

Beiträge aus dem Asylmagazin 6–7/2020, S. 189–214

Themenschwerpunkt Familienzusammenführung

Beiträge zum Geschwisternachzug, zum Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten sowie zu den Anforderungen an Identitätsnachweise

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Juni 2020. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung der Autorinnen sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 65 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



In Kooperation mit



Nachrichten	185
Arbeitshilfen und Stellungnahmen	187
Buchbesprechung	188
Pauline Endres de Oliveira zu Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Auflage.	188
Themenschwerpunkt Familienzusammenführung	189
Sophia Eckert: Der Geschwisternachzug	189
Sigrun Krause: Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten	198
Corinna Ujkašević: Der Identitätsnachweis beim Familiennachzug	205
Ländermaterialien.	215
Asylrecht, internationaler Schutz und nationale Abschiebungsverbote.	221
BVerfG: Prüfung verfolgungserheblicher Glaubensbetätigung durch BAMF und Verwaltungsgerichte	221
Anmerkung von Stefan Keßler zur Entscheidung des BVerfG: »Nun sag, wie hast Du's mit der Religion?«	225
Asylverfahrens- und -prozessrecht	229
BVerfG: Einbringung von Herkunftslandinformationen vor Gericht.	229
VG Potsdam: Anforderungen an die Ablehnung eines Asylantrags als offensichtlich unbegründet.	230
VG Schleswig-Holstein: Dublin-Überstellungsfrist wird bei Aussetzung des Verfahrens nicht unterbrochen	233
Aufenthaltsrecht.	237
VG Berlin: Ausschluss vom Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten.	237
VG Berlin: Kein Elternnachzug zu volljährig gewordenen subsidiär Schutzberechtigten.	239
Sozialrecht	244
LSG Niedersachsen-Bremen: Unzulässige, möglicherweise verfassungswidrige Leistungskürzungen	244
LSG Nordrhein-Westfalen: Keine Leistungskürzung bei in Griechenland Schutzberechtigten	245

Asylmagazin – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert aktuelle Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration. Der Abonnement-Preis beträgt 65 € für neun Ausgaben im Jahr. Weitere Informationen finden Sie bei www.asyl.net sowie bei menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin.



In Kooperation mit



Themenschwerpunkt Familienzusammenführung

Rechtliche Fragen, die sich beim Familiennachzug zu in Deutschland lebenden schutzberechtigten Personen stellen, haben in den letzten Jahren enorm an Bedeutung gewonnen. Seit dem Jahr 2016 sind in diesem Bereich gesetzliche Einschränkungen vorgenommen worden und auch die Behördenpraxis gestaltet sich zum Teil deutlich restriktiver. Die Beiträge dieses Themenschwerpunkts beschäftigen sich mit Fallkonstellationen, in denen Verfahren der Familienzusammenführung häufig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sind. Die Autorinnen gehen dabei insbesondere auf aktuelle Rechtsprechung ein und bewerten die Rechtslage in Hinblick auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.

Sophia Eckert, Berlin*

Der Geschwisternachzug

Aktuelle Rechtslage und mögliche Kollisionen mit höherrangigem Recht

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Aktuelle Rechtslage
- III. Zentrale Problemstellungen
 1. Enger Familienbegriff
 2. Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung
 - a. Beachtung des Rechts auf Familie und vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls
 - b. Weiteres, Kindernachzug vermittelndes Bleiberecht der Eltern
 3. Wohnraumerfordernis
- IV. Schlussfolgerungen und Empfehlungen für die Beratungspraxis

I. Einleitung

Unbegleitete schutzberechtigte Kinder stehen häufig vor schier unüberwindbaren Hürden, wenn sie Familienangehörige haben, die nach Deutschland nachziehen sollen. Ursächlich hierfür sind neben den viel beachteten Einschränkungen beim Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten vor allem auch die allgemeinen Regeln zum Geschwisternachzug. Denn sowohl subsidiär geschützte als auch als Flüchtling anerkannte, alleinreisende Kinder können nur ihre Eltern,¹ nicht aber ihre minder- oder volljährigen Geschwister nachziehen lassen. Diese Rechtspraxis, die erst seit 2016 herrscht, wur-

de durch einen Runderlass des Auswärtigen Amts² im März 2017 verfestigt und seither in der Rechtsprechung weitestgehend bestätigt.³ Für die Familien bedeutet sie oft dramatische langfristige Familientrennungen, die vor allem für die betroffenen Kinder eine gravierende psychische Belastung darstellen und ihre kindliche Entwicklung beeinträchtigen können.

