

Hochsaison für Familiennachzug?

Kritische Gedanken zur
Familienzusammenführungs-Richtlinie und zum
Erkenntnis VfGH 8. 10. 2003, G 119, 120/03

Barbara Weichselbaum

1. Einleitung

Lange hat es gedauert, doch endlich ist sie da: Am 22. September 2003 wurde die Richtlinie 2003/86/EG des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung erlassen.¹⁾ Bis zum 3. Oktober 2005 haben die Mitgliedstaaten der EU Zeit, die Vorgaben der Richtlinie, soweit die jeweilige innerstaatliche Rechtslage diesen nicht entspricht, in nationales Recht umzusetzen (Art 20 RL).²⁾ Die Richtlinie betrifft nur den Familiennachzug zu Drittstaatsangehörigen (Art 3 Abs 3 RL), eine eigene Richtlinie, die den Familiennachzug zu Unionsbürgern regelt, soll aber in Bälde folgen.³⁾

Aus österreichischer Sicht handelt es sich bei der Beschlussfassung der Familienzusammenführungs-Richtlinie nicht um das einzige bemerkenswerte Ereignis zum Thema Familiennachzug: So erging Anfang Oktober 2003 ein Erkenntnis des VfGH, mit dem die Regelung des Familiennachzuges im Fremdenengesetz als teilweise verfassungswidrig bewertet wurde.⁴⁾

Was auf den ersten Blick aus der Perspektive von Nachzugswerbern erfreulich aussehen mag, ist bei näherer Betrachtung durchaus differenziert und vor allem kritisch zu sehen. Eine solche Analyse in der gebotenen Kürze vorzunehmen, ist Gegenstand dieses Beitrages.

2. Die Entstehung der Familienzusammenführungs-Richtlinie

Betrachtet man den Werdegang der Familienzusammenführungs-Richtlinie, so merkt man sofort die politische Brisanz ihres Regelungsgegenstandes: Es bedurfte immerhin dreier Vorschläge der Kommission, bis es Ende Februar 2003 letztlich zu einer politischen Einigung im Rat kam.⁵⁾ Ausgangspunkt der Harmonisierung der nationalen Regelungen über Familiennachzug war die Vergemeinschaftung der Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik durch den Amsterdamer Vertrag.⁶⁾ Die weitere Chronologie der Ereignisse wird in Er-

wägungsgrund 3 der Richtlinie selbst wie folgt zusammengefasst:

„Der Europäische Rat hat auf seiner Sondertagung in Tampere am 15. und 16. Oktober 1999 die Notwendigkeit anerkannt, die nationalen Rechtsvorschriften über die Bedingungen für die Zulassung und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu harmonisieren. Er hat in diesem Zusammenhang insbesondere erklärt, dass die Europäische Union eine gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufhalten, sicherstellen sollte und dass eine energisichere Integrationspolitik darauf ausgerichtet sein sollte, ihnen Rechte und Pflichten zuzuerkennen, die denen der Unionsbürger vergleichbar sind. Der Europäische Rat hat den Rat deshalb ersucht, auf der Grundlage von Vorschlägen der Kommission zügig entsprechende Beschlüsse zu fassen. Die Notwendigkeit, die Ziele, die in Tampere festgelegt wurden, zu erreichen, wurde von dem Europäischen Rat in Laeken am 14. und 15. Dezember 2001 bestätigt.“

Die Intention des Europäischen Rates von Tampere war es also, eine „gerechte Behandlung“ von Drittstaatsangehörigen mit Aufenthaltsrecht in einem der Mitgliedstaaten zu bewirken, vor allem dahin gehend, dass ihre Rechte und Pflichten denen der Unionsbürger „vergleichbar“ wären. Doch ist dieses Ziel auch tatsächlich erreicht worden? Im Folgenden sollen die wesentlichen Eckpunkte der Richtlinie dargestellt und einer kritischen Bewertung unterzogen werden.

1) ABI vom 3. 10. 2003, L 251/12.

2) Nicht umsetzen werden die Richtlinie Irland, das Vereinigte Königreich und Dänemark – siehe Erwägungsgrund 17 und 18 RL – für die bezüglich des Titels IV des EGV Sonderregelungen gelten; dazu näher *Fischer/Köck/Karolus*, Europarecht⁴ (2002) Rz 1979 f.

