

**Stellungnahme zum
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über den Aufenthalt, die
Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufent-
haltungsgesetz – AufenthG) – BT-Drs.19/27189 vom 2. März 2021**

Der Gesetzentwurf zielt auf Erleichterungen für den Nachzug von Familienangehörigen zu in Deutschland schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländern. Er setzt an zwei Teilaspekten an: Erstens will er die sachlichen Voraussetzungen für einen Nachzug von Geschwistern des Minderjährigen dadurch erleichtern, dass auch für ihren Nachzug von den Regelvoraussetzungen ausreichenden Wohnraums und gesicherten Lebensunterhalts abgesehen wird. Zweitens will er das maßgebliche Alter für den Nachzug zu schutzberechtigten Ausländern im deutschen Recht einheitlich festlegen, um unionsrechtlich aufgetretene Zweifel an den deutschen Regelungen zu beseitigen. Beide Bereiche hängen zusammen, sollen hier aber getrennt behandelt werden, um der Komplexität der Rechtslage gerecht zu werden.

I. Überblick über den Gesetzentwurf

Der Gesetzentwurf¹ schlägt Änderungen in drei Regelungen des Aufenthaltsgesetzes zum Nachzug von und zu Minderjährigen vor.

1. § 32 AufenthG (Kindernachzug)

- a) § 32 Abs. 1 AufenthG soll so ergänzt werden, dass der Kindernachzug für gleichzeitig mit ihren Eltern (§ 36 Abs. 1 AufenthG) oder sonstigen Familienangehörigen (§ 36 Abs. 2 AufenthG) einreisende Kinder nicht mehr unter die Voraussetzungen der Lebensunterhaltssicherung und des ausreichenden Wohnraums gestellt wird (§ 32 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E).

¹ Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) vom 2. März 2021 – BT-Drs.19/27189 S. 5.

b) Weiter soll die Norm dahin ergänzt werden, dass für den Kindernachzug zu in Deutschland schutzberechtigten Eltern für die Minderjährigkeit des nachziehenden Kindes auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung der Eltern oder des allein personensorgeberechtigten Elternteils abgestellt wird (§ 32 Abs. 1 Satz 3 Var. 1 AufenthG-E) und für den Fall des gemeinsamen Nachzugs eines Geschwisterkindes mit den Eltern zu einem in Deutschland schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer für die Minderjährigkeit des Geschwisterkindes auf den Zeitpunkt der Visumantragstellung der Eltern oder des allein personensorgeberechtigten Elternteils abgestellt wird (§ 32 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 AufenthG-E).

2. § 36 Abs. 1 AufenthG (Elternnachzug)

§ 36 Abs. 1 AufenthG, welcher den Elternnachzug zu einem in Deutschland als Flüchtling schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer regelt, wird so ergänzt, dass für die Minderjährigkeit dieses Kindes auf den Zeitpunkt seiner Asylantragstellung abgestellt wird (§ 36 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E).

3. § 36a AufenthG (Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten)

§ 36a Abs. 1 AufenthG, welcher den Kindernachzug zu in Deutschland subsidiär schutzberechtigten Eltern und auch den umgekehrten Elternnachzug zu einem in Deutschland subsidiär schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer regelt, wird so ergänzt, dass im ersten Fall für die Minderjährigkeit des nachziehenden Kindes auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung seiner Eltern (§ 36a Abs. 1 Satz 5 AufenthG-E) und im zweiten Fall für die Minderjährigkeit des schutzberechtigten Kindes auf den Zeitpunkt seiner Asylantragstellung abgestellt wird (§ 36a Abs. 1 Satz 6 AufenthG-E).

II. Der Gesetzentwurf im Kontext der Regelungen des Familiennachzugs

Der Gesetzentwurf beansprucht, für den sog. Geschwisternachzug eines der drängendsten Probleme im Bereich des Familiennachzugsrechts anzugehen:

1. Die Regelvoraussetzungen zum Familiennachzug

Die aktuelle Rechtspraxis in Deutschland führe, so der Gesetzentwurf, erstens dazu, dass zu in Deutschland schutzberechtigten unbegleiteten Kindern zwar ihre Eltern unter vereinfachten Voraussetzungen nachziehen können, aber nicht ihre Geschwister, da für deren Nachzug ausreichender Wohnraum vorhanden und der Lebensunterhalt der Nachziehenden gedeckt sein müsse. Diese Voraussetzungen könne der in Deutschland schutzberechtigte (und für den Familiennachzug stamm-berechtigte) Minderjährige aber in aller Regel nicht erfüllen.² Dadurch müssten die Eltern sich entscheiden, ob sie zum in Deutschland lebenden Kind nachziehen oder bei ihren nicht nachzugsberechtigten Kindern im Ausland bleiben wollen.³ Das führe zu jahrelangen Familientrennungen und sei besonders dramatisch für alleinerziehende Elternteile, die ihre Kinder sonst im Ausland alleine und ohne familiäre Strukturen für die Betreuung dieser Geschwister zurücklassen müssten.

