

**GUTACHTEN**

**Kinderrechtliche Aspekte  
zum Thema „Aussetzung des  
Familiennachzugs zu subsidiär  
Schutzberechtigten nach  
§ 104 Abs. 13 AufenthG“**

Adriana Kessler, Sigrun Krause

Das vorliegende Gutachten wurde erstellt durch JUMEN e.V.

JUMEN e.V. – Juristische Menschenrechtsarbeit in Deutschland ist ein gemeinnütziger Verein, der sich für den Schutz der Grund- und Menschenrechte in Deutschland einsetzt – auch vor Gericht. JUMEN geht gegen Menschenrechtsverletzungen in Deutschland vor und setzt sich dafür ein, die Anerkennung und praktische Umsetzung von Menschenrechten vor Gericht zu steigern. Hierfür begleitet und koordiniert JUMEN Fälle zu ausgewählten Menschenrechtsthemen und berät Anwältinnen, Anwälte und Beratungsstellen zu juristischen Argumentationen.



Das Deutsche Kinderhilfswerk e.V. ist Herausgeber des vorliegenden Gutachtens, das im Rahmen des Förderprogramms des Vereins finanziert wurde.

Das Deutsche Kinderhilfswerk e.V. setzt sich seit mehr als 45 Jahren als Interessenvertreter für ein kinderfreundliches Deutschland bundesweit für die Rechte der Kinder und die Überwindung von Kinderarmut in Deutschland ein. Der gemeinnützige Verein initiiert und unterstützt Maßnahmen und Projekte, die die Teilhabe von Kindern und Jugendlichen, unabhängig von deren Herkunft oder Aufenthaltsstatus, fördern. Die politische Lobbyarbeit wirkt auf die vollständige Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland hin, insbesondere im Bereich der Mitbestimmung von Kindern, den Interessen des Kindes bei Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen sowie der gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe aller Kinder.

#### IMPRESSUM

Schriftenreihe des Deutschen Kinderhilfswerkes e.V. – Heft 2

Deutsches Kinderhilfswerk e.V.  
Leipziger Straße 116-118  
10117 Berlin  
Fon: +49 30 308693-0  
Fax: +49 30 308693-93  
E-Mail: [dkhw@dkhw.de](mailto:dkhw@dkhw.de)  
[www.dkhw.de](http://www.dkhw.de)

Autorinnen:  
Adriana Kessler, Rechtsanwältin, LL.M.  
Sigrun Krause, Rechtsanwältin  
(beide JUMEN e.V.)

Redaktion:  
Nina Ohlmeier, Linda Zaiane  
(beide Deutsches Kinderhilfswerk e.V.)

Layout:  
Gabi Lattke, Journalisten&GrafikBüro

Druck: WIRmachenDRUCK GmbH, Backnang

Diese Broschüre wurde auf 100 % Recyclingpapier mit dem Blauen Engel gedruckt.

© 2018 Deutsches Kinderhilfswerk e.V.

# Inhalt

<b>I. Einleitung</b>	4
<b>II. Völkerrecht</b>	6
1. Vereinte Nationen: Schwerpunkt UN-KRK	6
a) Art. 3 UN-KRK	6
b) Art. 10 UN-KRK	8
c) Völkerrechtliche Leitlinien des UNHCR zur Bestimmung des Kindeswohls	9
2. Vereinte Nationen: weitere Übereinkommen	9
a) UN-Zivilpakt	9
b) UN-Sozialpakt	10
c) UN-Frauenrechtskonvention	10
3. Europarat: Schwerpunkt EMRK	11
a) Art. 8 EMRK	11
b) Stellungnahmen des Menschenrechtskommissars des Europarats	13
<b>III. Europarecht</b>	15
<b>IV. Nationales Recht</b>	16
1. Verfassungsrecht	16
a) Eingriff in den Schutzbereich	16
b) Rechtfertigung	17
2. Aktuelle Entscheidungen in verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Verfahren	22
a) Beschluss des BVerfG vom 11. Oktober 2017	22
b) Urteil des VG Berlin vom 7. November 2017	23
<b>V. Fazit</b>	25

# I. Einleitung

Am 1. Februar 2018 hat der Deutsche Bundestag beschlossen, dass die Aussetzung des Familiennachzugs nach Deutschland zu subsidiär Schutzberechtigten über Mitte März 2018 hinaus für weitere 6 Monate bis Ende Juli 2018 verlängert wird.<sup>1</sup> Dies betrifft auch minderjährige, unbegleitete Menschen. Am 2. März 2018 steht das Gesetz auf der Tagesordnung des Bundesrates. Ab August 2018 soll laut Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD eine neue gesetzliche Regelung insgesamt nur 1.000 Menschen pro Monat den Nachzug nach Deutschland ermöglichen „und die Härtefallregelung nach §§ 22 und 23 Aufenthaltsgesetz jenseits dieses Kontingents Anwendung“ finden.<sup>2</sup>

Am 19. Januar 2018 hat der Deutsche Bundestag über die Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten debattiert. Nach Gesetzentwürfen der Unions-, FDP- und AfD-Fraktionen soll der Familiennachzug weiterhin ausgesetzt bleiben; die Fraktion Die LINKE hat einen Gesetzentwurf zur Aufhebung der Aussetzung des Familiennachzugs eingebracht und die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen einen Antrag, den Familiennachzug zu ermöglichen.<sup>3</sup> Der Bundestagsbeschluss vom 1. Februar 2018 folgt der Beschlussempfehlung, die der Hauptausschuss des Bundestags am 30. Januar 2018 abgegeben hatte.<sup>4</sup> Sie sieht vor, die Aussetzung des Familiennachzugs bis Ende Juli 2018 zu verlängern. Ab August 2018 soll der Nachzug dann für 1.000 Menschen (Ehepartner, Kinder, Eltern) pro Monat möglich sein. Die Regelung des § 22 AufenthG, wonach Nichtdeutschen eine Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen erteilt werden kann, soll ebenso unberührt bleiben wie die Regelung des § 23 AufenthG. Danach können z.B. oberste Landesbehörden die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen anordnen. Näheres soll ein noch zu erlassendes Bundesgesetz regeln.

Im Rahmen dieser Debatte haben Abgeordnete, welche sich für die Verlängerung der Aussetzung ausgesprochen haben, betont, dass es keine völkerrechtliche Verpflichtung zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten gebe.

Dies ist ein aktueller Anlass, die kinderrechtlichen Aspekte im Hinblick auf die bereits geltende Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten näher zu beleuchten.

Das Aufenthaltsgesetz (im Folgenden: AufenthG) regelt den Familiennachzug in den §§ 27 ff. AufenthG Während § 28 AufenthG den Familiennachzug zu Deutschen regelt, enthält § 29 AufenthG die allgemeinen Regelungen für den Familiennachzug zu Nichtdeutschen. Nach § 29 Abs. 1 AufenthG müssen für den Familiennachzug zu Nichtdeutschen grundsätzlich bestimmte Erteilungsvoraussetzungen vorliegen, z.B. muss ausreichender Wohnraum zur Verfügung stehen (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). § 29 Abs. 2 AufenthG regelt den sog. privilegierten Familiennachzug für Asylberechtigte, Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte. Danach müssen Ehegatten und Kinder unter bestimmten Voraussetzungen z.B. weder ausreichenden Wohnraum, noch einen gesicherten Lebensunterhalt

1 Vgl. Mitteilung und Dokumente auf der Homepage des Deutschen Bundestags vom 01.02.2018, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw05-pa-hauptausschuss/538698>.

2 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 07.02.2018

3 Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drucksache 19/439, 16.01.2018; Gesetzentwurf der Fraktion der FDP, BT-Drucksache 19/425, 15.01.2018; Gesetzentwurf der Fraktion der AfD, BT-Drucksache 19/182, 06.12.2017; Gesetzentwurf der Fraktion die LINKE, BT-Drucksache 19/241, 12.12.2017; Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucksache 19/454, 17.01.2018, jeweils online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw05-pa-hauptausschuss/538698>.

4 BT-Drs. 19/586, Beschlussempfehlung des Hauptausschusses, 30.01.2018, online abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/005/1900586.pdf>.

nachweisen.<sup>5</sup> In den folgenden §§ unterscheidet das AufenthG zwischen dem Ehegattennachzug (§ 30 AufenthG), dem Kindernachzug (§ 32 AufenthG) sowie dem Elternnachzug (§ 36 Abs. 1 AufenthG) und dem Nachzug sonstiger Angehöriger in Härtefällen (§ 36 Abs. 2 AufenthG).<sup>6</sup>

Subsidiär Schutzberechtigte sind nach § 4 Abs. 1 AsylG Geflüchtete, denen in ihrem Herkunftsland ein ernsthafter Schaden droht. Darunter fallen z.B. die Verhängung der Todesstrafe, Folter oder unmenschliche Behandlung sowie eine ernsthafte individuelle Bedrohung für Leib oder Leben durch einen bewaffneten Konflikt.<sup>7</sup>

Nach § 104 Abs. 13 S. 1 AufenthG ist es Personen, die nach dem 17. März 2016 den subsidiären Schutz erhalten haben, bis zum 16. März 2018 nicht möglich, ihre Familien in Deutschland zusammenzuführen. Die Regelung setzt den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten damit für zwei Jahre pauschal aus, d.h. auch für Minderjährige und unabhängig davon, ob der Lebensunterhalt gesichert oder ausreichend Wohnraum nachgewiesen ist. Nach § 104 Abs. 13 S. 3 AufenthG bleiben die §§ 22 und 23 AufenthG unberührt. § 22 S. 1 AufenthG regelt, dass Nichtdeutsche aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen in Deutschland aufgenommen werden können.

Der Schwerpunkt des vorliegenden Gutachtens liegt auf den menschenrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus dem Völkerrecht ergeben, v.a. aus der UN-Kinderrechtskonvention (im Folgenden: UN-KRK) und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (auch Europäische Menschenrechtskonvention, im Folgenden: EMRK). Sie werden unter II. dargestellt. Ausführungen zum Europarecht werden nur kurz angerissen (III.). Unter IV. folgt eine vertiefte Darstellung des nationalen Rechts, insbesondere der verfassungsrechtlichen Aspekte sowie eine Einordnung der aktuellen Entscheidungen in den ersten verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren in Deutschland. Zum Abschluss folgt ein Fazit (V.)

---

5 § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG: „[...] von diesen Voraussetzungen [ist] abzusehen, wenn 1. der im Zuge des Familiennachzugs erforderliche Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels innerhalb von drei Monaten nach unanfechtbarer Anerkennung als Asylberechtigter oder unanfechtbarer Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder subsidiären Schutzes oder nach Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Absatz 4 gestellt wird und 2. die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft in einem Staat, der nicht Mitgliedstaat der Europäischen Union ist und zu dem der Ausländer oder seine Familienangehörigen eine besondere Bindung haben, nicht möglich ist.“

6 Vgl. hierzu ausführlich Marx, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, Handbuch, 6. Auflage, 2017, S. 378 ff., 474 ff.

