



**Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.**

Fachbereich Rechtswissenschaft  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht  
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht  
Fach 116, Universitätsstraße 10  
D-78464 Konstanz  
daniel.thym@uni-konstanz.de

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des  
Hauptausschusses des Deutschen Bundestags  
am Montag, den 29. Januar 2018 über**

**Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU zur Verlängerung der Aussetzung  
des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten,  
[BT-Drs. 19/439](#) v. 16.1.2018,**

**Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion der AfD zur Änderung des  
Aufenthaltsgesetzes, [BT-Drs. 19/182](#) v. 6.12.2017 und**

**Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion der FDP zur Änderung des  
Aufenthaltsgesetzes, [BT-Drs. 19/425](#) v. 15.1.2018,**

**Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE zur Änderung  
des Aufenthaltsgesetzes – Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten,  
[BT-Drs. 19/241](#) v. 12.12.2017,**

**Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Familiennachzug auch zu  
subsidiär Schutzberechtigten ermöglichen, [BT-Drs. 19/454](#) v. 17.1.2018.**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Hauptausschusses. Meine Stellungnahme zeigt zuerst, dass keineswegs feststeht, was eine eventuelle Rückkehr zum Status quo ante bedeutete, weil sich die Rechtslage in den letzten Jahren mehrfach änderte (I.). Sodann erinnere ich an die doppelte Funktion der Grundrechte im öffentlichen Diskurs, der häufig nicht zwischen justiziablen Vorgaben und politischen Zielsetzungen unterscheidet (II.). Auf dieser Grundlage werden sodann die Vorgaben der europäischen, nationalen und internationalen Grundrechte präsentiert, die – entgegen der vielfach getätigten Behauptung – dem Gesetzgeber einen Spielraum belassen, der freilich nicht absolut ist und dessen Reichweite nur bestimmt werden kann, wenn man auch die Details betrachtet (III.). Gleiches gilt für die Kinderrechtskonvention, deren öffentliche Wahrnehmung im aktuellen Diskurs nicht zuletzt an einer missverständlichen deutschen Übersetzung leidet (IV). Während die Grundrechte dem Gesetzgeber materielle Schranken setzen, sind das EU-Recht und der Gleichheitssatz nicht betroffen (V. und VI). Abschließend sind die Konsequenzen für die aktuellen Gesetzesentwürfe und künftige Vorhaben aufzuzeigen (VII.).

<b>I. Vielfalt der Regelungsansätze in den letzten Jahren .....</b>	<b>3</b>
<b>II. Vorbemerkung: Grundrechte im öffentlichen Diskurs .....</b>	<b>3</b>
<b>III. Grundrechtliche Verpflichtungen .....</b>	<b>5</b>
1. Kein Grundrecht auf Familienzusammenführung .....	5
2. Notwendige Einzelfallbetrachtung .....	7
3. Kriterien für die Einzelfallbetrachtung .....	8
a. Bindung an die beteiligten Staaten .....	9
b. Familiäre Bindung und Alter der Kinder .....	9
c. Kindeswohl .....	9
d. Integrationsleistungen im Zielstaat .....	9
e. Lebensunterhalt .....	10
f. Straftaten .....	10
g. Migrationssteuerung .....	11
h. Mögliche Zusammenführung im Ausland .....	11
i. Bewusste Trennung .....	12
j. Besondere Situation von Flüchtlingen .....	12
4. BVerfG-Entscheidung von 1987 .....	14
5. Genfer Flüchtlingskonvention .....	15
<b>IV. Kinderrechtskonvention .....</b>	<b>15</b>
1. Missverständliche deutsche Übersetzung .....	16
2. Kindeswohl als Teil der Güterabwägung .....	16
3. „Wohlvollende“ Verfahrensgestaltung .....	17
<b>V. Richtlinie 2003/86/EG .....</b>	<b>18</b>
<b>VI. Gleichheitssatz .....</b>	<b>19</b>
<b>VII. Folgen für aktuelle und künftige Gesetzgebungsverfahren .....</b>	<b>19</b>

## I. Vielfalt der Regelungsansätze in den letzten Jahren

Traditionell gehört der Familiennachzug zu den bedeutsamsten Migrationskanälen, über den in den Vereinigten Staaten, Kanada oder Australien ein großer Anteil an Migranten ins Land kommt. Demgemäß sind die Regeln über den Familiennachzug auch in klassischen Einwanderungsländern immer auch ein Instrument der Migrationssteuerung.<sup>1</sup> Gleiches gilt für die jüngere deutsche Migrationsgeschichte, weil der Familiennachzug nach dem Anwerbestopp 1973 dazu führte, dass im beachtlichen Umfang neue Zuwanderer nach Deutschland kamen. Der Familiennachzug war ein Grund, warum die Gastarbeiteranwerbung sich in den 1980er Jahren zu einer dauerhaften Einwanderung verstetigte.<sup>2</sup> Angesichts dieser **Bedeutung des Familiennachzugs** überrascht es nicht, dass die Große Koalition zur Hochzeit der Flüchtlingskrise im Winter 2015/16 die Zuwanderung über einen ausgesetzten Familiennachzug zu steuern versuchte und die Sondierungspartner CDU, CSU und SPD dieses Thema erneut aufgriffen. Unabhängig davon, ob man einen Familiennachzug politisch befürwortet oder nicht, sollte man sich bewusstmachen, dass eine jede Regelung greifbare Auswirkungen auf die Zahl der Neuzugänge sowie den Integrationsprozess haben wird. Dies gilt für Familienangehörige von Personen, die bereits im Land sind, ebenso wie für die Migrationsentscheidung künftige Neuzuwanderer. Der Familiennachzug ist immer eine zentrale Stellschraube der Migrations- und Integrationspolitik.

Die anstehende Neuregelung ist nicht die erste Änderung in den vergangenen Jahren. Tatsächlich war der nahezu bedingungslose Familiennachzug, der mit dem sog. Asylpaket II zu Beginn des Jahres 2016 für zwei Jahre ausgesetzt wurde,<sup>3</sup> erst wenige Monate zuvor eingeführt worden. Ein Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten konnte **bis Juli 2015** „**nur aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen** oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ erlaubt werden.<sup>4</sup> Prinzipiell musste auch der Lebensunterhalt der gesamten Familie gesichert sein und ausreichender Wohnraum zur Verfügung stehen.<sup>5</sup> Eine Option, auf einen **gesicherten Lebensunterhalt und ausreichenden Wohnraum** zu verzichten, wurde, soweit ersichtlich, erst 2013 eingeführt, als für die Aufenthaltserlaubnis bei subsidiärem Schutz eine neue Rechtsgrundlage eingeführt wurde.<sup>6</sup> Damals

<sup>1</sup> Im Überblick SVR, Unter Einwanderungsländern, Jahresgutachten 2015, S. 52-60.

<sup>2</sup> Siehe *Ulrich Herbert*, Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland, 2001, S. 232 ff.

<sup>3</sup> Siehe § 104 Abs. 13 i.d.F. d. G. v. 11.3.2016, [BGBl. 2016 I 390](#).

<sup>4</sup> So bis heute § 29 Abs. 3 S. 1 AufenthG, der bis zum G. v. 27.7.2015, [BGBl. 2015 I 1386](#), subsidiär Schutzberechtigte umfasste, die zwischen 2013 und 2015 eine Aufenthaltserlaubnis nach Art. 25 Abs. 2 S. 1 Alternative 2 AufenthG erhielten und zuvor eine nach § 25 Abs. 3 AufenthG.

<sup>5</sup> § 29 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 AufenthG erfasst den subsidiären Schutz erst infolge d. G. v. 27.7.2015, ebd.

<sup>6</sup> Vgl. die Regelung nunmehr in § 25 Abs. 2 AufenthG durch G v. 28.8.2013, [BGBl. 2013 I 3474](#), die bewirkte, dass der heutige § 29 Abs. 2 S. 1 (nicht: S. 2) auch den subsidiären Schutz erfasste.

wurde auch niedergelegt, dass die Ehegatten von subsidiär Schutzberechtigten keine einfachen Deutschkenntnisse besitzen müssen<sup>7</sup> und unbegleitete Minderjährige ihre Eltern leichter nachholen können.<sup>8</sup>

*Hinweis: eine frühere Version der Stellungnahme hatte bei der Gesetzgebungsgeschichte einen Fehler enthalten, der vor der mündlichen Anhörung korrigiert wurde.*

Für die aktuelle Debatte folgt hieraus, dass es um keine binäre Entscheidung zwischen einem bedingungslosen Familiennachzug sowie einer vollständigen Aussetzung gehen muss. Anstelle eines Alles-oder-Nichts sind abgestufte Regelungsmodelle denkbar, die sich ggfls. auch an der früheren Rechtslage orientieren können. Zudem zeigt der Rückblick, dass die verbreitete juristische und politische Kritik in der Gegenwart in einem merklichen Kontrast zur früheren Rechtslage steht. Die **frühere Rechtslage ist ein Indiz, dass abgestufte Nachzugsrechte mit den Grundrechten vereinbar** sein können. Aus juristischen Datenbanken ist nicht ersichtlich, dass der bis ins Jahr 2015 konditionierte Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten vor höheren Gerichtsinstanzen oder in der wissenschaftlichen Literatur zu nachhaltigen Streitigkeiten geführt hätte.

Dies gilt nicht zuletzt für die Rechtslage der Jahre 2005-13, als ein Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten nur aufgrund von § 29 Abs. 3 S. 1 AufenthG möglich war, dessen Wortlaut im Kern mit der Härtefallklausel des § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG übereinstimmt, die auch aktuell einen Nachzug „aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen“ zulässt – auch wenn diese identischen Tatbestandsmerkmale in den Verwaltungsvorschriften unterschiedlich interpretiert werden und für § 29 großzügiger ausgestaltet sind als im Fall des § 22.<sup>9</sup> Hieraus ergibt sich für den Gesetzgeber die Option, so eine **in der praktischen Handhabung großzügigere Härtefallklausel** gewünscht sein sollte, sich an der alten Rechtslage zu orientieren, indem man künftig auf § 29 anstelle von § 22 verweist, wobei – je nach politischer Präferenz – der Umfang der Lebensunterhaltssicherung angepasst werden könnte, der bei § 29 Abs. 3 prinzipiell verlangt wird und dessen Fehlen auch im Rahmen des § 22 Abs. 1 AufenthG negativ zu berücksichtigen ist.<sup>10</sup> Ein Rückgriff auf § 29 hätte den systematischen Vorteil, dass die Norm den Familiennachzug zu regeln bezweckt, während § 22 an sich humanitäre Aufnahmen von Einzelpersonen bzw. Gruppen erlauben möchte und daher aus nachvollziehbaren Gründen restriktiver ausgestaltet ist.