a) Die Systematik der Regelungen zum Familiennachzug

Das deutsche Aufenthaltsgesetz stellt die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet unter allgemeine und spezielle Voraussetzungen. Zu den allgemeinen Voraussetzungen für einen Nachzug zu einem in Deutschland lebenden Ausländer gehört nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG regelmäßig die Sicherung des Lebensunterhalts zur Vermeidung der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel und nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 2 Abs. 4 Satz 1 AufenthG das Vorhandensein ausreichenden Wohnraums im Umfang einer öffentlich geförderten Sozialmietwohnung. Von dieser Regel ermöglicht das Aufenthaltsgesetz zahlreiche Ausnahmen. So ermöglicht § 29 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, im Ermessensweg für den

² Unbegleitete Minderjährige werden in der Regel in die Obhut des Jugendamts genommen und einer Schul- und Berufsausbildung zugeführt, so dass sie kein Erwerbseinkommen erzielen, das ausreichte, den Lebensunterhalt und das Wohnraumerfordernis für ihre Angehörigen zu erfüllen.

³ BT-Drs.19/27189 S. 1.

Kindernachzug zu einem in Deutschland asylberechtigten oder international schutzberechtigten Elternteil abzusehen. § 29 Abs. 2 Satz 2 AufenthG schreibt sogar das Absehen zwingend vor, wenn die familiäre Lebensgemeinschaft nicht in einem Drittstaat mit besonderem Bezug der Familie dorthin hergestellt werden kann.⁴

Darüber hinaus sieht § 36 Abs. 1 AufenthG für den umgekehrten Fall des Elternnachzugs zu einem in Deutschland asylberechtigten oder als Flüchtling schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer zwingend ein Absehen vor. Diese Ausnahme vom Regelerfordernis setzt unionsrechtliche Vorgaben aus Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 Buchst. a RL 2003/86/EG⁵ zum Familiennachzug um, worin ebenfalls vom Erfordernis gesicherten Unterhalts abgesehen wird.

Schließlich sieht § 36a Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 AufenthG für den Elternnachzug zu einem in Deutschland (nur) subsidiär schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer ebenfalls zwingend ein Absehen vor.⁶ Diese Ausnahme geht über unionsrechtliche Vorgaben zum Familiennachzug hinaus, da Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Buchst. b RL 2003/86/EG nur für als Flüchtling schutzberechtigte Ausländer gilt, also nicht für subsidiär Schutzberechtigte.⁷

b) Die Regelungslücke aus Sicht des Gesetzentwurfs

Die Initiatoren des Gesetzentwurfs sehen hier ein Regelungsdefizit, indem zu einem in Deutschland schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer zwar dessen Eltern unter den erleichterten Voraussetzungen – unter Absehen von den Regelerfordernissen ausreichenden Wohnraums und gesicherten Lebensunterhalts – nachziehen dürfen, aber nicht deren weitere Kinder, also Geschwister des

⁴ Im Überblick auch Unterrichtung durch die Bundesregierung, Migrationsbericht 2019, BT-Drs.19/25100 S. 130 ff. (im Folgenden: Migrationsbericht 2019).

⁵ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251 vom 3.10.2003, S. 12 ff.

⁶ Vgl. Migrationsbericht 2019, BT-Drs.19/25100 S. 132 f.

⁷ Vgl. nur OVG Berlin-Bbg., U.v. 22.9.2020 – 3 B 38.19 – juris Rn. 18 m.w.N. auf EuGH, U.v. 13.3.2019 – C-635/17 – juris Rn. 33 f.

stammberechtigten Minderjährigen in Deutschland. Der Gesetzentwurf will auch auf sie die vereinfachten Voraussetzungen erstrecken, um nicht weiterhin engste Familienmitglieder über Jahre voneinander zu trennen. Die restriktive Rechtspraxis zum Geschwisternachzug habe seit 2016 aufgrund der steigenden Zahlen Schutzsuchender in Deutschland an Relevanz gewonnen, aber widerspreche dem Kindeswohl.⁸ Denn weder der stammberechtigte Minderjährige noch dessen nachziehende Eltern könnten Lebensunterhalt und Wohnraum für den Zeitpunkt des Nachzugs sichern, weder füreinander, auch wenn sie selbst vom Erfordernis befreit wären, noch für Geschwisterkinder, damit diese sie begleiten könnten. Die Eltern(teile) wären daher gezwungen, erst alleine unter Zurücklassung der Geschwisterkinder einzureisen, selbst Asyl zu beantragen, um in der Folge eine eigene Schutzberechtigung zu erlangen, auf welche sich wiederum nachzugswillige Geschwisterkinder berufen könnten, so dass auch für sie die erleichterten Voraussetzungen gälten.⁹