7 S. ausführlich dazu unter IV.1.b)dd.ccc..

## II. Völkerrecht

Völkerrechtlichen Verträgen kommt in Deutschland nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. Normenhierarchisch stehen sie damit grundsätzlich unter dem Grundgesetz; allerdings ist das Grundgesetz völkerrechtsfreundlich auszulegen. So betont das Bundesverfassungsgericht (im Folgenden: BVerfG) regelmäßig, dass die Gewährleistungen der europäischen und internationalen Menschenrechtskonventionen als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes dienen.<sup>8</sup>

Es gibt zahlreiche Menschenrechtskonventionen, die Deutschland ratifiziert hat und die Verpflichtungen im Hinblick auf das Recht auf Familie enthalten. Die Überwachung und Einhaltung dieser Verträge obliegt bei den Menschenrechtskonventionen, die im Rahmen der Vereinten Nationen abgeschlossen wurden, den jeweiligen Fachausschüssen der Vereinten Nationen. Sie geben Empfehlungen und Stellungnahmen ab, z.B. auch im Rahmen des sog. Staatenberichtsverfahrens. Danach müssen die Vertragsstaaten regelmäßig zu der Umsetzung der menschenrechtlichen Verpflichtungen aus der jeweiligen UN-Konvention in ihrem Land berichten. Zum Abschluss des Verfahrens veröffentlicht der Fachausschuss in sog. Abschließenden Bemerkungen seine Empfehlungen an die Vertragsstaaten, damit sie die Verwirklichung der Menschenrechte verbessern.<sup>9</sup>

Die Überwachung und Einhaltung der EMRK obliegt dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR). Seine Urteile sind nach Artikel 46 Abs. 1 EMRK für die an dem Verfahren beteiligten Staaten verbindlich. Gleichzeitig entfalten sie auch für andere, nicht an dem Verfahren beteiligte Mitgliedstaaten eine Orientierungswirkung.<sup>10</sup>

### 1. Vereinte Nationen: Schwerpunkt UN-KRK

Von maßgeblicher Bedeutung ist vorliegend die UN-KRK, die Deutschland unterzeichnet und ratifiziert hat.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Allgemeinen Bemerkungen des UN-Ausschusses zur UN-KRK autoritative Auslegungen der Menschenrechte im Sinne der UN-KRK enthalten, die Richtschnur für die Umsetzung der Menschenrechtspflichten sind.<sup>11</sup>

Art. 1 UN-KRK definiert das Kind als „Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt.“

#### a) Art. 3 UN-KRK

Zentral in der UN-KRK ist der stets zu berücksichtigende Gesichtspunkt des Kindeswohls aus Art. 3 UN-KRK:

„(1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichwohl ob sie von öffentlichen oder

8 BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Rn. 32, juris; BVerfGE 74, 358 (370); BVerfG, Beschluss vom 23.03.2011, 2 BvR 882/09, Rn. 52, juris.

9 Vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, Glossar „Abschließende Bemerkungen“, online abrufbar unter: [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/service/glossar/?tx\\_contagged%5Bsource%5D=default&tx\\_contagged%5Buid%5D=605&cHash=b8848774df368a802e083f0c29ed490f](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/service/glossar/?tx_contagged%5Bsource%5D=default&tx_contagged%5Buid%5D=605&cHash=b8848774df368a802e083f0c29ed490f).

10 Vgl. Peters / Altwicker, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, 2012, § 37, Rn. 18, m.w.N..

11 Vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, Glossar „Allgemeine Bemerkungen“, online abrufbar unter: [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/service/glossar/?tx\\_contagged%5Bsource%5D=default&tx\\_contagged%5Buid%5D=604&cHash=05b4092ce9863585727509533ddc5f6f](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/service/glossar/?tx_contagged%5Bsource%5D=default&tx_contagged%5Buid%5D=604&cHash=05b4092ce9863585727509533ddc5f6f).

privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.

(3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.“

Die Vertragsstaaten der UN-KRK sind gem. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK dazu verpflichtet, bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, dem Kindeswohl als vorrangigem Gesichtspunkt Berücksichtigung zu schenken („Kindeswohlprinzip“). Zwar kann hieraus kein subjektives Recht auf eine positive Entscheidung abgeleitet werden – so gibt es wohl generell keinen unmittelbaren Anspruch auf einen voraussetzungslosen Kinder- oder Elternnachzug<sup>12</sup> –, aber das Kindeswohl muss bei Entscheidungsprozessen der nationalen Behörden sowie des Gesetzgebers eine wesentliche Leitlinie darstellen<sup>13</sup> und ist auch bei aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen zu berücksichtigen, die wesentliche Belange von Kindern betreffen.<sup>14</sup> Dies gilt auch für Entscheidungen über Anträge auf Einreise in ein Land und Entscheidungen, die die Familieneinheit betreffen. Bei diesen muss das Kindeswohl ein vorrangiger Gesichtspunkt sein und damit hohe Priorität haben.<sup>15</sup>

Es handelt sich bei Art. 3 Abs. 1 UN-KRK um eine self-executing-Norm, welche unmittelbar anwendbar ist.<sup>16</sup> Das Kindeswohl fungiert dabei als Ermessensleitlinie und als Abwägungsbelang mit entscheidender Bedeutung sowohl für den Gesetzgeber, als auch für Behörden und Gerichte, die Rechtsanwender sind und dafür Sorge tragen müssen, dass der Vorrang des Kindeswohls im innerstaatlichen Recht tatsächlich durchgesetzt wird.<sup>17</sup> Das Kindeswohl muss dabei nicht nur in den Entscheidungsprozess einfließen, sondern sich auch in der Gesetzes- oder Entscheidungsbegründung niederschlagen.<sup>18</sup>

12 Vgl. Schmahl, Kinderrechtskonvention, Kommentar, 2017, Art. 3, Rn. 21

13 Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, „Vereinbarkeit der Regelungen des Asylpakets II betreffend die Aussetzung des Familiennachzuges für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge mit der VN Kinderrechtskonvention (KRK)“, 19.02.2016, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/416608/6b721422cd6774314c8fbc11de359e32/wd-2-026-16-pdf-data.pdf>, S. 7; Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 4 m.w.N..

14 Vgl. Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 4; OVG Lüneburg, Urteil vom 18.01.2011, DVBl. 2011, S. 289ff.; BayVGh, Urteil vom 08.07.2011, BayVbl. 2012, S. 247ff..

15 Vgl. Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3 UN-Wanderarbeiterrechts-Ausschuss und Nr. 22 UN-Kinderrechtsausschuss, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16.11.2017, online abrufbar unter: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f3%2fCRC%2fC%2fGC%2f22&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f3%2fCRC%2fC%2fGC%2f22&Lang=en), Rn. 29; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, CRC/C/GC/14, 29.05.2013, online abrufbar unter: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqkirkQZLK2M58RF%2f5F0vEAXPu5AtSWvliDPBvwUDNUfn%2fyTqF7YxZy%2bkaw11KCljiE%2bul1sW0TSbyFK1MxqSP2oMIMyVrOBPKcB3YI%2fMB>, Rn. 60, 66.

16 Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 5; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, CRC/C/GC/14, a.a.O..

17 Vgl. Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 5, 6; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, CRC/C/GC/14, a.a.O.; Deutsches Institut für Menschenrechte, „Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am Montag, dem 20. März 2017, 13:30 Uhr im Innenausschuss des BT“, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/498370/457a37cf8bd8035e49efeb30acb2d1ff/18-4-807-d-data.pdf>, S. 11; Wissenschaftliche Dienste des BT, a.a.O., S. 11.

18 Vgl. Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 7 m.w.N..

Entscheidungen, die Kinder betreffen, sollten sich niemals an Mindestbedingungen oder Durchschnittserwartungen orientieren, sondern am bestmöglichen Optimum im Einzelfall.<sup>19</sup> Der UN-Kinderrechtsausschuss hat eine Liste mit sieben Leitlinien und Elementen zusammengestellt, mithilfe derer eine ausgewogene Abwägung im Hinblick auf das Kindeswohl und etwaige kollidierende Interessen Dritter möglich ist. Dazu zählen u.a.:

- die Sicht und der Wille des Kindes (Art. 12 UN-KRK);
- das größtmögliche Bestreben, die Familieneinheit zu wahren (Art. 5, 9, 18 und 20 UN-KRK);
- die besondere Verletzlichkeit des Kindes wegen seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, z.B. als Flüchtlingskind;
- das Recht des Kindes auf Gesundheit und körperliche Integrität (Art. 24 UN-KRK).<sup>20</sup>

Nach Art. 3 Abs. 2 UN-KRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormundes oder anderer verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind. Maßgeblich wird der Staat verpflichtet, allgemeine Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen für die Wahrung des Kindeswohls zu treffen.<sup>21</sup>

#### **b) Art. 10 UN-KRK**

Eine weitere relevante Norm ist Art. 10 Abs. 1 UN-KRK, wonach die Vertragsstaaten Anträge auf Familienzusammenführung von oder zu Kindern „wohlwollend, human und beschleunigt“ zu bearbeiten haben.

„(1) Entsprechend der Verpflichtung der Vertragsstaaten nach Artikel 9 Absatz 1 werden von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet. Die Vertragsstaaten stellen ferner sicher, dass die Stellung eines solchen Antrags keine nachteiligen Folgen für die Antragsteller und deren Familienangehörige hat.“

Damit wird die UN-KRK im besonderen Maße der Tatsache gerecht, dass es Lebenssituationen geben kann, in denen Kinder über Staatsgrenzen hinweg von ihren Eltern getrennt sind, ohne dass regelmäßiger persönlicher und unmittelbarer Kontakt möglich ist.<sup>22</sup> Der UN-Kinderrechtsausschuss betont, dass die Verpflichtung aus Art. 10 Abs. 1 UN-KRK gerade auch in Bezug auf unbegleitete ausländische Minderjährige zu beachten ist.<sup>23</sup> Hier müssen die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. So darf die Familie etwa nicht auf eine Familienzusammenführung im Herkunftsland verwiesen werden, die gegen das Kindeswohl verstößt, wenn eine Rückkehr ein Risiko für die Sicherheit des Kindes bedeutet.<sup>24</sup> Auch die bereits geleistete Integrationsleistung des Kindes im Aufnahmestaat muss berücksichtigt werden. Das Interesse eines Staates an einer Kontrolle der Immigration kann das Interesse des Kindes an einer Familienzusammenführung regelmä-

<sup>19</sup> Vgl. Schmah, a.a.O., Art. 3, Rn. 11.

<sup>20</sup> Vgl. Schmah, a.a.O., Art. 3, Rn. 11; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, a.a.O., Rn. 80 ff..

<sup>21</sup> Vgl. Schmah, a.a.O., Art. 3, Rn. 14.

<sup>22</sup> Vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am Montag, dem 20. März 2017, 13:30 Uhr im Innenausschuss des BT, a.a.O., S. 10.

<sup>23</sup> Vgl. Schmah, a.a.O., Art. 10, Rn. 9; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, CRC/GC/2005/6, 01.09.2005, online abrufbar unter: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsiQql8gX5Zxh0cQqSRzx6ZfXmRo9mdg35%2bm8BvAjgxjOPXPQUmY0uSjJNwpdL6bFpqljfu3aX2s6Yi1797MERXI29uw8wUJlTT3kCKSbL1T9>, Rn. 83 ff..

<sup>24</sup> Vgl. Schmah, a.a.O., Art. 10, Rn. 9; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, a.a.O., Rn. 82.



