



MRZ, August-Bebel-Str. 89, D-14482 Potsdam

**MENSCHENRECHTSZENTRUM  
DER UNIVERSITÄT POTSDAM**

Leitung:  
Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M.  
(Harvard)  
(geschäftsführender Direktor)

August-Bebel-Str. 89  
14482 Potsdam

Telefon: 0331/977-3450

Telefax: 0331/977-3451

**Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestages**

**29. Januar 2018**

zum Thema:

**„Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten“**

Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU (BT-Drs. 19/439),  
Antrag der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/545)  
Gesetzentwurf der Fraktion der FDP (BT-Drs. 19/425)  
Gesetzentwurf der Fraktion der AfD (BT-Drs. 19/182)  
Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 19/241)

**- Schriftliche Stellungnahme -**

vorgelegt von

**Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)**

unter Mitarbeit von

**apl. Prof. Dr. Norman Weiß**



## **A. Einführung**

Ich darf mich für die – wenn auch sehr kurzfristige – Einladung bedanken und darf zu den damit zusammenhängenden *völkerrechtlichen* Fragen Stellung nehmen.

Die Bundesrepublik Deutschland ist seit ihrer Gründung als *integrationsoffener* Verfassungsstaat angelegt, und ihre Rechtsordnung ist im Zuge jahrzehntelanger Integrationsprozesse europäisiert und internationalisiert worden. Dies wirkt sich auch auf die Auslegung und Anwendung des gesamten innerstaatlichen Rechts einschließlich der Verfassung aus. Namentlich geht das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass die gesamte deutsche Rechtsordnung einschließlich der Grundrechte des Grundgesetzes grundsätzlich *völkerrechtskonform* auszulegen ist.<sup>1</sup>

Vor diesem Hintergrund soll vorliegend daher untersucht werden inwieweit im Bereich des Familiennachzugs zu Personen, die in Deutschland *subsidiären* Schutz genießen, *völkerrechtliche* Vorgaben bestehen, die bei der Ausgestaltung bzw. Auslegung des deutschen Rechts zu beachten sind.

## **B. Völkerrechtlicher Rechtsrahmen**

Menschenrechtliche Vorschriften zum Schutz des Familienlebens, die für die Frage des Familiennachzugs zu Personen, die *subsidiären* Schutz genießen, relevant sind, finden sich namentlich in

- den Art. 17, 23 und 24 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBürg),

- ferner in Art. 8 (i.V.m. Art. 14) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).

sowie schließlich für Konstellationen in denen Kinder betroffen sind

- auch in den Art. 3 und 10 Kinderrechtskonvention (KRK)

---

<sup>1</sup> BVerfGE 6, 309 (362), 75, 1 (19), st. Rspr.

## 1. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

Die eingangs genannten Vorschriften des IPBürg schützen die Familie vor willkürlichen Eingriffen und stellen sie unter den Schutz von Staat und Gesellschaft. Sie schützen dabei auch die Rechte von Kindern indem sie vorsehen, dass

„[n]iemand willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in (...) seine Familie (...) ausgesetzt werden“ darf (Art. 17 IPBürg)

bzw. dass

„[d]ie Familie die natürliche Kernzelle der Gesellschaft [ist] und Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat [hat]“,

und dass ferner

„[j]edes Kind (...) das Recht auf diejenigen Schutzmaßnahmen (...) [hat], die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert.“ (Art. 24 IPBürg)

Der durch den Pakt geschaffene und für dessen Auslegung zuständige UN-Menschenrechtsausschuss geht dabei davon aus, dass die Vertragsstaaten zwar grundsätzlich souverän über Fragen der Einreise von Ausländern in deren jeweiliges Hoheitsgebiet entscheiden. Er hat aber in seiner Interpretation des Familien zu gewährenden Schutzes herausgearbeitet, dass fremdenpolizeiliche Maßnahmen einen unzulässigen Eingriff in das Familienleben darstellen können, wenn sie unverhältnismäßig und willkürlich sind.<sup>2</sup>

Relevante Kriterien für die notwendige umfassende Abwägung im Einzelfall sind aus der Sicht des Menschenrechtsausschusses dabei insbesondere eine etwaige Dauer des Aufenthalts; ferner die Möglichkeit, das Familienleben auch in zumutbarer Weise tatsächlich im Ausland fortzusetzen, sowie gegebenenfalls auch das Kindeswohl. Obwohl

---

<sup>2</sup> Menschenrechtsausschuss, Hendrick Winata und So Lan Li ./ . Australien, Nr. 930/2000, Entscheidung vom 26. Juli 2001, Nr. 7.3; Francesco Madafferi ./ . Australien, Nr. 1011/2001, Entscheidung vom 26. Juli 2004, Nr. 9.7-9.9; Mohamed El-Hichou ./ . Dänemark, Nr. 1554/2007, Entscheidung vom 22. Juli 2010, Nr. 7.2-7.5.

die meisten Entscheidungen des Ausschusses Personen betrafen, die sich bereits alle im Zielland aufgehalten hatten, ist er im Fall eines in der Schweiz lebenden Libyers, dessen Familie ohne nähere Gründe die Ausreise verweigert wurde, ohne weiteres von einer Verletzung von Art. 17, 23 und 24 IPBürg ausgegangen.<sup>3</sup>