c) Die Vereinbarkeit mit höherrangigen Vorgaben

Zwingende normative Vorgaben, auch Geschwisterkindern unter Absehen von den Regelerfordernissen ausreichenden Wohnraums und gesicherten Lebensunterhalts einen Nachzug mit ihren Eltern zusammen zu ermöglichen, bestehen nicht. Weder Art. 6 Abs. 1 GG noch Art. 8 EMRK bieten für solche Fälle einen Anspruch auf Einreise:¹⁰ Die in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, verpflichtet die Behörden, bei ihrer Entscheidung die familiären Bindungen des Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen zu berücksichtigen. Allerdings ist das Schutzgebot für Ehe und Familie nur in verhältnismäßiger Weise mit den gegenläufigen öffentlichen Interessen abzuwägen.¹¹

⁸ BT-Drs.19/27189 S. 6.

⁹ BT-Drs.19/27189 S. 6.

¹⁰ Vgl. BVerfG, B.v. 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83 – juris Rn. 96; OVG Berlin-Bbg., U.v. 22.9.2020 – 3 B 38.19 – juris Rn. 24.

¹¹ Vgl. BayVGh, B.v. 28.11.2016 – 10 CE 16.226 – juris Rn. 13 m.w.N.

Auch nach Völkerrecht ist ein Staat berechtigt, die Einreise von Ausländern in sein Staatsgebiet und ihren Aufenthalt zu regeln. Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert auch über Art. 8 EMRK keinem Ausländer das Recht, in ein bestimmtes Land einzureisen und sich dort aufzuhalten.¹² Ebenso wenig ergibt die UN-Kinderrechtskonvention einen unmittelbaren Anspruch auf Einreise.¹³

d) Die migrationspolitische Entscheidung

Ohne zwingende höherrangige Normen bleibt es letztlich eine eher migrationspolitische als migrationsrechtliche Entscheidung, ob der Kreis – unter vereinfachten Voraussetzungen – nachzugsberechtigter Ausländer über die bisherigen Personengruppen hinaus erweitert werden soll:

Einerseits spricht das Kindeswohl dafür, Kinder nicht unnötig und nicht unvermeidbar lange von ihren Eltern zu trennen. Dies gilt in abgeschwächtem Maß auch dann, wenn der Minderjährige nach Deutschland vorausgeschickt worden sein sollte, um zunächst selbst einen eigenen sicheren Status zu erlangen und anschließend entweder seine im Ausland gebliebene Familie finanziell zu unterstützen und/oder ihr den Nachzug zu ermöglichen (sog. „Ankerkind“-Problematik). Zumindest deutet eine schon vor dem Anstieg der Flüchtlingszahlen im Jahr 2015 erstellte Untersuchung der Fluchtmotive und der Motive für die Zielstaatswahl darauf hin, „dass die meisten minderjährigen Neuankömmlinge ohne Begleitung einen Ansprechpartner innerhalb der Diaspora haben und die Zielstaatswahl zumeist die Eltern oder der Familienvorstand im weiteren Sinne im Herkunftsland getroffen haben.“ Dies zeige, dass Migration oft ein familial eingebetteter Prozess sei und bei der Zielstaatsentscheidung mit einem „Anker“ im gewählten Zielstaat auch die antizipierte emotionale wie ökonomische Schutzfunktion eine gewichtige Rolle spiele.¹⁴ Viele unbegleitete

¹² Vgl. EGMR, U.v. 11.6.2019 – 42305/18 – NVwZ-RR 2020, 707/710 Rn. 60.

¹³ Vgl. BVerwG, U.v. 17.12.2020 – 1 C 30.19 – juris Rn. 20; OVG Berlin-Bbg., U.v. 22.9.2020 – 3 B 38.19 – juris Rn. 26 m.w.N.

¹⁴ Vgl. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.), Warum Deutschland? Einflussfaktoren bei der Zielstaatssuche von Asylbewerbern, Forschungsbericht Nr. 23, S. 104 m.w.N. Perspektivlosigkeit und wirtschaftliche Gründe werden neben anderen auch in der Unterrichtung durch die Bundesregierung,

Minderjährige besonders aus dem arabischen Raum hätten auch entfernte Verwandte in Deutschland und Europa; bei guter Integration werde der Entwicklung ihres eigenen Lebens eine größere Bedeutung beigemessen als dem Wunsch der Wiedervereinigung mit der Familie.¹⁵ Dies spricht dafür, dass jedenfalls nicht alle durch Abreise eines minderjährigen Familienangehörigen Richtung Europa entstandenen Familientrennungen ungeplant oder gar ungewollt sind. Die Motive hierfür – Schutz des Minderjährigen oder auch Unterstützung oder Nachzugsmöglichkeit der restlichen Familie – können nur von Fall zu Fall betrachtet werden. Ein Nachzug der Familie scheint aber umso wichtiger, je jünger der Minderjährige ist; junge Volljährige hingegen hätten teilweise ein ambivalentes Verhältnis in Bezug auf eine Familienzusammenführung aus dem Ausland, da sie (durch ihre Familie wieder) in ihren Freiheiten eingeschränkt werden könnten.¹⁶

