

Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls



1. Einleitung: Statistisches zum Familiennachzug, insbesondere zu unbegleiteten Minderjährigen

Der Umfang des Familiennachzugs zu subsidiär Geschützten insgesamt ist weit geringer, als die Bundesregierung zunächst prognostiziert hatte. Einen Schutzstatus, der grundsätzlich Familiennachzug ermöglicht (Anerkennung als asylberechtigt gem. Art. 16a Abs. 2 GG, Flüchtlingschutz gem. § 3 AsylG oder subsidiärer Schutz gem. § 4 AsylG) erhielten 2016 insgesamt 7.707 und 2017 insgesamt 13.953 unbegleitete Minderjährige. Zum Zeitpunkt der Erteilung eines Visums waren 2.725 Personen, denen ein Titel nach § 36 Abs. 2 AufenthG erteilt wurde, noch minderjährig.¹ Die Statistik zur Antwort der Bundesregierung vom 21.01.2019 auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke u. a. zum Familiennachzug zu unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ergab, dass der Personenkreis, der von einer Umsetzung des EuGH-Urteils begünstigt werden könnte, ca. 650 Personen umfasst.²

1 BT-Drucksache 19/6702.

2 BT-Drucksache 19/6702.

Staatsministerin Michelle Müntefering antwortete am 20.02.2019 auf eine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke: Mit Stand 31.01.2019 lagen weltweit 36.000 Terminanfragen für Anträge auf Visumserteilung zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten vor. Von August bis Dezember 2018 seien 6.132 Anträge, im Januar 2019 1.377 und bis 20. Februar 2019 weitere 361 gestellt worden. Nach Zustimmung der Ausländerbehörden wurden dem Bundesverwaltungsamt zur Auswahlentscheidung übersandt: Von August bis Dezember 2018 3.275 Anträge, im Januar 2019 884 und bis 20. Februar 2019 weitere 423. 3.288 Anträge lagen noch zur abschließenden Bearbeitung bei den Ausländerbehörden. Vom Bundesverwaltungsamt wurden folgende Auswahlentscheidungen getroffen: Von August bis Dezember 2018 3.259 Zustimmungen, im Januar 2019 877 und bis 20. Februar 2019 weitere 418.³

Der Schutzstatus jener Person, zu welcher der Nachzug stattfindet, wird statistisch bisher nicht erfasst. Eine differenzierte Auflistung nach dem Schutzstatus der in Deutschland lebenden Referenzperson wird mit dem vom Auswärtigen Amt eingesetzten System erst im Laufe des Jahres 2019 möglich sein. Einzige Ausnahme bildet die Gruppe der Antragsteller auf Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, für die eine eigene Statistik geführt wird.

2. Die Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention

In der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass die Vorschriften der UN-Kinderrechtskonvention (im folgenden Text: KRK) bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind.⁴ Nach dem BVerwG lasse sich zwar aus Art. 3 KRK kein absoluter Vorrang des Kindeswohls ableiten, der gebieten würde, Belange

3 Plenarprotokoll – Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, 82. Sitzung, 20.02.2019, 9611.

4 EuGH - C 540/03 Parlament ./ Rat.

von Kindern „generell und unter allen Umständen“ höher zu bewerten als alle anderen Belange, die bei einer Entscheidung zu berücksichtigen sind.⁵ Im Einzelfall können andere Interessen einzeln oder gebündelt so gewichtig sein, dass das Kindeswohl zurückstehen muss, obwohl es vorrangig in die Betrachtung einbezogen wurde. Allerdings ändere das nichts daran, dass grundsätzlich der Vorrang des Kindeswohls zu beachten sei – was in der deutschen obergerichtlichen Rechtsprechung bisher nicht festgestellt werden kann.⁶

Beim Familiennachzug von Kindern zu ihren Eltern wird ein subjektiver Anspruch auf voraussetzungslosen Nachzug bisher von der h. M. abgelehnt.⁷ Als verpflichtend gilt aber, bei der Ermessensausübung die Art. 3 und 10 KRK zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass das Kindeswohl bei Entscheidungsprozessen der nationalen Behörden sowie des Gesetzgebers eine wesentliche Leitlinie darstellen muss und bei aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen zu berücksichtigen ist, wenn diese wesentliche Belange von Kindern betreffen.⁸

Art. 10 Abs. 1 KRK fordert, dass Anträge auf Familienzusammenführung von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet werden. Die Vorschrift bezweckt, die Familieneinheit zu gewährleisten und gilt auch für alle Kinder der Familie, die von einem anderen Staat aus einen Antrag auf Familienzusammenführung stellen. Mit der KRK ist es daher nicht vereinbar, zwar den Eltern die Einreise zu ihrem unbegleiteten minderjährigen Kind zu gestatten, nicht aber den minderjährigen Geschwistern, die dann ohne ihre Eltern zurückbleiben müssten.⁹

5 BVerwG, Beschluss vom 10.02.2011-1 B 22.10.

6 *Benassi*, DVBl 2016, 617 ff., hier 619.

7 BVerwG, Urteil v. 13. Juni 2013, 10C 16.12, Rn. 24.

8 *Stefanie Schmahl*, Art. 3 KRK-Kommentar 2017.

9 *Hendrik Cremer*, Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2., überarb. Aufl. Berlin 2012.

Art. 10 Abs. 2 KRK verbürgt, dass Kinder ein Recht auf regelmäßigen Kontakt zu beiden Elternteilen haben. Auch diese Vorschrift kann daher Maßstab für die Prüfung von Rechtmäßigkeit bei Familiennachzugsregelungen sein und bei Einzelfällen im Rahmen der Ermessensausübung und als Beschleunigungsgebot lenkend mit einfließen.¹⁰

Erforderlich ist eine Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalls. Dabei muss eine bereits erfolgte Integrationsleistung des Kindes im Aufnahmestaat berücksichtigt werden. Das staatliche Interesse an Kontrolle der Einwanderung überwiegt regelmäßig nicht das Interesse des Kindes auf Familienzusammenführung. Behördliches Streben nach Kosteneinsparung hat ohnehin geringeres Gewicht.