<sup>7</sup> § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AufenthG erfasst eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 f., nicht jedoch nach Abs. 3, der bis Ende 2013 als Rechtsgrundlage bei subsidiärem Schutz diente, vgl. ebd.

<sup>8</sup> § 36 Abs. 1 AufenthG erfasst gleichfalls nur § 25 Abs. 1 f.; wenn die Begründung für das G v. 28.8.2013, ebd., gemäß [BT-Drs. 17/13063](#) v. 15.4.2013, S. 24 ausführte, dass sich beim Familiennachzug nichts ändere, traf dies jdfls. insoweit nicht zu, weil § 29 Abs. 3 S. 1 den Rückgriff auf § 36 Abs. 1 AufenthG nicht erfasste.

<sup>9</sup> Nr. 29.3.1.1, 22.1.1.2 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG v. 26.10.2009, GMBI. 2009, S. 878.

<sup>10</sup> Vgl. § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG sowie Nr. 22.1.4 der Verwaltungsvorschrift, ebd.; zur Einordnung siehe Kay Hailbronner, AusIR-Kommentar, 42./94. EL, 2005/16, § 22 AufenthG Rn. 10, 12, § 29 AufenthG Rn. 14 ff.

## II. Vorbemerkung: Grundrechte im öffentlichen Diskurs

In der öffentlichen Diskussion wird derzeit häufig betont, dass das Familienleben menschenrechtlich geschützt sei. Dies stimmt und dennoch bleibt die Diskussion häufig unbefriedigend, weil derartige pauschale Aussagen leicht überspielen, dass die Menschenrechte **im öffentlichen Diskurs unterschiedliche Funktionen** erfüllen. Einerseits beschränken sie das staatliche Handeln durch rechtliche Grenzziehungen, die im Zweifel vor Gericht durchgesetzt werden können. Andererseits gehören die Menschenrechte nicht nur den Juristen. Sie dienen zugleich als eine Projektionsfläche über Vorstellungen vom guten Leben und von einer gerechten Gesellschaft. Vereinfacht kann man die beiden Bedeutungsebenen sprachlich abstufen, indem man **zwischen den Menschenrechten als „Rechtsnorm“ und „Wert“ unterscheidet**. Während der rechtliche Gehalt zum täglich Brot der Juristen gehört, öffnet die Wertedimension den Diskurs für moralische Positionierungen, die in einer pluralen Gesellschaft immer umstritten sein werden.

Für das Verfassungsrecht ist diese Gemengelage von Recht und Moral nicht ungewöhnlich und bezeichnet dennoch eine Gefahr des Menschenrechtsdiskurses, der dazu neigt, politische Fragen zu moralischen Grundsatzfragen zu erklären. Dies ist im gewissen Umfang unausweichlich, zeitigt jedoch negative Auswirkungen, wenn man **legitime politische und moralische Argumente für den Familiennachzug**, wie sie etwa von den Kirchen vorgebracht werden, **vorschnell mit gerichtlich durchsetzbaren Handlungsgrenzen gleichschließt**. Eine moralische Menschenrechtspolitik, die über gerichtlich durchsetzbare Vorgaben hinausgeht, muss argumentativ überzeugen und kann die eigene Überzeugungskraft nicht durch einen Verweis auf die Autorität einer richterlichen Grundrechtspraxis ersetzen, die diese ausweislich der nachfolgenden Ausführungen zumeist nicht stützt. Innerhalb der zwingenden Grundrechtsstandards ist Politik immer auch der Streit um die richtige Antwort mit Sachargumenten, den das Verfassungsrecht nicht ersetzt.<sup>11</sup>

## III. Grundrechtliche Verpflichtungen

### 1. Kein Grundrecht auf Familienzusammenführung

Der Position der Gerichte nähert man sich am besten, indem man sich bewusstmacht, dass der Schutz des „Familienlebens“ keinen individuellen Anspruch beinhalten muss, eine „*Familienzusammenführung*“ in einem bestimmten Land zu ermöglichen. So beginnen die Urteile des **Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)** seit über drei Jahrzehnten mit der standardisierten Formel, dass Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) „nicht so ausgelegt werden kann, dass die Vertragsstaaten der unbedingten Verpflichtung unterliegen, die freie Wahl des ehelichen Wohnsitzes anzuerkennen

<sup>11</sup> Die vorstehenden Passagen entstammen modifiziert dem Artikel *Daniel Thym, Grenzen des Familiennachzugs*, [Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 18.1.2018, S. 6](#).

und hierfür einen Gebietszugang zu ermöglichen.“<sup>12</sup> Pointiert fand sich derselbe Gedanken zuletzt in einem Urteil der Großen Kammer des Straßburger Menschenrechtsgerichtshofs aus dem Jahr 2014: „Die Konvention gibt ausländischen Staatsangehörigen nicht das Recht, in ein bestimmtes Land einzureisen oder dort zu leben.“<sup>13</sup>

Dem folgte der **Gerichtshof der Europäischen Union** (EuGH) in Luxemburg, als dieser in einer Grundsatzentscheidung im Jahr 2006 eine Nichtigkeitsklage des Europäischen Parlaments gegen einzelne Bestimmungen der Familienzusammenführungs-Richtlinie 2003/86/EG zurückwies, die sich unter anderem gegen eine optionale, bis zu dreijährige Wartefrist für den Familiennachzug sowie die erschwerte Einreise von Kindern, die älter als 15 Jahre sind, wandten.<sup>14</sup> Der EuGH wies beide Vorwürfe zurück, weil das EU-Grundrecht auf Familieneinheit nicht verletzt sei.<sup>15</sup> Artikel 7 der EU-Charta der Grundrechte (GRCh) besitzt dieselbe Reichweite wie Artikel 8 EMRK.<sup>16</sup>

Nichts Anderes gilt für das **Bundesverfassungsgericht** (BVerfG). In einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1987, die eine dreijährige Wartefrist zum Ehegattennachzug zu türkischen Staatsangehörigen für verfassungswidrig erklärte und auf die noch näher einzugehen sein wird, heißt es, dass dem „besonderen Schutz“, der Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG zukommt, kein individuelles Nachzugsrecht zu entziehen sei.<sup>17</sup> Mittelbar bekräftigt wurde dies im Oktober 2017 durch eine Kammerentscheidung, die den Eilantrag eines 17-jährigen Syriers zurückwies, weil nicht feststehe, dass der ausgesetzte Familiennachzug gegen das Grundgesetz verstoße.<sup>18</sup>

Gestützt wird diese Linie auch vom **Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte** (IPbpR), dessen – nicht rechtsverbindliche – Interpretation durch den Menschenrechtsausschuss grundsätzlich dem EGMR folgt, wenn auch mit einer weniger intensiven Willkür- bzw. Verhältnismäßigkeitskontrolle.<sup>19</sup> Schließlich gewährleistet auch die **Kinderrechtskonvention** (KRK) – entgegen einer verbreiteten Behauptung – nach deren Handhabung durch die deutschen und europäischen Gerichte keinen generellen Anspruch. Dies wird nachfolgend unter Verweis auf einschlägige Urteile sowie die missverständliche deutsche Übersetzung der Konvention gesondert darzulegen sein.

<sup>12</sup> EGMR, Urt. v. 28.5.1985, [Nr. 9214/80](#) u.a., *Abdulaziz u.a. gegen UK*, Ziff. 68, eigene Übersetzung.

<sup>13</sup> EGMR, Urt. v. 3.10.2014, [Nr. 12738/10](#), *Jeunesse gegen Niederlande*, Rn. 100; eigene Übersetzung.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 8 UAbs. 2 sowie Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86/EG, die freilich für subsidiär Schutzberechtigte nach Art. 2 Buchst. b, Art. 3 Abs. 2 Buchst. c nicht gilt.

<sup>15</sup> Siehe EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, [EU:C:2006:429](#), Rn. 59, 61-64, 103-107.

<sup>16</sup> Vgl. EuGH, *McB.*, C-400/10 PPU, [EU:C:2010:582](#), Rn. 53 im Einklang mit Art. 52 Abs. 3 GRCh.

<sup>17</sup> Siehe BVerfGE 76, 1 (46 ff.) und *Peter Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EL, 2015, Art. 6 GG Rn. 66 m.w.N.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.2017, [2 BvR 1758/17](#), insb. Rn. 12.

<sup>19</sup> Siehe zu Art. 17 IPbpR das Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 15: The Position of Aliens under the Covenant, [11.4.1986](#), Rn. 5 sowie HRC, Views of 16 August 2001, Doc.

[CCPR/C/72/D/930/2000](#), *Hendrick Winata and So Lan Li v. Australia*.

Aus dem Vorstehenden folgt nicht, dass der Gesetzgeber frei wäre, den Familiennachzug dauerhaft und ausnahmslos einzuschränken. Im Gegenteil: Es ist durchaus eine zivilisatorische Errungenschaft, wenn die Staaten im Umgang mit Ausländern – anders als zu Zeiten des klassischen Fremdenrechts – grundrechtlichen Schranken unterliegen.<sup>20</sup> Spätestens dann, wenn eine Person sich im Bundesgebiet aufhält, stehen dieser Person die Grundrechte zu, die, wie dargelegt, nicht in jedem Fall eine Familienzusammenführung garantieren, aber dennoch die **Staaten verpflichten, eine verweigerte Familienzusammenführung zu rechtfertigen**, weil diese einen Grundrechtseingriff darstellt. Wer den Familiennachzug dauerhaft abschaffen will, muss die EMRK kündigen und die EU-Verträge ebenso ändern wie das Grundgesetz. Das wäre nicht nur rechtspraktisch kaum möglich, sondern bedeutete auch verfassungstheoretisch eine Abkehr vom europäisch eingebetteten demokratischen Verfassungsstaat der Nachkriegszeit.