Andererseits sind die nachzugsbedingten Belastungen für die öffentlichen Haushalte bei fehlender Sicherung des Lebensunterhalts und fehlendem Wohnraum ebenfalls zu berücksichtigen. Letztlich tragen die in Deutschland lebenden Deutschen und Ausländer durch ihre öffentlichen Abgaben die Kosten des Zuzugs, solange den Zugezogenen keine eigene Sicherung des Lebensunterhalts und einer angemessenen Unterkunft gelingt. Somit mündet der familiäre Nachzug jedenfalls zunächst in einen Zuzug in die Sozialsysteme.¹⁷

Eine Prognose künftiger Zuzugszahlen ist aber kaum möglich: Zum 28. Februar 2019 lebten insgesamt 14.916 unbegleitete Minderjährige und 24.010 junge Volljährige in der Zuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe – nach einem Höchststand Ende Februar 2016 von damals 60.638 unbegleiteten Minderjährigen.¹⁸ Auffallend ist auch, dass sich der Anteil der Visa zum Zweck des Kindernachzugs am Gesamtfamiliennachzug im Zeitraum von 2000 bis 2014 relativ konstant zwischen 20 % und

Bericht zur Situation unbegleiteter Minderjähriger in Deutschland, BT-Drs.19/17810 S. 20 f. (im Folgenden: Minderjährigenbericht 2019) genannt.

¹⁵ Vgl. Minderjährigenbericht 2019, BT-Drs.19/17810 S. 24.

¹⁶ Vgl. Minderjährigenbericht 2019, BT-Drs.19/17810 S. 27.

¹⁷ Ihr Schutz vor Überlastung ist ein legitimer Zweck und kann eine Begrenzung des Nachzugs rechtfertigen, vgl. BVerwG, U.v. 17.12.2020 – 1 C 30.19 – juris Rn. 32.

¹⁸ Vgl. Minderjährigenbericht 2019, BT-Drs.19/17810 S. 24.

25 % bewegte, aber ab dem Jahr 2015 im Zusammenhang mit der gestiegenen Folgemigration zu anerkannten Schutzberechtigten deutlich zunahm. 2019 wurden 38.990 Visa an nachziehende Kinder und 6.724 Visa zum Nachzug zu minderjährigen Kindern erteilt.¹⁹

Weiter sollte auch berücksichtigt werden, dass der Begriff des Kindes in § 32 AufenthG in Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 Buchst. b RL 2003/86/EG nicht nur gemeinsame Kinder von Ehegatten erfasst, sondern auch leibliche Kinder nur eines Ehegatten und damit Stiefkinder des anderen Ehegatten,²⁰ so dass der Kreis der Begünstigten auch personenbezogen weiter gezogen würde.

Hinzu kommt, dass die Ergänzung in § 32 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E mit Verweis auf § 36 Abs. 2 AufenthG auch die Kinder von sonstigen Familienangehörigen (z.B. Onkeln/Tanten), also nicht nur der Kernfamilie der eigenen Eltern, hinsichtlich der Lebensunterhaltssicherung und ausreichenden Wohnraums privilegiert. Von dieser Erweiterung sollte abgesehen und der Verweis in § 32 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E entsprechend auf § 36 Abs. 1 AufenthG beschränkt werden.

2. Die Festlegung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Minderjährigkeit

Das zweite Regelungsanliegen des Gesetzentwurfs betrifft den für die Feststellung der Minderjährigkeit eines nachzugswilligen Kindes maßgeblichen Zeitpunkt. Vereinfacht dargestellt handelt es sich um die Frage, ob auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung des schutz- und damit stambberechtigten Ausländers bzw. der Visumantragstellung des nachzugswilligen Ausländers einerseits oder auf den Zeitpunkt der Schutzzuerkennung bzw. der Visumserteilung abgestellt werden soll. Unionsrecht überlagert hier teilweise nationales Recht:

a) Die Problematik des maßgeblichen Zeitpunkts

¹⁹ Migrationsbericht 2019, BT-Drs.19/25100 S. 136 ff., 280 mit weiteren Grafiken nach Herkunftsländern und Aufenthaltsländern. Die größte Personengruppe im Familiennachzug bildeten seit 2015 syrische Staatsangehörige, ebenda S. 8.

²⁰ Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 32 Rn. 7.

