

Stellungnahme zur BT-Drucks. 19/27189

I. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Gegenstand der nachfolgenden Stellungnahme ist ein Gesetzentwurf, der zum einen beim Familiennachzug zu unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge für die Minderjährigkeit des nachziehenden Kindes auf den Zeitpunkt der Antragstellung (im Falle von §32 Abs.1 Visumantragstellung, im Falle von § 36 Abs.1 und § 36a Abs.1 auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung) abstellt. In Deutschland sind im Jahr 2020 insges. 2.232 Asylerstanträge unbegleiteter Minderjähriger registriert worden , überwiegend aus Afghanistan , gefolgt von Syrien (Das Bundesamt in Zahlen 2020,S. 22). Eine steigende Tendenz wird beim Zuzug unbegleiteter Minderjähriger in Griechenland berichtet.- Wieviel Familienangehörige von in der Bundesrepublik aufhältigen zum Zeitpunkt der Antragstellung noch minderjährigen Kindern Aufenthaltsrechte im Wege des unmittelbaren oder „Kaskadennachzugs“ erhalten, ist aus der Statistik nicht ersichtlich. Hintergrund des Gesetzentwurfs ist die EuGH Rechtsprechung zum maßgeblichen Zeitpunkt beim Familiennachzug zu minderjährigen Flüchtlingen (EuGH v. 12.4. 2018,C- 550/16). Der EuGH hat entschieden, dass Art. 2 Buchst. f in Verbindung mit Art. 10 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2003/86/EG dahin auszulegen ist, dass ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser, der zum Zeitpunkt seiner Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats und der Stellung seines Asylantrags in diesem Staat unter 18 Jahre alt war, aber während des Asylverfahrens volljährig wird und dem später die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird, als „Minderjähriger“ im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist. In einer weiteren Entscheidung v.16.7.2020 (C-133/19) , die zum Familiennachzug zu minderjährigen Kindern (keine Flüchtlinge) in Belgien erging, stellt der EuGH fest , dass Art. 18 der Richtlinie 2003/86 in Verbindung mit Art. 47 der Charta dahin auszulegen sei , dass ein Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines Antrags auf Familienzusammenführung eines minderjährigen Kindes nicht allein deshalb als unzulässig zurückgewiesen werden kann, weil das Kind im Lauf des gerichtlichen Verfahrens volljährig geworden ist.

Unabhängig von dieser Rechtsprechung soll nach dem Vorschlag der Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten auf Geschwister erweitert werden. Nach der geltenden Rechtslage gibt es keinen vom Elternnachzug unabhängigen **Nachzug von Geschwistern** zu als schutzberechtigte anerkannten minderjährigen (oder inzwischen volljährigen) Flüchtlingen. Soweit Eltern ein Nachzugsrecht zu anerkannten minderjährigen Flüchtlingen haben oder soweit ihnen ein solches Recht im Ermessenswege nach der Kontingentregelung zu einem als schutzberechtigt anerkannten minderjährigen Flüchtling gewährt wird , umfasst dies zwar auch die **sonstigen minderjährigen Kinder** , die zusammen mit den Eltern nachziehen (§ 32 Abs. 1 Nr.3 AufenthG). Im Ergebnis können also auch die Geschwister nachreisen..Voraussetzung ist die Erfüllung der allgemeinen Nachzugsvoraussetzungen der §§ 5 Abs. 1 (u.a Lebensunterhalt) und Wohnung , sofern der nachziehende Elternteil nicht selbst auf Grund eines Asylantrags als Flüchtling oder subsidiär schutzberechtigt anerkannt wird und damit nach §§ 32 Abs.1 i.Verb. mit 29 Abs. 2 der Nachzug seiner minderjährigen ledigen Kinder (und gleichzeitig der Geschwister) unabhängig von diesen Voraussetzungen erfolgt (sog. Kaskadennachzug). In Härtefällen kann im Übrigen nach § 32Abs. 4 dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn es auf Grund der Umstände des Einzelfalls zur Vermeidung einer

besonderen Härte erforderlich ist. Ansonsten ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung, dass der Familiennachzug auf die zum spezifischen familiären Schutz des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings erforderlichen Eltern zu begrenzen ist.