Die restriktive Praxis des Geschwisternachzugs wurde in der Vergangenheit bereits vom UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte scharf kritisiert.⁴ Bald wird auch der UN-Kinderrechtsausschuss den Stand der Einhaltung der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) in Deutschland bewerten – auf Anraten der Zivilgesellschaft könnte dabei auch explizit auf den Geschwisternachzug eingegangen werden.⁵ Dies soll zum Anlass werden, im Folgenden die potenziell mit höherrangigem Recht kollidierenden Aspekte der Regelung näher zu betrachten und dabei bestehende Ausgestaltungsspielräume für die Beratung und Verwaltung aufzuzeigen.

² Auswärtiges Amt, Weisung vom 20.3.2017 – 508-3-543.53/2 – asyl.net: M24862.

³ Siehe beispielsweise OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.12.2016 – 3 S 106.16 – asyl.net: M24564, Rn. 3; siehe allgemein dazu Hörich, Die vergessenen Kinder: Gutachten zum Geschwisternachzug im Auftrag von Save the Children Deutschland e. V., 2. Aufl. 2019.

⁴ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR), Abschließende Bemerkungen zu Deutschland, 27.11.2018 (E/C.12/DEU/CO/6), Rn. 28–29.

⁵ National Coalition Deutschland, Die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland – 5./6. Ergänzender Bericht an die Vereinten Nationen, 2019, S. 38–39.

* Sophia Eckert ist Referentin für Asyl und Migration bei Save the Children Deutschland e. V. E-Mail: sophia.eckert@savethechildren.de

¹ Nachzug nach § 36 Abs. 1 AufenthG zu Kindern mit Flüchtlingschutz und nach § 36a Abs. 1 S. 2 AufenthG zu subsidiär schutzberechtigten Kindern.

II. Aktuelle Rechtslage

Die Beziehung von Geschwistern untereinander ist aufenthaltsrechtlich vom Konzept der Kernfamilie nicht erfasst (III.1). Für sie besteht, anders als bei den Eltern, kein Anspruch auf Nachzug. In der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis wird daher auf zwei Hilfskonstruktionen ausgewichen, um in besonders gelagerten Einzelfällen den Nachzug der Geschwister zu ermöglichen. Diese sind der Kindernachzug gemeinsam mit den Eltern (§ 32 Abs. 1 AufenthG) und hilfsweise der Nachzug der Geschwister zueinander bei Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte (§ 36 Abs. 2 AufenthG). Beim Kindernachzug nach § 32 Abs. 1 AufenthG ziehen die Kinder zu den Eltern nach, obgleich sie in der Praxis gleichzeitig mit ihnen einreisen.⁶ Damit der Nachzug bewilligt wird, muss die Familie belegen, dass ihr Lebensunterhalt (§ 5 Abs. 1 AufenthG) gesichert ist und ausreichend Wohnraum (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) zur Verfügung steht. Lebensunterhalt wird nur »in der Regel« gefordert, sodass aufgrund höherrangigen Rechts oder in einer atypischen Fallkonstellation Spielraum für Ausnahmen besteht.⁷ Hierbei kommt es auf die Auslegung und Anwendung des Rechts auf Familie und des Kindeswohls im Einzelfall sowie das weitere Aufenthaltsrecht der Eltern an (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 2 Abs. 3 AufenthG; III.2). Beim Wohnraumerfordernis erlaubt der Gesetzestext hingegen keine Flexibilität. Dies führt zu der paradoxen Situation, dass Eltern zwar prinzipiell ohne Nachweis von bereitgestelltem Wohnraum einreisen können, sobald sie jedoch von einem Kind begleitet werden – und sei es ein Kleinkind –, ein Nachweis von Wohnraum für alle Familienmitglieder notwendig wird (III.3).