3) Siehe den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 5. 12. 2003 zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, die die geltenden – über mehrere Rechtsquellen verstreuten – Rechtsvorschriften betreffend die Freizügigkeit der Unionsbürger und ihrer

Angehörigen ersetzen und ergänzen soll. Der Gemeinsame Standpunkt des Rates (veröffentlicht im ABI vom 2. 3. 2004, C 54 E/12) wurde am 10. 3. 2004 vom Europäischen Parlament gebilligt, sodass die Richtlinie mit 1. 7. 2005 in Kraft treten kann; siehe die Pressemitteilung vom 10. 3. 2004 unter www.europarl.de. Dazu zuletzt *Groenendijk*, Rechtliche Konzepte der Integration im EG-Migrationsrecht, ZAR 4/2004, 123 (129 f).

4) VfGH 8.10.2003, G 119, 120/03. Siehe dazu *Embacher*, Grenzenloses Familienglück? *juridikum* 2003, 11, *Fessler/Keller*, Wichtige Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zur Quotenregelung für den Familiennachzug, *migralex* 2004, 34 und *Weh*, Das Ende

der Quotenregelung, in diesem Heft. Da es sich dabei um die Prüfung einer außer Kraft getretenen Fassung der einschlägigen Bestimmungen des Fremdengesetzes handelte, konnte der VfGH deren Verfassungswidrigkeit nur feststellen. Aus seinen Ausführungen geht jedoch unzweifelhaft hervor, dass diese zum Teil auch noch die geltende Fassung betreffen, sodass für den Gesetzgeber jedenfalls Handlungsbedarf besteht.

5) Dok 6912/03 MIGR 13. Zum Werdegang der Richtlinie näher *Hauschild*, Neues europäisches Einwanderungsrecht: Das Recht auf Familienzusammenführung, ZAR 8/2003, 266 ff, sowie *Langenfeld/Mohsen*, Die neue EG-Richtlinie zum Familiennachzug und

ihre Einordnung in das Völkerrecht, ZAR 11/12/2003, 398 (398), die darauf hinweisen, dass Österreich einer der Hauptakteure beim zähen Entstehungsprozess der Richtlinie war.

6) Siehe Titel IV EGV. Dazu ausführlich *Fungueirino-Lorenzo*, Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag (2002); vgl auch *Wollenschläger*, Das Asyl- und Einwanderungsrecht der EU, *EUGRZ* 2001, 354 ff.

3. Der Inhalt der Richtlinie – Ergebnis einer Odyssee

Bezüglich des Inhalts der Familienzusammenführungs-Richtlinie kommt man wohl nicht umhin, diesen als Ergebnis einer Odyssee zu bezeichnen. Diese war Resultat der unterschiedlichen Anliegen der Mitgliedstaaten, die ihre Partikularinteressen in der Richtlinie verwirklicht wissen wollten; eine Bestrebung, die letztlich in zahlreiche Ermessens- bzw. Ausnahmebestimmungen mündete.⁷⁾ Dies erschwert es auch, den Kerngehalt der Richtlinie darzustellen, wenngleich dies an dieser Stelle trotzdem versucht werden soll. Auf die in der Richtlinie bezüglich spezifischer Regelungsgegenstände vorgenommenen Hinweise betreffend die Möglichkeit der Schaffung günstigerer Bestimmungen wird dabei nicht im Speziellen eingegangen werden, weil diese besonderen „Ermächtigungen“ schon durch die Klausel des Art 3 Abs 5 RL abgedeckt werden, die normiert, dass die Mitgliedstaaten generell günstigere Regelungen treffen oder beibehalten dürfen. Des Weiteren sei nur darauf hingewiesen, dass die Richtlinie auch Sonderbestimmungen für die Familienzusammenführung von Flüchtlingen enthält (Art 9 – 12 RL).⁸⁾

Adressaten der Richtlinie sind – wie schon erwähnt – Drittstaatsangehörige und deren Familienmitglieder. Der Zusammenführende muss jedenfalls über einen Aufenthaltstitel von mindestens einjähriger Gültigkeit verfügen und begründete Aussicht darauf haben, ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zu erlangen (Art 3 Abs 1 RL). Verpflichtend ist die Ermöglichung von Familiennachzug überdies – anders als im Fall der Unionsbürger – nur für die Mitglieder der Kernfamilie vorgesehen (dh Ehegatten und minderjährige unverheiratete Kinder), worunter aber auch adoptierte Kinder, Kinder des Ehegatten und jedenfalls Kinder, für die dem Zusammenführenden nicht nur ein geteiltes Sorgerecht zukommt, fallen (Art 4 RL).