In diesen Zusammenhang ist auch Art. 24 des Internationalen Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte („UN-Zivilpakt“) zu beachten. Die Norm gewährt jedem Kind das Recht auf die staatlichen Schutzmaßnahmen, die seine Rechtsstellung als Minderjährige erfordern. Der Menschenrechtsausschuss entschied 2016 über eine Beschwerde gegen eine dänische Regelung, nach der eine generelle Wartezeit beim Familiennachzug von drei Jahren bei Personen mit temporären Schutzstatus vorgesehen war. Er stellte eine Verletzung des Paktes fest, obwohl die Entscheidung unter dem Vorbehalt völkerrechtlicher Verpflichtungen stand. Die Entscheidung zeigt, dass die faktisch mit der Kontingentlösung in § 36a AufenthG erzeugte unabsehbare Wartezeit mit dieser Verpflichtung nicht zu vereinbaren ist.

Dass jedoch selbst für Minderjährige, denen der „volle“ Flüchtlingsschutz (§ 2 AsylG – Asylberechtigung oder – häufiger – § 3 AsylG „Flüchtlingseigenschaft“) gewährt wurde, Familienzusammenführung in Deutschland praktisch so weit wie möglich verwehrt werden soll und die Berücksichtigung des Kindeswohls keine Rolle spielt, zeigt ein extrem kleinteilig-ausführlicher Erlass des Auswärtigen Amtes vom März

10 *Dominik Bender*, Ausländerrecht, in: Rainer M. Hofmann, Kommentar zum Ausländerrecht, Baden-Baden ²2016, Vor § 1 Rn. 24 m. w. N.; *Stefanie Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention, Kommentar, ²2013 Art. 10, Rn. 4 f.

2017 an alle deutschen Auslandsvertretungen. Diese sog. „Leitlinien des Familiennachzuges“ sollen die Einheitlichkeit bei Entscheidungen der Auslandsvertretungen zum Eltern- und Geschwisternachzug gewährleisten.¹¹ Auf dieser Grundlage gilt für die Praxis:

Der Anspruch der Eltern eines anerkannten Flüchtlings aus § 36 Abs. 1 AufenthG besteht nur, solange der/die in Deutschland bereits lebende Sohn/Tochter minderjährig ist. Die Visumerteilung ist grundsätzlich bis zum letzten Tag der Minderjährigkeit noch möglich.

Geschwister des/r in Deutschland als Flüchtling anerkannten Minderjährigen dürfen nur als Folge des Aufenthaltsrechts der Eltern gemäß § 36 Abs. 1 AufenthG einreisen oder im Rahmen des Kindernachzugs gemäß § 32 AufenthG. Ein Voraufenthalt der Eltern in Deutschland wird für die Anwendung von § 32 AufenthG nicht verlangt, eine gemeinsame Einreise der Eltern und der Kinder ist möglich.¹²

Dies gilt nicht, wenn die/der in Deutschland bereits ansässige Schutzberechtigte innerhalb von 90 Tagen nach Visumerteilung für die Eltern volljährig wird. Begründung: Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Eltern in Deutschland einen dauerhaften Aufenthaltstitel erhalten, der für den Nachzug der Kinder vorausgesetzt wird. Im Visumverfahren der Kinder dürfe insbesondere kein bestimmtes Ergebnis eines möglichen zukünftigen Asylverfahrens der Eltern angenommen werden.¹³ Die Eltern müssen dann vielmehr nachweisen, dass nach Ankunft in Deutschland ausreichender Wohnraum zur Verfügung steht (§ 29 Abs. 1 Ziff. 2 AufenthG). Bezüglich dieses Erfordernisses bestehe weder Ermessen noch sei es zulässig, einen atypischen Fall anzunehmen.

Daneben ist der Nachweis erforderlich, dass die Eltern den Lebensunterhalt für sich und die nachziehenden Kinder sichern können (§ 5 Abs. 1 Ziff. 1 AufenthG). Meistens wird diese Voraussetzung in der be-

11 Auswärtiges Amt – 20. März 2017, Gz: 508-3-543.53/2.

12 Vgl. Nr. 29.1.2.2 VwV-AufenthG, sog. „Vorwirkung des Visums“.

13 Erlass Ziff. B 4 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf einen Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 4.1.2017 – 3 S 107.16.

schriebenen Fallkonstellation nicht erfüllt sein. Eine Sicherung durch Verpflichtung/Bürgschaft Dritter, z. B. Verwandter, die schon länger in Deutschland leben oder anderer, entsprechend finanziell leistungsfähiger Personen ist zulässig.

Ein atypischer Fall, der ausnahmsweise ein Absehen von der Regelerteilungsvoraussetzung erlaubt, soll nur vorliegen, wenn besondere Umstände des Einzelfalles so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen. In Frage kommen Aspekte wie die aktuelle Lebenssituation der Kinder (Unterkunft im Flüchtlingslager, bei Verwandten o. ä.), die Betreuungssituation nach Ausreise der Eltern (Zumutbarkeit, dass ein Elternteil vorerst zurückbleibt, Betreuungsmöglichkeiten durch Verwandte oder ältere Geschwister im Ausland) etc. Erforderlich sei eine hinreichende Glaubhaftmachung der individuellen Situation. Bei Antragstellung sei der Sachverhalt von der zuständigen deutschen Auslandsvertretung oder der örtlich zuständigen Ausländerbehörde in Deutschland entsprechend umfassend zu ermitteln. Die für die Einschätzung der A-typik notwendigen Informationen müssten durch entsprechende Befragung der Antragsteller/-innen zusammen mit den sich aus den Antragsunterlagen ergebenden Angaben erhoben werden und dann in der Stellungnahme an die Ausländerbehörde entsprechend dargestellt werden.