## 2. Notwendige Einzelfallbetrachtung

Eine gemeinsame Linie der genannten Höchstgerichte besteht darin, auf der einen Seite einen individuellen Anspruch auf Familienzusammenführung abzulehnen und die Staaten auf der anderen Seite zu verpflichten, hierfür Rechtfertigungsgründe vorzubringen. Die Gerichte müssen aufgrund allgemeiner Kriterien **im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung die individuellen Interessen der betroffenen Personen mit staatlichen Steuerungsanliegen abwägen**, wobei sich das Ergebnis je nach „den besonderen Umständen der betroffenen Personen sowie den öffentlichen Interessen unterscheiden“ wird.<sup>21</sup> Gleiches gilt für den EuGH, der die erwähnte Klage gegen eine optionale Wartefrist für den Familiennachzug sowie den erschwerten Kindernachzug als prinzipiell grundrechtskonform erachtete, weil die Mitgliedstaaten die Möglichkeit besäßen, im Einzelfall eine Ausnahme aufgrund der Menschenrechte vorzusehen.<sup>22</sup> Auch das BVerfG wies kürzlich darauf hin, dass bei einer Hauptsacheentscheidung über die Verfassungskonformität des ausgesetzten Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten die Bedeutung der Härtefallklausel des § 22 Abs. 1 AufenthG näher zu bestimmen sein könnte.<sup>23</sup>

Eine Schwierigkeit der menschenrechtlichen Bewertung besteht freilich darin, dass der **genaue Umfang der grundrechtlichen Vorgaben nicht feststeht**. Speziell der EGMR gewährte bislang nur in wenigen Fällen ein subjektives Nachzugsrecht aus dem Ausland, zu meist mit Blick auf besondere Härten im Einzelfall.<sup>24</sup> Dies liegt auch daran, dass die Einzelfallbetrachtung sich zwar an abstrakten Kriterien orientiert, deren Anwendung jedoch von

<sup>20</sup> Siehe Daniel Thym, Vom „Fremdenrecht“ über die „Denizenship“ zur „Bürgerschaft“. Gewandeltes Selbstverständnis im deutschen Migrationsrecht, Der Staat 57 (2018), im Erscheinen.

<sup>21</sup> Diese seit EGMR, Ur. v. 19.2.1996, [Nr. 23218/94](#), *Gül gegen die Schweiz*, Rn. 38 in Nachzugsfällen häufig gebrauchte Formulierung findet sich etwa in EGMR, Ur. v. 28.6.2011, [Nr. 55597/09](#), *Nunez gegen Norwegen*, Rn. 70, eigene Übersetzung.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, [EU:C:2006:429](#), Rn. 61-64 und 103-107.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.2017, [2 BvR 1758/17](#), insb. Rn. 12.

<sup>24</sup> Näher Angelika Nußberger, Menschenrechtsschutz im Ausländerrecht, NVwZ 2013, 1305 (1310) und, speziell für Nachzugsfälle, Pieter Boeles u.a., *European Migration Law*, 2. Aufl., 2014, S. 223-229.

den individuellen Umständen jedes Einzelfalls abhängt und deren relatives Verhältnis zueinander keinen festen Regeln folgt. Insoweit besteht in der rechtswissenschaftlichen Literatur ein prinzipieller Konsens, dass die Maßstabsbildung instabil bleibt und sich aus der Judikatur **kein kohärentes Gesamtbild hinter der Einzelfallbetrachtung** ergibt.<sup>25</sup> Insofern gehört zu einer ehrlichen Betrachtung auch, dass eine genaue Prognose gerade beim Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten schwerfällt, weil dieser bisher nicht im Zentrum der nationalen oder internationalen Grundrechtsjudikatur stand.

Die nachfolgend erläuterten Kriterien für die Güterabwägung können wegen der strukturellen Instabilität der höchstrichterlichen Maßstabsbildung jedoch keine abschließende Sicherheit bieten.<sup>26</sup> Doch auch dann, wenn eine eindeutige Prognose unmöglich ist, zeigt die Übersicht, dass die Staaten im Bereich des Familiennachzugs über einen – freilich nicht absoluten – Spielraum verfügen. Die bisweilen aufgestellte **Behauptung, dass die deutschen Regelungen „menschenrechtswidrig sind und daher beendet werden müssen“<sup>27</sup>, ist in dieser Pauschalität falsch.**

### 3. Kriterien für die Einzelfallbetrachtung

Im Lauf der Jahre entwickelten die Gerichte eine Reihe **abstrakter Kriterien, die die Einzelfallbetrachtung** anleiten und ggfls. um sachverhaltsspezifische Gesichtspunkte ergänzt werden. Diese Kriterien laufen, anders als bisweilen behauptet, keineswegs darauf hinaus, dass die Familieneinheit immer irgendwo gelebt werden können muss. Stattdessen ist **in jedem Einzelfall sorgfältig zu beurteilen**, welche Bindung an die beteiligten Staaten besteht, welches Alter eventuelle Kinder besitzen, wie eng die Beziehung der Familienmitglieder ist, ob die Familieneinheit willentlich aufgegeben wurde, für welches Ergebnis das Kindeswohl streitet und inwiefern sonstige öffentliche Interessen betroffen sind, etwa infolge von Straftaten.<sup>28</sup> In einer Reihe jüngerer Entscheidungen wird zudem die Migrationskontrolle als Eigenwert anerkannt. Die vergleichsweise detaillierte Übersicht soll gerade aufgrund ihrer Detailorientierung die Behauptung entkräften, dass die Grundrechte klar Vorgaben tätigen. Ein näherer Blick auf die einzelfallgeprägte Kasuistik der Grundrechtsjudikatur gibt zugleich Hinweise, auch künftige Regelungsoptionen.

<sup>25</sup> Siehe etwa *Philip Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2017, 229 (231 ff.), *Daniel Thym*, Respect for Private and Family Life under Art. 8 ECHR in Immigration Cases, International and Comparative Law Quarterly 57 (2008), 87 (106-108), und *Thomas Spijkerboer*, Structural Instability. Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, European Journal of Migration and Law 11 (2009), 271 (283 ff.).

<sup>26</sup> Hierzu bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)511 D](#) v. 22.2.2016, S. 9-12 und *ders.*, Die Auswirkungen des Asylpakets II, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2016, 409 (414).

<sup>27</sup> So zuletzt wieder Deutsches Institut für Menschenrechte, Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland, [Dezember 2017](#), S. 35.

<sup>28</sup> Siehe etwa EGMR, Urte. v. 3.10.2014, [Nr. 12738/10](#), *Jeunesse gegen Niederlande*, Rn. 107-109; und EGMR, Urte. v. 28.6.2011, [Nr. 55597/09](#), *Nunez gegen Norwegen*, Rn. 70.



### a. Bindung an die beteiligten Staaten

Seit den ersten Entscheidungen wird die Bindung der beteiligten Personen an die betroffenen Staaten betont, also an das europäische Land, wo die Familieneinheit gelebt werden soll, sowie an den Aufenthalts- und/oder Heimatstaat der Familienmitglieder. Bei der Einzelfallbetrachtung werden **aufenthaltsrechtliche Gesichtspunkte**, wie die Länge und die Natur der Aufenthaltserlaubnis sowie die Staatsangehörigkeit der beteiligten Personen, ebenso berücksichtigt wie die „**sprachliche und kulturelle**“ **Prägung**. Hiernach besitzt das private Interesse an einem Familiennachzug ein geringeres Gewicht, wenn zum Beispiel die Kinder bereits älter sind und bisher durchgehend in sprachlichen und kulturellen Kontexten wohnen, die sich vom europäischen Zielstaat unterscheiden.<sup>29</sup> Gleiches gilt für die Rechtsstellung des sog. „Sponsors“ in Europa. Während eine unbefristete Niederlassungserlaubnis als Argument für einen Familiennachzug spricht, besitzt eine zeitlich befristete Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen ein geringeres Gewicht.<sup>30</sup>

### b. Familiäre Bindung und Alter der Kinder

Ausmaß und Intensität der familiären Bindung prägen viele Entscheidungen, zumal diese häufig Situationen betreffen, in denen die Familieneinheit bewusst aufgegeben worden und teils jahrelang nicht verfolgt worden war. Hierbei wurde eine **langjährige Trennung** meist ebenso zulasten der Antragsteller gewertet wie ein **fortgeschrittenes Alter minderjähriger Kinder**.<sup>31</sup> Auch im Gesetzesrecht ist das Kindesalter vielfach relevant, wenn etwa das deutsche Recht den Nachzug älterer Kinder traditionell erschwert (vgl. § 30 Abs. 2 AufenthG) und der EuGH betont, dass bei Kindern, die älter als zwölf Jahre sind, ein verweigerter Nachzug mit den Grundrechten vereinbar sein kann.<sup>32</sup>

### c. Kindeswohl

Seit einigen Jahren berücksichtigt der EGMR bei der Güterabwägung das Kindeswohl als eigenständiges Kriterium und inkorporiert damit den Gewährleistungsgehalt der **Kinderrechtskonvention** in die EMRK. Hierauf wird nachfolgend bei der Auseinandersetzung mit der Kinderrechtskonvention näher einzugehen sein.

### d. Integrationsleistungen im Zielstaat

Im Rahmen der Bindung an die beteiligten Staaten wird neben der sprachlichen und kulturellen Prägung durch den Herkunftsstaat, spiegelbildlich die Situation derjenigen zu berücksichtigen sein, die in Europa leben. Es geht um die strukturelle Integration, die der EGMR in seiner jüngeren Rechtsprechung zunehmend betont, wenn die Einzelfallbetrachtung über

<sup>29</sup> Diese Frage wird regelmäßig angesprochen, jüngst etwa von EGMR, Urt. v. 8.11.2016, [Nr. 56971/10](#), *El Ghatet gegen die Schweiz*, Rn. 51.

<sup>30</sup> In diesem Sinn etwa EGMR, Urt. v. 19.2.1996, [Nr. 23218/94](#), *Gül gegen die Schweiz*, Rn. 42.

<sup>31</sup> Siehe etwa EGMR, Urt. v. 30.7.2013, [Nr. 948/12](#), *Berisha gegen die Schweiz*, Rn. 56; zu gleichwohl bestehenden Inkohärenzen *Ciara Smyth*, *The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-Entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of Migration and Law* 17 (2015), 70 (78 f.).

<sup>32</sup> Siehe mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86/EG erneut der EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, [EU:C:2006:429](#), Rn. 61-64 einschl. eventueller Ausnahmen im Einzelfall.

formale Gesichtspunkte hinaus die **wirtschaftliche, soziale, kulturelle und sprachliche Integration in die Aufnahmegesellschaft** akzentuiert.<sup>33</sup> So anerkannte der EGMR, dass Deutschland bei der Ausweisung von Ausländern einen schlechten Spracherwerb zulasten der betroffenen Person berücksichtigen durfte.<sup>34</sup> Zudem betont der EuGH beim Familiennachzug zu Türken, dass fehlende Integrationsleistungen negativ berücksichtigt werden können).<sup>35</sup> Auch die einfachen Deutschkenntnisse, die der deutsche Gesetzgeber seit dem Jahr 2007 für einen Familiennachzug auf dem Einstiegsniveau A1 verlangt, sind von den Gerichten – entgegen zahlreicher Prognosen – als grundrechtskonform bestätigt worden, solange eine Härtefallklausel existiert.<sup>36</sup> Hiernach steht fest, dass der Gesetzgeber mit Blick auf diejenigen Familienmitglieder, die bereits in Deutschland leben, **bei einer Neuregelung den Spracherwerb positiv berücksichtigen** darf.