ßig nicht überwiegen.<sup>25</sup> Ein behördliches Streben nach Kosteneinsparung hat ebenfalls geringeres Gewicht.<sup>26</sup>

Die zweijährige Suspendierung des Familiennachzugs nach § 104 Abs. 13 AufenthG ist mit Blick auf Art. 10 UN-KRK in mehrfacher Hinsicht problematisch:

- die konventionsrechtliche Ermessenssteuerung läuft ins Leere, wenn die Suspendierung gar kein behördliches Ermessen einräumt;<sup>27</sup>
- die pauschale Aussetzung führt in der Praxis häufig zu einer Trennung der Kinder von den Eltern von etwa drei Jahren;
- die Härtefallklausel des § 22 S. 1 AufenthG ist auf Einzelfälle bezogen und damit ggf. nicht geeignet, den grundsätzlichen Regelanspruch des § 104 Abs. 13 AufenthG umzukehren;
- Die Härtefallklausel des § 22 AufenthG<sup>28</sup> wird bisher in der Praxis kaum angewandt;<sup>29</sup>
- die Unterscheidung zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten stellt allein auf die voraussichtliche Aufenthaltsdauer im Inland ab und bezieht die Wahrung der Familieneinheit zum Wohl des Kindes nicht mit ein.<sup>30</sup>

### c) Völkerrechtliche Leitlinien des UNHCR zur Bestimmung des Kindeswohls

Der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR) hat in seinen völkerrechtlichen Leitlinien von Mai 2008 festgestellt, dass Familiennachzug, wo immer er praktisch durchführbar ist, grundsätzlich so angesehen werden muss, dass er dem Kindeswohl dient.<sup>31</sup> Die Leitlinien richten sich maßgeblich an UNHCR-Mitarbeitende und -Partner und sollen Staaten bei der Anwendung der nationalen Systeme zum Kinderschutz helfen.<sup>32</sup>

## 2. Vereinte Nationen: weitere Übereinkommen

Es gibt weitere Menschenrechtsinstrumente auf der Ebene der Vereinten Nationen, die Deutschland unterzeichnet und ratifiziert hat und die das Recht auf Familie schützen. Sie sind als geltende Bundesgesetze im Sinne des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG verbindlich, für die Auslegung der Grundrechte heranzuziehen<sup>33</sup> und damit für die rechtliche Bewertung der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten ebenfalls relevant.

### a) UN-Zivilpakt

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (im Folgenden: UN-Zivil-

<sup>25</sup> Vgl. Schmahl, a.a.O., Art. 10, Rn. 9 m.w.N..

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, „Vereinbarkeit der Regelungen des Asylpakets II betreffend die Aussetzung des Familiennachzuges für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge mit der VN Kinderrechtskonvention (KRK)“, 19.02.2016, a.a.O..

<sup>28</sup> Nach § 22 AufenthG kann einem Ausländer für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

<sup>29</sup> Vgl. Zahlen zur Anwendungspraxis von § 22 AufenthG, unter Abschnitt IV.1.b)dd.eee..

<sup>30</sup> Vgl. Schmahl, a.a.O., Art. 10, Rn. 21 m.w.N..

<sup>31</sup> Völkerrechtliche Leitlinien des UNHCR zur Bestimmung des Kindeswohls, Mai 2008, online abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>.

<sup>32</sup> Völkerrechtliche Leitlinien des UNHCR zur Bestimmung des Kindeswohls, a.a.O., Einleitung, S. 10.

<sup>33</sup> S. Ausführungen unter II.

pakt) statuiert Rechte für alle Menschen und damit auch für Kinder.<sup>34</sup> Art. 23 Abs. 1 UN-Zivilpakt regelt das Recht auf Familie:

„Die Familie ist die natürliche Kernzelle der Gesellschaft und hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat.“

Kinder werden in einigen Vorschriften des UN-Zivilpaktes direkt oder indirekt erwähnt (vgl. Art. 6 Abs. 5, Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1, Art. 18 Abs. 4, Art. 23 Abs. 4 Satz 2 und Art. 24 UN-Zivilpakt).<sup>35</sup> Art. 24 UN-Zivilpakt knüpft direkt an die UN-KRK an<sup>36</sup>. Nach Art. 24 Abs. 1 UN-Zivilpakt hat jedes Kind ein Recht auf diejenigen Schutzmaßnahmen, die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert. Eine Diskriminierung z.B. hinsichtlich der nationalen Herkunft ist dabei nach dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 UN-Zivilpakt unzulässig.

## **b) UN-Sozialpakt**

Das Recht auf Familie ist als soziales Menschenrecht in Art. 10 Abs. 1 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (im Folgenden: UN-Sozialpakt) geschützt. Genauso wie der UN-Zivilpakt, statuiert der UN-Sozialpakt Rechte für alle Menschen und damit auch für Kinder. Einige Vorschriften des UN-Sozialpaktes beziehen sich unmittelbar oder mittelbar auf die Kinder, so auch Art. 10 Abs. 1 UN-Sozialpakt:

„Die Vertragsstaaten erkennen an,  
1. dass die Familie als die natürliche Kernzelle der Gesellschaft größtmöglichen Schutz und Beistand genießen soll, insbesondere [...] solange sie für die Betreuung und Erziehung unterhaltsberechtigter Kinder verantwortlich ist. [...]“

Erst kürzlich hat sich der UN-Sozialausschuss des Themas der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten in Deutschland angenommen. In seiner List of Issues vom 13. Oktober 2017 hat der Ausschuss die Bundesregierung dazu aufgefordert, zu der Aussetzung des Familiennachzugs und einer möglichen Verlängerung der Aussetzung Stellung zu nehmen.<sup>37</sup> Zuvor hatten das Deutsche Institut für Menschenrechte, ebenso wie die National Coalition Deutschland, terre des hommes und JUMEN e.V. im Rahmen des Forum Menschenrechte auf die gesetzliche Aussetzung des Familiennachzugs und ihre Auswirkung für die betroffenen Familien hingewiesen.<sup>38</sup>

## **c) UN-Frauenrechtskonvention**

Die Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten ist auch im Hinblick auf die Rechte von Frauen und Mädchen, die das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (im Folgenden: UN-Frauenrechtskonvention oder CEDAW) regelt, als problematisch anzusehen. Die UN-Frauenrechtskonvention ist das wichtigste völkerrechtliche Menschenrechtsinstrument für Frauen, die auch spezifische Kinderrechte enthält. Einige Bestimmungen beziehen sich ausdrücklich auf das Kindeswohl (vgl. Art. 5b, Art. 16 Abs. 1d und f UN-Frauenrechtskonvention).

34 Vgl. Schmahl, a.a.O., Einleitung, Rn. 10.

35 Ibid.

36 Ibid.

37 UN-Sozialausschuss, List of Issues in relation to the sixth periodic report of Germany, E/C.12/DEU/Q/6, 13.10.2017, online abrufbar unter: [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/PDF-Dateien/Pakte\\_Konventionen/ICESCR/icescr\\_state\\_report\\_germany\\_6\\_list\\_of\\_issues\\_\\_en.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/ICESCR/icescr_state_report_germany_6_list_of_issues__en.pdf).

38 Forum Menschenrechte, „List of Issues – TERRITORIAL OBLIGATIONS“, Juli 2017, online abrufbar unter: [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/DEU/INT\\_CESCR\\_CSS\\_DEU\\_28575\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/DEU/INT_CESCR_CSS_DEU_28575_E.pdf), sowie Deutsches Institut für Menschenrechte, „Submission to the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) for the List of Issues on the occasion of the examination of the 6th German State Report“, August 2017, online abrufbar unter: [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/DEU/INT\\_CESCR\\_IFL\\_DEU\\_28577\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/DEU/INT_CESCR_IFL_DEU_28577_E.pdf).

In seinen Abschließenden Bemerkungen<sup>39</sup> hat sich der Ausschuss zur UN-Frauenrechtskonvention gegenüber Deutschland besorgt gezeigt, dass die Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten eine negative Auswirkung auf Frauen und Mädchen haben kann und der Bundesregierung empfohlen, ihre Entscheidung zu überprüfen, den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten aufzuschieben „angesichts der Tatsache, dass [der Familiennachzug] ein bedeutender rechtlicher und sicherer Weg zur Sicherstellung von Integration ist, insbesondere für gefährdete Frauen und Mädchen.“<sup>40</sup>

### 3. Europarat: Schwerpunkt EMRK

Die EMRK und die hierzu ergangene Rechtsprechung des EGMR dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfe für die Bestimmung und Reichweite von Grundrechten.<sup>41</sup>

#### a) Art. 8 EMRK

„(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

In den letzten Jahren hat der EGMR über seine Rechtsprechung den Schutz der Menschenrechte in vielen Bereichen, gerade auch im Hinblick auf Kinderrechte, immer weiter gestärkt. So räumt der EGMR dem Kindeswohlprinzip einen hohen Stellenwert ein.<sup>42</sup> Dies wird besonders deutlich in den Urteilen Mugenzi gegen Frankreich<sup>43</sup> sowie Tanda-Muzinga gegen Frankreich.<sup>44</sup> In beiden Fällen betonte der EGMR, dass die nationalen Behörden dem Kindeswohl im Rahmen der Prüfung, ob der Eingriff in das Recht auf Familie verhältnismäßig ist, Vorrang einräumen müssen, wenn bei der Frage des Familiennachzugs Kinder betroffen sind.<sup>45</sup> Gleichzeitig nimmt er ausdrücklich auf den Inhalt von Art. 10 Abs. 1 UN-KRK Bezug, wonach Anträge wohlwollend, human und beschleunigt zu bearbeiten sind, und betont, dass das Ministerkomitee und der Menschenrechtskommissar des Europarats dies unterstützen.<sup>46</sup>

39 UN-Ausschuss zur UN-Frauenrechtskonvention, Abschließende Bemerkungen, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, 09.03.2017, online abrufbar unter: [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/PDF-Dateien/Pakte\\_Konventionen/CEDAW/cedaw\\_state\\_report\\_germany\\_7\\_8\\_2015\\_ConObs\\_2017\\_en.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CEDAW/cedaw_state_report_germany_7_8_2015_ConObs_2017_en.pdf)

40 Vgl. UN-Ausschuss zur UN-Frauenrechtskonvention, Abschließende Bemerkungen, 09.03.2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, nicht amtliche Arbeitsübersetzung des BMFSFJ, online abrufbar unter: <https://www.frauenrat.de/wp-content/uploads/2017/07/Abschlie%C3%9Fende-Bemerkungen-dt.pdf>; vgl. auch grundsätzlich Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3 UN-Wanderarbeiterrechts-Ausschuss und Nr. 22 UN-Kinderrechtsausschuss, a.a.O., Rn. 41.

41 BVerfG, Urteil vom 18.12.2008, NJW 2009, S. 1133ff. m.w.N.

42 Vgl. Menschenrechtskommissar des Europarats, Stellungnahme: „Issue Paper: Realising the right to family reunification of refugees in Europe“, Juni 2017, online abrufbar unter: <https://rm.coe.int/prems-052917-gbr-1700-realising-refugees-160x240-web/1680724ba0>, S. 21 ff..

43 EGMR, Mugenzi gegen Frankreich, Nr. 52701/09, 10.07.2014.

44 EGMR, Tanda-Muzinga gegen Frankreich, Nr. 2260/10, 10.07.2014.

45 EGMR, Mugenzi gegen Frankreich, Rn. 45; EGMR, Tanda-Muzinga gegen Frankreich, Rn. 67.

46 EGMR, Tanda-Muzinga gegen Frankreich, 10.07.2014, Rn. 43, 76.

Im Fall Tanda-Muzinga stellte der EGMR als sog. obiter dictum<sup>47</sup> fest, dass ein Anspruch auf Familiennachzug besteht, wenn dies das einzige Mittel ist, um das Familienleben wieder aufzunehmen.<sup>48</sup> In dem Fall war der aus dem Kongo stammende Vater in Frankreich als Flüchtling anerkannt worden und hatte vergeblich versucht, seine Kinder nachzuholen.