Was den Nachzug von Kindern betrifft, so ermächtigt die Richtlinie zu

folgenden einschneidenden Ausnahmeregelungen:

- a) Bei einem Kind im Alter von über 12 Jahren, das unabhängig vom Rest seiner Familie ankommt, kann geprüft werden, ob es ein zum Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie in den nationalen Rechtsvorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates vorgesehenes Integrationskriterium erfüllt, bevor die Einreise und der Aufenthalt gestattet wird (Art 4 Abs 1 RL).
- b) Der Nachzug von Kindern eines weiteren Ehegatten (also aus einer Mehrehe) darf eingeschränkt werden (Art 4 Abs 4 RL).
- c) Es kann verlangt werden, dass die Anträge betreffend die Familienzusammenführung gemäß der im Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie vorhandenen Rechtsvorschriften vor Vollendung des 15. Lebensjahres gestellt werden (Art 4 Abs 6 RL).

Für den Nachzug von Ehegatten ermächtigt die Richtlinie zur Festsetzung eines Mindestalters sowohl des Zusammenführenden als auch des Ehegatten, allerdings begrenzt auf 21 Jahre (Art 4 Abs 5 RL). Weitere Einschränkungen ergeben sich für den Ehegatten- und den Kindernachzug daraus, dass verlangt werden darf, dass sich der Zusammenführende während eines Zeitraumes von bis zu zwei Jahren rechtmäßig im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates aufgehalten hat, bevor seine Angehörigen zu ihm nachreisen. Außerdem kann ein Mitgliedstaat, dessen bei Annahme der Richtlinie geltendes Recht im Bereich der Familienzusammenführung die Aufnahmefähigkeit dieses Mitgliedstaates berücksichtigt, eine Wartefrist von maximal drei Jahren vorsehen (Art 8 RL). Letztlich haben die Behörden für ihre Entscheidung bis zu 9 Monate Zeit; in Ausnahmefällen kann diese Frist sogar verlängert werden (Art 5 Abs 4 RL).

Die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung darf unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit stehen, wobei jedoch das Auftreten von Krankheiten oder Gebrechen nach Ausstellung des Aufenthaltstitels nicht als einziger Grund für die Verweigerung der Verlängerung des Aufenthaltstitels oder die Rückführung aus dem Hoheitsgebiet herangezogen werden kann (Art 6 RL). Außerdem kann verlangt werden, dass der Zusammenführende über für die Familie angemessenen Wohnraum, Krankenversicherung und ausreichenden Lebensunterhalt für alle verfügt; weiters dass alle Familienangehörigen Integrationsmaßnahmen⁹⁾ nachkommen (Art 7 RL).

Was den Zugang zu Bildung und zum Erwerbsleben betrifft, so ist dieser den Familienangehörigen in gleicher Weise wie dem Zusammenführenden zu gewähren, doch können die Mitgliedstaaten Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit beschließen. Dabei können sie auch innerhalb einer Frist von maximal 12 Monaten eine Arbeitsmarktprüfung durchführen, bevor der Zugang zu einer Erwerbstätigkeit gestattet wird (Art 14 RL).

Spätestens nach fünfjährigem Aufenthalt ist den aufgrund des Aufenthaltstitels „Familiengemeinschaft“ aufgenommenen Familienangehörigen – Kindern erst ab deren Volljährigkeit – ein Aufenthaltstitel zu erteilen, der unabhängig von jenem des Zusammenführenden ist. Dabei können die Mitgliedstaaten die Erteilung des Aufenthaltstitels auf den Fall des Zerbrechens familiärer Bindungen beschränken. Weiters ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten einen eigenen Aufenthaltstitel vorsehen, wenn besonders schwierige Umstände vorliegen (Art 15 RL). Schließlich enthält die Richtlinie auch einen Unterpunkt betreffend „Sanktionen und Rechtsmittel“ (Art 16 – 18 RL), wobei auch die Probleme der „Scheinehe“ und „Scheinadoption“ einer Regelung zugeführt werden.

7) Und zwar – selbst wenn man Unterfälle nicht mitrechnet – jedenfalls über 30.