#### e. Lebensunterhalt

Wohl etabliert ist in der Rechtsprechung, dass der Familiennachzug prinzipiell verweigert werden kann, wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist, weil die Familie ganz oder teilweise von öffentlichen Geldern abhängig wäre,<sup>37</sup> was auch der EuGH explizit bestätigte.<sup>38</sup> Grundrechtsdogmatisch handelt es sich hierbei um einen Gesichtspunkt, der im Rahmen der Güterabwägung mit anderen Faktoren abzugleichen ist, d.h. in bestimmten Situationen kann aus Art. 8 EMRK durchaus folgen, dass eine Lebensunterhaltssicherung ganz oder teilweise unverhältnismäßig wäre.<sup>39</sup> Mithin könnte eine **künftige Neuregelung die Lebensunterhaltssicherung berücksichtigen**, indem sie deren ganzes oder teilweises Fehlen negativ wertet. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG-Urteil zur Verfassungswidrigkeit einer dreijährigen Wartefrist aus dem Jahr 1987 nachweislich der späteren Ausführungen sich auf Personen bezog, die finanziell für die gesamte Familie aufkommen konnten und über ausreichend Wohnraum verfügten.

#### f. Straftaten

Relevant sind auch eventuelle **Straftaten durch Familienmitglieder**, die bei der Güterabwägung negativ zu berücksichtigen sind. Dies entschied der Gerichtshof bisher zwar vorrangig für Ausweisungsfälle, in denen eine bestehende Familieneinheit durch eine Abschiebung

<sup>33</sup> Nachweise bei *Daniel Thym*, Residence as *de facto* Citizenship?, in: Ruth Rubio Marín (Hrsg.), Human Rights and Immigration, 2014, S. 106 (138-144); siehe auch *ders.*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)269 G](#) v. 23.5.2015.

<sup>34</sup> EGMR, Urteil vom 23.4.2015, [Nr. 38030/12](#), *Khan gegen Deutschland*, Rn. 50 f..

<sup>35</sup> Vgl. EuGH, *Genc*, C-561/14, [EU:C:2016:247](#), Rn. 55 f., wenn auch in einer dogmatisch anders gelagerten Konstellation mit Blick auf Art. 13 ARB 1/80, d.h. nicht im Rahmen der Grundrechte.

<sup>36</sup> Vgl. insb. BVerfGE 136, 231, EuGH, *K & A*, C-153/14, [EU:C:2015:453](#) und BVerfG, Beschl. v. 25.3.2011, [2 BvR 1413/10](#) mit Blick auf § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG, der bei subsidiärem Schutz seit 2013 nicht mehr gilt.

<sup>37</sup> So etwa EGMR, Urte. v. 26.4.2013, [Nr. 16351/03](#), *Konstadinov gegen die Niederlande* und EGMR, Urte. v. 11.6.2013, [Nr. 52166/09](#), *Hasanbasic gegen die Schweiz* sowie BVerfG, Urte. v. 30.4.2009, 1 C 3.08, Rn. 13 ff..

<sup>38</sup> Zuletzt EuGH, *Khachab*, C-558/14, [EU:C:2016:285](#).

<sup>39</sup> Siehe *Kay Hailbronner*, AusIR-Kommentar, 101. EL, 2017, § 5 AufenthG Rn. 18c, 21a-d.

getrennt zu werden drohte,<sup>40</sup> was jedoch auch daran liegen dürfte, dass die Thematik in einem Nachzugsfall bislang nicht thematisiert wurde.

#### g. Migrationssteuerung

In jüngeren Urteilen betont der EGMR, dass „Faktoren der Einwanderungskontrolle“ in die Güterabwägung einzustellen die, was bislang vor allem dann praxisrelevant wurde, wenn einzelne Personen unter Berufung auf das Privat- und Familienleben eine Legalisierung des unrechtmäßigen Aufenthalts begehrten.<sup>41</sup> Soweit eine Familie begründet wurde, obwohl der unsichere Aufenthaltsstatus bekannt war, soll ein Nachzug nur in „außergewöhnlichen Umständen“ geboten sein.<sup>42</sup> Dies ist kein Zufall, denn der EGMR eröffnet seine Urteile zum Familiennachzug traditionell mit der Einleitung, dass die Staaten „nach allgemeinem Völkerrecht ... das Recht haben, die Einreise und den Aufenthalt von Fremden (*aliens*) in ihrem Territorium zu kontrollieren“.<sup>43</sup> Der **staatliche Wunsch nach Zuwanderungskontrolle** besitzt einen Eigenwert. Mittelbar bestätigt wurde dies durch ein EuGH, der mit Blick auf den Familiennachzug zu Türken aufgrund des Assoziierungsrechts ausführt, dass die „wirksame Steuerung der Migrationsströme“ als in Allgemeininteresse einzustufen sei, das einen abgelehnten Nachzug zu rechtfertigen vermag.<sup>44</sup> Der Luxemburger Gerichtshof verweist insofern auf Art. 79 Abs. 1 AEUV, der der staatlichen Migrationskontrolle einen Primärrechtsrang verleiht und die EU-Gesetzgebung zur Familienzusammenführung nach Art. 79 Abs. 2 Buchst. a AEUV als Zielvorgabe anleitet.

#### h. Mögliche Zusammenführung im Ausland

Ein wichtiger Gesichtspunkt ist die Frage, ob die Familieneinheit andernorts realisiert werden könnte, also etwa im Herkunfts- oder Aufenthaltsstaat derjenigen Personen, die nach Deutschland einzureisen begehren. Hierbei wurde bzw. wird die EGMR-Literatur teils so verstanden, dass die Familieneinheit immer irgendwo gelebt werden können muss,<sup>45</sup> was konkret zur Folge hätte, dass Flüchtlingen ein Nachzug immer zu gewähren wäre, wenn ein Zusammenleben der gesamten Familie andernorts aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausschied.<sup>46</sup> Diese pauschale Behauptung widerspricht freilich der jüngeren Rechtsprechung, die keineswegs verlangt, dass die Familie irgendwo zusammenleben können muss. Dies befand der EGMR schon früh im Fall eines Asylbewerbers mit einer humanitären Aufenthaltserlaubnis, die strukturell durchaus mit dem heutigen subsidiären Schutz vergleichbar

<sup>40</sup> Hierzu gibt es zahlreiche Urteile, exemplarisch EGMR, Urt. v. 28.6.2011, [Nr. 55597/09](#), *Nunez gegen Norwegen*, Rn. 70, auf das der Gerichtshof in Nachzugsfällen häufig verweist

<sup>41</sup> Exemplarisch die Große Kammer in EGMR, Urt. v. 3.10.2014 (GK), [Nr. 12738/10](#), *Jeunesse gegen Niederlande*, Rn. 107 mit dem Hinweis, dass frühere Rechtsverstöße die Bedeutung des allgemeinen Kriteriums der Migrationskontrolle „zum Beispiel“ veranschaulichten.

<sup>42</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 28.6.2011, [Nr. 55597/09](#), *Nunez gegen Norwegen*, Rn. 80.

<sup>43</sup> EGMR, ebd., Rn. 66.

<sup>44</sup> Vgl. EuGH, *Tekdemir*, C-652/15, [EU:C:2017:239](#), Rn. 35-39 erneut mit Blick auf Art. 13 ARB 1/80, d.h. ohne direkten Bezug zu den Grundrechten; ebenso zuvor BVerwG, Urt. v. 6.11.2014, [1 C 4.14](#), Rn. 22.

<sup>45</sup> So die frühere Interpretation von *Cynthia Anderfuhren-Wayne*, Family Unity in Immigration and Refugee Matters, *International Journal of Refugee Law* 8 (1996), 347 (360-367).

<sup>46</sup> So etwa *Hendrik Cremer*, Das Recht auf Familie für unbegleitete Minderjährige, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2017, 312 (313 f.) und *Helene Heuser*, Aussetzung des Familiennachzugs, *Asylmagazin* 2017, 125 (128).

ist, dessen Sohn nachziehen wollte.<sup>47</sup> In der jüngeren Vergangenheit gab es vermehrt Urteile, die annahmen, dass **Familien dauerhaft dann getrennt werden können** – und zwar auch dann, wenn minderjährige Kinder betroffen sind,<sup>48</sup> wobei ein großzügiger Maßstab gilt, wenn deutsche Staatsangehörige betroffen sind.<sup>49</sup>

Es steht hiernach fest, dass keine Grundrechte verletzt werden, wenn eine Familieneinheit andernorts *möglich* ist.<sup>50</sup> Wenn dies aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen *unmöglich* sein sollte, hängt alles Weitere von der Güterabwägung ab, die auch zu berücksichtigen haben wird, ob ein Nachzug vorübergehend oder dauerhaft abgelehnt wurde. Dies würde vor allem dann eine Rolle spielen, wenn CDU, CSU und SPD ihre Absprache umsetzen, einen **gestaffelten Familiennachzug aufgrund monatlicher Kontingente** einzuführen. Die meisten Urteile betrafen bislang Konstellationen, in denen der Familiennachzug generell zurückgewiesen worden war, während die Zulässigkeit von Wartefristen, die zu einem zeitlichen Aufschub führen, die Familieneinheit dauerhaft jedoch nicht verbieten, bisher nicht im Zentrum der Rechtsprechung standen. Auch aus dem später diskutierten BVerfG-Urteil aus dem Jahr 1987 kann nicht geschlussfolgert werden, dass eine dreijährige Wartefrist für alle Personengruppen generell unzulässig wäre.

#### i. Bewusste Trennung

Ein wichtiges Kriterium für die Güterabwägung ist die Frage, ob die **Familieneinheit bewusst aufgegeben wurde**, weil etwa ein Familienmitglied sich allein auf den Weg nach Europa machte. Diese Frage wird vom EGMR standardmäßig angesprochen und ist ein wichtiges Kriterium gerade in Situationen, in denen eine Familieneinheit nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen andernorts nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen hergestellt werden kann.<sup>51</sup> Dies gilt prinzipiell auch für Flüchtlinge.