Im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens hat der Ausschuss zudem erst vor kurzem im Jahr 2016 eine generelle gesetzliche Wartezeit von *drei Jahren* für Geflüchtete, die temporären Schutz genießen, bevor sie Familiennachzug beantragen dürfen, als Verstoß gegen den IPBürg gewürdigt. Dabei ist besonders hervorzuheben, dass die betreffende dänische Regelung analog zu § 22 AufenthaltsG einen Vorbehalt zugunsten der völkerrechtlichen Verpflichtungen Dänemarks vorgesehen hatte. Im Einzelnen hat der Ausschuss ausgeführt:

“35. The Committee is concerned at the amendment to the Aliens Act adopted by Parliament in January 2016 that introduces **restrictions on family reunification for persons under temporary protection status** by requiring **a residence permit for more than the least three years, unless warranted by the international obligations of Denmark.**

36. The state party should consider reducing the duration of residence required of persons under temporary protection status in order for them to obtain family reunification, **in compliance with the Covenant.**”<sup>4</sup>

Diese Auffassung, wenn auch bezogen auf das Grundgesetz und die EMRK, wird nunmehr auch vom VG Berlin geteilt, welches die bisherige deutsche Regelung „mit ihrer zeitlichen Befristung auf zwei Jahre [als] **noch** verhältnismäßig“ bezeichnet hat.<sup>5</sup>

Ferner wurde Spanien vom Menschenrechtsausschuss gemahnt in Erfüllung seiner Paktverpflichtungen jedenfalls den Schutz unbegleiteter Minderjährigen zu verstärken und dem Kindeswohl dabei eine primäre Bedeutung einzuräumen:

<sup>3</sup> Menschenrechtsausschuss, Rarag El Dernawi ./.. Libyan Arab Jamahiriya, Nr. 1143/2002, Entscheidung vom 20 Juli 2007, Nr. 7.

<sup>4</sup> Menschenrechtsausschuss, Abschließende Bemerkungen zum 6. Staatenbericht Dänemarks vom 7. Juli 2016, UN-Dok. CCPR/C/DNK/CO/6 vom 15. August 2016, Nr. 35f.; Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>5</sup> VG Berlin, VG 36 K 92.17 V; Hervorhebung nicht im Original.

“35. The State party should ensure that the principle of the best interests of the child is given primary consideration in all decisions concerning unaccompanied minors [...].”<sup>6</sup>

In ähnlicher Weise wurde Österreich dafür gerügt, dass es in ausländerrechtlichen Verfahren dem Kindeswohl kein ausreichendes Gewicht beimisst.

“27. [...] The Committee is further concerned that, under article 7 of the new Constitutional Law on the Rights of Children, consideration of the best interest of the child may be restricted in some circumstances, including in asylum-related matters.”<sup>7</sup>

In einer wertenden Gesamtschau kann man aus den Äußerungen des Menschenrechtsausschusses daher ableiten, dass eine Gesetzesregelung, wie sie vorliegend zur Debatte steht, Einzelfallentscheidungen ermöglichen muss, um in einer konkreten Abwägung die schützenswerten Belange der Familie, und insbesondere die betroffener Kinder zur Geltung bringen zu können.

Zudem kann man der Spruchpraxis des Ausschusses entnehmen, dass jedenfalls eine generelle mehrjährige Aussetzung des Familiennachzugs für Personen mit subsidiärem Schutzstatus aus der Sicht des IPBürg problematisch ist.

## 2. Europäische Menschenrechtskonvention

### a) Art. 8 EMRK

Gemäß Art. 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Familienlebens; in dieses Recht darf nur zur Wahrung der in 8 Abs. 2 EMRK genannten Zwecke und in verhältnismäßiger Weise eingegriffen werden.

Art. 8 ERMRK vermittelt nach zutreffender Auffassung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) jedenfalls kein *generelles* Recht auf Einreise in

---

<sup>6</sup> Menschenrechtsausschuss, Abschließende Bemerkungen zum 7. Staatenbericht Schwedens vom 23. März 2016, UN-Dok. CCPT/C/SWE/CO/7 vom 28. April 2016, Nr. 35; Menschenrechtsausschuss, Abschließende Bemerkungen zum 6. Staatenbericht Spaniens vom 20. Juli 2015, UN-Dok. CCPT/C/ESP/CO/6 vom 14. August 2015, Nr. 23.

<sup>7</sup> Menschenrechtsausschuss, Abschließende Bemerkungen zum 5. Staatenbericht Österreichs vom 3. November 2015, UN-Dok. CCPT/C/AUT/CO/5 vom 3. Dezember 2015, Nr. 27f.

einen bestimmten Konventionsstaat.<sup>8</sup> Diese Grundaussage wird vom EGMR freilich dahingehend konkretisiert, dass das tatsächliche Zusammenleben der Familienmitglieder den wesentlichen Bestandteil des Familienlebens darstelle.<sup>9</sup> Dem Interesse eines Ausländers oder einer Ausländerin an einer Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Familienlebens stehe das Interesse des betreffenden Staates an einer Einwanderungskontrolle entgegen.<sup>10</sup>

Bei der Entscheidung über die Gewährung von Familiennachzug zu einer/m bereits in einem Konventionsstaat lebenden Ausländerin oder Ausländer sind daher mehrere Punkte zu berücksichtigen. Zum einen die Bindung der betroffenen Person(en) an den bisherigen Aufenthalts- und den Zielstaat; ferner die Möglichkeit, das Familienleben gegebenenfalls ohne unüberwindliche Schwierigkeiten im Herkunftsstaat (oder gegebenenfalls einem Transitstaat) zu führen; drittens das öffentliche Interesse an einer Ausweisung oder Ablehnung<sup>11</sup> sowie – soweit Kinder betroffen sind – ferner viertens vorrangig auch das Kindeswohl<sup>12</sup>.