Bei einem Kinder- bzw. Elternnachzug ergibt sich die Frage, ob im Laufe eines Asyl- oder Visumverfahrens volljährig gewordene Kinder noch wie Minderjährige für den Nachzug ihrer Eltern in Betracht kommen bzw. umgekehrt zu ihren in Deutschland lebenden Eltern noch wie Minderjährige nachziehen können. Wird auf den Zeitpunkt der Antragstellung abgestellt, werden später volljährig gewordene Ausländer für den Nachzug noch wie Minderjährige behandelt. Wird hingegen auf den Zeitpunkt des (Asyl- oder Visum-)Verfahrensabschlusses abgestellt, ist zwischenzeitlich die Privilegierung bzw. sogar die Nachzugsmöglichkeit ganz entfallen. Letztlich geht es also darum, ob der Ausländer oder Deutschland die rechtlichen Auswirkungen des Zeitablaufs und Eintritts der Volljährigkeit während eines von deutschen Behörden durchgeführten, aber auch von der Mitwirkung des Ausländers (§ 15 AsylG, § 82 AufenthG) abhängigen Asyl- oder Visumverfahrens tragen soll.

Der Gesetzentwurf verfolgt das Ziel, dass es weder für den Elternnachzug noch für den Kindernachzug von der Bearbeitungszeit, die die Behörden für den Asylantrag und/oder die Visumerteilung benötigen, abhängen dürfe, ob eine Familienzusammenführung stattfinden könne. Daher sei der maßgebliche Zeitpunkt für die Minderjährigkeit auf die Stellung des Asylantrags des Stambberechtigten festzulegen.²¹ Hierzu werden die weiteren Änderungen von § 32, § 36, § 36a AufenthG vorgeschlagen.

b) Die maßgeblichen Zeitpunkte für die Minderjährigkeit im deutschen Aufenthaltsrecht

Die Problematik ergibt sich im Bereich des Familiennachzugs und Kindernachzugs in den vom vorliegenden Änderungsantrag betroffenen Normen:

- aa) § 32 Abs. 1 AufenthG, welcher den Kindernachzug zu in Deutschland aufhältigen Ausländern regelt, soll dahin ergänzt werden, dass für den Kindernachzug zu in Deutschland schutzberechtigten Eltern für die Minderjährigkeit des nachziehenden

²¹ BT-Drs.19/27189 S. 7.

Kindes auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung der Eltern oder des allein personensorgeberechtigten Elternteils abgestellt wird (§ 32 Abs. 1 Satz 3 Var. 1 AufenthG-E). Dies bedeutete, dass auch ein im laufenden Asylverfahren der stammberechtigten Eltern volljährig gewordenes Kind wie ein Minderjähriger zu behandeln wäre (Var. 1). Weiter soll für den gemeinsamen Nachzug eines Geschwisterkindes mit den Eltern zu einem in Deutschland schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer für die Minderjährigkeit des nachziehenden Kindes auf den Zeitpunkt der Visumantragstellung der Eltern oder des allein personensorgeberechtigten Elternteils abgestellt werden (§ 32 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 AufenthG-E). Die Folge wäre, dass ein im laufenden Visumverfahren der Eltern volljährig gewordenes Geschwisterkind ebenso noch wie ein Minderjähriger zu behandeln wäre (Var. 2).

Bisher geht die deutsche Rechtspraxis davon aus, dass für ein Visumverfahren zum Kindernachzug nach § 32 Abs. 1 AufenthG (Var. 1) auf das Alter im Zeitpunkt der Visumantragstellung abzustellen ist, da das nachzugswillige Kind ihm an sich zustehende Rechte nicht wegen der Verfahrensdauer allein durch Zeitablauf verlieren soll.²² Dies ist unionsrechtskonform (dazu sogleich). Der Gesetzentwurf geht aber darüber hinaus, indem er auf den noch früheren Zeitpunkt der Asylantragstellung der Eltern abstellen will. Für einen Geschwisternachzug nach § 32 Abs. 1 AufenthG (Var. 2) könnten diese Überlegungen entsprechend gelten. Allerdings ist die Frage, ob ein vor der Schutzgewährung an die Eltern und vor seiner Visumerteilung volljährig gewordenes Kind noch als Minderjähriger zu behandeln ist, mit Blick auf die Richtlinie zur Familienzusammenführung Gegenstand einer Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts an den Europäischen Gerichtshof.²³

Der Europäische Gerichtshof hat aus Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c RL 2003/86/EG für den Fall des Kindernachzugs zu einem als Flüchtling schutzberechtigten und damit stammberechtigten Eltern(-teil) abgeleitet, dass für die Beurteilung

²² Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 16.19 – juris Rn. 9; OVG Berlin-Bbg., B.v. 25.8.2020 – 12 B 18.19 – juris Rn. 20 m.w.N.