Weiter heißt es im Erlass:

„Entsprechende Anträge sollen bei Weiterleitung an die Ausländerbehörden neben der Einschätzung der sonstigen rechtlichen Voraussetzungen mit folgendem Text versehen werden: „Der/Die ASt beantragt(en) zeitgleich mit dem Antrag der Eltern (§ 36 I AufenthG) den Kindernachzug nach § 32 Abs. 1 AufenthG. Es wird insbesondere um dortige Prüfung gebeten, ob ausreichender Wohnraum zur Verfügung steht (§ 29 Abs. 1 Ziff. 2 AufenthG) und der Lebensunterhalt gesichert ist (§ 5 Abs. 1 Ziff. 1 AufenthG).“

Sollte der Lebensunterhalt nicht gesichert sein, besteht nach Ansicht des Auswärtigen Amtes kein atypischer Fall:

„Es wird darauf hingewiesen, dass das OVG Berlin-Brandenburg bei Eintritt der Volljährigkeit der Referenzperson binnen drei Monaten nach Einreise eine Aty-

Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

pik für den Nachzug der Geschwister in der Regel verneint. Grundsätzlich wird daher der Einschätzung der Ausländerbehörden hinsichtlich des Wohnraumerfordernisses und des Lebensunterhaltsnachweises gefolgt werden können. Dies gilt auch für die Einschätzung, ob ein gemäß den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien atypischer Fall hinsichtlich des Erfordernisses der Lebensunterhaltssicherung gesehen wird.“

Deutlich wird: Kein Wort findet sich in diesem Erlass zur „vorrangigen“ Berücksichtigung des Kindeswohls des/der als Flüchtling anerkannten unbegleiteten Minderjährigen, der/die bereits in Deutschland lebt, als Gesichtspunkt der Abwägung bei der Entscheidung über eine Einreise. Es erfolgt vielmehr ausschließliche Orientierung an den Regelvoraussetzungen der §§ 5 und 2 AufenthG – sogar ohne Beachtung der Vorgaben der FamRL und des § 29 Abs. 2 AufenthG, der ein Absehen von den „Regelvoraussetzungen“ ausreichenden Wohnraum und ausreichendes Einkommen vorsieht, wenn der Antrag auf Familienzusammenführung innerhalb von drei Monaten nach unanfechtbarer Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestellt wird.

3. Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten gem. § 36a AufenthG

§ 36a AufenthG regelt seit August 2018 Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. Im Text des § 36a Abs. 2 Ziff 1-4 wird die von der UN-KRK geforderte Berücksichtigung des Kindeswohls erwähnt. Un-erörtert bleibt jedoch, wie dies konkret geschehen soll. Zu erwarten gewesen wären Konkretisierungen zur Anwendung. Auch in der unveröffentlichten Verwaltungsvereinbarung zur Umsetzung zwischen Auswärtigem Amt und BMI heißt es dazu jedoch lediglich:

„Die Auswahlentscheidung wird unter Anwendung eines Kriterienkataloges mit den folgenden Elementen getroffen:

- der Stammberechtigte oder der Nachziehende ist minderjährig (das Kindeswohl wird besonders berücksichtigt);

- es liegt eine besondere Notlage nach § 36 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 AufenthG vor;
- Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft ist seit längerer Zeit nicht möglich (Trennungsdauer beträgt mehr als zwei Jahre; maßgeblicher Zeitpunkt: Datum der Erstregistrierung des im Bundesgebiet lebenden subsidiär Schutzberechtigten als Asylsuchender);
- es liegen positiv zu berücksichtigende Integrationsaspekte vor;
- beim Nachziehenden Familienangehörigen z. B.: Kenntnis der deutschen Sprache;
- anderweitige Aspekte, die für eine positive Integrationsprognose sprechen, beim subsidiär Schutzberechtigten z. B.:
- eigenständige Sicherung von Lebensunterhalt und Wohnraum auch für den nachziehenden Familienangehörigen;
- besondere Fortschritte beim Erlernen der deutschen Sprache;
- gesellschaftliches Engagement;
- ehrenamtliche Tätigkeit;
- nachhaltiges Bemühen um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit;
- absolvieren oder Abschluss einer Ausbildung;

Die bis zu 1000 Nachzugsberechtigten werden jeweils am 15. eines jeden Monats (Stichtag) bzw. dem gem. Kalender NRW nächsten darauffolgenden Werktag ausgewählt. Erfüllen zum Stichtag mehr als 1000 Personen die Voraussetzungen, werden die vereinbarten Rangfolgen berücksichtigt, bis die Zahl 1000 erreicht ist. Ergeben sich aus der letzten zu berücksichtigenden Rangfolge mehr als 1000 Nachzugsberechtigte, wird innerhalb der Rangfolge wie folgt differenziert:

Zunächst werden – wenn die Rangfolge Minderjährigkeit voraussetzt – Fälle mit Minderjährigen unter 14 Jahren berücksichtigt.

Sofern mit dieser Differenzierung die Zahl 1000 nicht erreicht wird, werden weitere Nachzugsberechtigte aus dieser Rangfolge nach der Dauer der Trennung ermittelt (absteigend, maßgeblicher Zeitpunkt ist das Datum der Erstregistrierung des im Bundesgebiet lebenden subsidiär Schutzberechtigten als Asylsuchender). Gleiches gilt, wenn die Anzahl der Fälle mit Minderjährigen unter 14 Jahren die Zahl 1000 übersteigt.

Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

Die getroffene Auswahlentscheidung zu einem nachzugsberechtigten Elternteil, Kind oder Ehegatten gilt auch für andere nachzugsberechtigte Familienangehörige des Stammberechtigten, die einen Antrag auf Familiennachzug nach § 36a Abs. 1 S. 1 oder 2 AufenthG gestellt haben. Sie sind auf die monatlich 1000 Nachzugsberechtigten anzurechnen.“

An keiner Stelle wird deutlich, wie die beteiligten Behörden (Auswärtiges Amt, Bundesverwaltungsamt, örtlich zuständige Ausländerbehörden) konkret die Vorgabe der UN-KRK zur „vorrangigen Berücksichtigung“ des Kindeswohls (Art. 3 KRK) – oder zumindest gem. des ersten Spiegelstrichs des Erlasses „besonders“ berücksichtigen umsetzen sollen oder wollen. Eine deutlichere Konkretisierung für die Verwaltungspraxis unter Orientierung an der internationalen Auslegung zu Art. 3 KRK wäre insoweit dringend erforderlich gewesen.

4. Familiennachzug auf der Grundlage von §§ 22 und 23 AufenthG

§§ 22 und 23 AufenthG bieten weder rechtsdogmatisch noch nach der bisherigen Verwaltungspraxis empirisch einen angemessenen Ausgleich für die restriktive Regelung des § 36a AufenthG:

§ 23 AufenthG setzt ein staatliches Aufnahmeprogramm voraus, auf dessen Erlass aber kein Anspruch besteht. Derartige Programme haben auch nicht den Charakter von Rechtsnormen, sondern begründen nur einen Anspruch auf Gleichbehandlung durch die Verwaltung.

§ 22 AufenthG ist eine Härtefallregelung für Einzelfälle, die aber ebenfalls keinen Rechtsanspruch begründet. Die Aufnahmeentscheidung orientiert sich vielmehr im Einzelfall an der Lebenssituation des zurückgebliebenen Familienangehörigen und einer humanitären Notlage i. S. einer dringenden Gefahr für Leib und Leben des Betroffenen. Auch wenn eine Entscheidung zu § 22 AufenthG an Art. 6 GG zu messen ist,

soll die Regelung nur in singulären Einzelfällen gelten und ist nicht generell für Familiennachzug konzipiert.¹⁴

Was „dringende humanitäre Gründe“ sein können, ist auslegungsbedürftig. Die konkrete Situation muss sich als singuläres Einzelschicksal darstellen, welches sich von vergleichbaren Situationen sowohl durch die Intensität als den Grad der Gefährdung unterscheidet. Ferner setzt die Aufnahme aus humanitären Gründen u. a. in der Regel einen besonders engen Bezug zu Deutschland voraus und gegebenenfalls Anknüpfungspunkte an ein bestimmtes Bundesland, z. B. durch dort lebende Familienangehörige.

Empirisch erweist sich, dass die Norm in der Praxis bisher kaum angewandt wird. Die Antwort der Bundesregierung vom 21.01.2019 auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Jelpke u. a. zum Familiennachzug zu unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ergab: Seit 2017 (Beginn der statistischen Erfassung zu § 22 AufenthG) wurden 2.504 Anträge erfasst. 1.220 wurden abgelehnt und 513 auf §§ 36/36a AufenthG verwiesen. 41 Verfahren befanden sich noch in der „Vorprüfung“ durch die Auslandsvertretungen, 86 Anhörungen waren erfolgt, 66 Visaverfahren wurden bearbeitet und insgesamt 278 Visa erteilt.¹⁵ Schon am 06.09.2018 hatte das BMI mitgeteilt, seit 2017 seien 260 Visa nach § 22 AufenthG erteilt worden, d. h. von September 2018 bis Anfang Januar 2019 wurden nur 18 Visa nach § 22 AufenthG erteilt.

Die SPD hatte sich nach Mitteilung einiger ihrer führenden Politiker dafür eingesetzt, dass Visa gem. § 22 AufenthG nicht auf das „1.000er Kontingent“ des § 36a AufenthG angerechnet werde und zugleich erklärt, die Härtefallregelung werde künftig weniger restriktiv gehandhabt. Die Behauptung, es werde im Gegenzug zur Umwandlung des Rechts auf Familiennachzug in ein begrenztes Kontingent großzügiger von der Härtefallregelung nach § 22 AufenthG Gebrauch gemacht werden, traf jedenfalls bisher nicht zu – wie die oben zitierten Zahlen belegen.

14 Stiegler, in: Hofmann-HK Ausländerrecht § 22, Rn 6.

15 BT-Drucksache 19/6702.

Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

Die Erteilung von Visa gem. § 22 AufenthG erfolgt zudem in einem intransparenten Verfahren: über eine E-Mail-Adresse beim Auswärtigen Amt. Auch für Juristen ist nicht nachvollziehbar, warum ein Antrag ausschließlich dort zu stellen ist, während für alle anderen Visums-Anträge die Botschaften zuständig sind. Das Verfahren beim Auswärtigen Amt stellt zudem nur eine „Vorprüfung“ dar, zu der kein rechtsmittelfähiger Bescheid erlassen wird.

Zur Rechtsprechung sei auf folgende neuere Entscheidungen zu § 22 AufenthG hingewiesen:

Das BVerfG lehnte zwar den Eilantrag einer syrischen Flüchtlingsfamilie auf Nachzug zum subsidiär Schutzberechtigten ab.¹⁶ Es machte aber deutlich, dass es bei § 22 AufenthG nicht nur auf das Einzelschicksal der nachziehenden Person ankomme – so die damalige Praxis des Auswärtigen Amtes – sondern auch die konkrete Situation der in Deutschland subsidiär schutzberechtigten Person mit zu berücksichtigen sei.

