017/18/0110; 26. 4. 2021, Ra 2021/14/0015; siehe auch *Battjes* in *Thym/Hailbronner*[3] Asylum Qualification Directive Art 23 Rz 14, der in solchen Fällen ebenso eine Anwendung der Status-RL zu vertreten scheint.

müssen. Die Rechtspraxis dient insofern dem Ziel der Wahrung der familiären Einheit innerhalb des Zuständigkeitssystems des GEAS.

Obwohl es kaum Überschneidungen gibt, können dennoch teilweise Schlüsse aus der Auslegung eines Familienangehörigenbegriffs in einer Phase für die Auslegung des Familienangehörigenbegriffs in einer anderen Phase gezogen werden: In Fällen, in denen der EuGH eine unionsautonome Auslegung vornimmt, kann dies zur Folge haben, dass für denselben Begriff in einem anderen Rechtsakt eine unionsautonome Auslegung anzunehmen ist und die Judikatur des EuGH übertragbar sein kann. Dies verdeutlicht beispielsweise der Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit: Der EuGH legte den Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit zunächst für die Familienzusammenführungs-RL (Phase 3) aus, die Judikaturlinie übertrug er schließlich auf die Auslegung der Dublin-III-VO (Phase 1) sowie die Status-RL (Phase 2).[1405] Entsprechend kann auch für den Begriff „Ehegatten" die Auslegung nach der Unionsbürger-RL, wonach der Begriff grundsätzlich geschlechtsneutral ist, auf die Dublin-III-VO, die Status-RL und die Familienzusammenführungs-RL übertragen werden, da die grundsätzlichen Erwägungen ebenso für die drei Rechtsakte einschlägig sind und auch diese drei Rechtsakte hinsichtlich des Begriffs des „Ehegatten" nicht auf das Recht der MS verweisen. Dass der Begriff gleichgeschlechtliche wie verschiedengeschlechtliche Ehegatt:innen umfassen muss, resultiert bei diesen drei Rechtsakten aus grundrechtlichen Erwägungen und nicht wie bei der Unionsbürger-RL aus Art 21 AEUV.[1406]

Weiters können bestimmte Grundannahmen, die hinter einer Auslegung des EuGH stehen, ebenso in die Auslegung anderer Rechtsakte einfließen: So stellte der EuGH im Zusammenhang mit der Familienzusammenführungs-RL fest, dass eine eingegangene Ehe von Minderjährigen auf schwere Formen von Gewalt hindeuten kann, wie etwa eine Kinderehe oder Zwangsheirat – ein Mitgrund, warum der Familiennachzug von Elternteilen zu verheirateten Minderjährigen wie unverheirateten Minderjährigen nach der Familienzusammenführungs-RL zu gestatten ist.[1407] Demgegenüber hat die Dublin-III-VO dem Wortlaut nach einen undifferenzierten Zugang zu verheirateten Minderjährigen. Sie sollen in erster Linie mit ihren Ehegatt:innen nach der Dublin-III-VO

[1405] Siehe ursprünglich EuGH C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248; für die Dublin-III-VO C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605 Rz 25; Unterpunkt IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen*; für die Status- RL C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE,* ECLI:EU:C:2021:709 Rz 20, 52; zur Überlegungen der Übertragbarkeit insb GA *Hogan*, SA zu C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE*, ECLI:EU:C:2021:247 Rz 45ff; vgl Punkt IV) C) 1) b) – *Familienangehörige iSd Status-RL*.

[1406] Vgl allen voran Punkt IV) B) 2) a) – *Familienangehörige iSd Dublin-III-VO* und Unterpunkt IV) B) 3) b) ii) – *Gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften*; siehe aber auch die Erwägungen zur eingetragenen Partnerschaft bei der Familienzusammenführungs-RL Unterpunkt IV) D) 1) b) i) – *Allgemeiner Familienangehörigenbegriff iSd Familienzusammenführungs-RL* und Unterpunkt IV) D) 3) c) ii) – *Differenzierung zwischen eingetragenen Partner:innen und verheirateten Paaren*.

[1407] Vgl Unterpunkt IV) D) 1) b) ii) – *Besondere Anforderungen an den Familienangehörigenbegriff von asylberechtigten Ankerpersonen*; EuGH C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887 insb Rz 45.

zusammengeführt werden, ohne dass die Dublin-III-VO eine Prüfung vorsieht, inwieweit die Zuständigkeit desselben MS im Interesse der minderjährigen Person liegt und dem Kindeswohl dient. Schon allein aufgrund der verpflichteten Erwägungen des Kindeswohls gem Art 24 GRC sowie Art 6 Dublin-III-VO kann nicht ohne weitere individuelle Überprüfung eine Zuständigkeit aufgrund einer Ehe bei Minderjährigen angenommen werden. Weiters ist die Grundannahme, dass eine Ehe von Minderjährigen auf schwere Formen der Gewalt hindeuten kann, in gleicherweise bei der Anwendung der Dublin-III-VO zu berücksichtigen. Es kann nicht allein den MS überlassen werden, ob sie nach den jeweiligen Vorgaben ihres nationalen internationalen Privatrechts eine Kinderehe anerkennen. Insofern ist die Änderung des Familienangehörigenbegriffs in der Status-VO nach dem Standpunkt des Parlaments zu begrüßen, nach der in Zukunft unter der Fiktion, die Kinderehe wurde im jeweiligen MS geschlossen, nach dem jeweiligen nationalen Recht die Gültigkeit der Ehe zu beurteilen ist.[1408] Eine entsprechende Anpassung des Familienangehörigenbegriffs in der Dublin-III-VO bzw der Asyl- und Migrationsmanagement-VO würde nicht nur dem Kindeswohl dienen,[1409] sondern könnte auch das Verfahren beschleunigen, da nach dem nationalen Recht selbst die Gültigkeit festgestellt werden könnte.

2) Grundrechtskonforme Migrationssteuerung durch Aufenthaltsrechte für bestimmte Familienangehörige?

In allen drei Phasen zeigte die Untersuchung, dass die beschränkte Definition von Familienangehörigen zu einem Eingriff in Art 8 EMRK führen kann. Allerdings kann die Definition von Familienangehörigen als Instrument zur Migrationssteuerung dennoch insgesamt grundrechtskonform sein, wenn für Familienmitglieder außerhalb des Kreises an definierten, begünstigten Familienangehörigen bzw familiären Bezugspersonen ein Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK besteht.

Die Phase 1 (Ermittlung des zuständigen MS) zeigte deutlich, dass selbst der größere Kreis von zu berücksichtigenden familiären Bezugspersonen nicht alleine einen grundrechtskonformen Zustand garantieren kann. Auch in der Phase 1 bleiben Familienmitglieder unberücksichtigt, die vom Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK erfasst sein können: So etwa Lebensgefährt:innen oder Personen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, aber keine vom Zuständigkeitskriterium aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen berücksichtigten familiären Bezugspersonen sind. Weiters führt die komplexe Ausgestaltung der unterschiedlichen familienbezogenen Zuständigkeitskriterien zu gleichheitswidrigen

[1408] Art 3 Abs 9 lit b und c Status-VO (Standpunkt Parlament); siehe auch Art 23 Abs 7 und ErwGr 68 Status-VO (Standpunkt Parlament); vgl bereits Punkt IV) C) 4) a) – *Familienangehörige iSd Status-VO*.
[1409] Zum Umgang mit der Ehe von Minderjährigen innerhalb der Dublin-III-VO siehe bereits Unterpunkt IV) B) 2) c) i) – *Zuständigkeit für unbegleitete minderjährige Antragsteller:innen*.

unterschiedlichen Behandlungen, etwa von Ehepartner:innen ohne Aufenthaltsrecht im asylrechtlichen Kontext und Ehepartner:innen, die ihrerseits einen AaiS stellten. Durch einen Selbsteintritt gem Art 17 Dublin-III-VO kann im Einzelfall vielfach eine Verletzung von Art 8 EMRK vermieden werden, aber es bedarf einer Rechtsauffassung, wie jene, die der VfGH und der VwGH vertreten: Nämlich, dass eine drohende Verletzung von Art 8 EMRK zu einem Selbsteintritt verpflichtet. Ob die MS nach den Grundrechten des nationalen Rechts zu einem Selbsteintritt verpflichtet sind, haben die MS nach der Rechtsprechung des EuGH selbst zu beurteilen. Nachdem alle MS Konventionsstaaten sind, an Art 8 EMRK auch als Unionsgrundrecht gebunden sind und Art 7 GRC dieselbe Tragweite und Bedeutung zukommt wie Art 8 EMRK, haben grundsätzlich alle MS nach der Judikatur des EGMR eine positive Verpflichtung gem Art 8 EMRK zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts wahrzunehmen.

Statistiken und mehrere Berichte zeigen, dass es nur selten zu einer Anwendung der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien im Rahmen der Dublin-III-VO kommt; daher besteht der Verdacht, dass sie nicht rechtskonform angewendet werden. In diesem Fall liegt nicht nur eine Verletzung der Dublin-III-VO vor, sondern auch eine Missachtung der prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass eine weiter formulierte Legaldefinition von Familienangehörigen, die etwa auch Geschwister, familiäre Bezugspersonen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, sowie Ehegatt:innen und eingetragene Partner:innen ungeachtet der Art des Aufenthaltsrechts erfasst, anstatt der vielen kleinteiligen Differenzierungen innerhalb der familienbezogenen Zuständigkeitskriterien die Ermittlung des zuständigen MS vereinfachen könnte. Dies könnte wiederum zu einer effektiveren Wahrung der familiären Einheit innerhalb des Zuständigkeitssystems des GEAS beitragen.

Schließlich machte die Dublin-III-VO deutlich, dass subjektive Rechte eben nur dann stark sind, wenn sie auch verfahrensrechtlich durchgesetzt werden können: Zwar achten die vielen familienbezogenen Zuständigkeitskriterien sowie die Sonderbestimmungen vielfältige Familienformen und Situationen, in denen sich Familien generell und besonders im Fluchtkontext befinden können. Es bestehen aber Rechtsschutzdefizite, inwieweit diese Zuständigkeitskriterien durchsetzbar sind. Der EuGH hat sich in seiner Rechtsprechung bemüht, diese Rechtsschutzdefizite zu minimieren,[1410] manche bestehen aber fort. Dem Wortlaut nach kann die Rechtsprechung des EuGH zur Dublin-III-VO weitgehend auf die Asyl- und Migrationsmanagement-VO hinsichtlich der familienbezogenen Kriterien übertragen werden, aber gerade das Selbsteintrittsrecht soll zukünftig dem Wortlaut nach nicht mehr mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden können. Es bleibt abzuwarten, ob die MS eine Übertragbarkeit der EuGH-Judikatur zur Dublin-III-VO

[1410] Vgl Abschnitt IV) B) 4) – *Relevante Rechtsschutzfragen* und die dort zitierte Rechtsprechung.

annehmen oder sich das Karussell der Rechtschutzfragen mit der Asyl- und Migrationsmanagement-VO von vorne zu drehen beginnt.

In der Phase 2 (Statuszuerkennung und Aufenthaltsrecht) ist der Familienangehörigenbegriff auf die Kernfamilie plus gesetzliche Vertreter:innen im Verständnis der österr Rechtslage beschränkt. Die derzeitige innerstaatliche Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren führt dazu, dass selbst ein Eingriff in die Kernfamilie vorliegen kann. Das Ziel, welches die restriktive Ausgestaltung der Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren verfolgt, könnte durch eine angepasste Ausgestaltung des Familienangehörigenbegriffs ebenso verwirklicht und gleichzeitig der Eingriff in das Familienleben gem Art 8 EMRK von einer Kernfamilie vermieden werden.[1411] Im Einzelfall kann eine Verletzung von Art 8 EMRK vermieden werden, in dem ein Aufenthaltsrecht aus Gründen des Art 8 EMRK gem § 55 AsylG 2005 erteilt wird. Bei der Prüfung von § 55 AsylG 2005 sind die demonstrativen Abwägungskriterien gem § 9 Abs 2 BFA-VG zu berücksichtigen, welche sich allerdings stark an Art 8 EMRK als Schranke zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen orientieren. Der Überblick zur dazu bestehenden Rechtspraxis zeigt, dass ein starker Fokus auf der Dauer des Aufenthalts liegt und deshalb nicht immer erstinstanzlich eine rechtskonforme Beurteilung erfolgt.[1412] Da selbst die Anwendung der Abwägungskriterien des EGMR zu positiven Verpflichtungen zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts aus Gründen von Art 8 EMRK nach wie vor von Wertungen der entscheidenden Instanz abhängt, erscheint es erforderlich, zumindest den zu prüfenden Rahmen zu vereinheitlichen und gesetzlich zu konkretisieren: Insbesondere sollten die Abwägungskriterien vom Bestehen unüberwindbarer Hindernisse, die gerade dann vorliegen, wenn Familienmitglieder international Schutzberechtigte sind, sowie das Kindeswohl gesetzlich verankert werden. Weiters sollte aus der demonstrativen Aufzählung hervorgehen, dass die Dauer des Aufenthalts nur ein Abwägungskriterium von mehreren ist und dessen ungeachtet auch bei kurzer Aufenthaltsdauer ein Aufenthaltsrecht im Einzelfall aus Gründen des Familienlebens iSv Art 8 EMRK zu gewähren sein kann.