Im Fall El Ghatet gegen die Schweiz verlangte der EGMR, dass das Kindeswohl angemessen zu berücksichtigen sei, wenn es um den Familiennachzug eines minderjährigen Kindes zu seinen Eltern gehe. Art. 8 EMRK verlangt demnach, dass die nationalen Behörden und Gerichte das Kindeswohl in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen und sich dies in der Begründung ihrer Entscheidung angemessen niederschlägt.<sup>49</sup>

Ebenfalls wichtig im Hinblick auf die kinderrechtlichen Aspekte zum Thema Familiennachzug ist der Fall Jeunesse gegen die Niederlande.<sup>50</sup> Darin stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) fest und bezog sich in seiner Entscheidung ausdrücklich auf die UN-KRK und die Allgemeinen Bemerkungen des UN-Ausschusses zur UN-KRK.<sup>51</sup>

Der Fall Jeunesse gegen die Niederlande betraf eine Frau aus der ehemaligen niederländischen Kolonie Surinam, die 1997 mit einem Touristenvisum in die Niederlande eingereist und geblieben war. Sie heiratete einen ebenso aus Surinam stammenden Mann und das Paar bekam drei Kinder, die von Geburt an die niederländische Staatsangehörigkeit besaßen. Die Legalisierung des Aufenthalts der Mutter scheiterte jedoch und die Familie wurde auf ein gemeinsames Leben in Surinam verwiesen. Der EGMR stellte eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest. Zwar stünden einem Familienleben in Surinam keine unüberwindbaren Hindernisse entgegen, doch nur ein Zusammenleben in den Niederlanden entspräche dem Kindeswohl.<sup>52</sup>

Im Fall Sen gegen die Niederlande<sup>53</sup> hat der EGMR erstmals die Verpflichtung anerkannt, den Nachzug eines Kindes zu gestatten, das sich nie im Gaststaat der Eltern aufgehalten hatte. Dabei ging es um den Nachzug eines Kindes aus der Türkei zu seinen Eltern und den inzwischen geborenen Geschwisterkindern in die Niederlande. Der EGMR stellte dabei darauf ab, ob der Nachzug das angemessenste Mittel sei und stellte fest, dass die fehlende Bindung der weiteren in den Niederlanden geborenen Kinder zur Türkei ein ernstes Hindernis für eine dortige Herstellung der Familieneinheit darstellen würde. Dass die Eltern das Kind aus eigenen Stücken in der Türkei zurückgelassen hatten und es dort von Verwandten versorgt wurde, somit nicht auf sich allein gestellt war, spielte dagegen keine Rolle.<sup>54</sup>

Auch im Fall Tuquabo-Tekle gegen die Niederlande<sup>55</sup> bejahte der EGMR den Familiennachzug der Tochter. Die Mutter war aus dem Bürgerkrieg in Eritrea geflohen und fand in Norwegen Schutz. Ihren Sohn und ihre Tochter ließ sie bei Verwandten in Eritrea zurück; den Sohn konnte sie nach zwei Jahren nachholen, bei der Tochter hingegen gab es Schwierigkeiten. Später zogen Mutter und Sohn von Norwegen in die Niederlande, wo die Mutter heiratete, eine Niederlassungserlaubnis erhielt und zwei weitere Kinder bekam. Der EGMR

47 Lat. für „nebenbei Gesagtes“; Rechtsansicht eines Gerichts, die im entschiedenen Fall nicht entscheidungserheblich ist.

48 EGMR, Tanda-Muzinga gegen Frankreich, 10.07.2014, InfAuslR 2014, S. 407ff.

49 EGMR, El Ghatet gegen die Schweiz, 08.11.2016, NLMR 2016, S. 528ff., Leitsatz.

50 EGMR, Jeunesse gegen die Niederlande, 31.01.2006, EuGRZ 2006, S. 562ff..

51 EGMR, Jeunesse gegen die Niederlande, 31.01.2006, EuGRZ 2006, S. 562ff., Rn. 73, 74; vgl. Menschenrechtskommissar des Europarats, Stellungnahme: „Issue Paper: Realising the right to family reunification of refugees in Europe“, a.a.O., S. 23.

52 Vgl. Czech, „Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR“, EuGRZ 2017, S. 229, 234.

53 EGMR, Sen gegen die Niederlande, 21.12.2001, InfAusl. 2002, S. 334ff.

54 Vgl. Czech, a.a.O., S. 232ff..

55 EGMR, Tuquabo-Tekle gegen die Niederlande, 01.12.2005, InfAuslR. 2006, S. 105ff.

betonte, dass sich die Mutter um den Nachzug bemüht habe, sobald ihr Aufenthaltsstatus im Gaststaat ausreichend gefestigt war. Dass die Tochter in der Obhut eines Verwandten zurückgelassen worden war, bedeute keineswegs, dass die Hoffnung auf ein gemeinsames Familienleben aufgegeben worden wäre.<sup>56</sup> Der EGMR betonte, dass es Eltern, die vor einem Bürgerkrieg flüchteten, nicht vorgeworfen werden könne, wenn sie ihre Kinder zurücklassen oder im Zuge der Flucht von ihnen getrennt würden.<sup>57</sup> Auch hier war der Nachzug der Tochter das angemessenste Mittel zur Wiederherstellung des gemeinsamen Familienlebens. Die Tatsache, dass die Tochter bereits 15 Jahre alt und weniger abhängig von der Betreuung der Mutter war, gab keinen Anlass, den Fall anders zu entscheiden.<sup>58</sup>

Auch im Fall *Berisha gegen die Schweiz*<sup>59</sup> wurde auf das angemessenste Mittel für den Familiennachzug abgestellt. Der Nachzug der Söhne zu ihren in der Schweiz lebenden Eltern wurde nur deshalb verneint, weil diese (17 und 19 Jahre alt) solide soziale und sprachliche Bindungen in den Kosovo hatten, dort die Schule besucht hatten und ihre Großmutter sich um sie kümmern konnte.<sup>60</sup>

## **b) Stellungnahmen des Menschenrechtskommissars des Europarats**

Im Juni 2017 hat der Menschenrechtskommissar des Europarats eine ausführliche Stellungnahme zum Familiennachzug zu Geflüchteten in Europa veröffentlicht. Darin nimmt er u.a. auf die Vorschriften der UN-KRK Bezug (v.a. Art. 9, 10, 16, 22 Abs. 2 UN-KRK), aus der eine starke Berechtigung auf Familiennachzug für Kinder folge, und bezieht sich auf die einschlägigen Allgemeinen Bemerkungen des UN-Kinderrechtsausschusses.<sup>61</sup>

Er empfiehlt den Mitgliedstaaten – darunter auch Deutschland – ,

- sicherzustellen, dass das Kindeswohl in allen Entscheidungen zum Familiennachzug ein vorrangiger Gesichtspunkt ist und entsprechende Anträge positiv, human und zügig geprüft werden;
- Eltern und Geschwistern zu erlauben, zu unbegleiteten Minderjährigen nachzuziehen;
- Die Anträge bei unbegleiteten Minderjährigen nicht mit dem 18. Geburtstag zu beenden, sondern den besonderen Schutzbedarf von jungen Erwachsenen anzuerkennen, die als unbegleitete Minderjährige geflohen sind.<sup>62</sup>

Ende Oktober 2017 bekräftigte der Menschenrechtskommissar seine Stellungnahme in zwei Kommentaren. Danach sei die Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten in Deutschland fragwürdig und diskriminierend; eine Verlängerung nach dem Vorbild anderer europäischer Staaten verletzte die internationalen Menschenrechtsverpflichtungen.<sup>63</sup> Die Annahme, dass Personen mit subsidiärem Schutz nur für eine kurze Zeit in Europa bleiben würden, spiegelte oft nicht die Realität wider. Ihre temporäre Situation schlage wegen der anhaltenden Konflikte in der Welt häufig in eine permanente

<sup>56</sup> Vgl. *Czech*, a.a.O., S. 233.

<sup>57</sup> Vgl. *Czech*, a.a.O., S. 238.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> EGMR, *Berisha gegen die Schweiz*, 30.07.2013, NLMR 2013, S. 288ff.

<sup>60</sup> Vgl. *Czech*, a.a.O., S. 233f..

<sup>61</sup> Menschenrechtskommissar des Europarats, Issue paper/Stellungnahme: Realising the right to family reunification of refugees in Europe, a.a.O., S. 5, 19, 81, 82.

<sup>62</sup> Menschenrechtskommissar des Europarats, Stellungnahme: „Issue Paper: Realising the right to family reunification of refugees in Europe“, a.a.O, S. 7.

<sup>63</sup> Menschenrechtskommissar des Europarats, Kommentar “Ending restrictions on family reunification: good for refugees, good for host societies”, 26.10.2017, online abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/ending-restrictions-on-family-reunification-good-for-refugees-good-for-host-societies>; Menschenrechtskommissar des Europarats, Kommentar in der *Süddeutschen Zeitung*, 23.10.2017, „Eine Frage der Menschenwürde“, online abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/aussenansicht-eine-frage-der-menschenwuerde-1.3720677>.

um.<sup>64</sup> Die Restriktionen des Familiennachzugs vor Gericht anzugreifen sei sehr wichtig; jedoch bedeute dies nicht, dass die europäischen Staaten die Rechte von Geflüchteten im Bereich des Familiennachzugs einfach weiter einschränken sollten, bis Gerichte sie letztendlich zur Umkehr zwingen.<sup>65</sup> Vielmehr seien Gesetze und Maßnahmen, die im Bereich des Familiennachzugs zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten unterscheiden, zu überarbeiten und die Stellung von Kindern in den Familiennachzugsverfahren zu stärken.<sup>66</sup>

„Die Aufnahme von Flüchtlingen stellt zweifelsohne für die aufnehmende Gesellschaft eine komplexe Aufgabe dar, jedoch darf die Antwort auf die Flüchtlingskrise nicht Verstoß gegen internationale Menschenrechtsstandards sein. Statt die Aussetzung des Rechts auf Familiennachzug für subsidiär Schutzberechtigte zu verlängern, sollte die neue Bundesregierung die Einschränkungen, die 2016 erlassen wurden, aufheben und stattdessen flexible und schnelle Familienzusammenführungsverfahren gewährleisten.“

Es handelt sich hier sowohl um eine Frage der Rechtmäßigkeit, als auch des langfristigen Handelns und der Menschenwürde.“<sup>67</sup>

---

64 Ibid.

65 Ibid.

66 Menschenrechtskommissar des Europarats, Kommentar „Ending restrictions on family reunification: good for refugees, good for host societies“, a.a.O..

67 Menschenrechtskommissar des Europarats, Kommentar in der Süddeutschen Zeitung vom 23.10.2017, „Eine Frage der Menschenwürde“, a.a.O..