8) Dazu ausführlicher etwa *Weber/Walter*, Familiennachzug im europäischen und deutschen Recht, RdJB 1/

2004, 108 (117 ff, 125 f), die, aaO, 115 f, auch auf das Mobilitätsrecht von Familienangehörigen in der EU eingehen, dessen Regelung allerdings in die vom Rat am 25. 11. 2003 angenommene Richtlinie betreffend die Rechts-

stellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen 2003/109/EG (ABl vom 23. 1. 2004, L 16/44) ausgelagert worden ist.

9) Dazu *Feik*, Verpflichtende Integra-

tionsmaßnahmen in der EU, *migralex* 2003, 53 ff.

4. Bewertung des Erreichten: Am Ziel gelandet – oder gestrandet?

Wie allein schon die soeben angesprochenen Ermessens- und Ausnahmebestimmungen zeigen, kann man nicht wirklich von einer Harmonisierung der Familiennachzugsregelungen der EU-Mitgliedstaaten sprechen.¹⁰⁾ Die Richtlinie stellt vielmehr im Endergebnis nur den kleinsten gemeinsamen Nenner an „Familiennachzugsfreundlichkeit“ der Mitgliedstaaten dar. Die Endfassung der Richtlinie ist damit mehr als ein halbherziger Versuch, in der Europäischen Union einheitliche Standards für Familiennachzugsregelungen zu schaffen. Insbesondere wird durch diese nicht das sogar in den Erwägungsgründen der Richtlinie ausdrücklich angesprochene Ziel einer Integrationspolitik erreicht, die Drittstaatsangehörigen in Bezug auf den Familiennachzug Unionsbürgern „vergleichbare“ Rechte verleiht, und auch die Frage, ob damit eine „gerechte Behandlung“ von Familien aus Drittländern erreicht wurde, kann wohl nicht mit ja beantwortet werden.¹¹⁾ Die Bezugnahme der Richtlinie auf diese Ziele ist somit irreführend, da diese in Wahrheit diametral zu den letztlich getroffenen Regelungen stehen. Wenn man daher schon nicht davon ausgehen will, dass das Projekt „Familienzusammenführungs-Richtlinie“ nach einer jahrelangen Odyssee gestrandet ist, so kann man wohl bestenfalls von einer Bruchlandung sprechen.

Dass mit der Familienzusammenführungs-Richtlinie nur der absolute Minimalstandard einer Vereinheitlichung erreicht wurde, lässt sich sehr deutlich gerade am Beispiel des österreichischen Fremdenrechts illustrieren: Durch die Ermöglichung der Normierung von Wartezeiten wurde das Problem der Quotenpflicht (§§ 18 f und 21 f FrG) entschärft, und die Möglichkeit der Be-

schränkung der Zulässigkeit der Antragstellung auf ein Maximalalter von 15 Jahren bei Kindern trägt dem Status quo in § 21 Abs 3 FrG Rechnung. Ebenso wenig stellt die definitive Beschränkung des Familiennachzuges auf die Kernfamilie (§ 20 Abs 1 FrG) durch die Fremdenrecht-Novelle 2002 BGBl I 2002/126 ein Problem dar. Ins Auge springt allerdings die im Gegensatz zur Richtlinie seltsame und bedenkliche Konstruktion der Regelungen über die Scheinadoption (§ 8 Abs 4a und § 36 Abs 2 Z 10 FrG),¹²⁾ doch da diese aus der Perspektive des österreichischen Fremdenrechtes in praxi vor allem für die Frage des Nachzuges zu Österreichern oder anderen EWR-Bürgern eine Rolle spielen, die von der Richtlinie gerade nicht erfasst sind, wird sich hier eine Lösung wohl relativ leicht finden lassen. Für mehr Diskussion könnte nur das Spannungsverhältnis zwischen Art 14 RL und aktuellen Zugangsbeschränkungen zum Arbeitsmarkt im Ausländerbeschäftigungsgesetz sorgen.

Wenn nun die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben kaum Anpassungsbedarf mit sich bringen, so darf in diesem Zusammenhang freilich eines nicht außer Acht gelassen werden: die doppelte Bindung des einfachen Gesetzgebers sowohl an gemeinschaftsrechtliche als auch an verfassungsrechtliche Vorgaben.¹³⁾ Dieser Aspekt leitet zum zweiten Gegenstand dieses Beitrages über: die kritische Bewertung des jüngsten Familiennachzugserkenntnisses des VfGH.