In der Phase 2 ist das einzige Beispiel vorhanden, bei dem innerhalb der untersuchten Rechtsvorschriften die Definition von Familienangehörigen selbst als grundrechtswidrig aufgehoben wurde: Die frühere Ausgestaltung von § 2 Z 22 AsylG 2005 erachtete der VfGH als gleichheitswidrig, da minderjährige Kinder zu ihren gesetzlichen Vertreter:innen oftmals in einem Eltern-Kind-ähnlichen Verhältnis stehen, die minderjährigen Kinder aber von ihren gesetzlichen Vertreter:innen anders als von den Eltern den Status im Familienverfahren nicht ableiten

[1411] Vgl Punkt IV) C) 2) d) – *Ausschluss vom Familienverfahren*.
[1412] Vgl Unterpunkt IV) C) 3) a) ii) – *Aufenthaltsrecht für weitere familiäre Bezugspersonen im Zusammenhang mit dem AaiS.*

konnten.[1413] Die Entscheidung des VfGH folgt dem Grundsatz des EGMR: Auch wenn keine generelle Verpflichtung besteht, Familienmitglieder aufenthaltsrechtlich unabhängig von einer Einzelfallprüfung gem Art 8 EMRK zu begünstigen, muss eine Regelung, die gewisse familiäre Bezugspersonen aufgrund ihrer Familienangehörigeneigenschaft begünstigt, gleichheitskonform ausgestaltet sein.[1414] Die Entscheidung führte dennoch nicht zu einer Gleichstellung von Eltern-Kind-Verhältnissen und Eltern-Kind-ähnlichen Verhältnissen, denn auch nach der Anpassung durch den Gesetzgeber ist formalistisch auf die gesetzliche Vertretung abzustellen, die vor der Einreise bestanden haben muss, und nicht auf das faktische Eltern-Kind-ähnliche Verhältnis. Ohne gesetzliche Vertretung vor der Einreise bleibt nur die Möglichkeit eines Aufenthaltstitels gem § 55 AsylG 2005, um ein faktisches Eltern-Kind-ähnliches Verhältnis effektiv entsprechend den Anforderungen gem Art 8 EMRK zu achten. Eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK im Familienverfahren selbst hat der VfGH anders als bei der Familienzusammenführung bisher nur einmal angedeutet[1415], aber nicht dezidiert festgestellt.

Innerhalb der Phase 3 (Familienzusammenführung) ist der engste Familienangehörigenbegriff der drei untersuchten Phasen definiert; nur die Kernfamilie ist von der Definition erfasst und nachzugsberechtigt. Innerhalb der Phase 3 bestehen auch die am schwerwiegendsten grundrechtlichen Zweifel; dies liegt nicht nur am ohnehin engen Familienangehörigenbegriff, sondern auch daran, dass kein ausdrücklicher Ermessenspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK besteht, um Familienmitglieder, die keine Familienangehörigen per Definition sind, die Einreise und den Aufenthalt im Einzelfall zu ermöglichen. Dass kein ausdrücklicher Ermessensspielraum gem Art 8 EMRK für weitere Familienmitglieder besteht, obwohl das AsylG 2005 an anderer Stelle etwa hinsichtlich der Erteilungsvoraussetzungen ausdrücklich einen Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK verankert, ist einerseits systemwidrig und andererseits Mitgrund für einander widersprechende Rechtsprechungslinien des VfGH und des VwGH: Während der VfGH eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK bei der Familienzusammenführung gem § 35 Abs 5 AsylG 2005 annimmt, um im Einzelfall dennoch Familienmitgliedern aus Gründen von Art 8 EMRK zu gewähren, schließt der VwGH eine solche Erweiterung aus. Nach dem VwGH hat in einem solchen Fall auf das NAG verwiesen zu werden – auch, wenn dort die betroffenen Personen ebenso wenig Familienangehörige per Definition sind. Nach dem VwGH kann im NAG anders als im AsylG 2005 Art 8 EMRK unmittelbar angewendet werden, wodurch der

[1413] Vgl Unterpunkt IV) C) 2) a) i) – *Familienangehörige iSd AsylG 2005*.
[1414] Vgl Punkt III) B) 5) b) – *Recht auf Familienzusammenführung bzw Legalisierung gem Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK*.
[1415] VfGH 20. 9. 2022, E 1227/2022 Rz 17; vgl Unterpunkt IV) C) 3) a) ii) – *Aufenthaltsrecht für weitere familiäre Bezugspersonen im Zusammenhang mit dem AaiS* und dort FN 1093.

Familienangehörigenbegriff von der Legaldefinition abzukoppeln und auch weiteren Familienmitgliedern entsprechend Art 8 EMRK die Einreise und der Aufenthalt zu gewähren ist.

Nunmehr ist Art 8 EMRK nachdem VfGH auch bei der Familienzusammenführung von subsidiär Schutzberechtigten vor Ablauf der Wartefrist unmittelbar anzuwenden, um den prozeduralen Anforderungen des EGMR zumindest teilweise nachzukommen. Ob die gesetzliche Ausgestaltung trotz der unmittelbaren Anwendbarkeit für einen konventionskonformen Zustand ausreicht, kann mit Blick auf den Gesetzgebungsprozess und die Entscheidungshistorie bezweifelt werden: In der Vergangenheit ging der VfGH bei derselben gesetzlichen Rechtsgrundlage unter Ausschluss eines Ermessenspielraums im Einzelfall von einem verfassungskonformen Zustand aus. Der Gesetzgeber setzte sich mit der Eingriffsnähe zu Art 8 EMRK nicht auseinander, weshalb er den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK nicht nachkam. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art 8 EMRK kann im Einzelfall vielleicht zu einem konventionskonformen Ergebnis führen; insgesamt besteht aber eine Rechtsunsicherheit, die unvereinbar mit den Anforderungen des Legalitätsprinzips erscheint.

Den Verweis vom AsylG 2005 ins NAG judiziert der VwGH nicht nur bei Familienmitgliedern, für die im Einzelfall aus Gründen von Art 8 EMRK die Einreise und der Aufenthalt zu gewähren ist, sondern auch als Reaktion auf die migrationsfreundliche Judikaturlinie des EuGH zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit. Durch den Zugang entsteht in komplexes Verfahrensgeflecht, wo nur mit einer vertiefenden Judikaturrecherche die Rechte der einzelnen Person und wie sie geltend zu machen sind, beurteilt werden können. Der Verweis ins NAG mit seinen Folgeproblemen ist weder mit den unionsrechtlichen Anforderungen noch mit den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK vereinbar.

Besonders für die Auslegung der unionsrechtlichen Vorgaben zeigte sich, dass die Judikatur des EGMR zur gleichheitskonformen Behandlung von gleichgeschlechtlichen Paaren in aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten nach wie vor bedeutend ist. Noch immer sehen nicht alle MS eine Gleichbehandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften vor. Wenn im Herkunftsstaat keine Verrechtlichung der Beziehung möglich ist, ist auch in diesen Fällen bei Lebensgefährt:innen eine individuelle Prüfung notwendig, ob im Einzelfall Art 8 EMRK die Gewährung der Einreise und des Aufenthalts gebietet. Dabei kann nicht nur auf Faktoren wie gemeinsame Kinder oder Zusammenleben abgestellt werden, wenn dies im Herkunftsstaat de facto nicht möglich war bzw die sexuelle Orientierung sogar Fluchtursache war. In diesem Fall hat der Wille, ein gemeinsames Familienleben zu führen, wie bei verheirateten Paaren berücksichtigt zu werden.

Dass neben den bestimmten, begünstigten Familienangehörigen ein Ermessenspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK bestehen muss, zeigt sich auch bei der rechtlichen Anerkennung der Familienangehörigeneigenschaft: Das faktische Familienleben hängt nicht von der Anerkennung ab; das Familienleben kann dennoch von Art 8 EMRK geschützt und zu einer positiven Verpflichtung führen, auch wenn die verrechtlichte Beziehung nicht anerkannt wird.

Obwohl in vielerlei Hinsicht grundrechtliche Problemstellungen bei der Migrationssteuerung durch Aufenthaltsrechte für bestimmte Familienangehörige bestehen, bringt die Definition von aufenthaltsrechtlich begünstigten Familienangehörigen auch einen großen Vorteil mit sich: Den begünstigten familiären Bezugspersonen kommt ein subjektives Recht auf die jeweilige begünstigte aufenthaltsrechtliche Stellung zu. Sie sind nicht von einer Einzelfallbeurteilung gem Art 8 EMRK abhängig, deren Ergebnis auch trotz der mittlerweile relativ klaren Abwägungskriterien von Wertungen durch die entscheidende Behörde abhängt. Zudem geht die rechtskonforme Beurteilung der Interessenabwägung gem Art 8 EMRK mit einem großen verwaltungsbehördlichen Aufwand einher, da die Umstände des Einzelfalls dafür umfassend ermittelt werden müssen – dieser verwaltungsbehördliche Aufwand entfällt, wenn der Beleg der Familienangehörigeneigenschaft für die aufenthaltsrechtliche Begünstigung der bestimmten Familienangehörigen ausreicht.

Im Ergebnis zeigt sich, dass es, um die Grundrechtskonformität der Migrationssteuerung durch Aufenthaltsrechte für bestimmte Familienangehörige so weit wie möglich zu garantieren, folgende Rahmenbedingungen braucht: Einen funktionierenden Rechtsschutz, um die subjektiven Rechte, die aus der Familienangehörigeneigenschaft bzw der Eigenschaft als begünstigte familiäre Bezugsperson entstehen, geltend zu machen. Einen gesetzlich verankerten Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK, um weiteren Familienmitgliedern den Aufenthalt zu gewähren, die keine Familienangehörige per Definition sind, für die aber im Einzelfall eine positive Verpflichtung zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts aus Gründen des Familienlebens besteht. Die Verankerung demonstrativer Abwägungskriterien entsprechend der Judikatur des EGMR, aus denen klar hervorgeht, dass ungeachtet der Dauer des Aufenthalts und der Faktoren des Privatlebens im Einzelfall das individuelle Interesse am Aufenthalt gegenüber dem öffentlichen Interesse überwiegen kann.

Festzuhalten ist, dass der Ermessensspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK nicht unmittelbar in der Definition von Familienangehörigen zu verankern ist: Da weder das Unionsrecht noch Art 8 EMRK verlangen, dass derselbe Aufenthaltstitel verleiht wird, kann eine Auffangbestimmung, wie etwa durch die Möglichkeit eines Selbsteintritts gem Art 17 Dublin-III-VO, oder eine nachgelagerte Prüfung, wie etwa beim Aufenthaltsrecht aus Gründen des Art 8 EMRK gem § 55 AsylG 2005 für einen grundrechtskonformen Zustand, ausreichen, wenn rechtskonform eine positive Verpflichtung

zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts aus Gründen des Familienlebens geprüft und wahrgenommen wird.

3) Weitere Erkenntnisse

Die Untersuchung der geltenden Rechtslage brachte eine migrationsfreundliche Grundhaltung des EuGH im asylrechtlichen Kontext zum Vorschein. Anders als für den EGMR spielt für ihn das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, keine Rolle. Er legt die maßgeblichen Unionsrechtsakte in erster Linie zu Gunsten einer praktischen Wirksamkeit und zur einheitlichen Anwendung des Unionsrechts aus; bei der Auslegung fließen grundrechtliche Erwägungen mit ein. Anders als der EGMR muss er sich mit der Frage des souveränen Rechts des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, auch weniger beschäftigen, da der EU die Rechtssetzungskompetenz in den jeweiligen Bereichen zukommt und der EuGH für die Auslegung der Unionsrechtsakte zuständig ist.

Beim VwGH stoßt der EuGH mit seiner Judikatur nicht immer auf offene Türen. Dies zeigt sich etwa beim Umgang mit der Judikatur zum Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit[1416] oder der Annahme des VwGH, dass – auch wenn die Familienangehörigeneigenschaft vorliegt – ein tatsächliches Familienleben bestehen muss. Die Anforderungen an dieses tatsächliche Bestehen vom Familienleben nach dem VwGH gehen über die Anforderungen des EuGH sowohl in der Phase 2 als auch in der Phase 3[1417] hinaus und konterkarieren den Vorteil, welchen die Definition von aufenthaltsrechtlich begünstigten Familienangehörigen mit sich bringt.