### III. Europarecht

Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV ist die Förderung des Schutzes von Kinderrechten eines der Ziele der EU.<sup>68</sup> Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (auch: EU-Grundrechtecharta, im Folgenden: EU-GRC) gilt für die Mitgliedstaaten, wenn es um die Durchführung des Rechts der Europäischen Union geht.<sup>69</sup> Sie enthält in Art. 7 eine Regelung zur Achtung des Privat- und Familienlebens und darüber hinaus in Art. 24 EU-GRC eine spezielle Norm zum Schutz der Rechte des Kindes. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon (2009) sind die Regelungen der EU-GRC über Art. 6 Abs. 1 EUV verbindlich und gehören zum EU-Primärrecht.<sup>70</sup>

In Art. 24 EU-GRC ist das Kindeswohlprinzip ausdrücklich verankert. Bemerkenswert ist, dass sich alle drei Absätze des Art. 24 EU-GRC an Bestimmungen der UN-KRK orientieren und eigenständige Partizipationsrechte des Kindes vorsehen.<sup>71</sup>

„(1) Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.

(2) Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

(3) Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.“

Im Hinblick auf das Thema des Familiennachzugs hat der EuGH 2012 in einem Urteil darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung von Anträgen auf Familienzusammenführung insbesondere die Interessen der betroffenen Kinder abgewogen und sachgerecht bewertet werden müssen.<sup>72</sup> Hintergrund des Urteils sind zwei Gerichtsverfahren in Finnland, in denen das nationale Gericht den EuGH mit Vorlagefragen befasst hat. In beiden Fällen ging es um die Aufenthaltserlaubnis für einen Ehegatten, der mit seiner Ehefrau und zwei Kindern in Finnland zusammengelebt hatte. Für ein Kind war der Ehemann und Vater sorgeberechtigt, das andere Kind besaß die Unionsbürgerschaft.

68 Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 16.

69 Vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC.

70 Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 3, 16.

71 Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 3, 16.

72 EuGH, Urteil vom 06.12.2012, C-356/11 (Obersatz).



## IV. Nationales Recht

### 1. Verfassungsrecht

Wie unter II. dargestellt dienen die Gewährleistungen der europäischen und internationalen Menschenrechtskonventionen als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Die oben genannten völkerrechtlichen Verpflichtungen im Hinblick auf das Recht auf Familie und Kinderrechte sind damit bei der Auslegung des Verfassungsrechts zu berücksichtigen. Besonders relevant ist Art. 6 GG, der das Recht auf Familie schützt.

Die nachfolgenden Ausführungen nehmen eine Grundrechtsprüfung von Art. 6 GG vor und untersuchen, inwiefern ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 6 GG vorliegt (a)), um sodann vertieft auf die Frage der Rechtfertigung (b)) einzugehen.<sup>73</sup> Im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung wird untersucht, ob der Eingriff in das Grundrecht einen legitimen Zweck verfolgt (aa.) und geeignet (bb.) und erforderlich (cc.) ist, um diesen Zweck zu erreichen. Dem folgt eine Untersuchung der Angemessenheit (dd.), die auf ausgewählte Aspekte näher eingeht: Kindeswohl (aaa.), Dauer der Trennung (bbb.), Unzumutbarkeit von Rückkehr und Besuchen (ccc.), Eigenverantwortlichkeit der Trennung (ddd.) und notwendige Prüfung des Einzelfalls (eee.).

#### a) Eingriff in den Schutzbereich

Die pauschale Aussetzung des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte gem. § 104 Abs. 13 AufenthG greift in das Recht auf ein familiäres Zusammenleben gem. Art. 6 Abs. 1 GG sowie in das sog. Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ein.

„(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

(2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. [...]“

Das Grundrecht auf Familie nach Art. 6 GG ist kein sogenanntes Deutschengrundrecht und gilt somit auch für Menschen ohne deutsche Staatsbürgerschaft.<sup>74</sup> Sowohl das in der Bundesrepublik lebende Familienmitglied, als auch der in die Bundesrepublik nachziehende Ausländer/innen sind von der möglichen aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkung erfasst.<sup>75</sup> Dabei ist unerheblich, ob die nachziehende Person sich räumlich schon auf dem Hoheitsgebiet befindet, sofern die Familie bereits besteht.<sup>76</sup>

73 Vgl. grundsätzlich zu der Thematik H. Heuser, Aussetzung des Familiennachzugs – ein Verstoß gegen das Grundgesetz? Der Familiennachzug zu subsidiär Geschützten und das Grundrecht auf Familie, Asylmagazin 4/2017, S. 125; Deutsches Institut für Menschenrechte, „Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am Montag, dem 20. März 2017, 13:30 Uhr im Innenausschuss des BT“, a.a.O., S. 4, 5; Gemeinsame Stellungnahme des Bevollmächtigten des Rates der EKD [...] und des Leiters des Kommissariats der Deutschen Bischöfe, Katholisches Büro in Berlin, 15.03.2017, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/498368/f5a62b4f472466a5fcc30aacb3473cf5/18-4-807-c-data.pdf>, S. 3; Rechtsanwalt T. Kliebe, Mitglied des Ausschusses Migrationsrecht des DAV, Sachverständigen-Stellungnahme, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/498368/f5a62b4f472466a5fcc30aacb3473cf5/18-4-807-c-data.pdf>, S. 2.

74 Epping/Hillgruber, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 44; Badura, in: Maunz/Düring, Grundgesetz, Kommentar, Stand: 12/2015, 76. EL, Art. 6, Rn. 63; BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, Rn. 83.

75 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, Rn. 89 ff..

76 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, 95.



Eine aktuell gelebte familiäre Lebensgemeinschaft ist nach Art. 6 Abs. 1 GG vor Eingriffen durch den Staat ebenso geschützt, wie der Wunsch der Familienangehörigen, eine aktuell getrennte Lebensgemeinschaft wiederherzustellen.<sup>77</sup>

## **b) Rechtfertigung**

Die Rechtfertigung eines Eingriffs in ein Grundrecht setzt voraus, dass mit dem Eingriff ein legitimer Zweck verfolgt wird (aa.). Die gewählten Mittel müssen außerdem geeignet (bb.) und erforderlich (cc.) sein, den zu gewährleistenden öffentlichen und privaten Belangen in dem notwendigen Umfang Rechnung zu tragen. Zudem muss das Maß der den Einzelnen treffenden Belastung noch in einem angemessenen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen stehen (dd.). § 104 Abs. 13 AufenthG erfüllt diese Anforderungen nicht, wie im Folgenden dargelegt wird, und verstößt gegen Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG.

### **aa. Legitimer Zweck**

Der Zweck des am 17.03.2016 in Kraft getretenen § 104 Abs. 13 AufenthG lag laut Gesetzesbegründung vom 16.02.2016 in der allgemeinen Zuwanderungssteuerung im Interesse der Aufnahme- und Integrationssysteme in Staat und Gesellschaft. Im Gesetzentwurf wird dazu ausgeführt, dass „[d]ie hohe Zahl der Asylsuchenden eine hohe Zahl von Anträgen auf Familiennachzug erwarten [lässt]. Der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten soll im Interesse der Aufnahme- und Integrationssysteme in Staat und Gesellschaft ...“ und zur „... besseren Bewältigung der aktuellen Situation [...] ausgesetzt werden.“<sup>78</sup> Dies erscheint auf den ersten Blick legitim.

### **bb. Geeignetheit der Regelung**

Das Mittel der zeitweisen Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten ist zur Erreichung einer Zuwanderungsbegrenzung im Interesse der Aufnahme- und Integrationssysteme und einer besseren Bewältigung der Zuwanderung jedoch schon nicht geeignet. Denn die Sorge der in Deutschland lebenden betroffenen Personen mit subsidiärem Schutzstatus um ihre Angehörigen hindert die Integration. Die Konzentration auf das Leben in Deutschland und die damit verbundenen Herausforderungen und Notwendigkeiten wie Spracherwerb, Schulbildung, (Weiter-) Qualifizierung oder Arbeitsplatzsuche fällt vielen Betroffenen äußerst schwer. Die Aussetzung wirkt in dieser Hinsicht integrationshemmend. Die Bundesregierung geht bei unbegleiteten ausländischen Minderjährigen selbst davon aus, dass sich der Nachzug der Eltern grundsätzlich positiv auf die Integration des Kindes oder Jugendlichen auswirkt.<sup>79</sup>

Sie führt zudem – insbesondere bei den betroffenen unbegleiteten Minderjährigen – zu enormen psychischen Belastungen, die in vielen Fällen behandlungsbedürftig sind.

Zudem hält die Regelung des § 104 Abs. 13 AufenthG Schutzsuchende – trotz der hohen Kosten und der teilweise drohenden Lebensgefahr – nicht davon ab, dann auf irregulärem Wege in Sicherheit und zu ihren Familien zu gelangen. Im Gegensatz zu einem geregelten Familiennachzug über das Visumsverfahren erfolgt der Nachzug dann ungeordnet und unkontrolliert.

77 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.01.2002, 2 BvR 231/00, Rn. 22, juris.

78 BT-Drs. 18/7538, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren, online abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/075/1807538.pdf>, S. 1f.,

79 BT-Drs. 18/9133, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Sevim Dagdelen, Jan Korte, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE vom 08.07.2016, online abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/091/1809133.pdf>, Antwort auf Frage 25, S. 21, 22.

### cc. Erforderlichkeit der Regelung

Die Aussetzung des Familiennachzugs ist zur Entlastung der Aufnahme- und Integrationssysteme, welche mit der Zuwanderungsbegrenzung bezweckt wird, auch nicht erforderlich. Die mittlerweile ausgeweiteten Aufnahmekapazitäten gewährleisten die grundrechtskonforme Aufnahme der Familienmitglieder. Die neugeschaffenen Aufnahmeeinrichtungen sind momentan nur zu einem geringen Anteil ausgelastet und die Zugangszahlen sind wieder kalkulierbar.<sup>80</sup> Auch ist die Zahl der Asylsuchenden insgesamt gesunken: Reisten 2015 noch 890.000 Menschen nach Deutschland ein, um einen Asylantrag zu stellen, waren es im Jahr 2016 nur noch 280.000 und im Jahr 2017 nur noch 186.644 Asylsuchende.<sup>81</sup> Zudem ist davon auszugehen, dass die Zahl der Personen, die bei Auslaufen der Regelung des § 104 Abs. 13 AufenthG den Anspruch hätten, zu ihren Familienangehörigen in Deutschland nachzuziehen, deutlich geringer ist als zunächst vermutet. Das Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung (IAB) schätzt die Zahl auf 50.000 bis 60.000 Personen.<sup>82</sup>

Dem Gesetzgeber standen mildere, die Familien weniger belastende Mittel als die Aussetzung des Familiennachzugs zur Verfügung. Eine Alternative hätte darin bestanden, die gesellschaftlichen und staatlichen Aufnahme- und Integrationssysteme zu stärken. Jedenfalls wäre es grundrechtsschonender gewesen, zumindest Minderjährige von der Aussetzung auszunehmen, wie dies der Referentenentwurf vom 19.11.2015, 23:57 Uhr zunächst vorgesehen hatte.<sup>83</sup> Danach sollte der sogenannte privilegierte Familiennachzug nach § 29 Abs. 2 AufenthG für zwei Jahre ausgesetzt werden, jedoch u.a. der Elternnachzug zu unbegleiteten Minderjährigen mit subsidiärem Schutz nach § 36 Abs. 1 AufenthG weiter anwendbar bleiben. Der Nachzug der Eltern wäre integrationsfördernd für die minderjährigen Kinder und würde somit auch die Integrationssysteme entlasten.