Sofern die Voraussetzungen für den Kindernachzug nicht vorliegen, wird der Nachzug direkt zum Geschwisterkind geprüft (§ 36 Abs. 2 AufenthG). Dieser erlaubt »zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte« den Nachzug »sonstiger Familienangehöriger,« die – wie Geschwister – aufenthaltsrechtlich nicht zur Kernfamilie gehören. In der Praxis werden an diesen Nachzug hohe Anforderungen gestellt – denn die Trennung muss im Hinblick auf das Recht auf Familie des Art. 6 GG und die sonstigen Nachzugsregelungen unvertretbar sein.⁸ Zudem muss sich die Härte direkt aus den Folgen der Trennung

der Geschwister voneinander, nicht des Geschwisterkindes von den Eltern, ergeben.⁹ Auch der Nachzug nach § 36 Abs. 2 AufenthG setzt Lebensunterhaltssicherung (III.2) und ausreichend Wohnraum (III.3) voraus. Da, wie aus den Ausführungen ersichtlich, der direkte Geschwisternachzug höhere rechtliche Hürden aufweist, wird bevorzugt der voraussetzungsärmere Kindernachzug geprüft. Wenn keine andere Norm greift, kann unter Umständen die Aufnahme des Geschwisterkindes aus dringenden humanitären Gründen nach § 22 AufenthG erfolgen, wobei die Norm in der Praxis nur in besonders dramatischen Ausnahmefällen angewandt wird.¹⁰

III. Zentrale Problemstellungen

1. Enger Familienbegriff

Der Gesetzgeber hat den Familienbegriff aufenthaltsrechtlich eng gefasst. Er beschränkt sich auf die Kernfamilie, d. h. Eheleute und minderjährige ledige Kinder, die den Anspruch auf Familiennachzug einzig und allein aneinander vermitteln können.¹¹ Dem zugrunde liegt unter anderem die EU-Familienzusammenführungsrichtlinie (FamZ-RL)¹², die die Mindeststandards für den Familiennachzug zu Drittstaatsangehörigen in der EU festlegt.¹³ Weitere Familienangehörige können Mitgliedstaaten nach Ermessen zulassen (Erwägungsgrund 10). In Bezug auf unbegleitete Flüchtlingskinder bestimmt Art. 10 Abs. 3 Bst. a FamZ-RL, dass das Nachzugsrecht ausschließlich für die Eltern gilt. Sonstige Familienangehörige können nur im Ermessen der Mitgliedstaaten einreisen, wenn die Eltern nicht auffindbar oder verstorben sind (Abs. 3 Bst. b).

Diesem engen aufenthaltsrechtlichen Familienbegriff steht in anderen, teils übergeordneten Rechtsnormen ein erweiterter Familienbegriff gegenüber, der unter anderem die Geschwisterbeziehung einschließt. Im Grundgesetz schützt Artikel 6 das Recht auf Familie als tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern. Entscheidend ist hier nach gängiger Auffassung nicht nur die formal rechtliche oder biologische Bin-

⁶ Ein physischer Voraufenthalt der Eltern wird nicht vorausgesetzt. Das Visum vermittelt ein Nachzugsrecht, solange den Eltern ein familiärer Aufenthaltstitel nach § 36 Abs. 1 AufenthG oder § 36a AufenthG nach Einreise ausgestellt wird und die familiäre Lebensgemeinschaft in Deutschland weitergeführt wird. Siehe beispielsweise OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6.6.2019 – 3 M 96.19 – asyl.net: M27368; Nr. 29.1.2.2 AVwV-AufenthG.

⁷ Soweit ersichtlich allg. Ansicht. Siehe BVerwG, Urteil vom 26.8.2008 – 1 C 32.07 – asyl.net, M14389, Rn. 27.

⁸ 36.2.2.1 AVwV-AufenthG. Dabei wird beispielsweise darauf abgestellt, ob ein Kind von der Hilfe des anderen abhängig ist, so OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 12.7.2017 – OVG 3 S 47.17, OVG 3 M 83.17 – juris, Rn. 9, sowie darauf, ob Dritte die Betreuung anstatt der Eltern leisten können, siehe Auswärtiges Amt, Weisung vom

20.3.2017, a. a. O. (Fn. 2). Siehe hierzu auch die Ausführungen zu höherrangigem Recht in III.2.a.

⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.12.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 12; siehe auch Tewocht, in: BeckOK AuslR, 25. Aufl. Mär. 2020, § 36 AufenthG, Rn. 17.

¹⁰ Siehe BVerwG, Urteil vom 4.7.2019 – 1 B 26.19 – asyl.net: M27529. Ausführlich zu dieser Norm siehe Schmitt und Muy, Asylmagazin 6/2017, S. 217 ff.

¹¹ § 27 i. V. m. §§ 29, 30, 32 und 36 Abs. 1 AufenthG.

¹² Richtlinie (EU) Nr. 2003/86/EG vom 22.9.2003 (FamZ-RL).

¹³ Vom Kreis der Begünstigten der FamZ-RL ausgeschlossen sind subsidiär Schutzberechtigte (EuGH, Urteil vom 7.11.2018 – C-380/17 K und B gg. Niederlande – asyl.net: M26724) und Unionsbürger*innen (Art. 3 FamZ-RL).

dung, sondern auch die emotionale, tatsächliche Bindung der Familienmitglieder. Daher sind vom Grundrecht auf Familie auch weitere Beziehungen mit Menschen erfasst, die dem Schutz der Kinder und der Förderung ihrer geistigen und seelischen Entwicklung dienen – wie Geschwister oder Großeltern.¹⁴ Denn auch diese Verhältnisse können von »[b]esondere[r] Zuneigung und Nähe, familiäre[r] Verantwortlichkeit füreinander, Rücksichtnahme- und Beistandsbereitschaft [...]« geprägt und somit vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst sein.¹⁵

Auch Völkerrecht schützt das Geschwisterverhältnis und unterstützt einen erweiterten Familienbegriff. Die KRK betrachtet die Familie als »Grundeinheit der Gesellschaft und natürliche[] Umgebung für das Wachsen und Gedeihen aller ihrer Mitglieder, insbesondere der Kinder.«¹⁶ Daher schützt sie das Familienleben in Art. 16 durch einen eigenen Artikel. Auch die Beziehung der Geschwister untereinander wird dabei in besonderem Maße als schutzwürdig betrachtet.¹⁷ In diesem Sinne machte der Kinderrechtsausschuss deutlich, dass sich die in der KRK enthaltenen Garantien zum Familiennachzug ebenso auf Geschwister erstrecken.¹⁸ Das gleiche Verständnis findet sich in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK): Vom Recht auf Familie des Art. 8 EMRK ist ebenfalls die Beziehung der Geschwisterkinder untereinander erfasst.¹⁹

In den Rechtsakten zum gemeinsamen europäischen Asylsystem wird gleichfalls vermehrt ein erweiterter Familienbegriff bevorzugt.²⁰ Gemäß Art. 8 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung (Dublin-III-VO)²¹ haben unbegleitete Kinder das Recht, mit ihren Eltern (»Familienangehörige«), aber auch mit ihren Geschwistern zusammengeführt zu werden. Die Verordnung stellt das Geschwisterverhältnis damit auf dieselbe Stufe wie das Verhältnis zu den Eltern und grenzt es zu dem zu Verwandten ab, die

zusätzlich ihre Eignung zur Personensorge nachweisen müssen (Abs. 2).²² Der derzeitige Reformvorschlag zur Dublin-Verordnung nimmt Geschwister gar in die Definition von »Familienangehörigen« auf, mit dem Ziel, dem menschenrechtlichen Rahmen zu entsprechen, die gefährliche Weiterwanderung von Kindern zu vermeiden und ihre Integration zu fördern.²³