Weitere Härtefallregelungen finden sich in § 36 Abs. 2 AufenthG und § 22 AufenthG.. Nach [§ 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG](#) kann sonstigen Familienangehörigen eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug erteilt werden, wenn dies zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist. Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen ([§ 5 AufenthG](#)) müssen grundsätzlich ebenfalls vorliegen. An eine außergewöhnliche Härte werden aber im Allgemeinen hohe Anforderungen gestellt. Eine außergewöhnliche Härte in diesem Sinne setzt voraus, dass der schutzbedürftige Familienangehörige ein eigenständiges Leben nicht führen kann, sondern auf die Gewährung familiärer Lebenshilfe dringend angewiesen ist, und dass diese Hilfe in zumutbarer Weise nur in Deutschland erbracht werden kann (vgl. Hailbronner, *Ausländerrecht*, § 36 AufenthG, Rn. 30ff.). Ob dies der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung aller im Einzelfall relevanten, auf die Notwendigkeit der Herstellung oder Erhaltung der Familiengemeinschaft bezogenen konkreten Umstände beantwortet werden (vgl. [BVerfG, Beschluss vom 20. Juni 2016 – 2 BvR 748/13](#), [Rn. 13](#); [BVerwG, Urteil vom 18. April 2013](#), [BVerwG 10 C 9.12](#))

Die Härteklausel von § 22 AufenthG erlaubt in besonderen Fällen die Aufnahme von Ausländern aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen. Solche dringenden Gründe können in besonderen Einzelfällen auch aus dem besonderen Schutz von Ehe und Familie nach [Art. 6 GG](#) und Art. 8 EMRK sowie bei mit Art. 7 und 24 GRC nicht zu vereinbarenden Familientrennungen dargelegt werden ([BT-Drs. 19/2438](#) S. 22, vgl. [BVerwG, Beschluss vom 4. Juli 2019 – 1 B 26/19, 1 PKH 12/19](#), [Rn. 13](#)).

Seit langer Zeit wird von humanitären Organisationen diese Regelung kritisiert, hauptsächlich mit dem Argument, die familiäre Gemeinschaft mit Geschwistern sei zur Entwicklung des minderjährigen Jugendlichen erforderlich und zur Integration einer Familie in die Bundesrepublik Deutschland sinnvoll und erforderlich. Zielsetzung ist die Aufhebung der Begrenzung des Familiennachzugs auf die Eltern eines minderjährigen Kindes und auf die minderjährigen Kinder.

II. **Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Feststellung der Minderjährigkeit.**

Für die **Feststellung der Minderjährigkeit entscheidender Zeitpunkt** ist im Falle des Nachzugs von Eltern zu einem minderjährigen Flüchtling nach § 10 Abs. 3a der Familiennachzugsrichtlinie nach der EuGH Rspr. der Zeitpunkt der Asylantragstellung. ([EuGH v. 12.4.2018, C- 550/16, A. und S.](#)). Diese Entscheidung ist zur Auslegung der Familiennachzugsrichtlinie ergangen. Sie bindet die Mitgliedstaaten bei der Auslegung des Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie in Bezug auf als Konventionsflüchtlinge anerkannte Minderjährige, ist aber nicht auf den Nachzug von Familienangehörigen zu unbegleiteten Minderjährigen, die subsidiären Schutz erhalten, anwendbar. Es gibt nach den unionsrechtlichen Regeln substantielle Unterschiede zwischen dem Status als anerkannter Flüchtling und dem Status als subsidiär schutzberechtigter Flüchtling, die auch bezüglich

des Familiennachzugs Unterschiede rechtfertigen (vgl.Erläut.zu § 36a AufenthG, Hailbronner,Ausländerrecht, Sept. 2018,, Rn. 4 ff).