5. Das Erkenntnis des VfGH vom 8. 10. 2003 – ein Meilenstein in der Rechtsprechung zum Familiennachzug?

Im gegenständlichen Erkenntnis des VfGH ging es konkret um einen Aspekt des Familiennachzuges, der nicht nur aus der Perspektive der Familienzusam-

menführungs-Richtlinie von Bedeutung ist: die Regelung der Quotenpflicht. Wenn nämlich nach der Richtlinie Quotenregelungen grundsätzlich erlaubt sind, so müssen dabei doch auch verfassungsrechtliche Vorgaben bezüglich ihrer Ausgestaltung beachtet werden.

Verfassungsrechtliche Probleme ergaben sich bei den einschlägigen Regelungen des innerstaatlichen Fremdenrechts einerseits in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip. Dieses Problem resultierte aus der Regelung der verfahrenstechnischen Abwicklung der Vergabe von Quotenplätzen in § 22 FrG, die eine Ausnahmebestimmung zur Regelung der Säumnis von Verwaltungsbehörden im AVG darstellt. Der VfGH qualifizierte es als verfassungswidrig, dass der Antragsteller im Verfahren auf Erteilung eines Quotenplatzes über die Erschöpfung der Quote bloß informiert wird; die mangelnde Pflicht zur Erlassung eines Bescheides bewirke aber, dass sich der Antragsteller gegen eine allfällige Fehlentscheidung nicht zur Wehr setzen könne, was im Lichte des Rechtsstaatsprinzips verfassungswidrig sei. Im Übrigen befand er die konkrete Verfahrensregelung als zu unbestimmt. Diese Bewertung des VfGH ist absolut zutreffend und entspricht der schon seit längerem in der Lehre geäußerten entsprechenden Kritik.¹⁴⁾

Andererseits erörterte der VfGH die gegenständliche Problematik auch in Hinblick auf die für Familiennachzugsregelungen zentrale grundrechtliche Bestimmung des Art 8 EMRK, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Anlass dafür, die Familiennachzugsregelungen gerade auch in Hinblick auf diesen verfassungsrechtlichen Aspekt ins Visier zu nehmen, hat dabei das mittlerweile schon berühmte Urteil des EGMR im Fall *Sen* geboten,¹⁵⁾ in dem dieser die Verletzung des Art 8 EMRK durch die Verweigerung des Familiennachzuges eines dritten

10) Zum Problempunkt einer „minimum harmonization“ näher *Weatherill*, *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community*, in: *O'Keefe/Twomey* (ed), *Legal Issues of the Maastricht Treaty* (1994) 13 (23 ff). Konkret zum sehr niedrigen Harmonisierungsgrad der Familienzusammenführungs-Richtlinie *Weber/Walter*,

RdJB 1/2004, 109, 128 mwN. Vgl allerdings auch Art 19 RL, der eine Überprüfung und gegebenenfalls Änderung der Richtlinie im Sinne einer weitergehenden Harmonisierung zwei Jahre nach In-Kraft-Treten der Richtlinie vorsieht.

11) Zur Nichterreichung der politischen Zielvorstellung von Tampere kritisch schon *Walter*, *Familiennachzug –*

ein Mittel zur Integration, in: *Sahlfeld* (Hrsg), *Integration und Recht* (2003) 181 ff (insb 187 ff).

12) Näher *Weichselbaum*, *Die Regelung des Familiennachzuges in Österreich im Lichte der Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention*, ZAR 10/2003, 359 (362 und 364).

13) Zur „doppelten Bindung“ genauer

Öhlinger/Potacs, *Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht*² (2001) 101 ff, sowie zuletzt wieder VfGH 10. 10. 2003, G 212/02.

14) Siehe *Muzak*, in: *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner*, *Fremden- und Asylrecht*, 6. Lfg (2003) 113 ff (zu § 22 FrG).

15) EGMR 21. 12. 2001, Beschwerde Nr 31.465/96.

Kindes zu seinen bereits mehrjährig in den Niederlanden aufhaltigen Eltern und seinen zwei dort geborenen und aufgewachsenen Geschwistern bejahte. Damit war für den VfGH offensichtlich klar, dass eine solche bzw eine vergleichbare Konstellation nicht an der im österreichischen Fremdenrecht vorgesehenen Quotenpflicht scheitern dürfe, sodass er diese auch aus diesem Grund in Prüfung zog.