Der Schutz von Geschwisterbeziehungen durch Grundgesetz und Völkerrecht spiegelt sich zudem in verschiedenen Bereichen des deutschen Rechts wider, so auch im deutschen Kindschaftsrecht. Durch § 1685 Abs. 1 BGB erhalten Geschwister und Großeltern ein von den Eltern unabhängiges, voraussetzungsloses Recht auf Umgang, solange dies dem Kindeswohl entspricht. Im Gegensatz dazu müssen alle anderen Bezugspersonen gemäß § 1685 Abs. 2 BGB eine »sozial-familiäre Beziehung« zu dem Kind nachweisen.²⁴ Ähnlich flexibel verhält sich das Kinder- und Jugendhilfegesetz, das den Familienbegriff komplett offenlässt und auf eine Definition von Familie verzichtet (SGB VIII). Auch das Asylgesetz gesteht minderjährigen Geschwistern eine besondere, eigenständige Bindung zu. So erhalten minderjährige Geschwister gemäß § 26 Abs. 3 S. 2 AsylG auf Antrag den gleichen Schutzstatus (Flüchtlingsanerkennung oder subsidiären Schutz) wie ihre Geschwister.²⁵ »Zur Aufrechterhaltung der Familieneinheit und im Interesse des Minderjährigenschutzes«²⁶ wurden sie in den Anspruchsbereich der Regelung einbezogen.

Es wird deutlich, dass der Familienbegriff einem Wandel unterworfen ist. Geschwister werden mittlerweile in zahlreichen höherrangigen Rechtsquellen als essenzieller Teil der Kernfamilie angesehen, ihnen wird eine besondere Rechtsstellung zuerkannt. In anderen Gebieten des deutschen Rechts, wie dem Kindschaftsrecht und dem Asylrecht, ist eine entsprechende Angleichung, wie dargestellt, bereits erfolgt. Auch beim Aufenthaltsrecht ist der Gesetzgeber nun zum Handeln aufgefordert.²⁷ Dieselben Beweggründe, die die Erweiterung des Familienbegriffs in der Dublin-VO antreiben – wie Konformität mit Grund-

¹⁴ Siehe dazu Badura, in: Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar, 90. EL Feb. 2020, Art. 6 GG, Rn. 60 ff.; Antoni, in: Hörnig/Wolff, Grundgesetzkommentar, 11. Aufl. 2016, Art. 6 GG, Rn. 6.

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 24.6.2014 – 1 BvR 2926/13 – BVerfGE 136, 382, Rn. 23.

¹⁶ Konvention über die Rechte des Kindes, Präambel.

¹⁷ Siehe beispielsweise Ausschuss für Kinderrechte (CRC), Allgemeine Bemerkungen (GC) Nr. 3, 2003 – CRC/GC/2003/3, Rn. 34 f.; GC Nr. 6, 2005 – CRC/GC/2005/6 –, Rn. 40; GC Nr. 7, 2005 – CRC/C/GC/7/Rev. 1 –, Rn. 19, 20, 36 (e); GC Nr. 14, 2013 – CRC/C/GC/14 –, Rn. 58 f.; GC Nr. 21, 2017 – CRC/C/GC/21 –, Rn. 4.

¹⁸ Gemeinsame Allgemeine Bemerkungen (JGC) des CRC (Nr. 23) und Ausschuss zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (Nr. 4), 2017 – CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 –, Rn. 37.

¹⁹ Siehe beispielsweise EGMR, Urteil vom 18.2.1991 – 12313/86 *Moustaquim gg. Belgien*, Rn. 45 f.; Urteil vom 6.4.2010 – 4694/03 *Mustafa und Armağan Akan gg. Türkei*, Rn. 19.

²⁰ Die Qualifikationsrichtlinie fordert eine Erweiterung des Familienbegriffs explizit, um den Bedürfnissen von Kindern und dem Kindeswohl gerecht zu werden. Richtlinie (EU) Nr. 2011/95/EU vom 13.12.2011 (QRL), EG 19.

²¹ Verordnung (EU) Nr. 604/2013 vom 26.6.2013 (Dublin-III-VO).

²² Zwar wird auch nach Art. 9 und 10 Dublin-III-VO nur den Eltern das Nachzugsrecht gewährt. Bei Geschwisterkindern sollte sich das Ermessen zur Übernahme unter der humanitären Klausel (Art. 17 Abs. 2 Dublin-III-VO) jedoch zur Pflicht verdichten – anderenfalls würde wieder ein Kind allein zurückgelassen, was dem Vorrang des Kindeswohls in der Dublin-III-VO, vgl. EG 16, und dem besonderen Schutz, den unbegleitete Kinder genießen, der in EG 13, Art. 6 und 7 zum Ausdruck kommt, widerspricht.