Soweit dabei die (Wieder-)Herstellung des Familienlebens in einem Transit- oder Erstaufnahmeland (etwa derzeit insbesondere bei Schutzsuchenden aus Syrien die Türkei, Jordanien, Irak oder der Libanon) in Betracht kommen würde, dürfte jedoch auch nach Auffassung des EGMR eine illegale Rückreise dorthin (und die damit einhergehende etwaige Strafverfolgung) durch die Person, die in Deutschland bislang subsidiären Schutz genießt, nicht erwartet werden können. Erst recht gilt dies evidenterweise wenn die Person, die bislang in Deutschland subsidiären Schutz genießt, sich zur Wiederherstellung des Familienlebens in die Gefahr politischer Verfolgung begeben müsste oder eine Rückkehr dorthin (etwa nach Syrien) mit Gefahren verbunden wären, die gerade erst die Gewährung subsidiären Schutzes in Deutschland ausgelöst hatten.

In ihrem neueren Urteil in der Sache Jeunesse ./.. Niederlande<sup>13</sup> betont die Große Kammer des EGMR dabei den auf den Gesamtumständen des Falles beruhenden Ausnahmecharakter, der zu einer Gestattung des Familiennachzugs führte. Eine *generelle*

<sup>8</sup> St. Rspr seit EGMR, Urteil vom 28. Mai 1985, Abdulaziz, Cabales und Balkandali ./.. Vereinigtes Königreich, 9214/80, Nr. 68

<sup>9</sup> EGMR, Urteil vom 21. Februar 2017, M. ./.. Deutschland, 13240/15, Nr. 54.

<sup>10</sup> *Philip Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, in: EuGRZ 2017, S. 229-240 (S. 231).

<sup>11</sup> EGMR, Urteil vom 10. Juli 2014, Mugenzi ./.. Frankreich, 52701/09, Nr. 44 (für die ersten drei Kriterien).

<sup>12</sup> EGMR, Urteil vom 10. Juli 2014, Mugenzi ./.. Frankreich, 52701/09, Nr. 45 (zum Kindeswohl); ebenso EGMR, Urteil vom 10. Februar 2015, Penchevi ./.. Bulgarien, 77818/12, Nr. 56: “There is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount.”

<sup>13</sup> EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2014, Jeunesse ./.. Niederlande, 12738/10, Nr. 119

Verpflichtung zur unterschiedslosen Gewährung eines Familiennachzugs kann man ihr und späteren Entscheidungen des Gerichtshofes wohl kaum entnehmen; vielmehr ist aus der Sicht des EGMR an einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung festzuhalten.<sup>14</sup>

Die vom Gerichtshof entwickelten Kriterien geben jedoch eine klare Richtung vor, der zufolge die legitimen staatlichen Interessen an einer Steuerung und Begrenzung von Einwanderung mit dem Schutz der Familie und dem Kindeswohl in Ausgleich gebracht werden müssen.

Der EGMR prüft insoweit erstens, ob die Eltern die unwiderrufliche Entscheidung getroffen haben, die Kinder im Herkunftsstaat zurückzulassen. Zweitens fragt der EGMR, ob die Einreise der Kinder das angemessenste Mittel für sie darstelle, ein Familienleben mit den Eltern zu entwickeln, insbesondere, ob die Möglichkeit dazu im Herkunftsstaat durch unüberwindliche Hindernisse ausgeschlossen sei.<sup>15</sup> Außerdem betont der Gerichtshof, dass ein breiter Konsens hinsichtlich der überragenden Bedeutung des Kindeswohls bestehe, das bei allen Entscheidungen, die Kinder betreffen, im Zentrum der Überlegungen stehen und dem dabei entscheidendes Gewicht zukommen müsse.<sup>16</sup>

Die notwendige Einzelfallentscheidung muss dabei deutlich machen, dass die nationalen Behörden und Gerichte diese Punkte in hinreichender Weise zum Gegenstand ihrer Überlegungen gemacht und ihnen die von der Konvention vorgesehene Bedeutung eingeräumt haben.<sup>17</sup>

Auch dies spricht klar dafür, dass jedenfalls eine unterschiedslose und generelle Aussetzung des Familiennachzugs durch das Gesetz im Widerspruch zur Konvention steht.

## **b) Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK**

Die EMRK kennt nur in ihrem 12. Zusatzprotokoll einen allgemeinen Gleichheitssatz; dieses ist jedoch (bislang) von der BR Deutschland nicht ratifiziert worden.

Art. 14 EMRK enthält jedoch einen akzessorischen Gleichheitssatz, der immer dann eingreift, wenn sich eine Person im materiellen Schutzbereich eines Konventionsrechtes befindet. Dies ist im Hinblick auf Art. 8 EMRK bei Personen, denen (oder zu denen) der Familiennachzug verweigert wird der Fall. Art. 14 EMRK sieht dabei vor, dass

---

<sup>14</sup> Ebenso *Czech* (Fn. 10), S. 234f.

<sup>15</sup> EGMR, Urteil vom 8. November 2016, *El-Ghatet* ./ Schweiz, 56971/10, Nr. 45.

<sup>16</sup> Ebenda, Nr. 46.

<sup>17</sup> Ebenda, Nr. 47.

„[d]er Genuss der in dieser Konvention [*i.e.* der EMRK] anerkannten Rechte und Freiheiten (...) ohne Diskriminierung (...) zu gewährleisten [ist].“

Relevante Vergleichsgruppen sind dabei vorliegend zum einen Personen, die in Deutschland die Rechtsstellung anerkannter Flüchtlinge nach der GFK gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG genießen und zum anderen Personen, die in Deutschland subsidiären Schutz nach Maßgabe von § 24 Abs. 1 AufenthG genießen.