Während es nun dem Inhalt des Prüfungsbeschlusses zufolge eher danach aussah, als würde der VfGH die einschlägigen Bestimmungen des Fremdengesetzes auch aus diesem Grund aufheben, besann sich der VfGH in der Entscheidung selbst dann eines anderen: Er „entdeckte“ zum Zweck einer verfassungskonformen Interpretation die mit der Fremdengesetz-Novelle 2002 eingefügte Bestimmung des § 19 Abs 2 Z 6 iVm § 10 Abs 4 FrG, die einen Anspruch von Mitgliedern der Kernfamilie auf Familiennachzug außerhalb der Quotenpflicht vorsieht, wenn der Nachzug aus „humanitären Gründen“ erfolgt.

Ist es nun in Hinblick auf den weiten Familienbegriff des Art 8 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR¹⁶⁾ grundsätzlich problematisch, dass der VfGH eine auf die Kernfamilie beschränkte Ausnahmebestimmung als ausreichend erachtet, um den Vorgaben der EMRK Genüge zu tun, so wirft die nicht näher begründete Subsumtion von mit dem Sachverhalt im Fall *Sen* vergleichbaren Konstellationen unter den Tatbestand „humanitäre Gründe“ mehr Fragen als Antworten auf. Wenn § 10

Abs 4 FrG, der die Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen regelt, diesbezüglich auch keine genaue Definition enthält, so deutet doch die demonstrative Aufzählung in dieser Bestimmung darauf hin, dass dabei vom Gesetzgeber nur an Konstellationen gedacht ist, in denen es um Bedrohungen der physischen oder psychischen Integrität von Menschen bzw sogar um deren Leben geht, nicht jedoch um die Aufrechterhaltung von familiären Beziehungen ähnlich jener im Fall *Sen*.¹⁷⁾ Die Ausdeutung des gesetzgeberischen Willens kann auch durch Heranziehung der Materialien untermauert werden.¹⁸⁾ § 19 Abs 2 Z 6 FrG dürfte daher wohl nur die Funktion haben, Menschen im Fall einer für sie bedrohlichen Situation zu ermöglichen, sofort zu ihren Familienangehörigen nach Österreich ziehen zu dürfen. Der Entfall der Quotenpflicht ist aufgrund des diesfalls dringlichen Bedürfnisses, einreisen zu dürfen, insbesondere im Lichte der Art 2 und 3 EMRK zu erklären; eine Deutung auch im Lichte des Art 8 EMRK lässt sich dem Willen des Gesetzgebers hingegen nicht entnehmen.¹⁹⁾

Dass die spärliche Argumentation des VfGH auf wackeligen Beinen steht, zeigt der Umstand, dass sich der VfGH nicht auf eine Ausdeutung des Begriffs der „humanitären Gründe“ einlässt, sondern nur lapidar auf literarische Äußerungen verweist, in denen allerdings auch bloß auf die einschlägige Behördenpraxis Bezug genommen wird.²⁰⁾ Dass diese aber im Laufe der Zeit die verschiedensten Sachverhaltskonstellationen unter den Begriff „humanitäre

Gründe“ subsumiert hat, sollte nach den gängigen Regeln der Interpretation wohl kein zwingendes Indiz dafür sein, dass dies dem Gesetz und vor allem dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hat.

Wenn auch dem VfGH zugute zu halten ist, dass er natürlich immer bestrebt sein muss, einen allenfalls erforderlichen Eingriff in Gesetzgebungsakte so gering wie möglich zu halten, so muss man trotzdem betonen, dass die Entscheidung des VfGH nicht zuletzt aus der Perspektive der Fremdenbehörden hochproblematisch ist: Diese müssen sich nun – ohne die geringste wertungsmäßige Vorgabe des Gesetzgebers – in jedem Einzelfall den Kopf darüber zerbrechen, ob vielleicht ein dem Fall *Sen* vergleichbarer Sachverhalt vorliegt, der Familiennachzug auch außerhalb der Quote ermöglicht. Das Problem, dass gerade in der fremdenrechtlichen Judikatur des VfGH von den vollziehenden Behörden eine sehr extensive „verfassungskonforme“ Interpretation erwartet wird, die teilweise sogar gegen den Wortlaut des Gesetzes erfolgen soll, wurde in der Literatur bereits zu Recht kritisiert,²¹⁾ doch leider bisher ohne Konsequenzen. Positiv angemerkt muss letztlich allerdings trotzdem werden, dass das gegenständliche Erkenntnis vor allem durch die Bezugnahme auf das Urteil des EGMR im Fall *Sen* im Endeffekt doch ein besseres Standing von Nachzugswerbern vor den Behörden bewirken dürfte.