²³ Siehe Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, COM (2016) 270 final -2016/0133 (COD) vom 4.5.2016, S. 14, S. 16, EG 19 [new] und Art. 2(g) [new].

²⁴ Motzer, Das Umgangsrecht Verwandter und enger Bezugspersonen des Kindes – Zur Neufassung von § 1685 Abs. 2 BGB, FamRB 7/2004, 231, 232.

²⁵ Die Erweiterung der Regelung wurde im Zuge der Harmonisierung des Paragraphen mit EU-Recht, spezifisch Art. 23 Abs. 2 der Qualifikationsrichtlinie eingeführt. QRL, a. a. O. (Fn. 20).

²⁶ BT-Drs 17/13063, S. 21.

²⁷ Vgl. beispielsweise Gesetzesantrag der Länder Rheinland-Pfalz und Thüringen, BR-Drs. 167/19.

und Menschenrecht, Vermeidung gefährlicher Weiterbildung und Förderung von Integration – sollten auch beim Familiennachzug nach dem AufenthG dazu führen, Geschwister als Teil der Kernfamilie anzuerkennen.

2. Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung

Bei beiden in Abschnitt II. beschriebenen Hilfskonstruktionen des Geschwisternachzugs wird die eigenständige Lebensunterhaltssicherung vorausgesetzt. Jedoch besteht hier Raum, aufgrund von Völker- und Verfassungsrecht bzw. atypischen Umständen im Einzelfall eine Ausnahme zuzulassen.²⁸ Dem privaten Interesse der Betroffenen steht hierbei das staatliche Interesse am Schutz öffentlicher Kassen gegenüber.²⁹

Exkurs: Bindungswirkung der KRK und der EMRK im deutschen Recht

Sowohl die KRK – in Deutschland seit der Aufhebung des »Ausländervorbehalts« im Jahre 2010 für ausländische Kinder vollumfänglich gültig³⁰ – als auch die EMRK genießen in Deutschland unmittelbare Anwendbarkeit vom Rang eines einfachen Bundesgesetzes, sind also grundsätzlich einklagbar. Aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 25) werden sie zudem vom BVerfG zur Interpretation des Grundrechts herangezogen und müssen von allen Organen des Rechtsstaats bei der Auslegung rechtlicher Ausgestaltungsspielräume beachtet werden (Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung).³¹ Zugleich werden die hier einschlägigen Rechte der KRK auch in der EU-Grundrechtecharta (GRCh) abgebildet – Art. 24 Abs. 2 (Kindeswohl) bildet Art. 3 KRK, Art. 24 Abs. 3 (Verbot von Familientrennung) Art. 9 KRK, und Art. 7 GRCh Art. 8 EMRK ab. Dadurch erhalten beide völkerrechtlichen Instrumente mittels der Rechtsprechung des EuGH als europäisches Gemeinschaftsrecht Gesetzesvorrang vor nationaler Gesetzgebung.

²⁸ Siehe BVerwG, Urteil vom 26.8.2008, a. a. O. (Fn. 7).

²⁹ Vgl. VG Berlin, Urteil vom 30.1.2019 – 20 K 538.17 V – asyl.net: M27126, Rn. 45.

³⁰ Siehe Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2. Aufl., Jan. 2012, S. 15. Auch die Erklärung Deutschlands, gemäß der die Konvention innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar ist, wurde aufgehoben, ebd.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004 – 2 BvR1481/04 – BVerfGE 111, 307, Rn. 33-36; BVerfG, Beschluss vom 5.7.2013 – 2 BvR 708/12 – juris, unter ausdrücklichem Bezug auf BVerfG, Urteil vom 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01 – NJW 2004, 739.

a. Beachtung des Rechts auf Familie und vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls

Weder die EMRK noch die UN-KRK oder Art. 6 GG gewähren einen absoluten, direkten Anspruch auf Familiennachzug in ein bestimmtes Land. Sie begründen vielmehr ein grundlegendes Recht, die Familieneinheit wiederherzustellen.³² Sollte die Herstellung in keinem anderen Land als Deutschland möglich sein, wird nach allen drei Instrumenten aus diesem Recht eine Verpflichtung für die deutschen Behörden, die Einreise zu gestatten.³³ Dabei trägt besonderes Gewicht, wenn die Familie aufgrund von Flucht und Verfolgung auseinandergerissen wurde.³⁴ Der UN-Kinderrechtsausschuss stellte aufgrund der herausragenden Bedeutung des Rechts auf Familie klar, dass Staaten alles in ihrer Macht Stehende tun sollten, um Familien, inklusive der Geschwister, zusammenzuführen.³⁵ Auch bei der Prüfung der Lebensunterhaltssicherung sollte dem Recht auf Familie daher besonderes Gewicht zukommen.

Erwägungen zum Kindeswohl gemäß Art. 3 KRK, Art. 24 Abs. 2 GRCh (*best interest of the child*) müssen ebenfalls in die Prüfung der Lebensunterhaltssicherung einfließen. Denn bei jeder Entscheidung, die ein Kind betrifft, ist das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen.³⁶ Da das Kindeswohl unter Hinzuziehen aller Umstände des Einzelfalls und der Persönlichkeit des Kindes³⁷ sowie unter Beachtung des Kindeswillens³⁸ bestimmt werden muss, existiert keine abschließende Definition – das Kindeswohl ist so individuell wie das Kind selbst.

Das Leben im Familienverbund stellt gemäß der KRK eine zentrale Säule des Kindeswohls dar – insbesondere bei unbegleiteten Flüchtlingskindern aufgrund von deren besonderer Vulnerabilität.³⁹ Dies gilt nicht nur für jüngere Kinder – wie es oft in der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung heißt – weil sie durch ihr Alter in

³² Siehe dazu auch Hörich, a. a. O. (Fn. 3); UNHCR, Asylmagazin 4/2017, S. 134 ff.

³³ Siehe beispielsweise für EMRK: EGMR, Urteil vom 21.12.2001 – 31465/96 *Sen gg. Niederlande*; Urteil vom 1.5.2005 – 60665/00 *Tuquabo-Tekle u. a. gg. Niederlande*; Urteil vom 3.10.2014 – 12738/10 *Jeunesse gg. Niederlande*; Urteil vom 8.3.2016 – 25960/13 *I. A. A. u. a. gg. Vereinigtes Königreich*; für KRK: CRC, JGC Nr. 23 a. a. O. (Fn. 18), Rn. 34 f.; für Art. 6 GG: BVerwG, Urteil vom 13.06.2013 – 10 C 16.12 – NVwZ 2013, 1493, Rn. 21.

³⁴ Siehe EGMR, Urteil vom 10.7.2014 – 2260/10 *Tanda-Muzinga gg. Frankreich*, Rn. 73; *Tuquabo-Tekle*, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 49-50.

³⁵ Vgl. CRC, JGC Nr. 23, a. a. O. (Fn. 18), Rn. 27, 32, 37.

³⁶ Ebd., Rn. 32; siehe auch CRC, GC Nr. 14, a. a. O. (Fn. 17), Rn. 66. So auch im Kontext von Art. 8 EMRK: EGMR, Urteil vom 8.11.2016 – 56971/10 *El Ghatet gg. Schweiz*, Rn. 46.

³⁷ Siehe Cremer, Menschenrechtliche Grundlagen des Familiennachzugs, InfAuslR 3 2018, S. 81.

³⁸ Siehe Art. 12 UN KRK; CRC, GC Nr. 12, 2009 (CRC/C/GC/12), Rn. 28 ff.

³⁹ Vgl. dazu Schmahl, Kinderrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 3 KRK, Rn. 11.