Für erstgenannte Gruppe besteht die Möglichkeit des Familiennachzugs nach Maßgabe von § 29, 30 und 32 AufenthG, während für die zweite Gruppe bislang aufgrund von § 104 Abs. 13 AufenthG ein solcher Anspruch bis zum 16. März 2018 ausgesetzt wurde. Ferner soll nunmehr sowohl nach den Vorstellungen des Antrags der Fraktion CDU/CSU (BT-Drs. 19/439), als auch nach denjenigen der AFD (BT-Drs. 19/182) dieser generell bis auf weiteres ausgeschlossen werden.

Damit könnte sich die Verweigerung des Familiennachzugs für die zuletzt genannte Gruppe als eine Diskriminierung nach Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK darstellen. Zwar bestehen zwischen beiden Gruppen etwa insoweit rechtliche Unterschiede, als Personen mit nur subsidiärem Schutzstatus etwa keine Freizügigkeit im Bundesgebiet genießen (§ 24 Abs. 3-5 AufenthG).

Die rechtlichen Unterschiede der beiden Statusgruppen verlieren in der Praxis jedoch weitgehend an Bedeutung, da auch der subsidiäre Schutz oft längerfristig ausfallen wird. Ferner sind die faktischen Umstände in den jeweiligen Herkunftsländern zu beachten, die typischerweise einer kurz- oder mittelfristigen Rückkehr im Wege stehen. Gerade auch für Jugendliche und Heranwachsende mit subsidiärem Schutzstatus kann es zudem durch den Schulbesuch oder eine Berufsausbildung zu einer Verfestigung des Aufenthaltsstatus analog zu dem von GFK-Flüchtlingen kommen. Schließlich unterliegt auch der GFK-Status der Möglichkeit des Widerrufs durch das BAMF.

Eine Differenzierung zwischen beiden Gruppen in Form einer Schlechterstellung der subsidiär Schutzberechtigten beim Familiennachzug erscheint daher nur schwer zu rechtfertigen. In diese Richtung dürfte auch das Urteil des EGMR *Niedzwiecki/Deutschland* weisen, in dem der Gerichtshof es als unzulässig erachtet hatte, die

Gewährung bestimmter Sozialleistungen für Kinder von deren jeweiligen Aufenthaltsstatus abhängig zu machen<sup>18</sup>.

### 3. Kinderrechtskonvention

#### a) Allgemeine Fragen

Art. 10 KRK verpflichtet alle Vertragsparteien, zu denen seit April 1992 bekanntlich auch die BR Deutschland gehört, dazu

„(...) von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat von den Vertragsstaaten **wohlwollend, human und beschleunigt** [zu] bearbeite[n].“<sup>19</sup>

Die (anders als die amtliche deutsche Übersetzung) authentischen, englischen bzw. französischen Sprachfassungen sprechen insoweit von der Verpflichtung der Vertragsparteien solche Anträge

„(...) in a **positive, humane and expeditious** manner“<sup>20</sup>

bzw.

„dans un **esprit positif, avec humanité et diligence**“<sup>21</sup>

zu behandeln.

Bei der Auslegung der Norm ist dabei nach allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung primär zunächst auf den Wortlaut der jeweiligen Norm sowie auf deren Sinn und Zweck abzustellen. Daneben stellt zudem nach zutreffender Auffassung des von der Konvention geschaffenen Kinderrechtsausschusses eine Besonderheit der Auslegung gerade der gesamten Kinderrechtskonvention<sup>22</sup> - und damit auch des Art. 10 Abs. 1 KRK

<sup>18</sup> Vgl. für das parallele Problem des Kindergeldbezugs bei nur befristetem Aufenthaltstitel: EGMR, Urteil vom 25. Oktober 2005, Niedzwiecki ./.. Deutschland, 58453/00, Nr. 33.

<sup>19</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>20</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>21</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>22</sup> Vgl. General Comment zu Art. 31 Abs. 1:

– deren Art. 3 Abs. 1 KRK dar. Danach ist bei *allen* Entscheidungen, die einzelne Kinder *oder ganze Gruppen von Kindern* betreffen, stets und durchgängig

„das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen [ist]“

bzw. muss das Kindeswohl stets eine

„primary consideration“/„considération primordiale“

sein. Dies umfasst nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 KRK gerade auch gesetzgeberische Maßnahmen<sup>23</sup>.

Der immer wieder vorgebrachte Einwand, die Benutzung des unbestimmten Artikels „**a** primary consideration“/ „**une** considération primordiale“ zeige, dass es sich dabei nur um eine von mehreren Abwägungsparametern handele, kann nicht verfangen. Vielmehr beruht die Benutzung des unbestimmten Artikels allein auf sprachlichen Gründen<sup>24</sup>. Hätte die Konvention das Kindeswohl nur als eine von mehreren ‚primary considerations‘ betrachtet, hätte sie zudem eine andere Formulierung, etwa „one of the primary considerations“ wählen müssen. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Afrikanische Kinderrechtskonvention, die kurz nach der universellen Kinderrechtskonvention entstanden ist, erneut aus sprachlichen Gründen, die Terminologie ‚the primary consideration‘ benutzt, ohne dass damit aber eine Abweichung von der als identisch verstandenen universellen Konvention verbunden sein sollte.<sup>25</sup>

Ähnliches gilt für die behauptete Abschwächung der Bedeutung des Kindeswohls durch die Benutzung des Begriffs ‚primary consideration‘/„considération **primordiale**“ statt der noch in der UN-Erklärung über die Kinderrechte von 1959 benutzten Formulierung „**paramount** consideration“ bzw. „la considération **déterminante**“.