16) Vgl den Judikaturüberblick bei *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention (2003) § 22 Rz 14 ff. 17) § 10 Abs 4 FrG lautet: „... Besonders berücksichtigungswürdige Fälle liegen insbesondere vor, wenn die Fremden einer Gefahr gemäß § 57 Abs 1 oder 2 [Anm: Verletzung des Art 2, 3 oder 6. ZP EMRK, stichhaltige Gründe für eine Verfolgung iSd Genfer Flüchtlingskonvention] ausgesetzt sind. Fremden, die ihre Heimat als Opfer eines bewaffneten Konfliktes verlassen haben, darf eine solche Aufenthaltserlaubnis nur für die voraussichtliche Dauer dieses Konfliktes, höchstens für drei Monate erteilt werden. Im Falle strafbarer Handlungen gemäß § 217 StGB darf Zeugen zur Gewährleistung der Strafverfolgung

sowie Opfern von Menschenhandel zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen die Täter eine solche Aufenthaltserlaubnis für die erforderliche Dauer erteilt werden.“ 18) So heißt es in der RV 685 BlgNR 20. GP 62, dass die „besondere Schutzbedürftigkeit“ bestimmte Sichtvermerksversagungsgründe saniere. Weiters wird auf „das Ineinandergreifen dieser Norm und der Verordnungsermächtigung ... gemäß § 29“ verwiesen; bei dieser handelt es sich jedoch um die Ermächtigung der BReg, im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des NR mit Verordnung von Kriegen oder ähnlichen Ereignissen betroffenen Gruppen von Fremden ein befristetes Aufenthaltsrecht in Österreich einzuräumen

(genauer *Muzak* [Fn 14] 133 ff). Schließlich indiziert auch die erst über einen Abänderungsantrag erfolgte Einfügung des letzten Satzes der Aufzählung in § 10 Abs 4 FrG, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass selbst dieser Satz nicht mit den aus den vorstehenden Sätzen hervorgehenden gesetzgeberischen Wertungen in Einklang zu bringen gewesen wäre; siehe überdies AB 755 BlgNR 20. GP 4 f, wo trotz der vorgenommenen Ergänzung in Bezug auf den Telos des § 10 Abs 4 FrG immer noch vom „sicherheitspolitischen Ziel, Fremde, die in besonderem Maße Repressalien ausgesetzt sind, staatlich zu schützen“ gesprochen wird. 19) Es sei nur angemerkt, dass es auch keineswegs nahe liegend wäre,

eine Parallele zwischen der Terminologie und damit dem Gehalt des § 10 Abs 4 FrG und des § 3 AufG („In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen ... wenn dies zur Vermeidung einer besonderen Härte geboten ist“) zu ziehen und daraus eine Interpretationsmöglichkeit im Lichte des Art 8 EMRK abzuleiten, da es sich bei § 3 AufG – im Gegensatz zu § 10 Abs 4 FrG – um eine spezifische Familiennachzugsregelung handelte. 20) Siehe *Schumacher*, Fremdenrecht (2003) 82 ff. 21) *Handstanger*, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung, ÖJZ 1998, 169 ff.

6. Die Konsequenz: Dreifache Bindung durch Gemeinschaftsrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht

Dass der VfGH ausdrücklich auf die einschlägige Judikatur des EGMR verweist, macht letztlich auch Folgendes evident: Der österreichische Gesetzgeber unterliegt nicht nur einer doppelten, sondern über die verbindliche Auslegung der EMRK durch den EGMR sogar einer dreifachen Bindung: Selbst wenn der VfGH Art 8 EMRK anders interpretiert hätte, muss daher immer noch die völkerrechtliche Verantwortung Österreichs als Vertragspartei der EMRK ins Kalkül gezogen werden.²²⁾