²³ Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 16.19 – juris Rn. 14 f. m.w.N.

der Minderjährigkeit der nachzugswilligen Kinder grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Antrags auf Visumerteilung zur Familienzusammenführung abzustellen sei.²⁴ Gründe des Schutzes Minderjähriger wie der Beschleunigung ihrer Anträge ohne Rücksicht auf die Dauer von behördlichen Verfahren zur Familienzusammenführung rechtfertigten, auf den Zeitpunkt des (in Deutschland: Visum-)Antrags abzustellen.²⁵ Ein Antrag auf Familienzusammenführung müsse aber innerhalb von drei Monaten ab der Schutzgewährung als Flüchtling gestellt werden.²⁶ Diese Entscheidung betrifft nur den Kindernachzug Minderjähriger zu einem Elternteil mit Flüchtlingsschutz.

Kern der offenen Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts ist die weiter reichende Frage, ob es über den entschiedenen Fall hinaus einen einheitlichen unionsrechtlichen Zeitpunkt für die maßgebliche Minderjährigkeit zum Kindernachzug gibt.²⁷

bb) § 36 Abs. 1 AufenthG, welcher den Elternnachzug zu einem in Deutschland als Flüchtling schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer regelt, soll dahin ergänzt werden, dass für die Minderjährigkeit dieses Kindes auf den Zeitpunkt seiner Asylantragstellung abgestellt wird (§ 36 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E). Die Folge wäre, dass auch ein vor einem Nachzug seiner Eltern volljährig gewordenenes Kind noch als stammberechtigter Minderjähriger zu behandeln ist, so dass die Eltern bei rechtzeitiger Antragstellung auch zum volljährigen Kind nachziehen können.

Demgegenüber geht die deutsche Rechtspraxis davon aus, dass der Eintritt der Volljährigkeit des stammberechtigten Kindes die Nachzugsmöglichkeit seiner Eltern aus der Privilegierung des § 36 Abs. 1 AufenthG in die strengeren Anforderungen des § 36 Abs. 2 AufenthG verlagert.²⁸ Demnach kommt es für die Minderjährigkeit nicht auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung des Kindes an, sondern jenen der

²⁴ Vgl. EuGH, U.v. 16.7.2020 – C-133/19 – juris Rn. 47 m.w.N.

²⁵ Interessanterweise hält das Bundesverwaltungsgericht Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 16.19 – juris Rn. 14 f. m.w.N.

²⁶ Vgl. EuGH, U.v. 12.4.2018 – C-550/16 – juris Rn. 61.

²⁷ Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 9.19 – juris Rn. 16 m.w.N.

²⁸ Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 9.19 – juris Rn. 12 m.w.N.

Erteilung des Visums an die nachzugswilligen Eltern, so dass zu einem in deren Visumverfahren volljährig gewordenen Kind so kein Nachzug mehr möglich ist. Dies rechtfertigt sich daraus, dass das volljährige Kind nicht mehr in gleicher Weise wie ein Minderjähriger auf die Familieneinheit mit seinen Eltern angewiesen sei.²⁹ Allerdings ist die Frage, ob ein vor der Visumerteilung an die Eltern volljährig gewordener und im Bundesgebiet als Flüchtling Schutzberechtigter dennoch als Minderjähriger zu behandeln ist und seinen Eltern noch ein Nachzugsrecht vermitteln kann, mit Blick auf die Richtlinie zur Familienzusammenführung ebenfalls Gegenstand einer Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts an den Europäischen Gerichtshof.³⁰

Der Europäische Gerichtshof hat aus Art. 2 Buchst. f i.V.m. Art. 10 Abs. 3 RL 2003/86/EG für den Fall des Eltern- (und Geschwister-)Nachzugs zu einem als Flüchtling schutzberechtigten und damit stammberechtigten ehemals minderjährigen Ausländer abgeleitet, dass für die Beurteilung der Minderjährigkeit grundsätzlich auf den Zeitpunkt seines Antrags auf internationalen Schutz abzustellen sei.³¹ Gründe des Schutzes Minderjähriger und der Gleichbehandlung mit anderen nachzugswilligen rechtfertigten dies ohne Rücksicht auf die Dauer von behördlichen Asylverfahren oder Verfahren zur Familienzusammenführung. Dementsprechend sei auf den Zeitpunkt des (in Deutschland: Asyl-)Antrags des damals Minderjährigen abzustellen. Ein Antrag auf Familienzusammenführung müsse aber innerhalb von drei Monaten ab der Schutzgewährung als Flüchtling gestellt werden.³² Diese Entscheidung betrifft den Elternnachzug zu einem (ehemals) Minderjährigen mit Flüchtlingsschutz.

Kern der Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts ist auch hier die über die weiterreichende Frage, ob es einen einheitlichen unionsrechtlich maßgeblichen Zeitpunkt für die Minderjährigkeit zum Kindernachzug gibt und ob diese Bedingung noch im

²⁹ Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 9.19 – juris Rn. 15 m.w.N.

³⁰ Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 9.19 – juris Rn. 14 f. m.w.N.

³¹ Vgl. EuGH, U.v. 12.4.2018 – C-550/16 – juris Rn. 60 m.w.N.