Insoweit genügt es bereits darauf hinzuweisen, dass zwar der englische Text der Konvention in den Art. 3 und 21 zwar einerseits den Begriff ‚primary‘ und andererseits den

---

„The Committee on the Rights of the Child (the Committee) has identified article 3, paragraph 1, as one of the four general principles of the Convention for interpreting and implementing all the rights of the child (...)”

<sup>23</sup> General Comment

<sup>24</sup> Ausführlich dazu bereits R. Lorz, Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung (2010), S. 6 f.

<sup>25</sup> Ebenda, S. 7.

Begriff ‚paramount‘ benutzt. Der gleichermaßen authentische französische Text der Konvention (wie im übrigen auch der ebenfalls authentische spanische Text) benutzt an *beiden* Stellen (also sowohl in Art. 3 als auch in Art. 21) aber den Begriff ‚consideration primordiale‘ bzw. ‚consideración primordial‘. Dies wiederum zeigt aber, dass aus der Sicht der Konvention die Begriffe ‚primary‘ und ‚paramount‘ einen *identischen* Begriffsinhalt besitzen müssen, da ansonsten auch in den anderen Sprachfassungen zwingend ein entsprechender Unterschied hätte vorgenommen werden müssen. Damit widerlegt aber eindeutig das vorgebrachte Argument der Abschwächung der Bedeutung des Kindeswohls durch die Wahl des Begriffs ‚primary‘ statt ‚paramount‘ in Art. 3 KRK.

Insgesamt bedeutet dies, dass auch der deutsche Gesetzgeber das vorliegend betroffene Wohl der in Frage kommenden Kinder (denen gegebenenfalls das Nachzugsrecht zu ihren Eltern oder umgekehrt das Nachzugsrecht ihrer Eltern zu ihnen grundsätzlich verweigert wird) *maßgeblich* zu berücksichtigen hat, und ein Ausschluss dieses Rechts nur dann und nur insoweit in Betracht kommt, wenn und soweit andere Belange des Allgemeinwohls diese ‚primary consideration‘ überwiegen.

Gegenüber diesen primären Auslegungsparametern kommt der Entstehungsgeschichte der Konvention nach allgemeinen, für völkerrechtliche Verträge jeder Art geltenden Regeln, bei deren Auslegung nur eine subsidiäre, nachrangige Bedeutung zu, sofern der Inhalt der Norm nach Anwendung der andern Methoden der Vertragsauslegung unklar und zweifelhaft bleibt; nur dann und insoweit ist danach auf die sogenannten *travaux préparatoires* zu rekurren.

#### **b) Verpflichtung zu einer individualisierten *Bearbeitung* eines Ersuchens auf Familiennachzug (‚shall be dealt with‘/ ‚est considérée‘)**

Aus Art. 10 Abs. 1 KRK ergibt sich zwar bereits nach ihrem Wortlaut nur eine Verpflichtung zu einer Bearbeitung eines Nachzugesantrags (‚shall be dealt with‘/ ‚est considérée‘), nach zutreffender Auffassung aber kein *unbedingter* Anspruch auf Einreise in die Vertragspartei in dem die Familienzusammenführung, vorliegend also Deutschland, stattfinden soll.

Immerhin aber ergibt sich daraus zunächst eine bindende Verpflichtung den Antrag zu prüfen wie namentlich der französische Wortlaut (‚est considérée‘) nahelegt, der leicht abweichend von der englischen Sprachfassung, für die Erfüllung der völkervertraglichen

Verpflichtung nicht nur eine *formale* Bearbeitung etwaiger Anträge auf Familiennachzug voraussetzt, sondern auch eine Verpflichtung zu einer *inhaltlichen Bewertung* beinhaltet. Angesichts dieses, wenn auch eher marginalen, Unterschieds ist im Lichte der grundsätzlichen Wertung des Art. 3 Abs. 1 KRK der französischen Fassung der Vorrang einzuräumen, zumal sich daraus auch kein Widerspruch zu der englischen Sprachfassung ergibt.

Diese Verpflichtung zu einer solchen inhaltlichen Bewertung beinhaltet damit die Notwendigkeit sicherzustellen, dass *im Einzelfall* vorgebracht werden kann (und dann geprüft werden muss), warum (behauptetermaßen) die Nichtgewährung von Familiennachzug im konkreten Fall trotz entgegenstehender migrationspolitischer Interessen Deutschlands unzulässig ist.

Bereits vor diesem Hintergrund erscheint damit eine Regelung, die entweder pauschal von Gesetzes wegen generell-abstrakt einen Familiennachzug einer ganzen Personengruppe ausschließt, oder sie aber auf eine absolute (etwa monatliche) Höchstzahl beschränkt, und damit entweder für alle Betroffenen oder zumindest für alle Antragssteller/-innen jenseits dieser Schwelle eine inhaltliche Prüfung solcher Anträge *per se* ausschließt, mit Art. 10 Abs. 1 KRK kaum vereinbar.