Das VG Berlin verpflichtete die Bundesrepublik mit Urteil vom 07.11.2017, ein Visum zum Familiennachzug zu einem Minderjährigen zu erteilen.¹⁷ Es ging um den Nachzug einer syrischen Familie zum 16-jährigen Sohn und Bruder, der in Deutschland subsidiären Schutz erhalten hatte. Das Gericht bezog sich ausdrücklich auf den Gesichtspunkt des Kindeswohls, dem im Rahmen einer völkerrechtskonformen Auslegung des § 22 AufenthG und des GG im Lichte der UN-KRK besonderes Gewicht zukomme. Im konkreten Fall sah das Gericht das Kindeswohl als erheblich und akut gefährdet an und nahm die Voraussetzungen eines Härtefalls gem. § 22 AufenthG an.

Der 16-jährige war nachweislich psychisch erkrankt (posttraumatische Belastungsstörung aufgrund der Kriegs- und Fluchterfahrungen und sekundäre mittelgradige depressive Episode infolge der Trennung von der Familie). Zudem war mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer

16 BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 2017 – 2 BvR 1758/17.

17 VG Berlin, 7.November 2017 – 36 K 92.17 V – Asylmagazin 3/18, 94 ff.

zunehmenden psychischen Destabilisierung und die Kompensation somit wie mit einer Chronifizierung der Symptomatik zu rechnen, sofern die Familientrennung weiter bestehen würde. Das VG sah daher die Herstellung der Familieneinheit in Deutschland aus dringenden humanitären und völkerrechtlichen Gründen nach § 22 AufenthG als geboten an. Das Ermessen sei im konkreten Fall auf Null reduziert. Das Kindeswohl des in Deutschland befindlichen 16-jährigen Sohnes sei erheblich und akut gefährdet und daher die Familienzusammenführung zwingend geboten. Das Urteil wurde rechtskräftig.

5. Zum EuGH-Urteil vom 12. April 2018 und dessen unterlassener Umsetzung in Deutschland

Am 12. April 2018 entschied der EuGH zu einem Sachverhalt, der die Niederlande betraf, dass unbegleitete minderjährige Flüchtlinge auch dann Anspruch auf Familiennachzug haben, wenn sie während des Asylverfahrens volljährig werden.¹⁸ Die niederländische Behörde hatte den Eltern einer eritreischen Jugendlichen zunächst den Nachzug verweigert, weil sie während ihres Asylverfahrens volljährig geworden war. Entscheidend sei – so der EuGH – der Zeitpunkt der Antragstellung. Das Recht auf Familienzusammenführung und die damit verbundene Wahrung des Kindeswohls, wie es durch die EU-Richtlinie zur Familienzusammenführung 2003/86/EG (nachfolgend: FamRL) sichergestellt werden solle, dürfe nicht von der behördlichen Bearbeitungsdauer des Asylantrages abhängen.

Im Hinblick auf die Rechtslage in Deutschland argumentieren BMI und Auswärtiges Amt bisher, es bestehe kein Umsetzungsbedarf für dieses Urteil. Nach der Rechtslage in den Niederlanden könne – anders als in Deutschland – auch nach Eintritt der Volljährigkeit eines Kindes der Nachzugsanspruch der Eltern bestehen bleiben und erteilte Aufenthalts-

18 Rechtssache C-550/16 – Urteil vom 12.04.2018.

titel könnten verlängert werden. Deutschland habe aber von dieser in Art. 15 Abs. 2 FamRL eröffneten Möglichkeit, gesetzlich ein eigenständiges Aufenthaltsrecht der Eltern zu schaffen, keinen Gebrauch gemacht.

Visa für nachziehende Familienmitglieder erteilt das Auswärtige Amt längstens bis ein minderjähriger unbegleiteter Flüchtling volljährig ist. Die Einreise nachziehender Familienmitglieder muss demgemäß erfolgen, solange der/die „Stammberechtigte“ noch minderjährig ist. Ob ein/e unbegleitete/r Minderjährige/r Familienangehörige nachholen kann, hängt deswegen maßgeblich davon ab, wie lange das BAMF für die Bearbeitung des Asylantrags braucht. Diese Praxis beruht auf einer Entscheidung des BVerwG aus 2013.¹⁹

Auf eine mündliche Frage der Abgeordneten Žaklin Nastić gab der Staatssekretär im Auswärtigen Amt, Michael Roth, am 17.10.2018 an, dass diese Position ausschließlich zwischen Auswärtigem Amt und BMI abgestimmt war. Weitere Ressorts hätten zwischenzeitlich Abstimmungsbedarf angemeldet, weshalb mit einer größeren Ressortabstimmung begonnen worden sei. Im Januar 2019 soll eine Erörterung auf Abteilungsleitererebene der betroffenen Ministerien stattgefunden haben, auf der es allerdings zu keiner Einigung kam. Die „Süddeutsche Zeitung“ berichtete mehrfach, zuletzt am 11. April 2019, dass es vorerst bei der restriktiven Auslegung bleibe, die zwischen BMI und Auswärtigem Amt vereinbart wurde.²⁰

19 BVerwG, Urteil vom 18.04.2013 – 10 C 9.12.

20 Süddeutsche Zeitung, 11.04.2019, 6 „Kinderhelfer kritisieren Berlin“, und 4, Kommentar „Berliner Phrasen“, sowie schon am 24.01.2019 „Untätig seit neun Monaten“.

Eine Mitarbeiterin des AA berichtete auf der Rechtsberaterkonferenz am 03.05.2019, dass z. Zt. ca. 100 gerichtliche Verfahren zu dieser Frage anhängig seien und das AA gegen die beiden Berliner Urteile, welche die Entscheidung des EuGH zugrunde gelegt hätten, vom AA Sprungrevision eingelegt worden sei. Das BVerwG habe signalisiert, dass in ca. einem Jahr darüber entschieden werde.