Der EuGH begründet die Auslegung des Begriffs Minderjähriger in Art. 2 f in Verb. mit Art. 10 Abs. 3 a der Familiennachzugsrichtlinie 2003/86 damit, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie in Frage gestellt würde, wenn das Recht auf Familienzusammenführung von Minderjährigen mit ihren Eltern davon abhinge, zu welchem Zeitpunkt die zuständige nationale Behörde förmlich über die Anerkennung des Betroffenen als Flüchtling entscheide. Außerdem liefe dies den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit zuwider (Rn. 55). Hinge das Recht auf Familienzusammenführung von dem Zeitpunkt der Beendigung des Asylverfahrens ab, so bestehe ferner eine erhebliche Gefahr, dass einem großen Teil der Flüchtlinge der Schutz der Richtlinie vorenthalten werde (Rn.57).

Die EuGH Entscheidung , die zum niederländischen Recht ergangen ist, stellt für die Wirksamkeit der Geltendmachung eines Antrags auf Familiennachzug maßgeblich auf den Zeitpunkt der Antragstellung ab. Insoweit ist durch den EuGH eine bindende Festlegung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der Frage, ob es sich bei dem Zusammenführenden um einen "minderjährigen Flüchtling" i.S. von Art. 10 Abs.3 der Familiennachzugsrichtlinie vorgenommen worden, vorgenommen worden.Nicht eindeutig klar sind indes die Folgen für die Auslegung und Anwendung der Gründe, aus denen die Mitgliedstaaten nach Art. 16 Abs. 1 [RL 2003/86/EG](#) einen Antrag auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke der Familienzusammenführung oder dessen Verlängerung ablehnen können.

Ob die Entscheidung auch dahin interpretiert werden kann oder muss, dass damit quasi die Minderjährigkeit als fortbestehend für die Entscheidung selbst fingiert wird und damit auch der Nachzug von Eltern zu volljährigen Kindern ermöglicht wird, ohne Rücksicht auf die ansonsten geltenden Nachzugsvoraussetzungen wie Lebensunterhalt usw. ist strittig und Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens des BVerwG zum EuGH (BVerwG v. 23.4. 2020,1 C 9.19 und 10. 19). Es gibt eine Reihe von Gründen, die dafür sprechen, dass die EuGH Entscheidung nicht so interpretiert werden kann, dass völlig unabhängig von der Minderjährigkeit ein Elternnachzug zu einem zum Entscheidungszeitpunkt volljährig gewordenen Kind bewilligt werden muss. . Das BVerwG ist der Auffassung, dass Art. 16 Abs. 1 [RL 2003/86/EG](#) dahin auszulegen ist, dass mit "Bedingungen" im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Buchst. a [RL 2003/86/EG](#) nicht allein die in Kapitel IV der Richtlinie genannten allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung erfasst sind, die in Art. 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 [RL 2003/86/EG](#) selbst als "Bedingungen" bezeichnet werden. Vielmehr sieht er alle Voraussetzungen eines unionsrechtskonformen Familiennachzugs erfasst, neben den in Art. 6 und 7 Abs. 1 und 2 [RL 2003/86/EG](#) benannten "Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung", Bei dem **privilegierten Elternnachzug zu einem unbegleiteten minderjährigen Flüchtling also auch dessen Minderjährigkeit**. Auch hierbei handelt es sich um eine in der Richtlinie festgelegte Bedingung für den Elternnachzug, die im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke der Familienzusammenführung hier tatsächlich nicht mehr erfüllt ist. Versteht man die Entscheidung des EuGH jedoch weitergehend dahin, dass der Familiennachzug von Eltern zu minderjährigen Kindern bzw. der Nachzug minderjähriger Kinder unabhängig davon ist, ob zum Entscheidungszeitpunkt die

Voraussetzung des Nachzugs-Minderjährigkeit- entfallen war, wird ein Baustein des Familiennachzugssystems des deutschen Ausländerrechts entfernt.