Der Kreis von Familienmitgliedern, für die eine positive Verpflichtung aus Gründen von Art 8 EMRK zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts bestehen kann, geht regelmäßig über die Definition von Familienangehörigen hinaus, die im asylrechtlichen Kontext aufenthaltsrechtlich begünstigt werden. Dadurch ist in einigen Fallkonstellationen eine Interessenabwägung im Einzelfall gem Art 8 EMRK notwendig. Der Gesetzgeber könnte sich die Ausgestaltung des Familienangehörigenbegriffs zunutze machen: Im Rahmen einer Erweiterung des Familienangehörigenbegriffs in seinem Gestaltungsspielraum unter Berücksichtigung der konventionsrechtlichen Anforderungen könnte er selbst die Faktoren konkretisieren, die bei Lebensgefährt:innen, für Kinder verantwortliche Erwachsene, Personen, in einem Abhängigkeitsverhältnis oder Geschwistern dafür sprechen, sie wie die definierten Familienangehörigen aufenthaltsrechtlich zu begünstigen. Dadurch könnte er die Fälle, in denen eine Interessenabwägung im Einzelfall gem Art 8 EMRK notwendig ist, reduzieren und den Vorteil erweitern, den die Definition von bestimmten, aufenthaltsrechtlich begünstigten

[1416] Vgl Punkt IV) D) 2) d) – *Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit*.
[1417] Vgl Punkt IV) C) 2) f) – *Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienverfahren* und Punkt IV) D) 2) e) – *Tatsächliches Bestehen von Familienleben und Familienzusammenführung*.

Familienangehörigen mit sich bringt. Die Europäische Kommission versuchte in der Vergangenheit regelmäßig, die Familienangehörigenbegriffe innerhalb der drei Phasen zu erweitern. Sie scheiterte dabei aber häufig am Rat der Europäischen Union. Nach dem Standpunkt des Parlaments soll mit der Status-VO der Familienangehörigenbegriff nun aber doch erweitert werden und erwachsene Kinder, die von ihren Eltern abhängig sind, als Familienangehörige zu bewerten sein.

Die Tendenz des Rates der Europäischen Union und des nationalen Gesetzgebers, den Familienangehörigenbegriff nicht erweitern oder konkretisieren zu wollen, lässt sich mit dem Motiv, möglichst wenigen Personen allein aufgrund ihrer Familienangehörigeneigenschaft den Aufenthalt gewähren zu wollen, erklären. Die Rechtsprechungsentwicklungen zeigen auch, dass ein weiterer, an Bedingungen geknüpfter Familienangehörigenbegriff die Gefahr birgt, durch die Rechtsprechung ebenso weiter ausgedehnt zu werden und für weiter Familienmitglieder ein Aufenthaltsrecht zu verlangen.[1418] Dass kein Ermessenspielraum zu Gunsten von Art 8 EMRK hinsichtlich der Familienangehörigeneigenschaft selbst besteht, ist vor dem Hintergrund dieses Motivs ebenso naheliegend, da der Wortlaut alleine schon offenbaren würde, dass auch weitere Familienmitglieder aufenthaltsrechtlich zu begünstigen sein könnten. Beim Zugang, möglichst wenige Familienangehörige aufenthaltsrechtlich zu begünstigen wollen, wird der Gesetzgeber gerne in Kauf nehmen, dass ein Aufenthaltstitel aus Gründen von Art 8 EMRK von nicht vordefinierten Abwägungskriterien und Wertungen der entscheidenden Distanz im Einzelfall abhängt.

Für subsidiär Schutzberechtigte ist die Bindung der MS an die EMRK und die Judikatur des EGMR besonders wichtig: Da ein MS wie Österreich, der subsidiär Schutzberechtigte nicht auf Basis der Familienzusammenführungs-RL berechtigt, nicht an die Auslegung des EuGH bei subsidiär Schutzberechtigten gebunden ist, ist der EGMR das einzige europäische Gericht, dass für subsidiär Schutzberechtigte zu beachtende grundrechtliche Anforderungen festlegen kann.

[1418] Beispiele dafür gibt es in der Vergangenheit etwa vom EGMR und EuGH zu gleichgeschlechtlichen Paaren, etwa EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien*; 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien*; EuGH C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385; vom VfGH zu gesetzlichen Vertreter:innen, vgl VfSlg 20.393/2020, oder vom EuGH zur ausdehnenden Auslegung des Beurteilungszeitpunkts der Minderjährigkeit; vgl Punkt IV) D) 2) d) – Beurteilungszeitpunkt der Minderjährigkeit.

V) Schlussbetrachtung

Die Untersuchung der vorliegenden Arbeit war geleitet von der Forschungsfrage, inwieweit eine abschließende Definition von Familienangehörigen, wobei nur diesen bestimmten Personen aufgrund ihrer Familienangehörigeneigenschaft eine aufenthaltsrechtliche Begünstigung zukommt, mit den grundrechtlichen Anforderungen nach der EMRK im asylrechtlichen Kontext vereinbar ist.

Innerhalb der geltenden Rechtslage stellen Definitionen von Familienangehörigen, wobei nur diese bestimmten Familienangehörigen im asylrechtlichen Kontext aufenthaltsrechtlich begünstigt werden, vielfach auf die bürgerliche Kleinfamilie ab. Der EGMR kennt grundsätzlich keine abschließende Definition von „Familie“ oder „Familienangehörigen“; dennoch orientiert auch er sich nach wie vor an der bürgerlichen Kleinfamilie. Aber unter Rückgriff auf die „living-instrument“-Doktrin erweiterte der EGMR den Schutzbereich von Art 8 EMRK bereits, wenn auch der Prozess aufgrund der nachprüfenden, subsidiären Rolle des EGMR sowie der langen Verfahrensdauer teilweise langwierig ist. Insgesamt kann dadurch festgestellt werden, dass der EGMR die Wandlungen von Familienverständnisses beachtet und unterschiedliche Familienformen abseits der bürgerlichen Kleinfamilie ebenso unter den Schutz des Rechts auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK stellt.

Definitionen von Familienangehörigen können dadurch iVm den sie verwendenden gesetzlichen Bestimmungen zu einem Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK führen: Familienmitgliedern, die keine Familienangehörige per Definition sind, kommt keine aufenthaltsrechtliche Begünstigung aufgrund ihrer familiären Beziehung mit einer Person zu, die sich in einem Konventionsstaat aufhält. Aufgrund dessen, dass der EGMR unterschiedliche Familienformen achtet, ist die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR ein wichtiger Anknüpfungspunkt, ob Familienmitgliedern, die keine Familienangehörige per Definition sind, ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist. Der Schutz des Familienlebens iSv Art 8 EMRK besteht dabei unabhängig von einer (personenstands-)rechtlichen Anerkennung der familiären Beziehung.

Dennoch sind Definitionen von Familienangehörigen, wobei nur diese aufenthaltsrechtlich im asylrechtlichen Kontext begünstigt werden, mit Art 8 EMRK vereinbar und können grundrechtskonform als Instrument zur Migrationssteuerung eingesetzt werden: Bedingung dafür ist, dass ein Ermessensspielraum bleibt, um auch weiteren Familienmitgliedern, die keine Familienangehörige per Definition sind, ein Aufenthaltsrecht im Einzelfall aus Gründen von Art 8 EMRK zu erteilen.

Bei der Interessenabwägung, ob im Einzelfall eine positive Verpflichtung zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts besteht, misst der EGMR dem asylrechtlichen Kontext großes Gewicht bei; so auch bei den prozeduralen Anforderungen gem Art 8 EMRK und den gleichheitsrechtlichen

Anforderungen gem Art 14 iVm Art 8 EMRK. Die Annahme, dass im asylrechtlichen Kontext die Intensität der grundrechtlichen Vorgaben stärker und das souveräne Recht des Staates weiter eingeschränkt ist, hat sich bestätigt. Generell ist das souveräne Recht des Staates, die Einreise und den Aufenthalt zu kontrollieren, in der Judikatur des EGMR nicht mehr tragende Leitlinie.

Als Instrument zur Migrationssteuerung bringt die Definition von Familienangehörigen sowohl auf der verwaltungsbehördlichen Seite als auch auf subjektiven Seite der Normadressat:innen Vorteile: Die notwendige Interessenabwägung, ob im Einzelfall eine positive Verpflichtung zur Gewährung der Einreise und des Aufenthalts gem Art 8 EMRK besteht, bedarf einer tiefgehenden Aufarbeitung der Umstände im Einzelfall und ist somit mit einem hohen verwaltungsbehördlichen Aufwand verbunden. Die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Abwägungskriterien haben in der Judikatur des EGMR mittlerweile klarere Konturen erlangt; dennoch ist ihre Beurteilung sowie das Ergebnis im Einzelfall von Wertungen der entscheidenden Instanz abhängig. Das verwaltungsbehördliche Verfahren kann somit in Fällen, in denen bestimmte Familienangehörige jedenfalls aufenthaltsrechtlich zu begünstigen sind, entlastet werden, da die Umstände des Einzelfalls nicht für die Interessenabwägung gem Art 8 EMRK detailliert ermittelt werden müssen. Den bestimmten Familienangehörigen selbst wird ein subjektives Recht eingeräumt, nach dem ihnen aufgrund ihrer Familienangehörigeneigenschaft ein Aufenthaltsrecht zu erteilen ist.

Dass in unterschiedlichen Phasen bzw Rechtsakten, in denen die Definition von Familienangehörigen unterschiedliche Funktionen verfolgen, unterschiedliche Definitionen von aufenthaltsrechtlich begünstigten Familienangehörigen festgelegt werden, ist grundrechtlich grundsätzlich zulässig. Die unterschiedlichen Definitionen von Familienangehörigen stehen dennoch nicht isoliert nebeneinander: Hinter dem Familienangehörigenbegriff stehende Grundannahmen, Wertungen und Motive, die die Auslegung des Familienangehörigenbegriffs beeinflussen, können die Auslegung des Familienangehörigenbegriffs auch in anderen Rechtsakten beeinflussen. Dies zeigt sich insbesondere bei einer unionsautonomen Auslegung durch den EuGH.

Der EGMR und der EuGH ergänzen sich in ihrer Rechtsprechung und tragen gemeinsam dazu bei, Familienmitgliedern im asylrechtlichen Kontext in ihrer aufenthaltsrechtlichen Stellung zu stärken: Der EuGH zeigt sich bei der Auslegung der maßgeblichen Unionsrechtsakte tendenziell migrationsfreundlich, sichert den einzelnen betroffenen Personen ihre subjektiven Rechte, die ihnen nach den unionsrechtlichen Vorgaben zukommen, und unterstützt mit seiner Auslegung die effektive Geltendmachung dieser subjektiven Rechte. Im Personenstandsrecht kommt der EU keine Kompetenz und somit auch dem EuGH grundsätzlich keine Möglichkeit zur Auslegung zu. Für die Frage, wann eine Familie als solche zu schützen ist und aufgrund des Familienlebens ein Aufenthaltsrecht zu erteilen ist, zeigt sich auch aus dieser Perspektive eine große Bedeutung der Judikatur des EGMR; etwa bei gleichgeschlechtlichen Paaren, denn nach wie vor erkennen nicht

alle Staaten der EU gleichgeschlechtliche Ehen bzw eingetragene Partnerschaften an. Jeweils einzeln, aber besonders gemeinsam wirken EuGH und EGMR dadurch mobilitätsverstärkend.[1419]

Dadurch, dass subsidiär Schutzberechtigte unionsrechtlich nicht grundsätzlich bei der Familienzusammenführung begünstigt werden, ist auch für sie der EGMR eine wichtige Institution, um grundrechtliche Mindestanforderungen bei der Familienzusammenführung zu sichern. Diese Rolle hat der EGMR auch genutzt: Eine absolute dreijährige Wartefrist für subsidiär Schutzberechtigte ist nicht konventionskonform; es muss im Einzelfall möglich sein, aufgrund eines überwiegenden individuellen Interesses die Familienzusammenführung vor Ablauf der Wartefrist zu gestatten. Erste, vorsichtige Schritte mit einer offenen Hintertür hat der EGMR auch gesetzt, um subsidiär Schutzberechtigte und Asylberechtigte bei der Familienzusammenführung als vergleichbar zu erachten, wodurch eine unterschiedliche Behandlung sachlich zu rechtfertigen ist.

Familienformen wandeln sich und werden sich stetig weiter wandeln. Tendenziell geht der EGMR in seiner Rechtsprechung mit diesem Wandel; immer mehr familiäre Beziehungen subsumiert er unter dem Schutzbereich des Familienlebens. Dementsprechend ist auch die Europäische Kommission immer wieder bestrebt, die Definition von Familienangehörigen zu erweitern. Mit diesen Bestrebungen scheitert sie bisher häufig am Rat der EU und somit an den einzelnen MS. Auch in der innerstaatlichen Rechtslage wird am Konzept der Kleinfamilie festgehalten und, wie beispielsweise die Regelung zur Vermeidung von Ketten-Familienverfahren zeigt, versucht, Familienmigration im asylrechtlichen Kontext zu beschränken; selbst wenn es auf Kosten des Kindeswohls oder das Recht auf Kontakt zu beiden Elternteilen geht und mit einem Eingriff in die Kernfamilie verbunden ist. Abzuwarten bleibt, ob sich die grundrechtlichen Anforderungen gem Art 8 EMRK weiter konkretisieren, insbesondere wenn es um tatsächliche familiäre Bindungen aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen oder von Lebensgefährt:innen geht, die ihre Beziehung nicht verrechtlichen konnten. Für den Gesetzgeber ist es eine (bewusst) verpasste Chance, gerade bei Abhängigkeitsverhältnissen wie etwa bei faktischen Eltern-Kind-ähnlichen Verhältnissen nicht selbst Konkretisierungen vorzunehmen, wann sie aufenthaltsrechtlich zu berücksichtigen sind.