**c) Verpflichtung zu einer *wohlwollenden* Bearbeitung eines Ersuchens auf Familiennachzug („(...) in a positive (...) manner“/„dans un esprit positif (...)“)**

Neben dieser soeben erwähnten Verpflichtung überhaupt in eine materielle Prüfung einzusteigen besteht darüber hinaus ferner auch die Verpflichtung einer *wohlwollenden* Prüfung („(...) in a positive (...) manner“/„dans un esprit positif (...)“, die wie erwähnt auch und gerade im Lichte des allgemeinen Grundsatzes der Wahrung des Kindeswohls, so wie er in Art. 3 Abs. 1 KRK beinhaltet ist, zu erfolgen hat. Dies setzt nach der Auffassung des von der Konvention geschaffenen Kinderrechtsausschusses voraus, dass

“(...) all judicial and administrative decisions as well as policies and legislation concerning children [must] demonstrate that the child's best interests have been a primary consideration. This includes describing how the best interests have been examined and assessed, and what weight has been ascribed to them in the decision.”

Anders gesagt muss daher zum einen bereits jetzt im Gesetzgebungsverfahren dem Kindeswohlgedanken die ihm völkerrechtlich zwingend vorgeschriebene gebührende Rolle (primary consideration) eingeräumt werden. Zudem muss der Gesetzgeber aber zum anderen ferner auch sicherstellen, dass auch auf der Umsetzungsebene die Behörden und Gerichte in die Lage versetzt werden im jeweiligen Einzelfall dem Gedanken der ‚wohlwollenden Prüfung‘ im Rahmen einer Abwägung Rechnung tragen zu können.

Auch im Lichte hiervon erscheint es fraglich, ob eine gesetzliche Regelung, die im Grundsatz (auch weiterhin und gegebenenfalls gar auf unbegrenzte Dauer) einen Familiennachzug zu Personen mit subsidiärem Status grundsätzlich ausschließt, dieser Wertung des Art. 10 Abs. 1 KRK i.V.m. Art. 3 Abs. 1 KRK gerecht würde.

**d) Verpflichtung zu einer *humanen* Bearbeitung eines Ersuchens auf Familiennachzug („(...) in a (...) humane (...) manner“/ „avec humanité“)**

Ferner besteht auch eine Verpflichtung zur Sicherstellung einer humanen/ menschlichen Entscheidung in Fragen des Familiennachzugs. Diese Verpflichtung unterfällt in einen prozeduralen und einen materiellen Gewährleistungsinhalt.

Die Einhaltung der Verpflichtung eines humanen Verfahrens i.e.S. erscheint dabei zunächst völlig unproblematisch.

Was den materiellen Gehalt anbelangt, bedeutet dies ferner auch, dass es daneben unter der Geltung der Kinderechtskonvention sowohl bei der generellen Abwägung im vorliegenden Gesetzgebungsverfahren, als auch bei späteren Einzelfallprüfungen von Anträgen auf Familiennachzug, bei denen Kinder involviert sind, die Antragssteller/-innen nicht darauf verwiesen werden dürfen, ihr Familienleben im Heimatland zu realisieren, sofern ihnen dort (etwa in Syrien) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit entweder Verfolgung oder aber allgemeine Gefahren für Leib oder Leben drohen.

Es käme aber auch einem Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1 KRK gleich, wenn bei der Abwägung, ob ein Familiennachzug zugelassen wird, darauf abgehoben würde, dass sich die Familieneinheit in einem Transit- bzw. Erstaufnahmeland (etwa im Fall von Personen, die aus Syrien stammen der Türkei, Jordanien, dem Irak oder dem Libanon) realisieren ließe, sofern sich dies als inhuman darstellen würden. Das kann zum einen dann der Fall

sein, wenn die Unterbringung selbst dort menschenunwürdig ist<sup>26</sup>. Zum anderen aber wäre es auch inhuman darauf abzustellen, eine Wiederherstellung der Familieneinheit sei dort möglich, sofern der Zielstaat die Rückübernahme verweigert und mithin die dortige Wiederherstellung der Familieneinheit nur mittels einer illegalen Wiedereinreise (i.e. mittels der Begehung einer Straftat) erfolgen könnte.

**e) Verpflichtung zu einer beschleunigten Bearbeitung eines Ersuchens auf Familiennachzug („in a[n] expeditious manner“/ „avec (...) diligence“)**

Schließlich beinhaltet Art. 10 Abs. 1 KRK noch die Verpflichtung zu einer beschleunigten bzw. prompten („avec (...) diligence“) Bearbeitung.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber 2016 die Entscheidung über Fragen des Familiennachzugs für subsidiär Geschützte für 2 Jahre ‚aufgeschoben‘ hatte und damit gerade keine zeitnahe endgültige Entscheidung getroffen hatte.

Zudem wäre im Fall einer Kontingentierung auf beispielsweise 1000 Zuzüge pro Monat zu problematisieren, für welchen Zeitraum dann Anträge von Personen jenseits dieser Schwelle faktisch ‚auf Eis gelegt würden‘ bis das nächste Kontingent offensteht bzw. ob die Personen dann gar immer wieder Neuanträge stellen müssten, was einem Verstoß gegen die Verpflichtung zu einer zeitnahen, beschleunigten Bearbeitung im Widerspruch geraten könnte.

**f) Bedeutung der (2010 zurückgenommenen) Erklärung Deutschlands zu Art. 10 Abs. 1 KRK**

Immer wieder wird, namentlich unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte der Kinderrechtskonvention, die These vertreten, diese insgesamt, und namentlich ihr Art. 10 Abs. 1, könnten *per se* keinen Einfluss auf das nationale Ausländerrecht der Konventionsstaaten haben. Dies erscheint jedoch im Lichte des - wie erwähnt primär heranzuziehenden - Wortlauts der Konvention nicht überzeugend. Zudem geht auch der Kinderrechtsausschuss ohne weiteres davon aus, dass die Konvention gerade im Bereich für

---

<sup>26</sup> *Mutatis mutandis* kann zur Feststellung, wann dies der Fall ist insbesondere auf die Rechtsprechung des EGMR in Konstellationen zurückgegriffen werden, die dieser im Hinblick auf Rücküberstellungen (etwa nach Griechenland) im Rahmen der Dublin-VO entwickelt hat.