### dd. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit)

Der beschriebene Zweck der Zuwanderungsbegrenzung steht außer Verhältnis zu dem gleichzeitig bewirkten intensiven Grundrechtseingriff.

Bei der Ablehnung des Visumsantrags eines Elternteils für den Nachzug zu seinem minderjährigen Kind wird in jeweils zwei Grundrechte (Recht auf familiäre Lebensgemeinschaft gem. Art. 6 Abs. 1 GG und Recht auf Erziehungsgemeinschaft (sog. Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) von zwei Grundrechtsträgern (Elternteil und Kind) eingegriffen. Das gegenläufige Interesse des Staates, aus migrationspolitischen Gründen eine Person nicht einreisen bzw. nachziehen zu lassen, ist ungleich geringfügiger. Das BVerfG erkannte mehrmals an, dass einwanderungspolitische Belange insbesondere dann zurückgedrängt werden, wenn eine Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und seinem Kind nur in der Bundesrepublik Deutschland gelebt werden kann.<sup>84</sup>

80 Vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, „Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am Montag, dem 20. März 2017, 13:30 Uhr im Innenausschuss des BT“, a.a.O., S. 6; UNHCR, Schreiben an den BT vom 17.03.2017, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/498564/2e1985d931e244b34face6c2868f58c1/18-4-816-data.pdf>, S. 1.

81 BMI, Pressemitteilung vom 16.01.2018, online abrufbar unter: [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2018/01/asylantraege-2017.pdf;jsessionid=D9053F0ADBDA1F041F25AEC635EBD425.1\\_cid295?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2018/01/asylantraege-2017.pdf;jsessionid=D9053F0ADBDA1F041F25AEC635EBD425.1_cid295?__blob=publicationFile&v=2).

82 Online-Magazin des IAB, Beitrag von Herbert Brücker, 19.10.2017, online abrufbar unter: <https://www.iab-forum.de/familiennachzug-150-000-bis-180-000-ehepartner-und-kinder-von-gefluechteten-mit-schutzstatus-leben-im-ausland/?pdf=5323>.

83 BMI, Referentenentwurf, „Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren“, Bearbeitungsstand: 19.11.2015 23:57 Uhr, online abrufbar unter: [http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/AsylG-neu\\_191115.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/AsylG-neu_191115.pdf).

84 BVerfG, Urteil vom 05.06.2013, 2 BvR 586/13, Rn. 21, juris; BVerfG, Urteil vom 08.12.2005, 2 BvR 1001/04, Rn. 19, juris; BVerfGK 7, 49 (56); BVerfG, 2 BvR 1935/05, NVwZ 2006, S. 683; BVerfGE 80, 81 (95).

### aaa. Berücksichtigung des Kindeswohls

Nach den obigen Ausführungen unter II. und III. hat der Gesetzgeber das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen. Bei der Aussetzung des Familiennachzugs wurden für Minderjährige keine Ausnahmen vorgesehen. Vielmehr sind der Elternnachzug und auch der Kindernachzug ausdrücklich von der Aussetzung umfasst. Zwar sind Härtefälle i.S.d. § 22 AufenthG nicht ausgeschlossen, jedoch werden die Voraussetzungen des § 22 S. 1 AufenthG in der Praxis sehr streng gehandhabt.<sup>85</sup> Erstmals im November 2017 erging eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin (im Folgenden: VG Berlin), die auf das Kindeswohl des in Deutschland lebenden Minderjährigen abstellt.<sup>86</sup> Zumindest bis dahin wurde in der Verwaltungspraxis auf die aufzunehmende Person abgestellt, welche sich in einer derartigen Sondersituation befinden muss, dass ein Eingreifen zwingend erforderlich und es gerechtfertigt ist, sie – im Gegensatz zu anderen Ausländern in vergleichbarer Lage – aufzunehmen. Dabei musste die Aufnahme des Schutzsuchenden im konkreten Einzelfall ein Gebot der Menschlichkeit sein.<sup>87</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die gesetzlich vorgesehene Aussetzung des Familiennachzugs darüber hinaus dem Gebot einer beschleunigten Bearbeitung diametral entgegensteht; dies ist ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1 UN-KRK<sup>88</sup> und damit auch für die Beurteilung des Kindeswohls nach Art. 3 UN-KRK relevant, da die pauschale Aussetzung keine Abwägung im Sinne des Kindeswohls zulässt.

### bbb. Dauer der tatsächlichen Trennung

Eine zweijährige generelle Aussetzung des Familiennachzugs, also auch des Elternnachzugs zu unbegleiteten Minderjährigen, ist jedenfalls unverhältnismäßig, da der Zeitraum insbesondere in Addition mit dem Verwaltungsverfahren unangemessen lang ist und jede Aufrechterhaltung der Trennung von Kindern und ihren Familien das Recht auf Familie und Erziehung gem. Art. 6 GG unangemessen beeinträchtigt. Eine „Wartezeit“ zusätzlich zur allgemeinen Bearbeitungsdauer durch die Verwaltung ist bei Kindern erst recht als unangemessen einzustufen. Kinder haben zusätzlich zum allgemeinen Recht auf Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG, das Recht auf Erziehung durch die Eltern nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Beide Rechte tragen wegen der Wichtigkeit für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes einen unantastbaren Kern der Menschenwürde in sich.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Familiennachzug im Mai 1987 festgestellt, dass hinsichtlich des Erfordernisses einer dreijährigen Ehebestandszeit der aus Art. 6 GG folgenden staatlichen Pflicht zum Schutz und Förderung von Ehe und Familie nicht hinreichend Rechnung getragen wurde.<sup>89</sup>

„Die Dauer der Wartezeit für einen [Familien-]Nachzug muss sich [...] im Rahmen dessen halten, was dem Schutz- und Förderungsgebot des Art. 6 GG noch angemessen ist. Dieser Rahmen wird durch das Erfordernis einer Wartezeit von drei Jahren erheblich überschritten.“,

so das BVerfG.<sup>90</sup> In der Entscheidung des BVerfG ging es um ein Ehepaar, d.h. um erwachsene Personen und deren familiäre Trennung. Dabei wäre es dem in Deutschland lebenden

<sup>85</sup> S. dazu ausführlich unter IV.1.b) ddd.eee..

<sup>86</sup> S. dazu ausführlicher unter IV.2.

<sup>87</sup> Vgl. BMI, Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz, Abschnitt 22.1.1.1, online abrufbar unter: [http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwwvbund\\_26102009\\_MI31284060.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwwvbund_26102009_MI31284060.htm).

<sup>88</sup> Vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, „Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am Montag, dem 20. März 2017, 13:30 Uhr im Innenausschuss des BT“, a.a.O., S. 1.

<sup>89</sup> BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, Rn. 103, 140, 145, juris.

<sup>90</sup> Ibid.

Ehegatten jederzeit möglich gewesen, Deutschland zu verlassen und die familiäre Lebensgemeinschaft im Herkunftsland Türkei wieder herzustellen. Auch der EGMR hält die Verfahrensdauer zum Familiennachzug von fünf, dreieinhalb beziehungsweise vier Jahren für unverhältnismäßig lang.<sup>91</sup> Die Aussetzung nach § 104 Abs. 13 AufenthG verstößt demnach gegen Art. 6 GG: Sie betrifft nicht nur Ehegatten, sondern auch Kinder, die sich entweder unbegleitet bereits in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, oder Kinder, die sich allein oder mit einem Elternteil noch im Herkunftsland oder einem Drittland aufhalten. Die Trennung beträgt faktisch oft drei Jahre oder noch länger und ist damit insbesondere für Kinder nicht überschaubar und unzumutbar.<sup>92</sup>

### **ccc. Unzumutbarkeit von Rückkehr und Besuchen**

Bei der Abwägung ist weiterhin zu berücksichtigen, ob die familiäre Lebensgemeinschaft nicht mehr im Herkunftsland oder in einem Drittland gelebt werden kann. Das BVerfG hat mehrfach anerkannt, dass einwanderungspolitische Belange gegenüber den familiären Schutz zurück treten müssen, wenn die familiäre Lebensgemeinschaft nur in Deutschland hergestellt werden kann.<sup>93</sup> Auch der EGMR hat mehrfach betont, dass die Verpflichtung des Staates besteht, den Familiennachzug zu gewähren, wenn der Familiennachzug das angemessenste Mittel ist oder aber unüberwindbare Hindernisse für ein gemeinsames Familienleben im Herkunftsland oder in einem anderen Land bestehen, so dass der Familiennachzug das einzige Mittel für die Wiederherstellung der Familieneinheit darstellt.<sup>94</sup>

Der subsidiäre Schutz wird nach § 4 AsylG zuerkannt, wenn die Person „stichhaltige Gründe für die Annahme vorgebracht hat, dass [ihr] in [ihrem] Herkunftsland ein ernsthafter Schaden droht. Als ernsthafter Schaden gilt: 1. die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, 2. Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder, 3. eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts“. Wenn also durch die Vergabe des subsidiären Schutzstatus anerkanntermaßen im Herkunftsstaat ein solcher ernsthafter Schaden droht, ist eine dortige Wiederherstellung der Familieneinheit nicht möglich.

Subsidiär Schutzberechtigte haben gem. § 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG einen Anspruch auf eine einjährige Aufenthaltserlaubnis. Davon, dass die meisten von ihnen länger als ein Jahr in Deutschland bleiben werden, gingen zwischenzeitlich auch die deutschen Behörden aus: Die Ausländerbehörde Berlin erteilte subsidiär Schutzberechtigten bislang direkt eine Aufenthaltserlaubnis für dreieinhalb Jahre.<sup>95</sup> Auch dies zeigt, dass es Personen mit subsidiärem Schutzstatus für lange Zeit unzumutbar ist, in ihr Herkunftsland zurückzukehren und die familiäre Lebensgemeinschaft dort zu führen.<sup>96</sup>

91 Vgl. Czech, a.a.O., S. 240 m.w.N..

92 Vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, „Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am Montag, dem 20. März 2017, 13:30 Uhr im Innenausschuss des BT“, a.a.O., S. 4, 5; Gemeinsame Stellungnahme des Bevollmächtigten des Rates der EKD [...] und des Leiters des Kommissariats der Deutschen Bischöfe, Katholisches Büro in Berlin, 15.03.2017, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/498368/f5a62b4f472466a5fcc30aacb3473cf5/18-4-807-c-data.pdf>, S. 3; Rechtsanwalt T. Kliebe, Mitglied des Ausschusses Migrationsrecht des DAV, Sachverständigen-Stellungnahme, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/498368/f5a62b4f472466a5fcc30aacb3473cf5/18-4-807-c-data.pdf>, S. 2.

93 BVerfG, Beschluss vom 10.05.2008, 2 BvR 588/08, Rn. 16, juris; BVerfG, Beschluss vom 05.06.2013, 2 BvR 586/13, Rn. 13, juris; BVerfG, Beschluss vom 08.12.2005, 2 BvR 1001/04, Rn. 19, juris.

94 Vgl. Czech, a.a.O., S. 235f. m.w.N..

95 S. Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin, Stand: 01.06.2017, Abschnitt 26.1., <https://www.berlin.de/lab0/willkommen-in-berlin/service/downloads/artikel.274377.php>.