[1419] *Pöschl* in *19. ÖJT* (17); vgl auch *Bauer,* juridikum 2023, 384 (394).

VI) Verzeichnisse

A) Literaturverzeichnis

Abermann/Czech/Kind/Peyrl, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, inkl Integrationsgesetz: Kommentar[2] (2019).

AIDA/ECRE, Country Report: Austria. Update 2022 (2022).

AIDA/ECRE, Not there yet: Family reunification for beneficiaries of international protection (2023).

AIDA/ECRE, The implementation of the Dublin III Regulation in 2021 (2022).

AIDA/ECRE, The implementation of the Dublin III Regulation in 2022 (2023).

Amusan/Saka/O. Adekeye, Gay Rights and the Politics of Anti-homosexual Legislation in Africa: Insights from Uganda and Nigeria, Journal of African Union Studies 2019, 45–66.

Arai-Takahashi, Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR (2002).

Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung (2011).

Bast, Vom subsidiären Schutz zum europäischen Flüchtlingsbegriff, ZAR 2018, 41–46.

Bauer, Die Rechtsstellung von Familien und Kindern auf der Flucht, in *Bauer/Baumgartl* (Hrsg), 70 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention - altbewährt? Perspektiven und Herausforderungen (2021) 27–47.

Bauer, International Schutzberechtigte und ihr Recht auf Familienzusammenführung, juridikum 2023, 384–394.

Bauer, Verfassungs- und unionsrechtskonforme Interpretation des Familienangehörigenbegriffs im NAG durch „Abkoppelung“? migraLex 2022, 34–45.

Bauloz/Ruiz, Refugee Status and Subsidiary Protection: Towards a Uniform Content of International Protection? in *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System. The new European refugee law (2016) 240–268.

Baumgartl, Internationaler Schutz im unionsrechtlichen Kontext - die Status-RL auf dem Prüfstand, in *Bauer/Baumgartl* (Hrsg), 70 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention - altbewährt? Perspektiven und Herausforderungen (2021) 105–123.

Beham/Fink/Janik, Völkerrecht verstehen. Lehrbuch[3] (2022).

Behrendt, Die Margin of Appreciation – der Beurteilungsspielraum der konventionsstaatlichen Organe am Beispiel des Burka-Urteils, in *Klatt* (Hrsg), Jurisdiktionskonflikte (2015) 225–248.

Berka, Das „eingriffsnahe Gesetz" und die grundrechtliche Interessenabwägung, in FS Walter (1991) 37–61.

Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte - Grund- und Menschenrechte in Österreich (2019).

Berka, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium[8] (2021).

Bernhart, Familienzusammenführung nach dem Asylgesetz, in *Eppel/Reyhani* (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht. Asyl, Grundversorgung und Fremdenpolizei : Niederlassung, Aufenthalt und Beschäftigung : aktuelle Grundlagen und Anwendungspraxis (2023).

Biela, Demokratische Legitimation in den Jurisdiktionskonflikten zwischen Bundesverfassungsgericht, Europäischen Gerichtshof und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in *Klatt* (Hrsg), Jurisdiktionskonflikte (2015) 291–317.

Boeles/Heijer/Lodder/Wouters, European Migration Law[2] (2014).

Bogdandy/Hering, Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien. Zu Identität, Mandat und nationaler Pufferung der EGMR-Rechtsprechung, JZ 2020, 53–63.

Bogdandy/Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern. Eine vergleichende Rekonstruktion der Richterauswahl zu EGMR und EuGH, JZ 2014, 529–537.

Bonjour/Hart, A proper wife, a proper marriage: Constructions of 'us' and 'them' in Dutch family migration policy, European Journal of Women's Studies 2013, 61–76.

Bonjour/Cleton, Co-constructions of family and belonging in the politics of family migration, in *Carmel/Lenner/Paul* (Hrsg), Handbook on the Governance and Politics of Migration (2021) 161–169.

Brandl, Family Unity and Family Reunification in the Dublin System: Still Utopia or Already Reality? in *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System. The new European refugee law (2016) 143–158.

Brems, Positive subsidiarity and its implications for the margin of appreciation doctrine, Netherlands Quarterly of Human Rights 2019, 210–227.

Brems, Procedural protection, in *Brems/Gerards* (Hrsg), Shaping Rights in the ECHR (2013) 137–161.

Brems, The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Human Court of Human Rights, in *Gerards/Brems* (Hrsg), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (2017) 17–39.

Brems, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, 240–314.

Breuer, Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR, ZÖR 2013, 729–766.

Brötel, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens. Rechtsgrund und Grenzen staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten in familiäre Rechtspositionen nach der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, dargestellt an ausgewählten Beispielen des deutschen Familienrechts (1991).

Bryanston-Cross, Article 8: The Right to Respect for Private and Family Life, Home, and Correspondence, in *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights[5] (2023) 508–575.

Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff[2] (1991 - Nachdruck 2011).

Calliess/Ruffert, EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar[6] (2022).

Calliess, Grundrechtsschutz durch den Gerichtshof der EU. Entwicklung, Methoden und Perspektiven, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht 2022, 3–28.

Caroni, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht (1999).

Chetail, The Common European Asylum System: Bric-à-brac or System? in *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System. The new European refugee law (2016) 3–38.

Christoffersen, Fair balance. Proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights (2009).

Chvosta, Die Beendigung langjähriger Aufenthalte von Fremden und Art 8 EMRK, in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2022 (2022) 199–224.

Cienfuegos/Therborn, Families in Latin America, in *Arránz Becker/Hank/Steinbach* (Hrsg), Handbuch Familiensoziologie[2] (2023) 241–262.

Coester-Waltjen/Heiderhoff, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Mehrehe, JZ 2018, 762-769.

Cremer, § 3 Funktionen der Grundrechte, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 113–188.

Cremer, Regeln der Konventionsinterpretation, in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz[3] (2022) 149–258.

Czech, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017, 229–240.

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, Diskriminierung homosexueller Lebenspartnerinnen beim Familiennachzug, FABL 2016, 1-6.

Czech, Jedes Kind zählt - oder doch nicht? Zur Bedeutung der Kinderrechte bei Ausweisungen, FABL 2012, 1–11.

Czech, Konventionswidrigkeit der dreijährigen Wartefrist für die Familienzusammenführung subsidiär Schutzberechtigter. Besprechung von EGMR (GK) 9. 7. 2021, M. A. v Denmark, 6.697/18, FABL 2021, 23–32.

Czech, Zwischen dynamischer Auslegung und gerichtlicher Zurückhaltung - Zur Weiterentwicklung der Menschenrechte durch den EGMR, in *Autengruber/Bertel/Drexel/Sanader/Schramek* (Hrsg), Zeit im Recht - Recht in der Zeit. Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht (2016) 105–120.

Davy, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht. Völkerrechtliche Bindungen staatlicher Schutzgewährung, dargestellt am österreichischen Recht Band I: Völkerrechtlicher Rahmen (1996).

De Somer/Vink, 'Precedent' and fundamental rights in the CJEU's case law on family reunification immigration, in *Neuhold/Vanhoonacker* (Hrsg), Dynamics of institutional cooperation in the European Union: Dimensions and effects (2015) 3–25.

De Vries, Rewriting Abdulaziz: The ECtHR Grand Chamber's Ruling in Biao v. Denmark, Eur. J. Migr. Law 2016, 467–479.

De Vries, Right to Respect for Private and Family Life, in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak* (Hrsg), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights[5] (2018) 667–732.

Dopplinger/Mörth, Rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Margin of Appreciation: zwei Seiten einer Medaille? Journal für Rechtspolitik 2022, 240.

Draghici, The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law. ‚Living Instrument' or Extinguished Sovereignty? (2017).

Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention (2003).

Druschke, Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht (2019).

Ecker/Ziegelbecker, Die Rückkehrentscheidung, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2017 (2017) 149–215.

Ecker, Schnittstellen zwischen AsylG 2005 und NAG unter besonderer Berücksichtigung von „Bleiberecht" und Familienzusammenführung, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht 2016 (2016) 84–121.

EMN, Family Reunification of Third-Country. Nationals in the EU plus Norway: National Report (2017).

Europarat, Yearbook of the European Convention on Human Rights 5 (1962).

Europarat, Yearbook of the European Convention on Human Rights 6 (1963).

Fädler/Kopetzki, Sichere Mitgliedstaaten? Zum Asyl für Unionsbürger:innen innerhalb der EU, in *Bauer/Baumgartl* (Hrsg), 70 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention - altbewährt? Perspektiven und Herausforderungen (2021) 125–148.

Farahat/Markard, Flüchtlingssteuerungsrecht: Auf der Suche nach der verlorenen Souveränität, in FS Barwig (2018) 325–354.

Feik, Forever young? Minderjährigkeitsbegünstigungen beim Elternnachzug bleiben (zumindest eine Zeit lang) bestehen. Anmerkungen zu EuGH 12. 4. 2018, Rs C-550/16, A und S gegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, und zu VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609, FABL 2019, 1–15.

Feik, Recht auf Familienleben, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte. Allgemeine Grundlagen - Grundrechte in Österreich - Entwicklungen - Rechtsschutz (2009) 176–192.

Fenwick/Hayward, Rejecting asymmetry of access to formal relationship statuses for same and different-sex couples at Strasbourg and domestically, European human rights law review 2017, 544–563.

Filzwieser/M. Frank/Kloibmüller/Raschhofer, Asyl- und Fremdenrecht. Kommentar (2016).

Filzwieser/Sprung, Dublin III-Verordnung. Das Europäische Asylzuständigkeitssystem (2014).

Frenz, Handbuch Europarecht. Band 4: Europäische Grundrechte (2009).

Frik, Die Entwicklung des subsidiären Schutzes für Geflüchtete in der Europäischen Union bis 2004, ÖZG 2017, 49–71.

Fülöp, Vollziehung des Unionsrechts, in *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg), Recht der Europäischen Union. Entwicklung, Institutionen, Politiken, Verfahren[2] (2019) 97–98.

Gachowetz/Schmidt/Simma/Urban, Asyl- und Fremdenrecht im Rahmen der Zuständigkeit des BFA (2017).

Gamper, Das Argument der letzten Instanz (2023).

Gamper, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012).

Gerards/Brems, Introduction, in *Gerards/Brems* (Hrsg), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (2017) 1–13.

Gerards, Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights, Human Rights Law Review 2018, 495–515.

Gerards, Procedural Review by the ECtHR: A Typology, in *Gerards/Brems* (Hrsg), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (2017) 127–160.

Gerards, Prohibition of Discrimination, in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak* (Hrsg), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights[5] (2018) 997–1028.

Gerards, The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Review 2013, 99–124.

Giegerich, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz[3] (2022).

Grabenwarter, § 1 Das System des Europäischen Grundrechteschutzes, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 47–77.

Grabenwarter, § 2 Institutionen des gerichtlichen Grundrechteschutzes, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 79–109.

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch[7] (2021).

Grabenwarter, Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem. Wirkungen von EGMR-Urteilen und der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, EuGRZ 2011, 229–232.

Grabenwarter, Menschenrechtsschutz und Menschenrechtspolitik durch den EGMR, in *Hillgruber* (Hrsg), Gouvernement des juges - Fluch oder Segen (2014) 45–78.

Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (2023).

Grahl-Madsen, The Status of Refugees in International Law Volume 1: Refugee character (1966).

Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union[7] (2015).

Groenendijk, Europarechtliche Vorgaben für das Recht auf Familieneinheit, in *Barwig/Brinkmann/Beichel-Benedetti* (Hrsg), Perspektivwechsel im Ausländerrecht? Rechtskonflikte im Spiegel politischer und gesellschaftlicher Umbrüche in Deutschland und Europa - 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht (2007) 177–191.

Groß, § 20 Die Zuständigkeit für den internationalen Schutz, in *Wollenschläger et al* (Hrsg), Europäischer Freizügigkeitsraum - Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 699–728.

Gruber, Einreisetitel für den Familiennachzug nach dem AsylG und „abgeleitete" Familienangehörigeneigenschaft? in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2019 (2019) 237–252.

Handstanger, Schutz der Unionsgrundrechte am Beispiel des VwGH, ZÖR 2014, 39–58.

Hardy, The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals, Eur. J. Migr. Law 2012, 439–452.

Harris/O'Boyle/Warbrick (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights[4] (2018).

Harris/O'Boyle/Warbrick (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights[5] (2023).