Das spezifische Elternnachzugsrecht ist seiner Funktion nach auf die elterliche Sorge für den minderjährigen Flüchtling bezogen, die mit Erreichen des Volljährigkeitsalters grundsätzlich beendet ist. Das Nachzugsrecht der Eltern dient allein dem Schutz des unbegleiteten Minderjährigen und seinem Interesse an der Familieneinheit mit seinen Eltern (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23. November 2020 OVG 6 B 6.19, v. 22.12. 2016, 3 S 106.16). Die spezifische Schutzfunktion des elterlichen Nachzugsrechts zu minderjährigen Flüchtlingen wird verkannt, wenn ohne Rücksicht auf die Erreichung des Volljährigkeitsalters eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist. Auch mit der Systematik der Richtlinie steht die Gewährung eines zeitlich unbeschränkten Nachzugsrecht über die Volljährigkeit hinaus für die Eltern eines als Minderjährigen eingereisten Flüchtlings nicht in Einklang. Es widerspricht auch nicht menschenrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Vorgaben, den Elternnachzug im Sinne von [§ 36a Abs. 1 Satz 2 AufenthG](#) zu versagen, wenn das bereits im Bundesgebiet lebende Kind während des Verwaltungsverfahrens oder des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens volljährig geworden ist (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22. September 2020 – OVG 3 B 38.19, . auch [BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 2017 – 2 BvR 1758/17- Rn. 16](#),

So geht denn auch die **Rechtsprechung des BVerwG und BVerfG** (BVerwG v. 18.4.2013, 10C 9.12; BVerfG v. 11.10. 2017, 2 BvR 1758/17) davon aus. dass § 36 den Eltern eines minderjährigen unbegleiteten Flüchtlings **nur bis zur Erreichung des Volljährigkeitsalters** ein Nachzugsrecht einräumt und daher eine Verlängerung über den Zeitpunkt der Erreichung der Volljährigkeit hinaus ausscheidet. Ist nach der EuGH Rechtsprechung auch dann ein Nachzugsrecht zu gestatten, wenn der Einreisende nur zum Antragszeitpunkt minderjährig war, aber während des Asylverfahrens volljährig wird, so würde es keinen Sinn machen, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, die im Zeitpunkt der Gewährung der Aufenthaltserlaubnis bereits abgelaufen ist.

Unklar ist daher, ob in unionsrechtskonformer Auslegung aus der EuGH Rechtsprechung der Schluss zu ziehen ist, dass das Nachzugsrecht der Eltern sich mit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis quasi von der spezifischen Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen, auf die Art. 10 Abs. 3a RL 2003/86 abzielt, ablöst und verselbständigt (vgl. *OVG Berlin- Brandenburg v. 27.4. 2018, 3 S 23/18*). Der Nachzug der Eltern wäre in diesem Fall grundsätzlich zeitlich nicht beschränkt. Das lässt sich weder aus dem Unionsrecht noch aus der Kinderschutzkonvention plausibel begründen. Vielmehr finden sich im Gegenteil zahlreiche Anhaltspunkte aus der Entstehungsgeschichte der Familiennachzugsrichtlinie dafür, dass es um die Sorge für das minderjährige Kind geht. Das BVerwG stellt denn auch zutreffend zur Diskussion, ob die EuGH Rechtsprechung, die vermutlich das Problem schlicht übersehen hat, (die Bundesrepublik Deutschland hat es versäumt, im Verfahren eine Stellungnahme abzugeben) es ausschließt, dass zwar für die wirksame Antragstellung auf die Minderjährigkeit abzustellen ist, für die Entscheidung selbst über den Nachzug aber die fortbestehende Minderjährigkeit Bedingung der Gewährung des Nachzugsrechts der Eltern (Vgl. Art. 16 Familiennachzugsrichtlinie) ist. Entsprechendes gilt dann auch für das Nachzugsrecht der Eltern zu minderjährigen Kindern, die subsidiär schutzberechtigt sind.