Die dargestellte Odyssee der Familienzusammenführungs-Richtlinie, die in eine minimalistische Variante von Nachzugsrechten mündete, hat daher aus der Perspektive der EMRK für die eine restriktive Zuwanderungspolitik verfolgenden Mitgliedstaaten der EU –

die alle gleichzeitig Vertragsparteien der EMRK sind – überhaupt nichts gebracht: Die Ermächtigungen der Richtlinie, restriktive Regelungen vorzusehen, schützen nicht vor einer völkerrechtlichen Sanktionierung durch den EGMR. Umgekehrt kann allerdings die Umsetzung der Richtlinie auch keine Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten vergleichbar jener im berühmten Fall *Matthews*²³⁾ auslösen, da sie nicht nur zahlreiche spezielle, sondern auch eine generelle Günstigkeitsklausel enthält, sodass jeder Mitgliedstaat in die Lage versetzt ist, sich der EMRK konform zu verhalten.²⁴⁾ Schließlich sei aber auch darauf verwiesen, dass auch der EuGH die EMRK qua Art 6 Abs 2 EUV zu beachten hat.²⁵⁾ Es ist daher denkbar, dass die Richtlinie aus diesem Grund sogar vom EuGH aufgehoben werden wird, da sie zu Einschränkungen ermächtigt, die nicht mit Art 8 EMRK vereinbar erscheinen.²⁶⁾ Zwingend ist diese Annahme aufgrund des diesbezüglich fakulta-

tiven Charakters der Richtlinie freilich nicht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die österreichische Fremden-gesetzgebung nicht nur der Familienzusammenführungs-Richtlinie und innerhalb des von dieser freigelassenen Spielraumes dem österreichischen Verfassungsrecht, sondern jedenfalls auch den Vorgaben der EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR entsprechen muss. Für Zündstoff in der Diskussion um den Zuzug von Fremden in die Europäische Union ist daher auch nach Inkraft-Treten der Familienzusammenführungs-Richtlinie weiterhin gesorgt.

Drⁱⁿ. Barbara Weichselbaum ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; barbara.weichselbaum@univie.ac.at.

22) Zum Spannungsverhältnis zwischen dem Inhalt der Richtlinie und der Straßburger Judikatur *Langenfeld/Mohsen*, ZAR 11/12/2003, 402 ff, sowie *Weber/Walter*, RdJB 1/2004, 126 f.

23) EGMR, EuGRZ 1999, 200. In diesem Fall bewirkte der sogar einen Bestandteil des primären Gemeinschaftsrechts bildende Direktwahlakt aus 1976, dass die Bewohner von Gibraltar von den Wahlen zum Europäischen Parlament ausgeschlossen waren, obwohl Rechtsakte des Europäischen Parlaments auch Auswirkungen auf Gibraltar hatten. Der EGMR

bejahte in diesem Fall eine Verletzung des Art 3 1. ZP EMRK durch das Vereinigte Königreich, obwohl dieses auf diese Wahlrechtsvorschriften keinen Einfluss (mehr) nehmen konnte; dazu auch *Grabenwarter* (Fn 16) § 4 Rz 5.

24) Interessant ist, dass sich dies – entgegen dem restriktiven Gehalt der Richtlinienbestimmungen selbst – sogar als Anliegen im 2. Erwägungsgrund der RL findet, wo gleichzeitig auch auf die Grundrechtecharta verwiesen wird. Vgl. weiters Art 17 RL, der ausdrücklich auf die Abwägungskriterien des EGMR in Nachzugsfällen Bezug nimmt; auch dieser Bestim-

mung kommt freilich in Hinblick auf den klaren Wortlaut der zu strengen Regelungen ermächtigenden Richtlinie in Hinblick auf die Umsetzungsverpflichtung kein überzubewertender Gehalt zu; aA offensichtlich *Langenfeld/Mohsen*, ZAR 11/12/2003, 403.

25) Dies tat er allerdings schon von sich aus lange vor dem Vertrag von Maastricht – siehe die Nachweise in *Öhlinger/Potacs* (Fn 13) 7 Fn 35; dazu im Hinblick auf die gegenständliche Thematik jüngst auch EuGH, Fall *Akrich*, EuGRZ 2003, 607, Rz 58.

26) Genau dies wurde vom Europäischen Parlament releviert: Zur Klags-

erhebung durch das Europäische Parlament siehe *Groenendijk*, ZAR 4/2004, 127; *Weber/Walter*, RdJB 1/2004, 127 sowie die Kurzzusammenfassung der Klage im ABl vom 21. 2. 2004, C 47/21.