Hasel/Salomon, Differenzierungen zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten: Zu einem einheitlichen Schutzstatus, in *Salomon* (Hrsg), Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 113–160.

Hathaway/Foster, The law of refugee status[2] (2014).

Hathaway, The Rights of Refugees under International Law (2021).

Hembach/Thaler/Nedwed, Die „soziale Gruppe". ein „update", in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2021 (2021) 151–185.

Hillgruber, Gouvernement des juges - Fluch oder Segen (2014).

Hinterberger, Die umgekehrte Familienzusammenführung von nachziehenden Eltern zu unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen. Kritische Anmerkungen zu EuGH 12.4.2018, C-550/16, A., S. gg Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, NLMR 2018, 205–213.

Holborn, Refugees, a problem of our time. The work of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1951 - 1972 1 (1975).

Holoubek, Auswirkungen des Unionsrechts auf das Verhältnis der österreichischen Höchstgerichte zueinander, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht: Handbuch (2015) 625–656.

Holoubek, Bedeutung und Funktion von höchstgerichtlichen Präjudizien. Einige Überlegungen aus österreichischer Perspektive, in *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* (Hrsg), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge (2020) 90–112.

Holoubek, Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte. System oder Schrankenwirrwarr? (1997).

Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar. Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2] (2019).

Holoubek, Grundrechte im Mehrebenensystem, in *Bußjäger/Gamper/Kahl* (Hrsg), 100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz. Verfassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext (2020) 163–189.

Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik (1997).

Holzinger/S. L. Frank, Auswirkungen des Unionsrechts auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht: Handbuch (2015) 545–566.

Hruschka, Fristen in Dublin-Verfahren, ZAR 2018, 281–287.

Hruschka, GFK. Genfer Flüchtlingskonvention: Handkommentar (2022).

Immervoll/Frühwirth, Statusdifferenzierung in der Familienzusammenführung, in *Salomon* (Hrsg), Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 161–186.

IRO, Manual for Eligibility Officers (1987).

Isensee, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HStR. Allgemeine Grundrechtslehren IX[3] (2011) 413–567.

Jaeger/Stöger, EUV/AEUV.

Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK; Kommentar[4] (2021).

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.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892).

John, Die Grundrechtecharta in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (2020).

Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte (2021).

Karl, Die Rolle des Staatenverhaltens bei der Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention, in FS Wildhaber (2007) 379–387.

Karpenstein/F. C. Mayer, EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten[3] (2022).

Kaspar, Differenzierungen zwischen Asyl- und subsidiär Schutzberechtigten. Eine grundrechtliche Betrachtung am Beispiel der aktuellen VfGH-Judikatur, NLMR 2020, 5–12.

Kasper, Das Kindeswohlprinzip bei Rückkehrentscheidungen, in *Filzwieser* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2020 (2020) 271–291.

Kasper, Die Inklusion von Kinderrechten ins Asyl- und Fremdenrecht, in *Salomon* (Hrsg), Der Status im europäischen Asylrecht (2020) 187–229.

Khakzadeh-Leiler, Die verfassungskonforme Interpretation in der Judikatur des VfGH, ZÖR 2006, 201–222.

Kindeswohlkommission, Bericht der unabhängigen Kommission für den Schutz der Kinderrechte und des Kindeswohls im Asyl- und Fremdenrecht (2021).

Kirsche/Valenta, § 4a Griechenland, in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2022 (2022) 281–308.

Klaassen/Rodrigues, The Best Interests of the Child in eu Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24(2) Charter, Eur. J. Migr. Law 2017, 191–218.

Kofler-Schlögl/Neusiedler, Asyl für Unionsbürger*innen in Österreich, in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2022 (2022) 181–198.

Kohlenberger/Rengs/Buber-Ennser, Nuclear family and social capital of refugees in Austria, International Migration 2023, 220–238.

Kolonovits/Muzak/Stöger, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht[12] (2024).

Korinek, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassische Diskriminierung, in FS Rill (1995) 183–195.

Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/A. Martin/Zellenberg/Rechberger-Bechter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (2023).

Kraler, A Liberal Paradox: Expanding Rights, Reducing Access? Contemporary Patterns of Family Migration Policies in the EU, in *Geisen/Studer/Yildiz* (Hrsg), Migration, Familie und Gesellschaft (2014) 357–376.

Krieger, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität? ZaöRV 2014, 187–214.

Kucsko-Stadlmayer, §3 Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Grundrechte in Österreich[2] (2014) 77–136.

Kunesch/Matti, Asyl- und Fremdenrecht, in *Aigner/Erlacher/Forster/Friedrichkeit-Lebmann/Frommelt/Holl/Holzer/Huber/Kunesch/Matti/Mittermüller/Reithmayer-Ebner* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht[4] (2023) 189–284.

Lafferty, Article 8: The Right to Respect for Private and Family Life, Home, and Correspondence, in *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights (2018) 501–570.

Lambert, Family unity in migration law: the evolution of a more unified approach in Europe, in *Chetail/Bauloz* (Hrsg), Research handbook on international law and migration (2014) 194–215.

Letsas, A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights (2007).

Letsas, Two Concepts of the Margin of Appreciation, Oxford Journal of Legal Studies 2006, 705–732.

Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, in *Pabel/Raschauer* (Hrsg), Die Organisation des Grundrechtsschutzes. Nationale und europäische Perspektiven (2014) 47–75.

Lukits, Mehrehen und Familiennachzug. Ist eine Familienzusammenführung polygamer Ehegatten in Österreich möglich? iFamZ 2017, 261–266.

Lurger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht. Mit Hinweisen auf das Internationale Zivilverfahrensrecht: Handbuch[2] (2021).

Macdonald, The Margin of Appreciation, in *Macdonald/Matscher/Petzold* (Hrsg), The European System for the Protection of Human Rights (1993) 83–124.

Mahoney, Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin, Human Rights Law Journal 1990, 57–88.

Maiani, Der Schutz der Einheit der Familie in Dublin-Verfahren. Auf dem Weg zu einer schutzorientierten Umsetzungspraxis (2019).

Maiani, The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System? in *Chetail/Bruycker/Maiani* (Hrsg), Reforming the Common European Asylum System. The new European refugee law (2016) 101–142.

Manoharan, Der Familiennachzug zu Drittstaatsangehörigen.

J. Martin/Alber, Familie in Afrika, in *Arránz Becker/Hank/Steinbach* (Hrsg), Handbuch Familiensoziologie[2] (2023) 263–298.

Martino, Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems. Zwischen Verantwortlichkeit und Solidarität, ZfRV 2017, 196-212.

Mautner, Ehe und Familie für alle? Die sexuelle Orientierung als zivilrechtliches Problem (2018).

Mayer, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Fremdenrechts in Österreich, in *ÖJT* (Hrsg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1997) 87-100.

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht[11] (2015).

McCormack-George, Equal Treatment of Third-Country Nationals in the European Union: Why Not? Eur. J. Migr. Law 2019, 53–82.

Melcher, (Un-)Wirksamkeit von Kinderehen in Österreich. Kollisionsrechtliche Beurteilung und ordre public, EF-Z 2018, 103–107.

Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union[5] (2019).

Meyer-Ladewig/Nettesheim/Stefan von Raumer, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2023).

Moreno-Lax/Garlick, Qualification: Refugee Status and Subsidiary Protection, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg), EU Asylum Law[2] (2015) 65–182.

Mörth, Das Legalitätsprinzip. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (2020).

Msibi, The Lies We Have Been Told: On (Homo) Sexuality in Africa, Africa Today 2011, 55–77.

Müller-Elschner, Menschenrechtliche Vorgaben für das Recht auf Familienleben nach Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in *Barwig/Brinkmann/Beichel-Benedetti* (Hrsg), Perspektivwechsel im Ausländerrecht? Rechtskonflikte im Spiegel politischer und gesellschaftlicher Umbrüche in Deutschland und Europa - 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht (2007) 165–176.

Müller/Schreiner, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Asylrecht (Teil I), migraLex 2018, 62–71.

Müller/Schreiner, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Asylrecht (Teil II), migraLex 2019, 16–23.

Murswiek, § 192 Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HStR. Allgemeine Grundrechtslehren IX[3] (2011) 570–619.

Muzak, Beschränkung des Nachzugs von Ehegatten auf Personen unter 21 Jahren zur Erreichung des Ziels der Vermeidung von Zwangsehen gerechtfertigt, migraLex 2012, 53–55.

Muzak, B-VG[6] (Stand 01.10.2020, rdb.at).

Muzak, Fremden- und Asylrecht, in *Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht[2] (2017) 167–224.

Muzak, Gefährdungshaftung im Verkehrsrecht als Beispiel für unterschiedliche methodische Sichtweisen zur Analogie, in *Jabloner/Kolonovits/Kucsko-Stadlmayer/Laurer/Mayer/Thienel* (Hrsg), GS Walter (2013) 505–524.

Nam, Familie in Asien, in *Arránz Becker/Hank/Steinbach* (Hrsg), Handbuch Familiensoziologie[2] (2023) 299–326.

Nedwed, Familienverfahren - Schutz des Einzelnen und des Kollektivs, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2019 (2019) 207–236.

Niedrist, Zum Verhältnis des Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG und den aus Art 8 EMRK erwachsenden Rechten, FABL 2021, 170–171.

Nussberger, Procedural Review by the ECHR: View from the Court, in *Gerards/Brems* (Hrsg), Procedural Review in European Fundamental Rights Cases (2017) 161–176.

Nwoko, Female Husbands in Igbo Land. Southeast Nigeria, The Journal of Pan African Studies 2012, 69–79.

ÖGKJP, Hat der juristische Begriff „anpassungsfähiges Alter" eine entwicklungswissenschaftliche Grundlage? iFamZ 2023, 72.

Öhlinger/Eberhard/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich[8] (2023).

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht[13] (2022).

Ohms, Die (Europäische) Menschenrechtskonvention „Welcoming the Applicant", in *Pabel/Raschauer* (Hrsg), Die Organisation des Grundrechtsschutzes. Nationale und europäische Perspektiven (2014) 83–101.

Oswald, Das Bleiberecht. Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben als Schranke für Aufenthaltsbeendigungen (2012).

Pabel, Zusammenwirken mitgliedstaatlicher und unionaler Grundrechte, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht: Handbuch (2015) 229–256.

Pascher/Utz-Ferner, Parameter für die Beurteilung der Rechtskonformität von Kinder- und Minderjährigenehen, iFamZ 2022, 56–58.

Peers, Family Reunion, in *Peers/Guild/Tomkin* (Hrsg), EU immigration and asylum law. text and commentary[2] (2012) 247–272.

Peers, Institutional Framework, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg), EU Asylum Law[2] (2015) 7–25.

Peers, Overview, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg), EU Asylum Law[2] (2015) 1–5.

Peers, The EU Charter of Fundamental Rights and Immigration and Asylum Law, in *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg), EU Asylum Law[2] (2015) 27–63.

Peters/Altwicker, Das Diskriminierungsverbot, in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz[3] (2022) 1338–1491.

Peuckert, Familienformen im sozialen Wandel[9] (2019).

Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus, Fremdenrecht. Asyl - Ausländerbeschäftigung - Einbürgerung - Einwanderung - Verwaltungsverfahren[8] (2023).

Pöschl, § 14 Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Grundrechte in Österreich[2] (2014) 519–589.

Pöschl, Entwicklungstendenzen der migrationsrechtlichen Judikatur, in *Posch/Schleifer* (Hrsg), Rechtsfragen der Migration und Integration. 6. Fakultätstag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz 30. Mai 2008 (2008) 104–118.

Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

Pöschl, Migration und Mobilität. 19. ÖJT Band I/1 (2015).

Pöschl, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon. Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH, ZÖR 2012, 587–609.

Pöschl, Zusammenfassung des Gutachtens, in 19. ÖJT (Hrsg), Migration und Mobilität. Referate und Diskussionsbeiträge (2016).

Potacs, Rechtstheorie (2019).

Prinz, „Rasse“ in der Genfer Flüchtlingskonvention - ist dieser Begriff (noch) zeitgemäß? in *Bauer/Baumgartl* (Hrsg), 70 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention - altbewährt? Perspektiven und Herausforderungen (2021) 15–26.

B. Raschauer, Sind die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte für die Vollziehung unmittelbar anwendbares Recht? ZfV 1988, 30–31.

Reid, A practitioner’s guide to the European Convention on Human Rights (2019).

Ress, Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit, ZaöRV 2004, 621–639.

Rill, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Gedanken zum gleichnamigen Buch von Franz Bydlinski, ZfV 1985, 461–473.

Rill, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Gedanken zum gleichnamigen Buch von Franz Bydlinski (Fortsetzung), ZfV 1985, 577–590.

Rogalla, Der Schutz von Ehe und Familie in der Europäischen Grundrechtecharta (2017).

Römer, Europäisierter und internationalisierter Verwaltungsrechtsschutz gegen Überstellungen nach der Dublin III-Verordnung (2015).

Rummel/Meinhard/Geroldinger, ABGB[4] (Stand 1.3.2023).

Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre[12] (2022).

Sánchez, Fundamental Rights Protection for Third Country Nationals and Citizens of the Union. Principles for Enhancing Coherence, Eur. J. Migr. Law 2013, 137–153.

Sander, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (2008).

Saul, The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments, Human Rights Law Review 2015, 745–774.

Schima, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich und Deutschland[3] (2015).

Schmahl, § 20 Gleichheitsgarantien, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 775–877.

Schneider, Familie in Westeuropa, in *Arránz Becker/Hank/Steinbach* (Hrsg), Handbuch Familiensoziologie[2] (2023) 157–186.

Schulte, Zur Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten (2018).

Smyth, The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle? Eur. J. Migr. Law 2015, 70–103.

Sonnleitner, A Constitutionalist Approach to the European Convention on Human Rights: The Legitimacy of Evolutive and Static Interpretation (2022).

Sonnleitner, Gesellschaftlicher Wandel in Europa: Die evolutive Auslegung der EMRK als notwendige Antwort oder illegitime Rechtsfortbildung? in *Becker/Hofer/Paar/Pail/Reiter/Romirer/Saywald-Wedl/Schneeberger* (Hrsg), Gesellschaftliche Herausforderungen - Öffentlich-rechtliche Möglichkeiten. Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht Graz 2019 (2020).

Spalding, Where Next After Coman? Eur. J. Migr. Law 2019, 117–139.

Spijkerboer, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, Eur. J. Migr. Law 2009, 271–293.

Stelzer, Grundzüge des Öffentlichen Rechts[4] (2019).

Stevens, Asylum-seeking families in current legal discourse: a UK perspective, Journal of Social Welfare and Family Law 2010, 5–22.

Strasser, Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Minderjährigkeit der Eigenschaft als Familienangehöriger iSd § 2 Abs 1 Z 9 NAG, migraLex 2020, 89–92.

Stybnarova, Teleology Behind the Prohibition of Recognition of Polygamous Marriages Under the EU Family Reunification Directive: A Critique of Rule Effectiveness, Journal of Muslim Minority Affairs 2020, 104–116.

Sußner, Invisble intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law, in *Spijkerboer* (Hrsg), Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum (2013) 176–188.

Tanzer, Die Beantragung von Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz im Inland. Eine Wissenschaft für sich, in *Filzwieser/Kasper* (Hrsg), Jahrbuch Asyl- und Fremdenrecht 2022 (2022) 119–144.

Tettinger/Geerlings, Ehe und Familie in der europäischen Grundrechtsordnung, EuR 2005, 419–440.

Thienel, Auswirkungen des Unionsrechts auf Zuständigkeit und Verfahren des VwGH, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht : Handbuch (2015) 567–601.

Thurin, Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung. Das Prinzip des Non-Refoulement nach Artikel 3 EMRK[2] (2012).

Thym/Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary[3] (2022).

Thym, European Migration Law (2023).

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.

Thym, Residence as De Facto Citizenship? Protection of Long-term Residence under Article 8 ECHR, in *Rubio-Marin* (Hrsg), Human rights and immigration (2014) 106–144.

Thym, Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration cases: A Human Right to regularize Illegal Stay? International and Comparative Law Quarterly 2008, 87–112.

Thym, Secondary Movements: Improving Compliance and Building Trust among the Member States? in *Thym/*Odysseus Academic Network (Hrsg), Reforming the common European asylum system. Opportunities, pitfalls, and downsides of the commission proposals for a new pact on migration and asylum (2022) 129–147.

Topal-Gökceli/Balthasar-Wach, Grundrechte, in *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg), Recht der Europäischen Union. Entwicklung, Institutionen, Politiken, Verfahren[2] (2019) 31–56.

Uerpmann-Wittzack, § 11 Ehe und Familie, in *Grabenwarter* (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (EnzEuR II)[2] (2022) 509–543.

Uhlmann, Europarecht und nationales Verfahrensrecht, GVRZ 2023, 42–66.

Uibopuu, Der Schutz des Flüchtlings im Rahmen des Europarates, Archiv des Völkerrechts 1983, 60–103.

UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection (2019).

UNHCR, Left in Limbo. UNHCR Study on the Implementation of the Dublin-III-Regulation (2017).

UNHCR, Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 2: „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (2002).

UNHCR/Nicholson, The “Essential Right” to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification.

UNHCR, Third party intervention in the case of M.A. v. Denmark (Application no. 6697/18) before the European Court of Human Rights.

van Bueren, The International Law on the Rights of the Child (1995).

Vandenhole, Migration and discrimination: Non-discrimination as guardian against arbitrariness or driver of integration? in *Chetail/Bauloz* (Hrsg), Research handbook on international law and migration (2014) 216–238.

Walter, § 24 Das Recht auf Familienzusammenführung, in *Wollenschläger et al* (Hrsg), Europäischer Freizügigkeitsraum - Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 885–921.

Walter, Familienzusammenführung in Europa: Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht, nationales Recht (2009).

Wapler, § 7 Freizügigkeit von Familienmitgliedern von Unionsbürgern, in *Wollenschläger et al* (Hrsg), Europäischer Freizügigkeitsraum - Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 263–293.

Welfens/Bonjour, Families First? The Mobilization of Family Norms in Refugee Resettlement, International Political Sociology 2021, 212–231.

Wendel, § 23 Rechte der Unionsbürger, in *Wollenschläger et al* (Hrsg), Europäischer Freizügigkeitsraum - Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (2021) 995–1071.

Wiederin, §10 Schutz der Privatsphäre, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Grundrechte in Österreich^2 (2014) 364–417.

Wiederin, Migranten und Grundrechte. Ein Überblick (2003).

Wimmer, Die Anwendung der Grundrechte-Charta durch Verwaltungsbehörden und nicht-oberstinstanzliche Gerichte als Normenkontrollmaßstab, ZÖR 2015, 511–540.

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).

C. W. Wouters, International legal standards for the protection from refoulement. A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Convenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture (2009).

Zeichen, Ausweisungsschutz für integrierte Fremde. Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art 8 EMRK, ZÖR 2002, 413–454.

B) Judikaturverzeichnis

1) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

EGMR 29. 3. 2009 (GK), 3455/05, *A ua/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 20. 12. 2011, 6222/10, *A.H. Khan/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 8. 1. 2013, 37956/11, *A.K. und L./Kroatien*.

EGMR 28. 5. 1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 6. 11. 2001, 50568/99, *Adnane/Niederlande*.

EGMR 28. 11. 1996, 21702/93, *Ahmut/Niederlande*.

EGMR 22. 3. 2012, 45071/09, *Ahrens/Deutschland*.

EGMR 20. 6. 2002, 50963/99, *Al-Nashif/Bulgarien*.

EGMR 21. 12. 2010, 20578/07, *Anayo/Deutschland*.

EGMR 14. 2. 2012, 26940/10, *Antwi ua/Norwegen*.

EGMR 4. 7. 2023, 13258/18, *B.F. ua/Schweiz*.

EGMR 27. 9. 2011, 56328/07, *Bah/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 5. 4. 2005, 43786/04, *Benamar/Niederlande*.

EGMR 30. 7. 2013, 948/12, *Berisha/Schweiz*.

EGMR 21. 6. 1988, 10730/84, *Berrehab/Niederlande*.

EGMR 24. 5. 2016 (GK), 38590/10, *Biao/Dänemark*.

EGMR 30. 6. 2005 (GK), 45036/98, *Bosphorus Airways/Irland*.

EGMR 24. 4. 1996, 22070/93, *Boughanemi/Frankreich*.

EGMR 2. 11. 2001, 54273/00, *Boultif/Schweiz*.

EGMR 28. 2. 1994, 16580/90, *Boyle/United Kingdom*.

EGMR 9. 6. 1998, 22430/93, *Bronda/Italien*.

EGMR 4. 12. 2012, 47017/09, *Butt/Norwegen*.

EGMR 4. 12. 2012, 47017/09, *Butt/Norwegen*.

EGMR 13. 5. 2003, 53102/99, *Chandra/Niederlande*.

EGMR 16. 12. 2014, 52265/10, *Chibihi Loudoudi ua/Belgien*.

EGMR 11. 7. 2000, 29192/95, *Ciliz/Niederlande*.

EGMR 13. 7. 2010, 7205/07, *Clift/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 18. 1. 2024, 12510/18, *Dabo/Schweden*.

EGMR 31. 7. 2008, 265/07, *Darren Omoregie ua/Norwegen*.

EGMR 31. 5. 2011, 41178/08, *E.G./Vereinigtes Königreich*.

EGMR 18. 3. 2003, 59186/00, *Ebrahim/Niederlande*.

EGMR 8. 11. 2016, 56971/10, *El Ghatet/Schweiz*.

EGMR 13. 12. 2007, 39051/03, *Emonent ua/Schweiz*.

EGMR 13. 2. 2001, 47160/99, *Ezzouhdi/Frankreich*.

EGMR 17. 9. 2013, 3202/09, *F.N./Vereinigtes Königreich*.

EGMR 5. 9. 2017 (GK), 78117/13, *Fábián/Ungarn*.

EGMR 17. 1. 2023 (GK), 40792/10, *Fedetova ua/Russland*.

EGMR 19. 2. 1996, 23218/94, *Gül/Schweiz*.

EGMR 16. 7. 2014, 37359709, *Hämäläinen/Finnland*.

EGMR 7. 2. 2012 (GK), 40660/08, 60641/08, *Hannover/Deutschland (No. 2)*.

EGMR 4. 10. 2012, 43631/09, *Harroudj/Frankreich*.

EGMR 6. 11. 2012, 22341/09, *Hode und Abdi/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 21. 10. 2004, 75531/01, *I. und U./Norwegen*.

EGMR 8. 3. 2016, 25960/13, *I.A.A. ua/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 25. 3. 2003, 41226/98, *I.M./Niederlande*.

EGMR 4. 9. 2019, 23887/16, *I.M./Schweiz*.

EGMR 5. 6. 2014, 31021/08, *I.S./Deutschland*.

EGMR 3. 7. 2001, 47390/99, *Javeed/Niederlande*.

EGMR 3. 10. 2014 (GK), 12738/10, *Jeunesse/Niederlande*.

EGMR 5. 9. 2013, 886/11, *K.A.B./Schweden*.

EGMR 24. 7. 2003, 40016/98, *Karner/Österreich*.

EGMR 26. 5. 1994, 16969/90, *Keegan/Irland*.

EGMR 26. 4. 2007, 16351/03, *Konstatinov/Niederlande*.

EGMR 17. 1. 2012, 1598/06, *Kopf und Liberda/Österreich*.

EGMR 27. 10. 1994, 18535/91, *Kroon ua/Niederlande*.

EGMR 25. 11. 2014, 10140/13, *Kruškić/Kroatien*.

EGMR 13. 2. 2001, 39329/98, *Lahnifi/Niederlande*.

EGMR 9. 12. 1994, 16798/90, *López Ostra/Spanien*.

EGMR 9. 7. 2021 (GK), 6697/18, *M.A./Dänemark*.

EGMR 8. 7. 2014, 3910/13, *M.P.E.V. ua/Schweiz*.

EGMR 20. 10. 2022, 22105/18, *M.T. ua/Schweden*.

EGMR kommuniziert am 2. 12. 2020, 64534/19, *Mahamud/Niederlande*.

EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx/Belgien*.

EGMR 23. 6. 2008, 1638/03, *Maslov/Österreich*.

EGMR 1. 6. 2023, 75135/14, *Maymulakhin und Markiv/Ukraine*.

EGMR 1. 2. 2000, 34406/97, *Mazurek/Frankreich*.

EGMR 9. 10. 2001, 47042/99, *Mensah/Niederlande*.

EGMR 26. 3. 2002, 51268/99, *Mir/Schweiz*.

EGMR 15. 7. 2003, 52206/99, *Mokrani/Frankreich*.

EGMR 18. 2. 1991, 12313/86, *Moustaquim/Belgien*.

EGMR 10. 7. 2014, 52701/09, *Mugenzi/Frankreich*.

EGMR 8. 12. 2009, 49151/07, *Muñoz Díaz/Spanien*.

EGMR 20. 10. 2016 (GK), 7334/13, *Muršić/Kroatien.*

EGMR 17. 7. 2008, 25904/07, *NA./Vereinigtes Königreich*.

EGMR 15. 5. 2012, 16567/10, *Nacic ua/Schweden*.

EGMR 13. 7. 1995, 19465/92, *Nasri/Frankreich*.

EGMR 6. 7. 2010, 41615/07, *Neulinger und Shuruk/Schweiz*.

EGMR 15. 6. 2016, 31039/11, *Novruk ua/Russland*.

EGMR 28. 6. 2011, 55597/09, *Nunez/Norwegen*.

EGMR 21. 7. 2015, 18766/11, *Oliari ua/Italien*.

EGMR 23. 2. 2016, 68453/13, *Pajić/Kroatien*.

EGMR 22. 6. 2004, 78028/01, *Pini ua/Rumänien*.