96 Vgl. Rechtsanwalt T. Kliebe, Sachverständigen-Stellungnahme, a.a.O., S. 3.

### **ddd. Eigenverantwortliche Trennung**

Nach den obigen Ausführungen zur Rechtsprechung des BVerfG sowie des EGMR kann dem familiären Interesse auch nicht entgegengehalten werden, die Betroffenen hätten die Trennung eigenverantwortlich herbeigeführt, da die Trennung in der Regel unter lebensbedrohlichen Bedingungen oder auf der Flucht erfolgte.<sup>97</sup>

### **eee. Notwendige Prüfung des Einzelfalls**

Der pauschale Ausschluss vom Familiennachzug für subsidiär Geschützte steht nicht im Einklang mit Art. 6 GG, Art. 8 EMRK sowie Art. 3 und 10 UN-KRK.<sup>98</sup>

Zwar eröffnet § 104 Abs. 13 S. 3 AufenthG die Möglichkeit der Anwendung der Härtefallregelung des § 22 AufenthG, jedoch ist die bisherige Anwendungspraxis zu Härtefällen nicht geeignet, die familiären Interessen und das Kindeswohl im Einzelfall angemessen zu berücksichtigen. Denn der Prüfungsmaßstab des § 22 AufenthG unterscheidet sich von der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die im Rahmen der Familienzusammenführung erfolgen muss. § 22 S. 1 AufenthG setzt einen völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Grund voraus. Diese Voraussetzungen entsprechen nicht ohne weiteres den Anforderungen, die an die Angemessenheit eines Ausschlusses vom Familiennachzug zu stellen sind.

Laut Bundesregierung orientiert sich die Entscheidung über eine Aufnahme aus dringenden humanitären Gründen vor allem an der Lebenssituation der zurückgebliebenen Familienangehörigen an ihrem derzeitigen Aufenthaltsort: „Eine Aufnahme nach § 22 S. 1 AufenthG kommt nach den Verwaltungsvorschriften allein in Fällen einer humanitären Notlage in Betracht, die sich von den Lebensumständen im Aufenthaltsland deutlich abhebt und aus der eine dringende Gefahr für Leib und Leben des Betroffenen folgt. Die konkrete Situation der aufzunehmenden Person muss sich dabei als „singuläres Einzelschicksal“ darstellen, das sich von vergleichbaren Situationen durch die Intensität und den Grad der Gefährdung unterscheidet. Die Aufnahme aus humanitären Gründen setzt darüber hinaus u.a. voraus, dass ein besonders enger Bezug zu Deutschland und ggfs. Anknüpfungspunkte an ein bestimmtes Bundesland, z.B. durch dort lebende Familienangehörige oder frühere Aufenthalte in Deutschland, gegeben sind.“<sup>99</sup>

Die restriktive Handhabung des § 22 AufenthG zeigt sich eindrucksvoll an dem Umstand, dass im Jahr 2017 nur 66 Anträge auf ein Visum auf der Grundlage des § 22 AufenthG erteilt wurden. Ein Visumsverfahren wurde in weiteren 113 Fällen eingeleitet, in 117 Fällen wurde ein Sondertermin für eine persönliche Anhörung in der Botschaft vergeben.<sup>100</sup> Diese Zahlen sind im Vergleich zu den in Deutschland lebenden betroffenen subsidiär Schutzberechtigten extrem niedrig: 2016 erhielten insgesamt 153.700 Menschen subsidiären Schutz, 2017 waren es 98.074 Personen.<sup>101</sup>

Hinzu kommt ein wenig bekanntes, schwer verständliches und intransparentes Verfahren über eine E-Mail-Adresse beim Auswärtigen Amt, um einen Härtefallantrag nach § 22

---

97 S. o.

98 Vgl. Helene Heuser, Aussetzung des Familiennachzugs – ein Verstoß gegen das Grundgesetz? Der Familiennachzug zu subsidiär Geschützten und das Grundrecht auf Familie, Asylmagazin 4/2017, S. 125 (128), m.w.N..

99 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten U. Jelpke, F. Tempel, K. Steinke, J. Wunderlich und der Fraktion DIE LINKE vom 10.03.2017, BT-Drs. 18/11473, online abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/114/1811473.pdf>, Antwort auf Frage 23, S. 20.

100 Vgl. Antwort des Auswärtigen Amtes auf die schriftliche Anfrage der Abgeordneten U. Jelpke vom 06.12.2017, online abrufbar unter: <http://www.ulla-jelpke.de/wp-content/uploads/2017/12/SF-Nr.11-263-H%C3%A4rtef%C3%A4lle-22-Familiennachzug-u-VisaMdB-Jelpke.pdf>.

101 Vgl. BAMF, Asylgeschäftsstatistik, Bilanz 2017 vom 16.01.2018, abrufbar unter: <http://www.bamf.de/SharedDocs/Meldungen/DE/2018/20180109-asylgeschaeftsstatistik-dezember.html>.

AufenthG überhaupt stellen zu können.<sup>102</sup> Selbst für ausgebildete Jurist/innen ist nicht nachvollziehbar, warum ein Antrag ausschließlich beim Auswärtigen Amt gestellt werden können soll, während für alle anderen Visa die Botschaften zuständig sind und die fristwahrende Anzeige gem. § 29 Abs. 2 AufenthG auch bei der Ausländerbehörde erfolgen kann.

Zudem soll das Verfahren beim Auswärtigen Amt lediglich eine „Vorprüfung“ darstellen, was rechtsstaatliche Bedenken aufwirft. Denn bei einem negativen Ausgang der „Vorprüfung“ haben die Betroffenen keine Möglichkeit, diese Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen, da kein rechtsmittelfähiger Bescheid erlassen wird.

Damit dürfte für die betroffenen Familien nur in wenigen Ausnahmefällen die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung des § 104 Abs. 13 AufenthG unter Anwendung des § 22 AufenthG bestehen. Vor dem VG Berlin hat es bislang erst eine einzige Entscheidung gegeben, die zugunsten der Familie ausgegangen ist. Eine der hohen Bedeutung des Grundrechts aus Art. 6 GG einerseits und der großen Zahl der Betroffenen andererseits gerecht werdende Lösung ist die Härtefallregelung nach § 22 AufenthG nicht.

Abgesehen von dem Verweis auf § 22 AufenthG eröffnet § 104 Abs. 13 AufenthG den Behörden kein Ermessen zur Berücksichtigung der familiären Belange und des Kindeswohls. Dies ist von dem weiten Gestaltungsspielraum, welchen der Gesetzgeber bei aufenthaltsrechtlichen Regelungen hat, nicht mehr gedeckt. Denn die Behörden haben stets die verfassungs- und menschenrechtliche Pflicht, die familiäre Bindung und das Kindeswohl bei ausländerrechtlichen Entscheidungen mit zu berücksichtigen und anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen (s.o.). Die Regelung des § 104 Abs. 13 AufenthG ermöglicht dies – trotz der Regelung des § 22 AufenthG – nicht und ist daher unverhältnismäßig.

Im Verhältnis dazu kommt dem migrationspolitischen Ziel der Zuzugsbegrenzung eine ungleich geringere Bedeutung zu, insbesondere wenn das Fehlen der Geeignetheit sowie der Erforderlichkeit mit einbezogen wird.<sup>103</sup>

## **2. Aktuelle Entscheidungen in verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Verfahren**

Die grund- und menschenrechtlichen Fragen im Hinblick auf die Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten haben bislang zu wenigen gerichtlichen Entscheidungen in Deutschland geführt. Zwei davon sollen im Folgenden näher beleuchtet werden. Zum einen gibt es einen ablehnenden Beschluss des BVerfG vom 11. Oktober 2017 im Rahmen eines Eilverfahrens. Zum anderen hat das VG Berlin mit Urteil vom 7. November 2017 die Bundesregierung zur Erteilung eines Visums verpflichtet.

### **a) Beschluss des BVerfG vom 11. Oktober 2017<sup>104</sup>**

Am 11. Oktober 2017 hat sich das BVerfG erstmals zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten geäußert und lehnte den Eilantrag einer syrischen Flüchtlingsfamilie ab.<sup>105</sup> Das Verfahren wurde begleitet von JUMEN e.V.. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit

---

102 Vgl. A. Schmitt, S. Muy, Arbeitshilfe „Aufnahme aus dem Ausland“ beim Familiennachzug, Juni 2017, online abrufbar unter: <http://www.asyl.net/arbeitshilfen-publikationen/arbeitshilfen-zum-aufenthalts-und-fluechtlingsrecht/arbeitshilfe-familiennachzug.html>.

103 S. o.

104 Vgl. hierzu auch Stellungnahme des JUMEN e.V., 13. Oktober 2017, online abrufbar unter: <https://jumen.org/news/>, sowie A. Kessler/S. Krause, Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, Asylmagazin 12/2017, S. 461 ff..

105 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des 2. Senats vom 11. Oktober 2017, 2 BvR 1758/17.



der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten nach § 104 Absatz 13 AufenthG entschied das BVerfG nicht.

In dem Fall ging es um den Eilantrag auf Familiennachzug zu einem 17-jährigen Syrer, welcher nur den subsidiären Schutz erhalten hatte. Damit galt für ihn die gesetzliche Regelung des § 104 Absatz 13 AufenthG. Das BVerfG stellte fest, dass die dem Eilantrag zugrunde liegende Verfassungsbeschwerde zum aktuellen Zeitpunkt weder von vornherein unzulässig, noch offensichtlich unbegründet ist. Denn:

„In der Hauptsache wäre voraussichtlich zu klären, ob die Regelung des § 104 Abs. 13 AufenthG, nach der ein Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten bis zum 16. März 2018 nicht gewährt wird, mit Art. 6 Abs. 1 GG in Einklang steht.“ (Rn. 12)

Damit äußerte sich das BVerfG zwar nicht zu der Verfassungsmäßigkeit der Aussetzung des Familiennachzugs, ließ aber durchblicken, dass dies eine rechtlich noch ungeklärte Frage ist, über die es in der Hauptsache entscheiden könnte. Bedeutsam kann in diesem Zusammenhang sein, inwieweit ein Härtefall nach § 22 Abs. 1 AufenthG berücksichtigt wurde, insbesondere wenn die Härte durch Umstände in der in Deutschland lebenden Person begründet ist (Rn. 13).

Ob die derzeitige restriktive Anwendungspraxis zu § 22 AufenthG<sup>106</sup> einer verfassungskonformen Auslegung von § 104 Abs. 13 AufenthG entgegensteht, ließ das BVerfG jedoch offen. Im Hinblick auf die maßgeblichen Kriterien für das Vorliegen der Voraussetzung von § 22 AufenthG machte das BVerfG jedenfalls deutlich, dass gerade auch die Situation der in Deutschland subsidiär schutzberechtigten Person mit zu berücksichtigen ist. Damit erteilte das BVerfG der bisherigen Praxis des Auswärtigen Amtes eine Absage, wonach auf das Einzelschicksal der nachziehenden Personen abgestellt wurde.<sup>107</sup>

Um den Fall zu entscheiden, wog das BVerfG – wie in Eilverfahren üblich – die Folgen ab, die aus seiner Sicht mit einer Ablehnung bzw. einer Annahme des Eilantrags eintreten würden. Das BVerfG erkannte auf der einen Seite, dass bei einer Ablehnung des Antrags das Recht des 17-jährigen auf ein gemeinsames Familienleben endgültig vereitelt werde. Es sei aber zu berücksichtigen, dass dieses Recht nur noch für wenige Tage bestehe. Auf der anderen Seite stellte das BVerfG fest, dass eine Annahme des Antrags die Einreise nach Deutschland für die Familie des 17-jährigen bedeuten würde. Dies müsste dann auch für alle anderen Fälle des Familiennachzugs zu Minderjährigen mit subsidiärem Schutz gelten, was im Ergebnis einer Aussetzung des Vollzugs der gesetzlichen Regelung gleichkäme. Die jeweiligen Nachteile würden zwar in etwa gleichgewichtig gegenüber stehen. Mit Blick auf die Gewaltenteilung müsse das BVerfG jedoch zurückhaltend sein, wenn es um die Aussetzung eines Gesetzes geht.