#### j. Besondere Situation von Flüchtlingen

Bei der Anwendung der genannten Kriterien auf Flüchtlinge muss deren besondere Lebenssituation allein schon deshalb berücksichtigt werden, weil die grundrechtlich gebotene Einzelfallbetrachtung sich immer nach den individuellen Umständen des Einzelfalls richtet. Speziell für die beiden letztgenannten Kriterien ergeben sich hierbei flüchtlingsbezogene Besonderheiten. So verneinte der Gerichtshof im Fall eines Kongolesen mit einem GFK-Status, der mit seiner Familie in Kamerun gewohnt hatte, entgegen dem Vorbringen des französi-

<sup>47</sup> Siehe EGMR, Urte. v. 19.2.1996, [Nr. 23218/94](#), *Gül gegen die Schweiz und Marie-Bénédicte Dembour*, *When Humans Become Migrants*, 2015, Kap. 4.

<sup>48</sup> Exemplarisch EGMR, Beschl. v. 8.3.2016, [Nr. 25960/13](#), *I.A.A. u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Rn. 42 ff. und EGMR, Urte. v. 8.11.2016, [Nr. 56971/10](#), *El Ghatet gegen die Schweiz*, Rn. 43-47.

<sup>49</sup> Siehe BVerwGE 144, 141; und BVerwG, Urte. v. 13.6.2013, [10 C 16.12](#).

<sup>50</sup> § 29 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 AufenthG normiert ein diesbezügliches Ausschlusskriterium, das auch für GFK-Flüchtlinge gilt; bei anderweitigen Optionen verneinte BVerfGE 76, 1 schon einen Grundrechtseingriff.

<sup>51</sup> Siehe EGMR, Urte. v. 21.12.2001, [Nr. 31465/96](#), *Şen die Niederlande*, Rn. 39 und zur ambivalenten Rechtsprechung *Philip Czech*, *Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR*, EuGRZ 2017, 229 (236-238).

schen Staats eine bewusste und freiwillige Familientrennung, nachdem der Vater sich alleine nach Frankreich begeben hatte, um dort zu Asyl beantragen.<sup>52</sup> Allerdings bleibt unklar, ob es sich hierbei um eine generalisierbare Aussage handeln soll, wonach die **alleinige Einreise von Asylbewerbern, die ihre Familie zurücklassen**, nicht zu deren Lasten verwendet werden dürfe. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Sektion des EGMR diesen Gesichtspunkt als einen Aspekt unter mehreren im Rahmen der Güterabwägung erwähnte, ohne beim Obersatz eine allgemeine Maßstabsbildung zu tätigen, die dasselbe Urteil für die streitgegenständliche Frage der Verfahrensgestaltung bewusst traf.<sup>53</sup> Dies spricht dafür, dass es sich eher um eine einzelfallbezogene Wertung handeln dürfte.<sup>54</sup> Doch selbst wenn in der Zukunft eine Sektion anders verführe, bliebe abzuwarten, ob die Große Kammer einer solchen Lesart zu folgen bereit wäre.

Fest steht hingegen, dass die Lebenssituation im Aufenthalts- bzw. Heimatstaat der Familienmitglieder, die nicht in Deutschland leben, zu berücksichtigen ist, auch wenn, wie dargelegt, der EGMR keinesfalls davon ausgeht, dass die Familieneinheit immer irgendwo gelebt werden können muss. So prüfte der EGMR jüngst differenziert, welchen **rechtlichen und tatsächlichen Hindernissen im Aufenthalts- bzw. Herkunftsstaat der Familienangehörigen** eine somalische Mutter begegnete, wenn sie mit ihren fünf Kindern in Somalia oder Eritrea, wo diese zwischenzeitlich bei einer Tante wohnen, zusammenziehen wollte.<sup>55</sup> Zur Begründung rekurriert der Gerichtshof auf frühere Urteile, wonach die Lebenssituation im Bürgerkriegsland **Somalia** zwar schlecht sei, aber dennoch nicht überall eine Verletzung von Art. 3 EMRK drohe.<sup>56</sup> Entsprechend wird man auch bei anderen Ländern vorgehen müssen, wenn der EGMR die Situation in verschiedenen Landesteilen des **Irak** im Jahr 2013 sowie Anfang 2016 auch in **Afghanistan** als kein generelles Hindernis für eine Rückkehr einstufte,<sup>57</sup> während die Situation in **Syrien** zuletzt als generell unsicher eingestuft wurde.<sup>58</sup> Um Missverständnissen vorzubeugen: Aus den Urteilen zur Afghanistan und Irak folgt direkt nur, dass Abschiebungen dorthin zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung prinzipiell möglich waren, nicht jedoch, dass Flüchtlinge immer auf eine mögliche Familienzusammenführung dort verwiesen werden können. Ob dies geht, ist vielmehr im Wege der einzelfallbezogenen Güterabwägung zu ermitteln, wo die relative (Un-)Sicherheit der Länder ein Faktor

<sup>52</sup> Siehe EGMR, Urte. v. 10.7.2014, [Nr. 2260/10](#), *Tanda-Muzinga gegen Frankreich*, Rn. 74; offen gelassen in EGMR, Urte. v. 1.12.2005, [Nr. 60665/00](#), *Tuquabo-Tekle et al gegen die Niederlande*, Rn. 47.

<sup>53</sup> Vgl. EGMR, ebd., Rn. 68 f..

<sup>54</sup> Vgl. auch EGMR, Urte. v. 8.11.2016, [Nr. 56971/10](#), *El Ghatet gegen die Schweiz*, Rn. 45, 48.

<sup>55</sup> Vgl. EGMR, Beschl. v. 8.3.2016, [Nr. 25960/13](#), *I.A.A. u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Rn. 40, 45 erneut als ein Gesichtspunkt bei der Abwägung, ohne die Aussage, dass im Fall einer rechtlich unzumutbaren Rückkehr eine Verletzung von Art. 8 EMRK vorgelegen hätte.

<sup>56</sup> Vgl. die Leitentscheidung EGMR, Urte. v. 28.6.2011, [Nr. 8319/07 & 11449/07](#), *Sufi & Elmi gegen das Vereinigte Königreich*, Rn. 287-291.

<sup>57</sup> Zum Irak acht Parallelurteile einschl. EGMR, Urte. v. 27.6.2013, [Nr. 50859/10](#), *M.Y.H. u.a. gegen Schweden* und Urte. v. 27.6.2013, [Nr. 71680/10](#), *A.G.A.M. gegen Schweden*, die beide von der Großen Kammer indirekt bestätigt wurden, als diese mit Beschl. v. 9.12.2013 eine Beschwerde zurückwies; ebenso zuletzt die Große Kammer in EGMR, Urte. v. 23.8.2016, [Nr. 59166/12](#), *J.K. gegen Schweden*, Rn. 108-111, wobei individuelle gefahrerhöhende Sicherheitsgefahren in Zeiten erhöhten EGMR-Terrors zu berücksichtigen seien; zu Afghanistan zuletzt EGMR, Urte. v. 5.7.2016, [Nr. 29094/09](#), *A.M. gegen die Niederlande*, Rn. 76.

<sup>58</sup> Siehe EGMR, Urte. v. 14.2.2017, [Nr. 52722/15](#), *S.K. gegen Russland*.

unter mehreren ist. Zudem kann sich die Situation immer ändern, sodass aus früheren Urteilen nicht notwendig auf die Gegenwart geschlossen werden kann. Dies gilt zugunsten von Antragstellern ebenso wie zu ihren Lasten.

Erschwert wird eine Bewertung der (wenigen) EGMR-Urteile zum Familiennachzug zu Flüchtlingen dadurch, dass die **besondere Situation von subsidiär Schutzberechtigten** nie behandelt wurden. So gründet das erwähnte Urteil zum Kongo, das teils als Beleg für eine Grundrechtswidrigkeit des ausgesetzten Familiennachzugs herangezogen wird,<sup>59</sup> auf einem dogmatischen Argument, das die jüngere EGMR-Judikatur häufig trägt: die Suche nach einem Konsens auf europäischer oder internationaler Ebene, wie mit einer Situation umzugehen sei. Konkret verweist der EGMR darauf, dass innerhalb der EU ein Konsens bestehe, wonach anerkannten Flüchtlingen im Sinn der GFK ein Familiennachzug zustehen soll<sup>60</sup> – ein Argument, das für subsidiär Schutzberechtigte anders als für GFK-Flüchtlinge nicht greift, weil die im Urteil erwähnte Richtlinie 2003/86/EG für den subsidiären Schutz keine Familienzusammenführung vorgibt. Ein Konsens besteht nicht Konsens. Hinzu kommt, dass frühere Urteile bisweilen erfolglose Asylbewerber betrafen, die trotz der Ablehnung eine humanitäre Aufenthaltserlaubnis erhalten hatte, was der EGMR wegen des temporären Charakters zulasten des Antragstellers berücksichtigte.<sup>61</sup> In derartigen Situationen würde heute häufig ein subsidiärer Schutz erteilt, der unterhalb der Schwelle des privilegierten GFK-Status verbleibt und primär humanitären Motiven folgt.

#### 4. BVerfG-Entscheidung von 1987

Auf den ersten Blick könnte man den BVerfG-Beschluss zur Verfassungswidrigkeit einer dreijährigen Wartefrist für den Ehegattennachzug in der damaligen Verwaltungspraxis von Baden-Württemberg und Bayern so deuten, dass eine Dreijahresfrist immer verfassungswidrig wäre, weil sie – anders als die vom BVerfG gebilligte Jahresfrist – nicht mehr „überschaubar“ sei.<sup>62</sup> Eine solche Ableitung wäre jedoch aus einem doppelten Grund zu einfach. Zum einen zeigt eine Relektüre der Urteilsgründe, dass die Güterabwägung **von den damaligen Kontextfaktoren beeinflusst** war.<sup>63</sup> Zum anderen ging es im damaligen Verfahren um Personen, die teils bereits **in der zweiten Generation im Bundesgebiet** lebten und darüber hinaus regelmäßig den **Lebensunterhalt für die gesamte Familie sicherten** und über ausreichenden Wohnraum verfügten.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> Siehe *Philip Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017, 229 (235 f.).

<sup>60</sup> Siehe EGMR, Urt. v. 10.7.2014, [Nr. 2260/10](#), *Tanda-Muzinga gegen Frankreich*, Rn. 75; sowie das Parallelurteil EGMR, Urt. v. 10.7.2014, [Nr. 52701/09](#), *Mugenzi gegen Frankreich*, Rn. 54.