³² Vgl. EuGH, U.v. 12.4.2018 – C-550/16 – juris Rn. 61.

Zeitpunkt der Entscheidung über den Visumantrag der nachzugswilligen Eltern erfüllt sein muss.³³ Für das Bundesverwaltungsgericht ist zwar unionsrechtlich geklärt, dass für die Einstufung als „minderjähriger unbegleiteter Flüchtling“ auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung des Kindes abzustellen ist, aber für die Frage des Elternnachzugs zumindest offen ist, ob dieser Zeitpunkt auch für das Visumverfahren der Eltern einheitlich gelten soll.³⁴

cc) § 36a Abs. 1 AufenthG, welcher den Kindernachzug zu in Deutschland subsidiär schutzberechtigten Eltern und den umgekehrten Elternnachzug zu einem in Deutschland subsidiär schutzberechtigten unbegleiteten minderjährigen Ausländer regelt, soll so ergänzt werden, dass im ersten Fall für die Minderjährigkeit des nachziehenden Kindes auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung seiner Eltern (§ 36a Abs. 1 Satz 5 AufenthG-E) und im zweiten Fall für die Minderjährigkeit des schutzberechtigten Kindes auf den Zeitpunkt seiner Asylantragstellung abgestellt wird (§ 36a Abs. 1 Satz 6 AufenthG-E).

Demgegenüber geht die deutsche Rechtspraxis davon aus, dass der Eintritt der Volljährigkeit des subsidiär schutzberechtigten und stammberechtigten Kindes die Nachzugsmöglichkeit seiner Eltern aus der Privilegierung des § 36a Abs. 1 AufenthG fallen lässt, wenn das Kind während deren Visumverfahren volljährig wird. Somit komme es für die Minderjährigkeit nicht auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung des Kindes, sondern jenen der Erteilung des Visums an die nachzugswilligen Eltern an, weil das volljährige Kind nicht mehr in gleicher Weise wie als Minderjähriger auf die Familieneinheit mit seinen Eltern angewiesen und auch nicht einem als Flüchtling schutzberechtigten Kind in Deutschland gleichzustellen sei.³⁵ Dabei werden Trennungszeiten im Familiennachzug zu einem subsidiär Schutzberechtigten von 2-3 Jahren für ein Kleinkind und von 4-5 Jahren für einen Ehegatten noch als

³³ Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 9.19 – juris Rn. 20 m.w.N.

³⁴ Vgl. BVerwG, B.v. 23.4.2020 – 1 C 9.19 – juris Rn. 21 ff. m.w.N.

³⁵ Vgl. OVG Berlin-Bbg., U.v. 22.9.2020 – 3 B 38.19 – juris Rn. 14 f. m.w.N.

hinnehmbar angesehen, u.a. weil der Aufenthalt mit subsidiärem Schutz im Vergleich zum Flüchtlingsschutz eher vorübergehenden Charakter habe.³⁶

Unionsrechtliche Vorgaben bestehen hierfür nicht, da der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten nicht von der Richtlinie über den Familiennachzug erfasste wird.³⁷ Daher hat der deutsche Gesetzgeber hier einen Gestaltungsspielraum, den der Gesetzentwurf nutzen will. Eine Differenzierung zwischen den für als Flüchtling Anerkannten und ihren Familienangehörigen einerseits und den für nur subsidiär Schutzberechtigte und deren Familienangehörige geltenden Regelungen zum Familiennachzug andererseits ist aber im deutschen Recht möglich³⁸ und ihre Gleichstellung – wie vom Gesetzentwurf angestrebt – nicht geboten.

3. Die zeitnahe gesetzliche Festlegung des maßgeblichen Zeitpunkts

Der Gesetzentwurf will den Ausgang der o.g. Vorlageverfahren nicht abwarten, sondern bereits jetzt den maßgeblichen Zeitpunkt für die Minderjährigkeit gesetzlich auf den jeweils frühest möglichen Zeitpunkt (Asylantragstellung, sonst Visumantragstellung für den Familiennachzug) festlegen, so die noch offenen Vorlageverfahren überflüssig machen sowie generelle Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Teilfragen ziehen.³⁹

Ohne Zweifel ist der deutsche Gesetzgeber zur Umsetzung der Richtlinie über den Familiennachzug verpflichtet, ebenso zur Anpassung des nationalen Aufenthaltsrechts, sollte die Auslegung des Unionsrechts durch den Europäischen Gerichtshof eine bislang unzureichende Umsetzung aufzeigen. Allerdings zeigt gerade die Begründung und Aufrechterhaltung der Vorlage durch das Bundesverwaltungsgericht, dass die in Bezug genommenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

³⁶ Vgl. BVerwG, U.v. 17.12.2020 – 1 C 30.19 – juris Rn. 23, 36.