EGMR 6. 7. 2004, 53675/00, *Ramos Andrade/Niederlande*.

EGMR 7. 1. 2010, 25965/04, *Rantsev/Zypern und Russland*.

EGMR 31. 1. 2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer/Niederlande*.

EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich*.

EGMR 7. 12. 2021 (GK), 57467/15, *Savran/Dänemark*.

EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*.

EGMR 15. 9. 2011, 17080/07, *Schneider/Deutschland*.

EGMR 21. 12. 2001, 31465/96, *Sen/Niederlande*.

EGMR 10. 7. 2014, 19113/09, *Senigo Longue ua/Frankreich*.

EGMR 2. 11. 2010 (GK), 3976/05, *Şerife Yiğit/Türkei*.

EGMR 7. 12. 2007 (GK), 58822/00, *Shevanova/Lettland*.

EGMR 9. 10. 2003, 48321/99, *Slivenko/Lettland*.

EGMR 7. 7. 1989, 14038/88, *Soering/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 5. 9. 2000, 44328/98, *Solomon/Niederlande*.

EGMR 25. 11. 1994, 18131/91, *Stjerna/Finnland*.

EGMR 28. 6. 2011, 8319/07, *Sufi und Elmi/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 30. 6. 2016, 51362/09, *Taddeucci und McCall/Italien*.

EGMR 29. 11. 2007, 25709/05, *Taher/Schweden*.

EGMR 10. 7. 2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/Frankreich*.

EGMR 13. 12. 2005, 55762/00, 55974/00, *Timishev/Russland*.

EGMR 1. 12. 2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ua/Niederlande*.

EGMR 25. 4. 1978, 5856/72, *Tyrer/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 18. 10. 2006, 46410/99, *Üner/Niederlande*.

EGMR 7. 11. 2013 (GK), 29381/09, *Vallianatos ua/Griechenland*.

EGMR 22. 4. 1997 (GK), 21830/93, *X, Y und Z/Vereinigtes Königreich*.

EGMR 8. 12. 2015, 60119/12, *Z.H. und R.H./Schweiz*.

2) Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR)

EKMR 6. 1. 1992, 18643/91, *Benes/Österreich*.

EKMR 29. 6. 1992, 19628/92, *Bibi/Vereinigtes Königreich*.

EKMR 6. 1. 1992, 14501/89, *E.A. und A.A./Niederlande*.

EKMR 9. 4. 1997, 32339/96, *Gorman/Vereinigtes Königreich*.

EKMR 26. 6. 1996, 30079/96, *J.O./Österreich*.

EKMR 5. 10. 1987, 12139/86, *M. und O.M./Niederlande*.

EKMR 1. 10. 1990, 15817/89, *Wakefield/Vereinigtes Königreich*.

EKMR 15. 12. 1977, 7229/75, *X. and Y./Vereinigtes Königreich*.

EKMR 14. 7. 1977, 7289/75, *X. und Y./Schweiz*.

3) Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) (inkl Schlussanträge)

EuGH 12. 4. 2018, C-550/16, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:248.

EuGH 10. 12. 2013, C-394/12, *Abdullahi,* ECLI:EU:C:2013:813.

EuGH 18. 4. 2023, C-1/23, *Afrin,* ECLI:EU:C:2023:296.

EuGH 4. 10. 2018, C-652/16, *Ahmedbekova,* ECLI:EU:C:2018:801.

EuGH 18. 4. 2024, C-359/22, *AHY/Irland*, ECLI: EU:C:2024:334.

EuGH 26. 2. 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson,* ECLI:EU:C:2013:105.

EuGH 23. 9. 2003, C-109/01, *Akrich,* ECLI:EU:C:2003:491.

EuGH 1. 3. 2016, C-443/14, *Alo und Osso,* ECLI:EU:C:2016:127.

EuGH 16. 7. 2020, C-133/19, *B.M.M. ua/État belge,* ECLI:EU:C:2020:577.

EuGH 17. 9. 2002, C-413/99, *Baumbast und R,* ECLI:EU:C:2002:493.

EuGH 9. 9. 2021, C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE,* ECLI:EU:C:2021:709.

EuGH 1. 8. 2022, C-273/20, *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL und BC,* ECLI:EU:C:2022:617.

EuGH 1. 8. 2022, C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC,* ECLI:EU:C:2022:618.

EuGH 16. 2. 2017, C-578/16, *C.K. ua/Republika Slovenija,* ECLI:EU:C:2017:127.

EuGH 11. 7. 2002, C-60/00, *Carpenter,* ECLI:EU:C:2002:434.

EuGH 4. 3. 2010, C-578/08, *Chakroun,* ECLI:EU:C:2010:117.

EuGH 5. 6. 2018, C-673/16, *Coman,* ECLI:EU:C:2018:385.

EuGH 30. 1. 2024, C-560/20, *CR ua/Landeshauptmann Wien,* ECLI:EU:C:2024:96.

EuGH 15. 11. 2011, C-256/11, *Dereci,* ECLI:EU:C:2011:734.

EuGH 13. 3. 2019, C-635/17, *E/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2019:192.

EuGH 18. 1. 2001, C-162/99, *Europäische Kommission/Italien,* ECLI:EU:C:2001:35.

EuGH 27. 6. 2006, C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union,* ECLI:EU:C:2006:429.

EuGH 4. 10. 2018, C-56/17, *Fathi,* ECLI:EU:C:2018:803.

EuGH 7. 6. 2016, C-63/15, *Ghezelbash,* ECLI:EU:C:2016:409.

EuGH 1. 8. 2022, C-19/21, *I und S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605.

EuGH 1. 8. 2022, C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2022:605.

EuGH 7. 11. 2018, C-380/17, *K und B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,* ECLI:EU:C:2018:877.

EuGH 6. 11. 2012, C-245/11, *K/Bundesasylamt,* ECLI:EU:C:2012:685.

EuGH 16. 2. 2023, C-745/21, *L.G./Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,* ECLI:EU:C:2023:113.

EuGH 9. 11. 2021, C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2021:898.

EuGH 23. 1. 2019, C-661/17, *M.A. ua/Irland,* ECLI:EU:C:2019:53.

EuGH 6. 6. 2013, C-648/11, *MA ua/Secretary of State for the Home Department*.

EuGH 18. 12. 2014, C-542/13, *M'Bodj,* ECLI:EU:C:2014:2452.

EuGH 26. 3. 2013, C-399/11, *Melloni,* ECLI:EU:2013:107.

EuGH 17. 7. 2014, C-338/13, *Noorzia,* ECLI:EU:C:2014:2092.

EuGH 1. 8. 2022, C-720/20, *RO/Bundesrepublik Deutschland,* ECLI:EU:C:2022:603.

EuGH 26. 3. 2019, C-129/18, *SM/Vereinigtes Königreich,* ECLI:EU:C:2019:248.

EuGH 2. 4. 2019, C-582/17, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/H., R.,* ECLI:EU:C:2019:280.

EuGH 12. 11. 1969, 29/69, *Stauder/Stadt Ulm,* ECLI:EU:C:1969:57.

EuGH 12. 12. 2019, C-519/18, *TB/Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal,* ECLI:EU:C:2019:1070.

EuGH 16. 1. 2024, C-621/21, *WS/Bulgarien,* ECLI:EU:C:2024:47.

EuGH 17. 11. 2022, C-230/21, *X/Belgische Staat,* ECLI:EU:C:2022:887.

EuGH 23. 11. 2023, C-374, *XXX/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides,* ECLI:EU:C:2023:902.

EuGH 23. 11. 2023, C-614/22, *XXX/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides,* ECLI:EU:C:2023:903.

EuGH 22. 2. 2022, C-483/20, *XXXX/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides,* ECLI:EU:C:2022:103.

GA *Mengozzi* 28. 6. 2018, SA zu C-652/16, *Ahmedbekova*, ECLI:EU:C:2018:514.

GA *Villalón* 6. 10. 2015, SA zu C-443/14, *Alo und Osso*, ECLI:EU:C:2015:665.

GA *Hogan* 25. 3. 2021, SA zu C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland/SE*, ECLI:EU:C:2021:247.

GA *Collins* 16. 12. 2021, SA zu C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland/XC*, ECLI:EU:C:2021:1030.

GA *Wathelet* 11. 1. 2018, SA zu C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:2.

GA *Kokott* 8. 9. 2005, SA zu C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2005:517.

GA *Sharpston* 17. 3. 2016, SA zu C-63/15, *Ghezelbash*, ECLI:EU:C:2016:186.

GA *Emiliou* 7. 4. 2022, SA zu C-19/21, *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, ECLI:EU:C:2022:279.

GA *de la Tour* 12. 5. 2021, SA zu C-91/20, *LW/Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:384.

GA *Sharpston* 29. 11. 2018, SA zu C-582/17, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/H., R.*, ECLI:EU:C:2018:975.

GA *Pikamäe* 30. 9. 2021, SA zu C-483/20, *XXXX/Belgien*, ECLI:EU:C:2021:780.

4) Verfassungsgerichtshof (VfGH)

VfSlg 13.836/1994

VfSlg 16.122/2001

VfSlg 17.013/2003

VfSlg 17.340/2004

VfSlg 18.087/2007

VfSlg 18.517/2008

VfSlg 18.269/2007

VfSlg 18.968/2009

VfSlg 19.414/2011

VfSlg 19.632/2012

VfSlg 19.713/2012

VfSlg 19.865/2014

VfSlg 19.892/2014

VfSlg 19.955/2015

VfSlg 20.063/2016

VfSlg 20.225/2017

VfSlg 20.286/2018

VfSlg 20.289/2018

VfSlg 20.393/2020

VfGH 10. 10. 2012, U 1533/12

VfGH 22. 2. 2013, U 2445/12

VfGH 29. 6. 2013, U1446/2012

VfGH 20. 2. 2014, U 1067/2012

VfGH 6. 6. 2014, B 369/2013

VfGH 6. 6. 2014, U 145/2014

VfGH 19. 2. 2015, E 1045/2014

VfGH 18. 9. 2015, E 1174/2014

VfGH 23. 11. 2015, E 1510/2015

VfGH 12. 12. 2016, G 105/2016

VfGH 27. 11. 2017, E 1001/2017

VfGH 10. 10. 2018, E 1805/2018

VfGH 11. 6. 2018, E 435/2018

VfGH 11. 6. 2018, E 3362/2017

VfGH 26. 2. 2019, E 3079/2018

VfGH 12. 6. 2019, E 47/2019

VfGH 23. 9. 2019, E 2018/2019

VfGH 30. 9. 2019, E 2226/2019

VfGH 21. 9. 2020, E 4656/2019

VfGH 10. 3. 2021, E 345/2021

VfGH 29. 11. 2021, E 2557/2021

VfGH 20. 9. 2022, E 1227/2022

VfGH 13. 12. 2022, E 933/2022

VfGH 21. 9. 2023, E 1171/2023

VfGH 28. 6. 2023, E 2014/2022

VfGH 18. 9. 2023, E 3230/2022

VfGH 4. 10. 2023, G 192/2023

VfGH 27. 11. 2023, E 2741/2023

5) Verwaltungsgerichtshof (VwGH)