<sup>61</sup> Siehe etwa EGMR, Urt. v. 19.2.1996, [Nr. 23218/94](#), *Gül gegen die Schweiz*, Rn. 41.

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 76, 1 (49).

<sup>63</sup> So betonte BVerfGE 76, 1 (57 ff.) etwa, dass die Bundesrepublik die „Gastarbeiter“ ins Land geholt habe und daher nun eine besondere Verantwortung trage.

<sup>64</sup> Vgl. die baden-württembergische Erlasslage gemäß BVerfGE 76, 1 (4 f.) sowie die bayerische Regelung gemäß der Mitteilungen der Beauftragten der Bundesregierung für die Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen: Ausländerrecht der Bundesländer, Juli 1987, S. 15 f., 34 ff.

Gerade die beiden letztgenannten Aspekte des langjährigen Inlandsaufenthalts sowie der Lebensunterhaltssicherung sind Faktoren, die bei einer jeden Güterabwägung immer zugunsten eines Familiennachzugs einzustellen sind. Insofern begründet die Aussage zur **Dreijahresfrist keine feststehende Regel**, sondern ist das Ergebnis eines Abwägungsvorgangs, der verschiedene Aspekte berücksichtigt, die teils zugunsten und teils zulasten der Beschwerdeführer sprach. Dennoch sollte der Gesetzgeber das Urteil nicht einfach ignorieren, sondern die Lehre ziehen, dass eine pauschale und generelle Aussetzung, die nicht die individuelle Lebenssituation der betroffenen Personen berücksichtigt, grundrechtlich riskant ist. Eine Möglichkeit bestünde darin, künftig subsidiär Schutzberechtigten, die – ähnlich wie bei der damaligen Konstellation – den Lebensunterhalt eigenständig sichern und über Wohnraum verfügen, einen privilegierten Familiennachzug zu ermöglichen.

### 5. Genfer Flüchtlingskonvention

Die GFK enthält **keine Vorgaben zum Nachzug von Familienangehörigen**, die noch in anderen Ländern leben, sodass Verpflichtungen allenfalls aus den Empfehlungen von UNHCR folgen könnten, die, über den Vertragswortlaut hinaus, den Flüchtlingsschutz zu verbessern suchen. Hiernach sollen die Staaten einen Familiennachzug prinzipiell fördern, ohne dass hierdurch freilich eine konkrete Ergebnispflichten normiert würde.<sup>65</sup>

### IV. Kinderrechtskonvention

In der öffentlichen Diskussion spielte zuletzt das Kindeswohl eine zentrale Rolle. Dies ist auch berechtigt, weil das Kindeswohl zwingend zu berücksichtigen ist, ohne dass hierdurch – entgegen einer verbreiteten Behauptung – ein zwingendes Nachzugsrecht begründet würde. Das gilt für die KRK ebenso wie für die EMRK und Art. 24 GRCh. Hieraus folgt, dass die von CDU, CSU und SPD im Sondierungsergebnis vereinbarte **Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz** rechtlich gesehen keinen prägenden Einfluss auf die hier beurteilte Frage haben dürfte, weil das Kindeswohl schon heute Grundrechtsrang besitzt. Dies folgt nicht zuletzt für den EGMR, der seit gut zehn Jahren das Kindeswohl nach der KRK als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung auffasst, weil auf internationaler Ebene ein Konsens zu dessen Berücksichtigung bestehe.<sup>66</sup> Doch auch ohne zwingendes Nachzugsrecht hat die KRK inhaltliche Auswirkungen: Sie verpflichtet die Bundesrepublik, das Visumsverfahren für den Familiennachzug zu optimieren.

<sup>65</sup> Betont allgemein mit einer Sprachwahl und Argumentationsführung, die politische Opportunität mit rechtlichen Erwägungen kombiniert, der Exekutivausschuss, [Conclusion No. 88 \(XLX\)](#) on the Protection of the Refugee's Family (1999) sowie ebd., [Conclusion No. 85](#), Buchst. w, x sowie die Summary Conclusions: Family Unity, Expert Roundtable organized by UNHCR, [8-9 November 2001](#), Rn. 9-12

<sup>66</sup> Jüngst bekräftigt von der Großen Kammer in EGMR, Urt. v. 3.10.2014, [Nr. 12738/10](#), *Jeunesse gegen Niederlande*, Rn. 109.

## 1. Missverständliche deutsche Übersetzung

Die deutsche Diskussion um das Kindeswohl leidet darunter, dass das Bundesjustizministerium bei der innerstaatlichen Verkündung der KRK leider eine **missverständliche deutsche Übersetzung** verwandte, die freilich die völkerrechtliche KRK-Interpretation nicht beeinflusst, weil diese sich gemäß Art. 54 KRK einzig nach den authentischen Sprachfassungen richtet. So bezeichnet die informelle deutsche Übersetzung des Art. 3 Abs. 1 KRK das Kindeswohl als „ein Gesichtspunkt, der **vorrangig zu berücksichtigen** ist“, was semantisch einen hierarchischen Vorrang gegenüber anderen Erwägungen suggeriert, während die englische und französische Fassung davon sprechen, dass das Kindeswohl „shall be **a primary consideration**“ bzw. „doit être **une considération primordiale**“.<sup>67</sup> Anders als im Deutschen vermitteln die authentischen Sprachfassungen sprachlich eine während der Verhandlungen diskutierte **doppelte Relativierung**: So verweist der unbestimmte Artikel „a/une“ anstelle von „the/la“ darauf, dass es andere Gesichtspunkte geben kann. Dies wird dadurch bekräftigt, dass die adjektivische Formulierung „primary/primordiale“ einen hohen Stellenwert bezeichnet, ohne notwendig einen hierarchischen Vorrang vorzugeben. Es kann andere „primary/primordiale“ Gesichtspunkte geben, die konzeptuell gleichwertig sind. Es war dies eine bewusste Entscheidung, die deutlich wird, wenn man die authentische KRK-Formulierung mit einer Vorläuferbestimmung vergleicht, der unverbindlichen UN-Erklärung über die Kinderrechte von 1959, die das Kindeswohl weitergehend als „paramount consideration“ bzw. „la considération déterminante“ beschrieb.<sup>68</sup>

## 2. Kindeswohl als Teil der Güterabwägung

Aus dem hohen, aber relativen Schutz des Kindeswohls folgt, dass anderer Interessen berücksichtigt zu berücksichtigen sind, die sodann im Rahmen der Verhältnismäßigkeit mit dem Kindeswohl abgewogen werden müssen. Dies gilt gerade auch für die Praxis des EGMR, der das Kindeswohl als *einen* Gesichtspunkt der Güterabwägung darstellt. Auf dieser Grundlage betonen gerade auch jüngere EGMR-Entscheidungen, dass das Kindeswohl mit anderen Gesichtspunkten zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden muss.<sup>69</sup> Explizit wies der Straßburger Menschenrechtsgerichtshof einen generellen Vorrang im März 2016 zurück, als er den Antrag von fünf, teils minderjährigen Kindern ablehnte, die aus Äthiopien zu ihrer Mutter ins Vereinigte Königreich nachziehen wollten: Das **Kindeswohl** „be-

<sup>67</sup> Vgl. zu allen drei Sprachfassungen die Veröffentlichung in [BGBl. 1992 II 121](#).

<sup>68</sup> Siehe Declaration on the Rights of the Child, UN General Assembly [Resolution 1386 \(XIV\)](#) of 20.11.1959; siehe auch *Sharon Detrick* u.a., *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the travaux préparatoires*, 1992, S. 131-140.

<sup>69</sup> Siehe EGMR, Urt. v. 8.11.2016, [Nr. 56971/10](#), *El Ghatet gegen die Schweiz*, Rn. 46 f., 52 f., wo es zugleich heißt, dass der Ausgleich vorrangig den nationalen Gerichten obliege



gründet keine ‚Trumpfkarte‘ (*trump card*), die den Nachzug aller Kinder verlangt, denen es besser ginge, wenn sie im [europäischen] Vertragsstaat lebten.<sup>70</sup> Gewiss ist die aktuelle Situation der Beschwerdeführer [in Äthiopien] ‚nicht beneidenswert‘ (*unenviable*)“, aber hieraus folge nicht zwingend ein Nachzugsrecht.<sup>71</sup>

Auch andere Höchstgerichte bestätigten, dass die Kinderrechtskonvention keine Garantie beinhaltet, die über die – um das Kindeswohl angereicherten – materiellen EMRK-Kriterien hinausgingen.<sup>72</sup> Selbst die progressiven (und nicht rechtsverbindlichen) Empfehlungen des KRK-Ausschusses beschränken sich für Flüchtlinge, die von ihren Familien getrennt sind, im Kern auf eine Wiedergabe des Vertragswortlauts.<sup>73</sup>

### 3. „Wohlwollende“ Verfahrensgestaltung

Andere Bestimmungen als Art. 3 KRK beinhalten ebenfalls keinen Nachzugsanspruch. So gilt Art. 9 KRK für die Trennung von Personen, die bereits zusammen in einem Land leben – und **Art. 10 Abs. 1 KRK verlangt eine „wohlwollende, humane und beschleunigte“ Bearbeitung** und gibt damit als verfahrensbezogene Verpflichtung kein Ergebnis vor.<sup>74</sup> Auch diese Verpflichtung überführte der EGMR jüngst in die EMRK, als er im Rahmen der Maßstabsbildung (und nicht nur bei der Beurteilung des konkreten Sachverhalts) eine beschleunigte Prüfung im Lichte des Kindeswohls anmahnte. Konkret wurde ein Verfahren als menschenrechtswidrig eingestuft, in dem ein Familiennachzug aufgrund von Verzögerungen erst nach dreieinhalb Jahren realisiert werden konnte.<sup>75</sup> Hieraus ergeben sich **Konsequenzen für die deutsche Diskussion**. Zwar missversteht man das Urteil, wenn man daraus ableitete, dass der ausgesetzte Familiennachzug gegen die EMRK verstoßen könnte, denn es ging nicht um eine gesetzlich angeordnete Wartefrist, sondern um eine verfahrensbedingte Verzögerung von zwei Fällen, in denen nach der Rechtslage an sich sofort hätte ein Familiennachzug gewährt werden müssen.