5.1 Deutsche Rechtsprechung unter Beachtung des EuGH-Urteils vom 12. April 2018

Der bisher veröffentlichten Rechtsprechung des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg, die in Visumsverfahren genuin zuständig sind, lässt sich entnehmen, dass diese Gerichte bislang der Rechtsauslegung seitens der Bundesregierung deutlich widersprechen:

5.1.1 OVG Berlin-Brandenburg

Das OVG Berlin-Brandenburg hat bereits in mehreren Entscheidungen argumentiert, das EuGH-Urteil sei auf die deutsche Rechtslage übertragbar.²¹ Mit Beschluss vom 19.12.2018 hatte das Gericht in einem Verfahren auf vorläufigen Rechtsschutz zur Anwendbarkeit des EuGH-Urteils u. a. ausgeführt:²²

„Hier ist der Mutter der Antragstellerin ein Visum nach § 36 Abs. 1 AufenthG zwar nur mit Gültigkeit bis zum 31. Dezember 2018, bis zur Volljährigkeit ihres als Flüchtling anerkannten Sohnes A., erteilt worden. Mit Blick auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 12. April 2018 - C-550/16, wonach ein Drittstaatsangehöriger, der zum Zeitpunkt seiner Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats und der Stellung seines Asylantrags in diesem Staat unter 18 Jahre alt war, aber während des Asylverfahrens volljährig wird und dem später die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird, als ‚Minderjähriger‘ im Sinne des Art. 10 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2003/86 anzusehen ist, spricht aber Überwiegendes dafür, dass die Mutter nach ihrer Einreise in das Bundesgebiet trotz zwischenzeitlichen Eintritts der Volljährigkeit ihres Sohnes A. gegenüber der Beigeladenen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 1 AufenthG haben wird. Der Anspruch auf Familienzusammenführung auch nach Eintritt der Volljährigkeit des zunächst noch minderjährigen Flüchtlings würde seiner praktischen Wirksamkeit – zu diesem Gesichtspunkt vgl. EuGH, Urteil vom 12. April 2018 – beraubt, wenn sich der

21 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.04.2018 - OVG 3 S 23.18, 3 M 22.18 und 3 M 23.18; Beschluss vom 04.09.2018 - OVG 3 S 47.18, OVG 3 M 52.18; Beschluss vom 19.12.2018 - 3 S 98.18.

22 Beschluss vom 19.12. 2018 - 3 S 98.18.

Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

Erteilung eines Visums nicht ein Aufenthalt zumindest von einer gewissen Dauer anschließen würde [...]

Die Antragstellerin zu 2. hat glaubhaft gemacht, dass ihr ein Abwarten bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache wegen drohender schwerer Nachteile nicht zumutbar ist. Falls ihre Mutter, wie mit dem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch Vorlage einer Flugbuchung für den 28. Dezember 2018 glaubhaft gemacht, von dem ihr bis zum 31. Dezember 2018 erteilten Visum Gebrauch macht, bliebe sie als elfjähriges Kind ohne Angehörige ihrer Kernfamilie und ohne sonst sichergestellte Betreuung in Syrien zurück. Falls ihre Mutter, um dies zu vermeiden, auf die Nutzung ihres Visums verzichten sollte, droht der Mutter ungeachtet der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union der endgültige Verlust ihres Nachzugsrechts.²³

5.1.2 VG Berlin

Das VG Berlin trat mit Urteil vom 1. Februar 2019 dezidiert der Auffassung des Auswärtigen Amtes entgegen.²⁴ Im entschiedenen Verfahren ging es um einen syrischen Staatsangehörigen, der als Minderjähriger zu seinem volljährigen Bruder nach Deutschland geflohen war. Der damals Minderjährige war als Flüchtling anerkannt worden. Seine Mutter und drei weitere Halbgeschwister hatten daraufhin den Familiennachzug beantragt. Während des Nachzugsverfahrens wurde der Sohn volljährig. Daraufhin lehnten die Behörden den Nachzug ab, weil mit Eintritt der Volljährigkeit der Nachzugsanspruch der Eltern ende. Diese Rechtsauffassung nimmt Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-

23 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 4. September 2018 - OVG 3 S 47.18/OVG 3 M 52.18, Rn. 6; anders noch Beschluss vom 16. September 2016 - OVG 3 S 42.16, Rn. 6

24 VG Berlin, Urteil vom 01.02.2019 – 15 K 936.17 V.

gerichts, nach der Elternnachzug gem. § 36 Abs. 1 AufenthG nur bis zur Volljährigkeit des Kindes besteht.²⁵

Das VG argumentiert, der EuGH setze kein unabhängiges Aufenthaltsrecht der Eltern nach Eintritt der Volljährigkeit des Stamberechtigten voraus. Die EuGH-Entscheidung betreffe nicht die Folgen des Nachzugsrechts, sondern dessen Ausübung. Diese sei nicht unbeschränkt. Der Nachzugsantrag bei Personen, die während des Asylverfahrens volljährig geworden sind, müsse innerhalb von drei Monaten nach Zuerkennung des Schutzstatus gestellt werden.

Unter Bezugnahme auf die vorgenannten Beschlüsse vertrat das VG die Auffassung, der EuGH habe unmissverständlich festgestellt, dass die Frage, auf welchen Zeitpunkt zur Beurteilung des Alters der stamberechtigten Person beim Elternnachzug abzustellen sei, unionsrechtlich einheitlich für alle Mitgliedstaaten zu bestimmen sei. Deswegen sei die EuGH-Entscheidung für alle Mitgliedstaaten verbindlich und auch in Deutschland anzuwenden. Der Nachzugsanspruch der Mutter zum während des Nachzugsverfahrens volljährig gewordenen anerkannten Flüchtling wurde deswegen anerkannt.