³⁷ Vgl. nur OVG Berlin-Bbg., U.v. 22.9.2020 – 3 B 38.19 – juris Rn. 18 m.w.N. auf EuGH, U.v. 13.3.2019 – C-635/17 – juris Rn. 33 f.

³⁸ Vgl. BVerwG, U.v. 17.12.2020 – 1 C 30.19 – juris Rn. 20 ff., 27.

³⁹ BT-Drs.19/27189 S. 9.

zu Teilfragen nicht oder nicht unmittelbar übertragbar sind:⁴⁰

Der Europäische Gerichtshof hat für den Kindernachzug für die Beurteilung der Minderjährigkeit der nachzugswilligen Kinder grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Antrags auf Visumerteilung zur Familienzusammenführung abgestellt,⁴¹ aber für den Elternnachzug auf den Zeitpunkt des Antrags des Minderjährigen auf internationalen Schutz.⁴²

Hierüber geht der Gesetzentwurf aber hinaus, der – mit Ausnahme des Falls ohne Asylverfahren (§ 32 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 AufenthG-E) – sowohl für den Kindernachzug (§ 32 Abs. 1 Satz 3 Var. 1 AufenthG-E; § 36a Abs. 1 Satz 5 AufenthG-E) als auch für den Elternnachzug (§ 36 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E; § 36a Abs. 1 Satz 6 AufenthG-E) ungeachtet des Schutzstatus des Stammberechtigten einheitlich auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung abstellt.

Für die Verwaltungs- und Gerichtspraxis würde eine gesetzliche Festlegung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Minderjährigkeit eine Klärung in den betroffenen Normen bringen, allerdings mit den über die unionsrechtlichen Erfordernisse hinausgehenden Begünstigungen möglicherweise neue Fragen mit Blick auf die überschießende Gleichstellung unterschiedlich Schutzberechtigter aufwerfen.

Da die Vorlagen des Bundesverwaltungsgerichts über den Einzelfall hinausgehende Fragen zum Gegenstand haben, die für die Rechtspraxis von Bedeutung sind, sollte ihre Beantwortung durch den Europäischen Gerichtshof abgewartet werden. Sollte es einen unionsrechtlich einheitlichen maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorliegen der Minderjährigkeit im Familiennachzug geben, könnte sich dies auf andere unionsrechtlich geprägte Bereiche des Familiennachzugs auswirken (z.B. § 1 Nr. 4 Buchst. b i.V.m. § 3a Abs. 1 Nr. 2 FreizügG/EU).

Bis zur unionsgerichtlichen Klärung können die Verwaltungsgerichte und ihnen folgend die Behörden die vorhandenen Normen zum Familiennachzug auch durch

⁴⁰ Vgl. BVerwG, B.v. 20.8.2020 – 1 C 9.19 – juris Rn. 1 ff.

⁴¹ Vgl. EuGH, U.v. 16.7.2020 – C-133/19 – juris Rn. 47 m.w.N.

⁴² Vgl. EuGH, U.v. 12.4.2018 – C-550/16 – juris Rn. 60 m.w.N.

richtlinienkonforme Auslegung angepasst anwenden, da die bisher in der deutschen Rechtspraxis zu Grunde gelegten Zeitpunkte nicht gesetzlich festgelegt, sondern nur in der Rechtsprechung entwickelt worden sind (vgl. oben).

III. Abschließende Bewertung des Gesetzentwurfs

Die Gesetzesvorschläge zur Erleichterung des Familiennachzugs betreffen die erläuterten zwei Teilaspekte:

Soweit für einen erweiterten Personenkreis von den Regelvoraussetzungen ausreichenden Wohnraums und gesicherten Lebensunterhalts für den Nachzug abgesehen werden soll, sind das hierfür ins Feld geführte Kindeswohl und die privaten Interessen der betroffenen Familien an ihrer Wiedervereinigung mit den gegenläufigen öffentlichen Interessen an der Vermeidung eines weiteren Zuzugs in die Sozialsysteme abzuwägen. Es handelt sich letztlich um eine migrationspolitische Entscheidung.

Dass zweitens zeitlich und sachlich über ergangene oder erwartete Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs hinaus für den Nachzug zu Schutzberechtigten auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung als frühesten Zeitpunkt für die Minderjährigkeit abgestellt werden soll, erscheint zum jetzigen Zeitpunkt der Rechtsprechungsentwicklung noch nicht in diesem Umfang geboten. Sollte der Europäische Gerichtshof einen unionsrechtlich einheitlichen Zeitpunkt für das Nachzugsalter bestimmen, hätte dies Auswirkungen auf weitere Normen des Familiennachzugs, so dass ohnehin weiterer Anpassungsbedarf bestünde. Daher sollten um der Komplexität der Rechtslage willen die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs abgewartet und bis dahin die vorhandenen Normen zum Familiennachzug durch richtlinienkonforme Auslegung angepasst angewendet werden.