VwGH 14. 1. 2003, 2001/01/0508

VwGH 15. 12. 2010, 2007/19/0265

VwGH 24. 3. 2011, 2008/23/1338

VwGH 17. 11. 2011, 2010/21/0494

VwGH 26. 6. 2013, 2011/22/0278

VwGH 20. 8. 2013, 2013/22/0176

VwGH 2. 9. 2014, Ra 2014/18/0062

VwGH 23. 3. 2015, Ra 2014/19/0063

VwGH 31. 8. 2015, Ra 2015/19/0154

VwGH 18. 11 .2015, Ra 2014/18/0139

VwGH 15. 12. 2015, Ra 2015/18/0192

VwGH 28. 1. 2016, Ra 2015/21/0191

VwGH 28. 1. 2016, Ra 2015/21/0230

VwGH 1. 3. 2016, Ro 2015/18/0002

VwGH 30. 6. 2016, Ra 2015/21/0068

VwGH 8. 9. 2016, Ra 2015/20/0296

VwGH 21. 2. 2017, Ra 2016/18/0253

VwGH 22. 6. 2017, Ra 2016/20/0384

VwGH 26. 6. 2017, Ra 2016/20/0384

VwGH 27. 6. 2017, Ra 2016/18/0277

VwGH 25. 9. 2017, Ra 2017/20/0298

VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0072

VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0218

VwGH 23. 11. 2017, Ra 2017/18/0291

VwGH 5. 12. 2017, Ra 2017/01/0068

VwGH 5. 12. 2017, Ra 2017/20/0431

VwGH 5. 4. 2018, Ra 2017/19/0333

VwGH 30. 4. 2018, Ra 2017/01/0418

VwGH 2. 5. 2018, Ra 2017/18/0433

VwGH 3. 5. 2018, Ra 2017/19/0609

VwGH 3. 5. 2018, Ra 2018/18/0195

VwGH 12. 6. 2018, Ra 2018/20/0225

VwGH 24. 10. 2018, Ra 2018/14/0040

VwGH 13. 12. 2018, Ra 2017/18/0110

VwGH 26. 3. 2019, Ro 2018/19/0005

VwGH 29. 4. 2019, Ra 2018/20/0031

VwGH 15. 5. 2019, Ra 2019/01/0012

VwGH 25. 6. 2019, Ra 2018/19/0568

VwGH 26. 6. 2019, Ra 2018/20/0495

VwGH 15. 7. 2019, Ra 2019/18/0233

VwGH 23. 10. 2019, Ra 2019/19/0289

VwGH 28. 11. 2019, Ra 2019/19/0360

VwGH 17. 12. 2019, Ro 2019/18/0006

VwGH 17. 12. 2019, Ra 2019/18/0242

VwGH 28. 1. 2020, Ra 2018/20/0464

VwGH 26. 2. 2020, Ra 2019/18/0456

VwGH 5. 3. 2020, Ra 2019/19/0397

VwGH 15. 4. 2020, Ra 2019/20/0291

VwGH 30. 4. 2020, Ra 2019/22/0228

VwGH 19. 6. 2020, Ra 2019/19/0475

VwGH 3. 7. 2020, Ra 2020/14/0006

VwGH 9. 9. 2020, Ra 2017/22/0021

VwGH 28. 12. 2020, Ra 2020/14/0545

VwGH 14. 4. 2021, Ra 2020/18/0288

VwGH 26. 4. 2021, Ra 2021/14/0015

VwGH 31. 5. 2021, Ra 2020/01/0284

VwGH 10. 6. 2021 Ro 2021/18/0001

VwGH 1. 7. 2021, Ra 2021/18/0016

VwGH 22. 7. 2021, Ra 2020/22/0220

VwGH 8. 9. 2021, Ra 2020/20/0242

VwGH 7. 10. 2021, Ra 2020/21/0299

VwGH 11. 11. 2021, Ra 2019/21/0383

VwGH 18. 11. 2021, Ro 2021/22/0006

VwGH 9. 12. 2021, Ro 2021/19/0001

VwGH 15. 12. 2021, Ra 2021/20/0105

VwGH 16. 12. 2021, Ra 2021/14/0374

VwGH 21. 12. 2021, Ra 2021/19/0438

VwGH 30. 12. 2021, Ra 2021/19/0289

VwGH 25. 1. 2022, Ra 2021/19/0146

VwGH 21. 2. 2022, Ra 2021/14/0335

VwGH 10. 3. 2022, Ra 2021/18/0349

VwGH 24. 3. 2022, Ra 2018/22/0093

VwGH 7. 4. 2022, Ra 2020/22/0169

VwGH 17. 5. 2022, Ra 2019/19/0209

VwGH 27. 6. 2022, Ra 2021/22/0209

VwGH 26. 7. 2022, Ra 2022/21/0093

VwGH 31. 8.2022, Ra 2022/18/0123

VwGH 14. 9. 2022, Ra 2022/20/0127

VwGH 14. 9 .2022, Ra 2022/20/0184

VwGH 14. 9.2022, Ra 2022/20/0191

VwGH 5. 10. 2022, Ra 2022/14/0222

VwGH 12. 10. 2022, Ra 2022/18/0124

VwGH 21. 10. 2022, Ra 2022/18/0162

VwGH 9. 11. 2022, Ra 2022/18/0115

VwGH 17. 11. 2022, Ra 2020/21/0049

VwGH 25. 11. 2022, Ra 2021/17/0026

VwGH 15. 12. 2022, Ra 2022/18/0182

VwGH 19. 12. 2022, Ra 2022/14/0328

VwGH 2. 2. 2023, Ra 2022/18/0164

VwGH 16. 2. 2023, Ra 2022/18/0309

VwGH 28. 3. 2023, Ra 2022/20/0391

VwGH 28. 3. 2023, Ra 2022/20/0289

VwGH 28. 3. 2023, Ra 2022/20/0330

VwGH 29. 6. 2023, Ra 2023/19/0147

VwGH 28. 11. 2023, Ra 2023/22/0178

VwGH 6. 12. 2023, Ro 2023/22/0002

VwGH 23. 2. 2024, Ra 2023/22/0080

VwGH 20. 3. 2024, Ra 2021/20/0069

VwGH 20. 3. 2024, Ro 2020/22/0011

6) Bundesverwaltungsgericht (BVwG)

BVwG 26. 1. 2017, W165 2140217-1

BVwG 7. 11. 2017, W185 2128892-1

BVwG 29. 5. 2018, W205 2188646-1

BVwG 7. 1. 2020, W237 2214519-1

BVwG 31. 1. 2020, W241 2117434-2

BVwG 30. 9. 2020, W261 2200005-1

BVwG 24. 11. 2020, W261 2199958-1

BVwG 24. 6. 2021, W144 2242143-1

BVwG 28. 2. 2023, W212 2250831-1

BVwG 16. 8. 2023, W192 2193692-1

BVwG 3. 10. 2023, W212 2271727-1

7) Andere Gerichte

dtBVerwG 19. 4. 2018, 1 C 29.17

VG Wiesbaden, 15. 9. 2017, 6 L 4438/17.WI.A

C) Internetquellen

Cambridge Dictionary, Meaning of spouse, https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/spouse (abgefragt am 30. 4. 2024).

Der Standard, Van der Bellen über Schülerinnenabschiebung, https://www.derstandard.at/story/2000123699588/nach-der-schuelerinnen-abschiebung-kracht-es-im-koalitionsgebaelk (Stand 28. 1. 2021).

Duden, Wörterbuch Ehegatte, https://www.duden.de/rechtschreibung/Ehegatte (abgefragt am 30. 4. 2024).

Europäisches Parlament, Bericht – A7-0271/2011; https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2011-0271_DE.html?redirect (Stand 14. 7. 2011).

European Commission, A new Pact on Migration and Asylum – State of Play, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_23_1850 (abgefragt am 30. 4. 2024).

EMN, Ad-Hoc Query on Polygamous marriage, https://www.refworld.org/pdfid/58ac4d2fd.pdf (Stand 23. 2. 2016).

European Parliament, Procedure file – Asylum and migration management, https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020%2f0279(COD) (abgefragt am 30. 4. 2024).

European Parliament, Procedure file – Qualification Directive, https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016%2f0223(COD) (abgefragt am 30. 4. 2024).

Eurostat, Dublin-Statistiken, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_dubri/default/table?lang=de&category=migr.migr_asy.migr_dub.migr_dubreq (abgefragt am 30. 4. 2024).

Eurostat, Marriage and divorce statistics, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#A_rise_in_births_outside_marriage (abgefragt am 30. 4. 2024).

Gemeinsam für Kinderrechte, Status der Umsetzung der Empfehlungen der Kindeswohlkommission, https://gemeinsamfuerkinderrechte.at/status-der-umsetzung-der-empfehlungen-der-kindeswohlkommission/ (Stand 13. 7. 2022).

Gerichtshof der Europäischen Union, Jahresbericht 2022 – Rechtsprechungsstatistiken des Gerichtshofes, 2, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-03/stats_cour_2022_de.pdf (abgefragt am 30. 4. 2024).

Gerichtshof der Europäischen Union, Jahresbericht 2023 – Rechtsprechungsstatistiken des Gerichtshofes, 6, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-04/de_ra_2023_cour_statistiques_web_15042023.pdf (abgefragt am 30. 4. 2024).

ILGA, Criminalisation of consensual same-sex sexual acts, https://database.ilga.org/criminalisation-consensual-same-sex-sexual-acts (abgerufen am 30. 4. 2024).

ILGA, Same-Sex Marriage and Civil Unions, https://database.ilga.org/same-sex-marriage-civil-unions (abgefragt am 30. 4. 2024).

Kasper, Der Mythos vom „anpassungsfähigen Alter", https://www.blogasyl.at/2023/01/der-mythos-vom-anpassungsfaehigen-alter/ (abgefragt am 30. 4. 2024).

Kurier, Wie der Familiennachzug Pflichtschulen und Lehrer in Wien überfordert, https://kurier.at/chronik/oesterreich/wie-der-familiennachzug-pflichtschulen-und-lehrer-in-wien-ueberfordert/402840646 (Stand 2. 4. 2024).

ÖGKJP, Stellungnahme der Österreichischen Gesellschaft für Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie betreffend den Begriff Adaptable Age/Anpassungsfähiges Alter, https://oegkjp.at/parirof/2023/03/Stellungnahme_OEGKJP_AdaptableAge.pdf (abgefragt am 30. 4. 2024).

Orf.at, Gemeinderat will Wohnsitzauflage bei Asyl, https://wien.orf.at/stories/3254052/ (Stand 22. 4. 2024).

Orf.at, Familiennachzug bringt Schulen in Bedrängnis, https://wien.orf.at/stories/3250676/ (Stand 26. 3. 2024).

Pew Research Center, Same-Sex Marriage Around the World, https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/ (Stand 4. 6. 2023).

Pew Research Center, Where Europe stands on gay marriage and civil unions, https://www.pewresearch.org/short-reads/2019/10/28/where-europe-stands-on-gay-marriage-and-civil-unions/ (Stand 28. 10. 2019).

Your Europe, Civil Unions and registered partnerships, https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm (abgefragt am 30. 4. 2024).

VII) Abstract (Deutsch und Englisch)

Aufenthaltsrechte für Familienangehörige – Grundrechtskonforme Migrationssteuerung im asylrechtlichen Kontext?

Mehrere Unionsrechtsakte sowie österreichische Migrationsvorschriften definieren den Begriff von „Familienangehörigen“ zur Migrationssteuerung: Dabei legen sie einen Personenkreis von Familienangehörigen fest, wobei nur diesen bestimmten Familienangehörigen eine begünstigte aufenthaltsrechtliche Stellung zukommt. Der Familienangehörigenbegriff beschränkt sich häufig auf die „Kernfamilie“ und somit auf Ehegatt:innen und ihre minderjährigen Kinder. Das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK kennt demgegenüber keine Definition von Familie; der von Art 8 EMRK geschützte Personenkreis geht dadurch regelmäßig über den Kreis von bestimmten Familienangehörigen im Migrationsrecht hinaus. Zwar verleiht Art 8 EMRK kein generelles Recht, den Staat zu wählen, in dem das Familienleben geführt wird; dennoch geht der EGMR davon aus, dass aus Gründen des Art 8 EMRK ein Aufenthaltsrecht zur Fortsetzung des Familienlebens zu gewähren sein kann.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher leitend mit der Frage, inwieweit eine abschließende Definition von Familienangehörigen, wobei nur den bestimmten Familienangehörigen eine aufenthaltsrechtliche Begünstigung zukommt, mit den Anforderungen gem Art 8 EMRK vereinbar ist. Zur Beantwortung der Frage werden die grundrechtlichen Anforderungen nach der Judikatur des EGMR erarbeitet. Im asylrechtlichen Kontext ist das Verlassen des Herkunftsstaates mit unfreiwilligen Elementen verbunden; dies führt zu strikteren grundrechtlichen Anforderungen in diesem Bereich, auf die sich die Arbeit deshalb fokussiert. Untersucht wird, inwieweit die unionsrechtlichen und innerstaatlichen Bestimmungen, in denen der Begriff von Familienangehörigen definiert und mit einer aufenthaltsrechtlichen Begünstigung verknüpft wird, mit den erarbeiteten grundrechtlichen Anforderungen vereinbar sind. Weiters analysiert die Arbeit, in welchem Verhältnis die Definition von Familienangehörigen in unterschiedlichen Rechtsakten des asylrechtlichen Kontexts zueinanderstehen.

Residence Rights for Family Members – Migration Management in Line with Fundamental Rights in the Context of Asylum?

In EU and Austrian migration law the term "family members" is often defined in order to facilitate the management of migration: Only a specific group of individuals is designated as family members, who are favoured when it comes to residence rights. The term "family members" is often limited to the core family and, therefore, to spouses and their minor children. In contrast, the right to respect family life according to Art 8 ECHR has no clear definition of family. Consequently, the group of individuals who are protected by Art 8 ECHR goes beyond the scope of family members as defined in EU and Austrian migration law. While Art 8 ECHR does not grant a general right to choose the state in which the family resides, the ECtHR assumes, that Art 8 ECHR can lead to an obligation to grant a residence right in order to continue the family life.

Hence, this thesis examines to what extent a concluding definition of family members is compatible with the requirements of Art 8 ECHR, if only those defined family members are favoured in regard to residence rights. To answer this question, the requirements of Art 8 ECHR as set out by the ECtHR will be examined. In the context of asylum, the decision to leave the state of origin is of involuntary nature, which leads to stricter fundamental right requirements. This is the reason why the thesis focuses on this area. It is examined, to which extent the EU and national migration law provisions, which are defining the term of family members and linking it with privileges regarding residence rights, are in accordance with those examined fundamental right requirements. Furthermore, the thesis will demonstrate how definitions of family members in different legal acts regarding asylum relate to each other.