Aus der Sicht des deutschen Rechts ist diese Folgerung jedenfalls nicht zwingend, soll nicht abweichend von der Systematik des deutschen Ausländerrechts ein privilegierter Nachzug von Eltern zu ihren volljährigen Kindern gewährt werden, wobei offen bleibt, was in diesem Falle beim Nachzug zu volljährigen Flüchtlingen unter Herstellung der familiären Einheit zu verstehen wäre (hierzu stellt das BVerwG eine Zusatzfrage an den EuGH).

Der Gesetzentwurf setzt sich mit diesen für die Systematik des deutschen Ausländerrechts grundlegenden Fragen nicht auseinander, sondern nimmt lediglich in angenommener Vorwegnahme der zu erwartenden EuGH Rechtsprechung eine Ausweitung der mißglückten und in Ansehung der Folgen kaum hinreichend überlegten EuGH Rechtsprechung entgegen der einhelligen Rechtsprechung des BVerwG und des BVerfG vor. Die Frage der Gewährung des Familiennachzugs auf zum Entscheidungszeitpunkt volljährigen Kindern wird auf diese Weise nicht gelöst.

III. Zur Frage der Ausweitung des Familiennachzugs in § 32 Abs. 1 Entwurf

Mit der vorgeschlagenen Änderung soll der Kindernachzug zu den gemäß §§ 36 oder 36a AufenthG nachgezogenen Eltern (dh. Geschwistern , die im Wege des Kaskadennachzugs nach Deutschland kommen) nicht mehr von den Voraussetzungen der Sicherung des Lebensunterhalts und des ausreichenden Wohnraums abhängig gemacht werden. Diese Änderung würde voraussichtlich zu einer zahlenmässigen Ausweitung des Familiennachzugs zu unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen führen, die von Sozialleistungen abhängig sind (zur Entwicklung der Nettoausgaben im Rahmen des AsblLG vgl. Das Bundesamt in Zahlen , 2020,S. 50).

Für einen erleichterten Nachzug von Geschwistern eines unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings können zwar im Einzelfall sachliche Gründe sprechen. Grundsätzlich erscheint es aber problematisch , den humanitären Charakter der Schutzberechtigung für minderjährige unbegleitete Flüchtlinge als Kaskadennachzug generell voraussetzungslos auf die Geschwister auszuweiten, und damit zusätzliche Anreize für die Inanspruchnahme der subsidiären Schutzberechtigung für den Nachzug der gesamten Familie zu geben. Der Gesetzgeber hat sich in § 36a AufenthG für eine Kontinentallösung entschieden und damit zugleich dem Konzept eines unbegrenzten Rechtsanspruchs der Eltern bzw. sonstigen Familienangehörigen eine Absage erteilt. Dieser Grundkonzeption würde nicht nur die Ausweitung des Familiennachzugs auf Geschwister , sondern auch die Lockerung der in § 32 Abs. 1 vorgesehenen Voraussetzungen beim Kaskadennachzug der Kindern zu nachgezogenen Eltern eines minderjährigen Flüchtlings zuwidergehandelt. Aus § 3 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 Satz 1 der UN-Kinderrechtskonvention lässt sich ein Rechtsanspruch nicht ableiten , denn die konkrete Ausgestaltung des Familiennachzugs obliegt dem nationalen Gesetzgeber, wenn sie nicht unionsrechtlich determiniert ist (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22. September 2020 – OVG 3 B 38.19 ; [BVerwG, Urteil vom 13. Juni 2013 – 10 C 16/12 Rn. 24](#))

18.Juni 2021 Hailbronner