Doch auch wenn das Urteil in keiner Weise eine Grundrechtswidrigkeit von Art. 104 Abs. 13 AufenthG belegt, folgt aus der jüngeren EGMR-Judikatur in Übereinstimmung mit Art. 10 Abs. 1 KRK, dass die deutschen Behörden auf der untergesetzlich-administrativen Ebene

<sup>70</sup> Siehe, zum Beispiel, das Urteil *Berisha gegen Schweiz* ..., in dem der Gerichtshof keine Verletzung von Art. 8 annahm, obwohl die nationalen Gerichte davon ausgegangen waren, dass es dem Kindeswohl entspräche, wenn das Kind in der Schweiz bliebe

<sup>71</sup> Zitat nach EGMR, Beschl. v. 8.3.2016, [Nr. 25960/13](#), *I.A.A. u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Rn. 46, eigene Übersetzung; nur die eckigen Klammern wurden zum besseren Verständnis hinzugefügt; zu anderen Urteilen *Ciara Smyth*, *The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-Entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of Migration and Law* 17 (2015), 70 (94-97)

<sup>72</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.6.2013, [10 C 16.12](#), Rn. 23; und Federal Court of Appeal, Urt. v. 20.12.2005, *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [\[2006\] 3 FCR 655](#), Rn. 91-109.

<sup>73</sup> Siehe General Comment No. 6 (2005): *Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin*, Doc. [CRC/GC/2005/6](#) of 1.9.2005, S. 83.

<sup>74</sup> Zur Auslegung *Sharon Detrick*, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1999, S. 191-194; siehe auch ebd., S. 367 f. zu Art. 22 Abs. 2 KRK; und *Stefanie Schmahl*, *UN-Kinderrechtskonvention. Handkommentar*, 2013, Art. 10 Rn. 4 f., 8.

<sup>75</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 10.7.2014, [Nr. 2260/10](#), *Tanda-Muzinga gegen Frankreich*, Rn. 68 f., 76-81; und das Parallelurteil EGMR, Urt. v. 10.7.2014, [Nr. 19113/09](#), *Senigo Longue gegen Frankreich*.

die **Verfahrensabläufe bei der Visavergabe optimieren** müssen. Hier scheinen derzeit verschiedene Schwierigkeiten aufzutreten,<sup>76</sup> auf die auch der **Antragsentwurf der Grünen** zutreffend hinweist. Gewiss muss man auch hier mit pauschalen Vorwürfen vorsichtig sein. Es fordert das Auswärtige Amt administrativ heraus, wenn in Ländern mit einer problematischen Sicherheitslage eine große Anzahl von Anträgen binnen kurzer Zeit bearbeitet werden musste. Es ist dies nicht nur ein politisches Argument, denn derartige Gesichtspunkte sind auch bei der Konventionsauslegung zu berücksichtigen<sup>77</sup> – und selbst wenn man zu dem Ergebnis kommen sollte, dass die Verfahrenspraxis rechtswidrig sein sollte, wäre die Rechtsfolge nicht, dass ein Familiennachzug notwendig zu genehmigen wäre, weil Verfahrensfehler einen anderweitig nicht bestehende materiellen Rechtsanspruch nicht zu begründen vermögen.<sup>78</sup> Doch ungeachtet der genauen rechtlichen Wertung mahnen die genannten Urteile, dass die deutschen Behörden ihre Verwaltungsabläufe optimieren müssen, um Art. 10 Abs. 1 KRK auch künftig gerecht zu werden.

## V. Richtlinie 2003/86/EG

Selbstverständlich kann der EU-Gesetzgeber – ebenso wie der Bundestag – im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs sekundärrechtliche Vorgaben treffen kann, die über die Grundrechte hinausgehen.<sup>79</sup> So normiert die RL 2003/86/EG ein **nahezu unbedingtes Nachzugsrecht zu GFK-Flüchtlingen**, das nach dem eindeutigen Richtlinienwortlaut den **subsidiären Schutz nicht erfasst**.<sup>80</sup> Gewiss hätte es dem EU-Gesetzgeber freigestanden, dies später zu ändern und den subsidiären Schutz dem GFK-Status anzunähern. Hierauf verzichtete er freilich beim Erlass der Erstfassung der Qualifikations-Richtlinie ebenso wie bei deren Überarbeitung im Jahr 2011.<sup>81</sup> Dass der Bundestag eine Gleichstellung später vornahm, war aus Sicht des EU-Rechts überobligatorisch und kann demgemäß jederzeit geändert werden, so dies politisch gewünscht ist.

Es gehört zum Wesen von Gesetzesrecht, geändert werden. Im Fall von EU-Sekundärrecht obliegt diese Befugnis freilich den EU-Organen, sodass der privilegierte Familiennachzug zu GFK-Flüchtlingen nur von diesen geändert werden könnte, was einen Kommissionsvorschlag voraussetzt. Die zwischenzeitliche Forderung der CDU, **einheitliche Standards für**

<sup>76</sup> Siehe *Jan Tobias Behnke*, Der Familiennachzug zum anerkannten syrischen Schutzberechtigten, InfAuslR 2017, 5 (5 f.) sowie Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke: Verstärkte Erteilung subsidiären Schutzes für syrische Flüchtlinge und Einschränkung des Familiennachzugs, [BT-Drs. 18/11473](#) v. 10.3.2017, S. 14, 20 ff..

<sup>77</sup> In diesem Sinn mit Blick auf die verwaltungstechnischen Herausforderungen auf Lampedusa die Große Kammer gemäß EGMR, Urt. v. 12.12.2016, [Nr. 16483/12](#), *Khlaifia u.a. gegen Italien*, insb. Rn. 185

<sup>78</sup> Man könnte allenfalls an eine Entschädigung nach dem Staatshaftungsrecht denken, sowie auch der EGMR aufgrund von Art. 41 EMRK einen Geldbetrag zuweist.

<sup>79</sup> Siehe auch EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, [EU:C:2006:429](#), Rn. 59 f.

<sup>80</sup> Siehe Art. 2 Buchst. a i.V.m. Art. 9 ff. sowie Art. 3 Abs. 2 Buchst. b f. RL 2003/86/EG.

<sup>81</sup> Näher *Kay Hailbronner/Carolin Beverungen Arévalo*, Family Reunification Directive 2003/86/EC, in: *Ders./Daniel Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, 2. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 13; bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.10.2017, 3 S 84.17 u.a., Rn. 9.

**GFK-Flüchtlinge sowie subsidiär Schutzberechtigte im Wege der europäischen Gesetzgebung** herbeizuführen,<sup>82</sup> um zum Beispiel ein mittleres Schutzniveau für alle einzuführen, kann mithin im nationalen Alleingang nicht realisiert werden. Ein Vorschlag der EU-Kommission hierzu liegt nicht vor und steht auch nicht auf der Agenda, obgleich die Kommission zuletzt zahlreiche Migrations- und Asylrechtsakte zu ändern vorschlug. Dem Vernehmen nach liegt das auch daran, dass die Kommission die politischen Debatten fürchtet, wenn einzelne Mitgliedstaaten ein europäisches Gesetzgebungsverfahren nutzen, um die großzügigen Standards auch in anderen Bereichen als für Flüchtlinge in Frage zu stellen. Dies ist **demokratiethoretisch nicht unproblematisch**, weil eine lebhaft politische Diskussion immer auch davon lebt, dass gesetzliche Vorgaben mit realistischen Mitteln geändert werden können. Ebenso wie für subsidiär Schutzberechtigte sind die Regeln für GFK-Flüchtlinge beim Familiennachzug nicht in Stein gemeißelt.

## VI. Gleichheitssatz

Auch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz durch die unterschiedliche Behandlung von GFK-Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten liegt fern, weil das BVerfG zum einen die Entscheidungen unterschiedlicher Normgeber nicht aneinander misst<sup>83</sup> und zum anderen die unterschiedlichen Schutzformen einen **Differenzierungsgrund** darstellen, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt.<sup>84</sup> Auf bei Art. 14 EMRK können aufenthaltsrechtliche Unterschiede berücksichtigt werden.<sup>85</sup> Rechtlich wird der Unterschied dadurch bekräftigt, dass die primärrechtliche Grundlage für das EU-Asylrecht beide Schutzformen in Art. 78 Abs. 2 Buchst. a, b AEUV getrennt regelt.<sup>86</sup> Auf dieser Grundlage **verfolgt auch die Kommission neuerdings das Ziel, „den Unterschied zwischen dem Flüchtlingsstatus und dem subsidiären Schutzstatus deutlicher herauszustellen** und die mit dem jeweiligen Schutzstatus verbundenen Rechte stärker zu differenzieren“.<sup>87</sup>

## VII. Folgen für aktuelle und künftige Gesetzgebungsverfahren

Der **Gesetzentwurf von CDU und CSU** bezweckt, die aktuelle Rechtslage über den 16. März 2018 hinaus fortzuschreiben, weil ansonsten ein sofortiger und nahezu bedingungsloser Familiennachzug zu allen subsidiär Schutzberechtigten erlaubt würde. Politisch (nicht: rechtlich) ist diese Rechtsänderung „untrennbar“<sup>88</sup> mit der allseits bekannten Vereinbarung seitens CDU, CSU und SPD verbunden, bis zum 31. Juli 2018 eine Neuregelung einzuführen, die anstelle des § 114 Abs. 13 AufenthG treten soll. Dieses gestufte Vorgehen ist inso-

<sup>82</sup> CDU, Fördern und Fordern – Eckpunkte für die Integration von Schutzsuchenden, 16.2.2016, S. 10.

<sup>83</sup> Vgl. BVerwGE 70, 127 (131 f.).

<sup>84</sup> So auch VG Berlin, Urt. v. 7.11.2017, VG 36 K 92.17 V.

<sup>85</sup> Nachweise bei *Daniel Thym*, Legal Framework for EU Immigration Policy, in: Hailbronner/ders., aaO., [Rn. 37-42](#).

<sup>86</sup> Für Einzelheiten *Daniel Thym*, Legal Framework for EU Asylum Policy, in: ebd., Rn. 19-21.

<sup>87</sup> Siehe die Mitteilung der Kommission, [COM\(2016\) 197](#) v. 6.4.2016, S. 12 sowie z.B. Art. 24, 34 des Entwurfs für eine Qualifikations-Verordnung gem. [COM\(2016\) 466](#) v. 13.7.2016.