Fragen des Familiennachzugs und damit zusammenhängende ausländerrechtliche Fragen ohne weiteres von Relevanz ist.<sup>27</sup>

Ferner wird dies auch durch den Umstand bestätigt, dass sich die BR Deutschland anlässlich der Ratifikation der Kinderrechtskonvention veranlasst sah gegenüber dem Depositär eine förmliche Erklärung abzugeben um eben eine solche Wirkung spezifisch in Bezug auf Fragen der Einreise von Ausländern (und gerade einschließlich von Kindern mit einer ausländischen Staatsangehörigkeit) nach Deutschland auszuschließen. Diese Erklärung hatte bekanntlich, soweit vorliegend relevant, vorgesehen, dass:

„(...) keine Bestimmung [der Konvention] dahingehend ausgelegt werden [kann], dass sie das Recht der Bundesrepublik Deutschland beschränkt, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthaltes zu erlassen (...)“

Jedoch hat die BR Deutschland bereits im Jahr 2010 diese Erklärung gegenüber dem Depositär zurückgenommen. Dieser Umstand und die weitere Tatsache, dass die Rücknahme dieses Vorbehalts bzw. Interpretationserklärung Gegenstand einer langjährigen, intensiven und kontroversen Diskussion war, belegt gerade deren, auch rechtliche – nämlich durchaus einschränkende - Bedeutung. Seit deren Rücknahme aber steht einer ausländerrechtlichen Ausstrahlungswirkung der Kinderrechtskonvention auch im deutschen Rechtsraum nichts mehr im Wege.

#### **g) Art. 22 Aufenthaltsgesetz als Erfüllung der Verpflichtungen aus der Kinderrechtskonvention?**

Gemäß § 22 Aufenthaltsgesetz

„*kann* einem Ausländer aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.“<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. CRC/GC/2005/6, insbesondere para. 83.

<sup>28</sup> Hervorhebung nicht im Original.

Selbst wenn völkerrechtliche Gründe im Sinne der Norm vorliegen, begründet die Norm ausweislich ihres Wortlauts keinen Rechtsanspruch auf Erteilung eines Visums. Damit stellt sich die Frage, ob das damit eröffnete Ermessen ausreicht, um den oben beschriebenen völkerrechtlichen Verpflichtungen der BR Deutschland ausreichend Rechnung tragen zu können, insbesondere ob die Norm im Zusammenspiel mit einer Fortgeltung des bisherigen § 104 Abs. 13 AufenthaltG (oder einer parallelen Norm) überhaupt – und wenn ja unter welchen Voraussetzungen – einer völkerrechtskonformen Auslegung zugänglich ist.

Zunächst bleibt aber vorweg festzuhalten, dass jedenfalls ein *vollständiger* Wegfall des Rechts auf Familiennachzug für subsidiär geschützte Personen, ohne dass zugleich ein Vorbehalt zugunsten der völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands (so wie er bislang in § 104 Abs. 13 S. 3 AufenthaltG i.V.m. § 22 AufenthaltG enthalten ist) und dabei namentlich des Kindeswohls vorgesehen wäre, sich als Verstoß gegen die Kinderrechtskonvention darstellen würde. Dementsprechend formuliert denn auch das VG Berlin zutreffend:

„(...) Art. 8 EMRK und die in der UN-Kinderrechtskonvention verankerte Verpflichtung zur Prüfung des Kindeswohls fordern, dass *von Gesetzes wegen* die Möglichkeit besteht, besonderen Einzelfällen gerecht zu werden (...)“<sup>29</sup>

Eine grundsätzliche Konventionskonformität könnte aber, wie im Entwurf der Fraktion der FDP geschehen, neben einem Verweis auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der BR Deutschland, auch dadurch erreicht werden, dass ausdrücklich auf das Kindeswohl als ermessensleitendes Kriterium abgestellt wird.

Selbst bei einem Fortbestand des Verweises auf § 22 AufenthaltG in §103 Abs. 3 AufenthaltG könnte sich jedoch bei einer zu restriktiven Auslegung des Normenverhältnisses im Sinne eines strikten Regel-Ausnahmeverhältnisses das Problem eines Konventionsverstoßes ergeben.

Insbesondere die kategorische Formulierung

„wird eine Familienzusammenführung (...) nicht gewährt“

---

<sup>29</sup> So jetzt auch VG Berlin, VG 36 K 92.17 V, S. 14; Hervorhebung nicht im Original.

in § 103 abs. 3 AufenthaltsG lässt vermuten, dass eine weite, konventionskonforme Auslegung des § 22 AufenthaltsG nicht der gesetzgeberischen Intention entspricht und damit auch nicht in § 22 AufenthaltsG angelegt sein könnte.<sup>30</sup>

Dementsprechend geht denn auch etwa das OVG Berlin-Brandenburg davon aus, der geforderten völkerrechtskonformen Auslegung des § 22 AufenthaltsG stünden sowohl der Wortlaut der Norm, als auch die gesetzgeberische Zielsetzung des Suspendierung des Familiennachzugs, im Wege.<sup>31</sup>