Darüber hinaus befand das VG, es sei unerheblich, ob die Volljährigkeit bereits während des Asylverfahrens oder erst im anschließenden Visumsverfahren zum Familiennachzug eingetreten sei. Das EuGH-Urteil stelle klar, dass es für Personen, die Familiennachzug erreichen wollen, nicht nachteilig sein dürfe, wenn der Stamberechtigte während des Asylverfahrens volljährig wurde. Erst recht müsse dies gelten, wenn Volljährigkeit im späteren Nachzugsverfahren eintrete.

In einem weiteren Beschluss des VG Berlin vom 15.03.2019 im Verfahren auf eine einstweilige Anordnung wird im Ergebnis die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen und dazu wie folgt argumentiert: Es bestehe nicht nur ein Anspruch der Eltern auf Zusammenführung mit dem in Deutschland lebenden minderjährigen Sohn, sondern auch eine Ermessensreduzierung auf Null aus humanitären Gründen (in

25 BVerwG, Urteil vom 18.04.2013 – 10 C 9.12.

Art. 17 Abs. 2 Dublin III - VO) bezüglich der traumatisierten 23-jährigen Schwester. Das VG verpflichtete die Bundesrepublik, sich unter Aufhebung der ergangenen Ablehnungen der Übernahmegesuche des griechischen Migrationsministeriums – nationales Dublin Referat – für diese Asylanträge als zuständig zu erklären.²⁶

Bezüglich der volljährigen Schwester wird ausgeführt, aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls bestehe ein Anspruch auf Ausübung des Selbsteintrittsrechts. Ein besonders schwerwiegender Härtefall liege insbesondere deshalb vor, weil die Schwester bei einer Überstellung ihrer Eltern nach Deutschland andernfalls in Griechenland auf sich allein gestellt wäre. Es könne ihr aber vor dem Hintergrund erlittener Gewalt nicht zugemutet werden, ohne familiäre Unterstützung im griechischen Flüchtlingslager zurückzubleiben. Dass sie in ihrer schwierigen persönlichen Lage besonders auf ihre Eltern als Bezugspersonen angewiesen sei, ergebe sich insbesondere aus dem Umstand, dass sie bislang immer mit diesen zusammengelebt habe (Rn. 34). Die Eltern seien zur Verarbeitung des Geschehens für sie unerlässlich, weil sie sich ihnen anvertraut habe und die Eltern sie in jeglicher Hinsicht unterstützt hätten. Auch die gemeinsame Flucht aus Syrien und das seitdem bestehende Zusammenleben seien insoweit von besonderer Bedeutung. Auch die griechischen Behörden hatte sie als besonders vulnerable Person aufgrund erlittener Gewalt eingestuft.

Zu der von der Bundesrepublik gerügte Fristüberschreitung seitens der griechischen Behörden wird dargelegt, ein Auslegungsergebnis, wonach das Versäumen von Fristen der EU-Zuständigkeit-DVO die Konsequenz haben könne, dass Familienangehörigen wegen einer Fristversäumnis durch eine staatliche Behörde jedenfalls unter asylrechtlichen Gesichtspunkten ihr Menschenrecht auf Familienzusammenführung

26 VG Berlin, 23. Kammer, Beschluss vom 15.03.2019 - AZ. 23 L 706.18 A. Das Verfahren betrifft ein syrisches Ehepaar und dessen volljährige Tochter, die sich in Griechenland aufhielten und zu dem in Deutschland lebenden, subsidiär geschützten Sohn/Bruder einreisen wollten. Das Verfahren betraf Art. 9 Dublin III –VO.

(Art. 8 EMRK, Art. 7 GRC) versagt werde, sei abzulehnen. Unter Verweis auf eine Entscheidung des VG Münster argumentiert das VG Berlin: Der Konflikt zwischen Familieneinheit und Fristbeachtung dürfe mit Blick auf die besondere Wichtigkeit der Familieneinheit und insbesondere angesichts des besonders hohen Schutzgutes des Kindeswohls nur dahingehend aufgelöst werden können, dass eine Pflicht des ersuchten Mitgliedstaates zur Annahme eines Aufnahmegesuchs auch nach Fristablauf bestehe.²⁷

6. Zur (Nicht-)Anwendbarkeit der EU Richtlinie zur Familienzusammenführung

Umstritten war längere Zeit, ob die FamRL auf Personen mit subsidiärem Schutzstatus angewendet werden könne.²⁸ Bei ihrem Erlass im Jahr 2003 existierte noch kein unionsrechtliches Konzept subsidiären Schutzes. Die Harmonisierung erfolgte erst 2004 im Rahmen der Qualifikationsrichtlinie. Der Ausschluss von Personen mit subsidiärem Schutz aus der FamRL bezog sich damals – wie der Wortlaut von Art. 3 Absatz 2c „Praktiken der Mitgliedstaaten“ verdeutlicht – auf nationale Konzepte. Ursprünglich sprach man von einer zukünftigen Ausgestaltung „temporären Schutzes“. Für das deutsche Recht bedeutete das den Bezug auf § 60 Abs. 5 und Abs. 7 AufenthG.

Der EuGH hat nun mit Urteil vom 07.11.2018 entschieden, dass die FamRL nicht auf Familienangehörige von subsidiär Schutzberechtigten anwendbar ist, da sie diese in Art. 3 Abs. 2 c ausdrücklich ausnimmt.²⁹ Der Sachverhalt: Der Drittstaatsangehörige F. G. war in den Niederlanden seit September 2014 subsidiär geschützt. Am 22.01.2015 beantragte

27 VG Münster, Beschluss vom 20. Dezember 2018 - 2 L989/18. A.

28 Ablehnend: wissenschaftliche Dienste des BT, Unionsvorgaben zum Familiennachzug, 2016, 6 sowie *Daniel Thym*, Stellungnahme in der BT-Anhörung, 29.01.2018, 18; a. A. *Bast*, ZAR 2018, S. 41 ff.