<sup>88</sup> Vgl. Ergebnisse der Sondierungsgespräche von CDU, CSU und SPD, 12.1.2018, S. 20 f.

weit nachvollziehbar, als eine Neuregelung, die den politisch von CDU, CSU und SPD vereinbarten Parametern folgt, gesetzgebungstechnisch schwierig zu realisieren sein wird. Es müssen praxistaugliche und grundrechtskonforme Tatbestandsmerkmale und Verfahren entwickelt werden, um zu bestimmen, welcher Antrag wann erfolgreich sein soll. Eine derart komplexe Regelung sollte wohl durchdacht sein, auch um spätere Anwendungsprobleme zu minimieren. Aus diesem Grund ist die Kombination der verlängerten Aussetzung durch den aktuellen Gesetzentwurf mit der politisch fest vereinbarten Neuregelung bis zum Sommer diesen Jahres gesetzgebungstechnisch sinnvoll.

Es sprechen sehr gute Argumente dafür, dass dieses Vorgehen auch grundrechtskonform ist. Ein gemeinsames Substrat der vielschichtigen Grundrechtsjudikatur ist die Orientierung am Einzelfall, wenn aufgrund allgemeiner Kriterien widerstreitende Gesichtspunkte zueinander in Bezug gesetzt werden. Eine unbedingte Aussetzung steht dieser Einzelfallprüfung zwar strukturell hingegen, bleibt jedoch grundrechtskonform, solange für besonders gelagerte Härtefälle eine Ausnahme möglich ist – so wie dies aktuell die **Härtefallklausel des § 114 Abs. 13 S. 3 i.V.m. § 22 Abs. 1 S. 2 AufenthG** vorsieht. Hieran würde der Gesetzentwurf von CDU und CSU nichts ändern; § 114 Abs. 13 S. 3 AufenthG bestünde unverändert fort. Dies ist wichtig, denn die Härtefallklausel ist kein „Geschenk“ des Gesetzgebers, sondern eine grundrechtlich zwingende Öffnungsklausel, deren Existenz das Fazit sichert, dass die **Aussetzung damals wie heute mit den Grundrechten übereinstimmt**.<sup>89</sup> Hierbei folgt aus dem Vorrang der Grundrechte, dass die Behörden und Gerichte gegebenenfalls das Gesetzesrecht sowie untergesetzliche Verwaltungsvorschriften bzw. Erlasse im Lichte der Grundrechte auszulegen haben.

Eine Einzelfallprüfung aufgrund des grundrechtlichen Kriterienmix ist für die Behörden und Gerichte ein anspruchsvolles Unterfangen, gerade weil nicht jede moralische Härte notwendig mit einem justiziablen Grundrechtsverstoß gleichzusetzen wäre. Es ist die individuelle Situation zu untersuchen; einen generellen Nachzugsanspruch besteht nicht. Dies bestätigte jüngst auch der in den Medien häufig erwähnte **Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin**, der im Dezember 2017 zu dem Ergebnis kam, dass die Aussetzung prinzipiell grundrechtskonform sei, im streitgegenständlichen Einzelfall jedoch eine Ausnahme vorliege.<sup>90</sup> Ob die Güterabwägung im konkreten Fall überzeugt oder zu großzügig war, ist für die Gesamtbetrachtung nicht maßgeblich. Viel wichtiger ist, dass der zu Grunde liegende Gedankengang bekräftigt, dass die Grundrechte der bestehenden Regelung nicht entgegenstehen, sondern im Wege der Auslegung in diese zu integrieren sind.<sup>91</sup> Selbstverständlich könnte man nach dem **Gesetzentwurf der Linken** eine großzügigere Regelung einführen, so dies

<sup>89</sup> So bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)511 D](#) v. 22.2.2016, S. 9-12.

<sup>90</sup> Siehe VG Berlin, Urt. v. 7.11.2017, VG 36 K 92.17 V

<sup>91</sup> Mittelbar in diesem Sinn auch BVerfG, Beschl. v. 11.10.2017, [2 BvR 1758/17](#), Rn. 12.

politisch gewünscht wäre, allein verfassungsrechtlich zwingend ist dies entgegen der Gesetzesbegründung aus den oben genannten Gründen nicht.

Mit Blick auf künftige Regelungen ist zu berücksichtigen, dass die Einzelfallorientierung die Grundrechtsprüfung betrifft, nicht aber das einfache Gesetzesrecht dieselbe Struktur besitzen muss. Im Gegenteil: Im Rechtsstaat sind klare Vorgaben eine Tugend und fördern die Rechtssicherheit. Der Gesetzgeber sollte daher aus der Einzelfallorientierung der Grundrechtsprüfung nicht folgern, dass er keine **typisierenden Fallgruppen** bilden dürfte oder für bestimmte Tatbestandsmerkmale keine eindeutigen Rechtsfolgen anordnen könnte. Dies ist, wie in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts, verfassungsrechtlich möglich und rechtsstaatlich geboten. Dies gilt für eine künftige Regelung ebenso wie für den aktuellen § 22 Abs. 1 S. 2 AufenthG, den das OVG Berlin mit nachvollziehbaren Argumenten nicht als generelle Härtefallklausel einstuft, die etwa systematisch alle Familienangehörigen von Syrern erfasste, die noch im Heimatland wohnen.<sup>92</sup> Eine gesetzliche **Härteklausel muss von Verfassungen wegen nicht alle Personen umfassen**. Wenn der Gesetzgeber gewisse Personengruppen ausschließt, ist dies von den Gerichten und Behörden zu akzeptieren, solange die Grundrechte im konkreten Einzelfall kein anderes Ergebnis einfordern. Auch ein behördliches Ermessen bei der Visumsvergabe widerspricht nicht den Grundrechten, weil diese im Zweifel eine Ermessensreduktion einfordern könnten.

Die Grundrechte beeinflussen nicht nur das Ergebnis des Visumsverfahrens. Zugleich verpflichten Art. 8 EMRK sowie Art. 10 Abs. 1 KRK die Bundesrepublik, die Verfahrensabläufe zu optimieren. Der **Antragsentwurf der Grünen** verweist insofern, wie ausgeführt, auf administrative Problemlagen, die, auch wenn sie nicht die Schwelle einer Rechtswidrigkeit erreichen mögen, dennoch angegangen werden sollten.

Man kann das Asyl- und Aufenthaltsrecht immer aus zwei Blickwinkeln betrachten. Es geht zum einen um Personen, die sich bereits im Land aufhalten, und zum anderen um den Einfluss auf die künftige Zuwanderung – oder, allgemein formuliert, um einen **Zielkonflikt zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung**.<sup>93</sup> Dies gilt auch für die aktuelle Situation, weil die generelle Aussetzung in Form des heutigen § 114 Abs. 13 AufenthG auch eine Reaktion darauf war, dass im Winter 2015/16 eine nahezu unkontrollierte Einwanderung stattfand. Derzeit sind die Zugangszahlen rückläufig und dennoch wäre es ein Fehler, die aktuelle Debatte einzig mit Blick auf den Familiennachzug zu denjenigen zu führen, die bereits in Deutschland leben (im Jahr 2017 wurden mehr Asylersanträge gestellt als in jedem anderen Jahr seit der Jahrtausendwende mit Ausnahme der Jahre 2015 und 2016). Asylgesetzgebung ist immer auch um die Steuerung der Zuwanderung im Rahmen der GFK, der Grundrechte sowie des EU-Rechts. Eine Möglichkeit bestünde darin, den **Umgang mit denjenigen Personen, die derzeit von § 104 Abs. 13 AufenthG umfasst sind**,

<sup>92</sup> siehe OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.10.2017, 3 S 84.17 u.a. und OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 8.1.2017, 3 S 109.17.

<sup>93</sup> Siehe auch *Daniel Thym*, Integration durch Gesetz, Zeitschrift für Ausländerrecht 2017, 241 (242 f.).

**von einer zukunftsgewandten Regelung zu entkoppeln**, indem man zwei verschiedene Normen annimmt: eine für diejenigen, die bereits hier sind; eine für den Familiennachzug zu denjenigen, die erst noch kommen werden.

Unabhängig hiervon begegnet ein **zeitlich gestaffelter Familiennachzug** aufgrund monatlicher Kontingente, wie er im Sondierungsergebnis von CDU, CSU und SPD angedacht ist, keinen grundrechtlichen Bedenken, solange hiervon alle Personen erfasst werden, bei denen die Grundrechte einen Nachzug einfordern. Hierbei ist freilich zu beachten, dass der zeitliche Aufschub mit ansteigender Zeitdauer eine zunehmende Beschwer darstellt, die zugunsten des Antragstellers in die Güterabwägung einzustellen ist. Anders formuliert: Je mehr Zeit vergeht, desto mehr Personen werden sich auf eine grundrechtlich indizierte Ausnahmeregelung berufen können, ohne dass hierbei, nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen, die Grundrechte in jedem Einzelfall eine Nachzugsoption vorschreiben. Für wie viele Personen dies genau zuträfe, kann naturgemäß nicht mit mathematischer Präzision bestimmt werden (und fordert zudem eine Einsicht in die tatsächlichen Gegebenheiten, die ich als sachverständiger Hochschulprofessor nicht besitze). Eben diese Frage sollte sich der Gesetzgeber jedoch stellen, wenn er über die Höhe von Kontingenten entscheidet. Nur soweit, wie bisher, eine konditional bedingte Härtefallklausel existiert, dürften von Verfassungswegen keine quantitativen Vorgaben für die Kontingentshöhe bestehen. Auch entlastete es die Kontingente, wenn in bestimmten Fällen ein Familiennachzug außerhalb derselben möglich wäre, etwa wenn der Lebensunterhalt gesichert ist und ausreichender Wohnraum zur Verfügung steht. Elemente aus dem **Gesetzentwurf der FDP** könnten insofern in eine künftige Neuregelung übernommen werden

Innerhalb oder außerhalb künftiger Kontingente kann sich der Gesetzgeber bei einer jeden Neuregelung an der früheren Rechtslage sowie den Wertungen der Grundrechtsjudikatur orientieren. Beide Normkomplexe zeigen, dass abgestufte Regelungsmodelle denkbar sind. Es geht bei der Auswahl derjenigen Personen, die einen Familiennachzugsanspruch besitzen sollen, um **kein Alles-oder-Nichts**, das entweder einen nahezu bedingungslosen Nachzug ermöglicht oder diesen weitgehend aussetzt. Es sind Zwischenlösungen möglich, die etwa den Lebensunterhalt ebenso berücksichtigen, wie deutsche Sprachkenntnisse, das Alter der Kinder, eventuelle Straftaten sowie die Lebenssituation im Aufenthalts- oder Heimatstaat der Angehörigen. Die ausgefeilte Grundrechtsjudikatur mag dem Bundestag insofern als Inspiration dienen, eine mehrheitsfähige Lösung zu finden.

Konstanz, den 27. Januar 2018