Will man jedoch einen Völkerrechtsverstoß vermeiden, ist es auch nach der Rechtsprechung des EuGH geboten, sowohl im Lichte der Kinderrechtskonvention als auch der EMRK sicherzustellen, dass bei Nachzugsentscheidungen das Kindeswohl berücksichtigt werden kann, und dass dabei ein Ermessenspielraum bei der Prüfung von Anträgen auf Familienzusammenführung genutzt werden kann.<sup>32</sup>

Im Lichte des Art. 3 Abs. 1 KRK gilt dies namentlich im Falle unbegleiteter Minderjähriger, die eine besonders schutzbedürftige Gruppe unter den Geflüchteten darstellen.<sup>33</sup> Zudem sind die älteren unter ihnen von den Einschränkungen des Familiennachzugs am härtesten betroffen, da nach Ablauf der zweijährigen Aussetzung viele die Volljährigkeit erreicht haben werden, so dass überhaupt kein Anspruch auf Elternnachzug mehr besteht<sup>34</sup> mit der Folge, dass daraus eine dauerhafte Trennung beider Eltern vom Kind resultieren kann.

Im Rahmen einer konventionskonformen Auslegung des Ermessens in § 22 AufenthaltsG müssten zudem Anträge begleiteter Kinder und Jugendlicher nach Abwägung ihres Kindeswohls mit den migrationspolitischen Interessen Deutschlands und im Rahmen einer beschleunigten Bearbeitung entschieden werden. Dabei müsste sich die Behörde zumindest auch vom Kindeswohlgedanken leiten lassen.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> So auch BT-Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung v. 19.02.2016 zur Vereinbarkeit des Asylpaket II mit der VN-Kinderrechtskonvention, WD 2 - 3000 - 026/16, 8 f.

<sup>31</sup> Vgl. VG Berlin 36 K 92.17 V, S. 14 unter Bezugnahme auf OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17. Oktober 2017 – OVG 3 S 84.17, Rn. 10 f.

<sup>32</sup> EuGH, ZAR 2006, 366 (368).

<sup>33</sup> H. Cremer, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, Baden-Baden (2006), S. 28 ff.

<sup>34</sup> M. Pelzer/M. Pichl, Die Asylpakete I und II: Verfassungs- und europa- und völkerrechtliche Probleme, KJ 2016, S. 207 ff.(215); Deutscher Anwaltsverein (DV), Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Einführung beschleunigter Asylverfahren, v. April 2016, 19; Pro Asyl, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Einführung beschleunigter Asylverfahren v. 16.02.2016, S. 6.

<sup>35</sup> So etwa auch bereits H. Cremer, Das Recht auf Familie – kein Recht für alle?, JAmt 2017, S. 106 ff. (108).

Ich vermag nicht einzuschätzen, ob die deutschen Auslandsvertretungen bzw. das Referat 509 des Auswärtigen Amtes bei Entscheidungen nach § 22 AufenthaltsG diesen Maßgaben gerecht werden. Die Antwort des Auswärtigen Amtes vom 6. Dezember 2017 auf die schriftliche Frage der Abgeordneten Jelpke vom November 2017 scheint aber nahelegen, dass die Bundesregierung davon ausgeht, § 22 AufenthaltsG stelle eine eng auszulegende Ausnahmeregelung dar, deren Anwendung nur in besonders gelagerten Einzelfällen in Betracht kommt, insbesondere aber keine allgemeine Härtefallregelung darstelle.

Eine solche Praxis, die § 22 S. 1 1. Alt AufenthaltsG weitgehend leerlaufen lässt, entspricht nach hiesiger Auffassung jedoch nicht den Anforderungen an eine völkerrechtskonforme Auslegung des § 22 AufenthaltsG.

### **C. Schlussbemerkungen**

Insgesamt ergibt sich damit, dass zumindest jedwede *generelle* Versagung des Nachzugs zu subsidiär geschützten Personen ohne die Möglichkeit einer Einzelfallprüfung völkerrechtlich problematisch erscheint. Dies gilt insbesondere in Fällen mit Beteiligung von Kindern.

Es dürfte davon auszugehen sein, dass bei einer weiteren Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs sowohl der Menschenrechtsausschuss nach dem IPBürg, als auch der Kinderrechtsausschuss nach der Kinderrechtskonvention, sowohl im Staatenberichtsverfahren als auch gegebenenfalls im Rahmen von gegen Deutschland gerichteten Individualbeschwerden im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit einen Verstoß gegen den jeweiligen Vertrag zumindest dann feststellen dürften, wenn entweder eine Einzelfallprüfung ausgesprochen wird, oder wenn im Einzelfall das Kindeswohl nicht maßgeblich berücksichtigt wird.

Ob das Verfahren nach § 22 AufenthaltsG in Nachzugsfällen mit Bezug zu Kindern prozedural und materiell den Anforderungen an eine angemessene ‚wohlwollende und zeitnahe Prüfung‘ unter maßgeblicher Berücksichtigung des Kindeswohls gerecht wird erscheint fraglich. Zum einen ist unklar, ob dafür alle notwendigen Ermittlungen durchgeführt werden, so etwa durch eine Anhörung der Betroffenen. Ferner wäre dies nur dann der Fall, wenn das in § 22 AufenthaltsG in völkerrechtskonformer Weise dergestalt ausgeübt würde, dass in der Tat in jedem Einzelfall geprüft würde, ob nicht das Kindeswohl

als maßgebliches Kriterium die Erteilung eines Sichtvermerks in Form einer Ermessensreduktion auf Null gebietet. Der dem Verfahren vor dem VG Berlin – Az. VG 36 K 92.17 V – zugrundeliegende Sachverhalt liegt nahe, dass dies jedenfalls nicht durchgängig der Fall ist.

Potsdam, den 28. Januar 2018

Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)