#### **b) Urteil des VG Berlin vom 7. November 2017<sup>108</sup>**

Mit Urteil vom 7. November 2017 hat das VG Berlin erstmals seit der Aussetzung des Familiennachzuges im März 2016 die Bundesrepublik Deutschland dazu verpflichtet, ein Visum zum Familiennachzug zu einem Minderjährigen zu erteilen. Es ging dabei um den Nachzug einer syrischen Familie zu ihrem 16-jährigen Sohn und Bruder, der in Deutschland den subsidiären Schutz erhalten hatte.<sup>109</sup> Dabei stellt das Gericht ausdrücklich auf das Kindeswohl ab, dem im Rahmen einer völkerrechtskonformen Auslegung des § 22 AufenthG und des Grundgesetzes im Lichte der UN-KRK besonderes Gewicht zukomme. Dabei

<sup>106</sup> Im Einzelnen hierzu siehe Beitrag von Anna Schmitt und Sebastian Muy im Asylmagazin 6/2017, S. 217-222.

<sup>107</sup> S. o. Schreiben AA vom 17.03.2017

<sup>108</sup> Vgl. hierzu auch die Pressemitteilung des JUMEN e.V., 13.12.2017, online abrufbar unter: <http://archive.newsletter2go.com/?n2g=d9mqa3iv-e9eco0he-ep3>.

<sup>109</sup> VG Berlin, Urteil vom 7. November 2017, VG 36 K 92.17 V.

kommt es zu dem Ergebnis, dass die vorübergehende Aussetzung des Familiennachzuges von zwei Jahren zwar grundsätzlich einer verfassungsrechtlichen Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit standhalte, eine ausnahmslose Aussetzung des Familiennachzuges jedoch verfassungsrechtlich bedenklich sei. Das Gericht bezieht sich dabei ausdrücklich auf den oben genannten Beschluss des BVerfG vom 11. Oktober 2017 und betont, dass in Einzelfällen § 22 AufenthG unter Berücksichtigung des Kindeswohls des im Bundesgebiet lebenden Kindes auszulegen sei (Urteil, S. 13 ff.).

In dem konkreten Fall sah das Gericht das Kindeswohl als erheblich und akut gefährdet und damit die Voraussetzungen für einen Härtefall nach §22 AufenthG als gegeben an. Der in Deutschland lebende 16-jährige Junge war nachweislich psychisch erkrankt. Er leidet zum einen unter einer Posttraumatischen Belastungsstörung aufgrund der Kriegs- und Fluchterfahrungen und zum anderen unter einer sekundären mittelgradigen depressiven Episode durch die Trennung von seiner Familie. Zudem war mit großer Wahrscheinlichkeit mit einer zunehmenden psychischen Destabilisierung und Dekompensation sowie mit einer Chronifizierung der Symptomatik zu rechnen, wenn die Trennung der Familie weiter bestehen würde. Suizidgedanken bestanden jedoch keine. Die Zusammenführung mit der Familie erachtete das Gericht als dringend notwendig.

Zu begrüßen ist, dass das Gericht auch über den Nachzug der Geschwisterkinder gem. § 22 AufenthG positiv entschied.<sup>110</sup> Denn ein für das in Deutschland lebende Kind entlastender und stabilisierender familiärer Rahmen könne nicht entstehen, wenn die jüngeren Geschwister durch seine „Schuld“ nun ihrerseits ohne Eltern in Bürgerkriegsverhältnissen zurückbleiben müssten. Eine erzwungene Trennung der Geschwister stehe im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.

Die eingelegte Berufung des Auswärtigen Amtes wurde nach nur wenigen Tagen zurückgenommen. Inzwischen hat das Urteil des VG Berlin Rechtskraft erlangt.

---

<sup>110</sup> Vgl. grundsätzlich zu dem Thema C. Hörich, „Die vergessenen Kinder: Gutachten zum Geschwisternachzug“, November 2017, online abrufbar unter: [https://www.savethechildren.de/fileadmin/user\\_upload/downloads\\_dokumente/Berichte\\_Studien/2017/Die\\_vergessenen\\_Kinder\\_Gutachten\\_zum\\_Geschwisternachzug\\_Nov2017.pdf](https://www.savethechildren.de/fileadmin/user_upload/downloads_dokumente/Berichte_Studien/2017/Die_vergessenen_Kinder_Gutachten_zum_Geschwisternachzug_Nov2017.pdf).



## V. Fazit

Das Thema der Aussetzung des Familiennachzugs ist im Februar 2018 in der politischen Auseinandersetzung um eine restriktive Migrationspolitik und vor dem Hintergrund der Bildung einer neuen Regierung aktueller denn je.

Dabei verstößt nach den Ausführungen dieses Gutachtens bereits die bisherige Aussetzung des Familiennachzugs nach § 104 Abs. 13 AufenthG gegen geltende Grund- und Menschenrechte. Betroffen sind vor allem Art. 6 GG (Recht auf Familie), Art. 8 EMRK sowie Art. 3 und 10 UN-KRK. Dies ändert auch der Verweis auf die Härtefallklausel nach § 22 AufenthG nicht. Eine Verlängerung der Aussetzung über die bestehenden zwei Jahre hinaus ist erst recht als nicht vereinbar mit Grund- und Menschenrechten und insbesondere dem Kindeswohl einzuschätzen.

Deutschland geriet im Jahr 2017 bereits mehrfach wegen der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten in den Blick internationaler Menschenrechts-gremien. So mahnte der Menschenrechtskommissar des Europarats Deutschland und alle europäischen Staaten an, Gesetze und Maßnahmen zu überarbeiten, die zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten im Bereich des Familiennachzugs unterscheiden und die Stellung von Kindern in den Familiennachzugsverfahren zu stärken.<sup>111</sup> Ebenfalls äußerte sich der Fachausschuss zur UN-Frauenrechtskonvention in seinen Abschließenden Bemerkungen gegenüber Deutschland besorgt und hat der Bundesregierung empfohlen, im Hinblick auf die bereits geltende Aussetzung des Familiennachzugs ihre Entscheidung zu überprüfen.<sup>112</sup> Zuletzt hat der UN-Sozialausschuss im Oktober 2017 die Bundesregierung dazu aufgefordert, zu der Aussetzung des Familiennachzugs und einer möglichen Verlängerung dieser Regelung Stellung zu nehmen.<sup>113</sup>

Auch die nationalen Fachgerichte sowie das Bundesverfassungsgericht sind aktuell mit dem Thema befasst. Die Verfassungsmäßigkeit von § 104 Abs. 13 AufenthG hielt das BVerfG bereits im Oktober 2017 für klärungsbedürftig.<sup>114</sup> Es ist insofern äußerst zweifelhaft, ob eine Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs über März 2018 hinaus einer verfassungsmäßigen Überprüfung standhalten wird. Aktuell sind mehrere Verfahren vor dem BVerfG anhängig, zum Beispiel der eines 12-jährigen Jungen, der seit zweieinhalb Jahren von seiner Mutter getrennt leben muss. JUMEN e.V. begleitet die Verfahren.

Für staatliche Stellen, d.h. für jede Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Justiz folgt aus den in diesem Gutachten untersuchten grund- und menschenrechtlichen und vor allem kinderrechtlichen Verpflichtungen folgendes:

- Das Kindeswohl ist eine wesentliche Leitlinie für Entscheidungsprozesse. Sobald eine Entscheidung Kinder betrifft, ist die Auswirkung für die kinderrechtliche Situation zu prüfen und dem Kindeswohl im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Vorrang einzuräumen. Dies galt bereits bei der gesetzlichen Neuregelung des § 104 Abs. 13 AufenthG im Jahr 2016 sowie bei der Entscheidung am 1. Februar 2018, die Aussetzung des Familiennachzugs zu verlängern. Relevant wird dies ebenfalls bei der vorgesehenen Neuregelung ab August 2018.
- Problematisch ist, dass die immer wieder diskutierte Unterscheidung zwischen Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten allein auf die voraussichtliche Aufenthaltsdauer in Deutschland abstellt und die Wahrung der Familieneinheit zum Wohle des

111 Vgl. unter II.3.b).

112 Vgl. unter II.2.c).

113 Vgl. unter II.2.b).

114 Vgl. unter IV.2.a).

Kindes nicht mit einbezieht. Dies ist vor allem für Menschen problematisch, die aus einem Land kommen, in dem auf absehbare Zeit keine Besserung im Hinblick auf die Sicherheitslage vor Ort in Sicht ist.

- Der Verweis auf die Härtefallklausel des § 22 S. 1 AufenthG ist kein Vorbild und nicht geeignet, das nötige behördliche Ermessen herbeizuführen, da sie von ihrer Konzeption her auf wenige Einzelfälle bezogen ist und die Praxis der vergangenen zwei Jahre gezeigt hat, dass sie dementsprechend nur äußerst geringe Anwendung in besonderen Ausnahmefällen findet. Problematisch ist zudem, dass es Betroffene sehr schwer haben, überhaupt behördliches bzw. gerichtliches Gehör zu finden.
- Die Gesetzgebung muss berücksichtigen, dass den Behörden ein Ermessen einzuräumen ist, da ansonsten die menschenrechtlich gebotene Ermessenssteuerung ins Leere läuft. Vor dem Hintergrund ist auch eine Begrenzung, wie die im Sondierungspapier vorgesehene Zahl von 1.000 Personen im Monat, mit Grund- und Menschenrechten, insbesondere dem Kindeswohl, nicht vereinbar.
- Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1987 ergibt sich im Hinblick auf die Dauer der Trennung von Familien, dass eine Wartezeit von drei Jahren bei Ehegatten den Rahmen der Angemessenheit weit überschreitet. Im Hinblick auf die Bedeutung des Kindeswohls dürften bei Minderjährigen strengere Maßstäbe gelten. Die Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs über zwei Jahre hinaus ist auch insofern als mit Grund- und Menschenrechten nicht vereinbar anzusehen.

Der Bundestagsbeschluss vom 1. Februar 2018 hat nicht nur gezeigt, dass einer möglichen neuen Regierung der politische Wille fehlt, den Verpflichtungen zur Umsetzung der verbindlich geltenden Grund- und Menschenrechte nachzukommen. Sie ist zudem bereit, die Grund- und Menschenrechte sehenden Auges zur Disposition zu stellen und damit in Kauf zu nehmen, dass Menschen – und insbesondere Kinder – in ihren Rechten verletzt werden.





Deutsches Kinderhilfswerk e. V.

Leipziger Straße 116-118  
10117 Berlin  
Fon: +49 30 308693-0  
Fax: +49 30 308693-93  
E-Mail: [dkhw@dkhw.de](mailto:dkhw@dkhw.de)  
[www.dkhw.de](http://www.dkhw.de)

Mitglied im

---



ISBN 978-3-922427-16-2