29 EuGH, Urteil vom 07.11.2018, C-380/17 - K und B ./ . Niederlande.

Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

er Visa zur Familienzusammenführung für seine Frau K. und seine minderjährige Tochter B. Der Antrag wurde abgelehnt, weil er, nachdem er eine Aufenthaltserlaubnis erhalten hatte, erst mehr als drei Monate später die Familienzusammenführung beantragt hatte, ohne dass diese Verspätung entschuldigt gewesen wäre. Nach Ansicht des niederländischen Gerichts fällt dieser Sachverhalt gem. § 3 Abs. 2 c) nicht in den Anwendungsbereich der FamRL, da der Zusammenführende nur subsidiären Schutz genießt.

Der EuGH erklärte zunächst zur Zuständigkeitsfrage:

„Da aber durch niederländisches Gesetz die Vorschriften, die für Flüchtlinge in der FamRL gelten, auch für subsidiär Schutzberechtigte für unmittelbar und unbedingt anwendbar erklärt wurden und ihnen dadurch eine bessere als die in der FamRL vorgesehene Behandlung garantieren, ist der EuGH für die Entscheidung über das Vorabersuchen zuständig.“

Inhaltlich entschied der EuGH:

„Eine nationale Regelung, wonach ein Antrag auf Familiennachzug nach den günstigeren Bestimmungen für Flüchtlinge (Art. 9–12 FamRL) abgelehnt werden kann, weil er mehr als drei Monate nach Schutzzuerkennung gestellt wurde, ist vereinbar mit Art. 12 Abs. 1 FamRL, der eine Abweichung von den allgemeinen Voraussetzungen für den Nachzug zu anderen Drittstaatsangehörigen vorsieht. Allerdings muss die Möglichkeit bestehen, im Rahmen einer anderen Regelung einen neuen Antrag zu stellen. Darüber hinaus muss vorgesehen werden, dass bei unverschuldeter Verspätung keine solche Ablehnung erfolgt, dass Betroffene über die Möglichkeit einer erneuten Antragstellung informiert werden und dass die Flüchtlinge begünstigenden Regelungen in Art. 10, 11 und 12 Abs. 2 FamRL weiterhin gelten.“

Zu Recht weist Gutmann darauf hin, dass nach dieser Entscheidung dem nationalen Gesetzgeber hinsichtlich der Ausgestaltung des Familiennachzuges zu subsidiär Schutzberechtigten umfassende Freiheit bleibe.³⁰ Bezüglich der deutschen Regelung in § 36 a AufenthG handele es sich um eine klassische Härteregelung, die aus humanitären Gründen unter festgelegten Voraussetzungen Familiennachzug gestatte. Allerdings er-

30 Rolf Gutmann, InfAusIR 1/2019, 37.

scheine die in der Vorschrift genannte Obergrenze von 1000 für die monatlich zu erteilenden Visa als verfassungswidrig, weil zwar Rangfolgen zulässig seien, numerische Schranken aber ausscheiden. Eine Härterege- lung könne nicht auf eine Höchstzahl beschränkt werden. Gutmann zitiert BVerfGE 76,1:

„Eine Behandlung von Nachzugsberechtigten nach dem ‚Warteschlangen- prinzip‘ wäre dem Schutz- und Förderungsgebot des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG schwerlich angemessen, weil eine hinreichende Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalls nicht gewährleistet wäre und die Betroffenen der Gefahr langer Wartezeiten ausgesetzt wären.“

Ferner weist Gutmann zutreffend darauf hin, dass die Verwaltung die materielle Beweislast dafür trage, dass das Kontingent ausgeschöpft und eine zutreffende Priorisierung entsprechender Sachverhalte erfolgt sei. Ob dieser Umstand in der Verwaltungspraxis hinreichend beachtet wird, muss erforderlichenfalls in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden. Wünschenswert wäre, dass so gearbeitet wird, dass derartige Ver- fahren entbehrlich bleiben.

7. Fazit

Formal berücksichtigen die Formulierungen im Text der aufenthalts- rechtlichen Normen und Verwaltungsvorschriften die Vorgaben der UN- KRK zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls. Der Blick auf die Verwaltungspraxis ermöglicht jedoch keine eindeutige Klärung, wie diese Vorgaben tatsächlich umgesetzt werden.

Skepsis bleibt angezeigt gerade angesichts des statistischen Befundes, dass die restriktive Praxis der Visavergabe an Geflüchtete mit subsidiä- rem Schutzstatus offenbar fort dauert.

Die Bundesregierung hat sich auch ein Jahr nach Erlass des EuGH- Urteils vom 12.04.2018 nicht entschließen können, dessen Vorgaben in Deutschland umzusetzen. Deswegen ist zu besorgen, dass gerade die Familienzusammenführung zu jenen unbegleiteten Minderjährigen, die

Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

schon länger in Deutschland leben, weiterhin in jedem Einzelfall sehr schwierig bleiben wird. Am Maßstab der UN-KRK ist eine solche Verwaltungspraxis in keiner Weise orientiert.

Über den Autor

Prof. Dr. Holger Hoffmann ist Professor für Rechtswissenschaft, insbesondere Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre an der Fachhochschule Bielefeld. Er ist Mitglied des Sprecherrates der mit den Wohlfahrtsverbänden und dem UNHCR zusammenarbeitenden RechtsanwältInnen sowie deutscher Koordinator des ELENA-Netzwerks.

Schlagwörter

Familiennachzug, subsidiär Schutzberechtigte, UN-Kinderrechtskonvention, Kindeswohl