höherem Maße abhängig sind von ihren Eltern,⁴⁰ sondern für alle Kinder. Denn die KRK, aber auch das Haager Kinderschutzübereinkommen,⁴¹ schützt die Rechte von Kindern bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres in gleichem Maße⁴² – insbesondere beim Recht auf Familie gibt es keine Abstufungen.⁴³ Zudem stellt das Recht auf Familienleben, wie alle Rechte der KRK, nicht nur ein Schutz-, sondern auch ein Förderrecht dar. Entgegen dem deutschen Sprachgebrauch ist das Kindeswohl gemäß der KRK somit nicht nur eine bloße Negativabgrenzung zur Kindeswohlgefährdung,⁴⁴ sondern soll die ganzheitliche Entwicklung des Kindes in physischer, geistiger, seelischer und sozialer Hinsicht gewährleisten.⁴⁵ Es ist somit davon auszugehen, dass bei so gut wie allen Kindern der Geschwisternachzug im Sinne des Kindeswohls, d. h. im *best interest of the child*, liegt, gleich welchen Alters. Auch dass die Betreuung der Geschwisterkinder im Ausland durch Verwandte gesichert ist, wie insbesondere von Behörden häufig angeführt,⁴⁶ bedeutet nicht, dass ein – selbst temporäres – Zurücklassen der Kinder mit dem Kindeswohl vereinbar wäre. Denn sofern die elterliche Fürsorge und Obhut das Kindeswohl nicht gefährden, ist sie gemäß Art. 3 i. V. m. Art. 18 KRK stets bestmöglich zu erhalten und eine Trennung von den Eltern gemäß Art. 9 KRK zu verhindern.

Wenn also Gerichte und Verwaltung das Alter des Kindes und die Betreuungssituation der Kinder im Ausland bei der Prüfung von Ausnahmen von der Lebensunterhaltssicherung heranziehen, prüfen sie tatsächlich nicht, ob der Nachzug dem Kindeswohl entspricht, son-

dern vielmehr, ob dem Kindeswohl Vorrang eingeräumt werden soll oder es hinter dem öffentlichen Interesse zurückstehen muss. Der Vorrang des Kindeswohls ist zwar auch gemäß der KRK nicht absolut. Dennoch herrscht ein »Optimierungsgebot mit dem Ziel bestmöglicher Realisierung«.⁴⁷ Dem Kindeswohl muss somit in einer Güterabwägung wie der zum Lebensunterhalt besonderes Gewicht zukommen.

Der UN-Kinderrechtsausschuss mahnte im Rahmen seiner letzten Abschließenden Bemerkungen zum Staatenbericht Deutschlands an, dass die Priorisierung des Kindeswohls noch nicht in alle Bereiche der Legislative, Exekutive und der Justiz durchgedrungen sei und insbesondere bei Gruppen wie Flüchtlingskindern häufig nicht hinreichend Beachtung finde.⁴⁸ So wird in der Rechtsprechung des BVerwG zum Asyl- und Migrationsrecht das Kindeswohl zwar regelmäßig erwähnt, vorrangig beachtet wird es jedoch häufig nicht, sein Zurückstehen hinter gegenläufigen staatlichen Interessen meist nicht begründet.⁴⁹ Wie aus den obigen Ausführungen erkennbar, ist dies insbesondere auch in der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zum Familiennachzug der Fall.⁵⁰ Gerichte und Behörden sollten hier zukünftig darauf achten, das Kindeswohl gemäß den Vorgaben der KRK mit vorrangiger Gewichtung in die Prüfung jedes Einzelfalles einzubeziehen.

Die Ausführungen zum Recht auf Familie und der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls zeigen, dass die Handlungsspielräume der Behelfsnormen zum Geschwisternachzug von Verwaltung und Gerichtsbarkeit häufig nicht konform mit höherrangigem Recht genutzt werden. Denn, wenn das Kindeswohl vorrangig geprüft und das Recht auf Familie angemessen berücksichtigt wird, wird man in fast allen Fällen, auch ältere Kinder betreffend, zum Ergebnis kommen, dass höherrangiges Recht das Absehen von der Lebensunterhaltssicherung

⁴⁰ So beispielsweise BVerwG, Urteil vom 13.06.2013, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 32; OVG Berlin, Beschluss vom 19.12.2018, – 3 S 98.18 – Asylmagazin 1-2/2019, S. 38 f. – asyl.net: M26883, Rn. 14.

⁴¹ Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996.

⁴² Dies gilt für die KRK, solange die Volljährigkeit national nicht für alle Kinder anders bestimmt wird. CRC, GC Nr. 20, 2009 (E/C.12/GC/20), Rn. 1, 6; Schmah, a. a. O. (Fn. 39), Art. 1 KRK, Rn. 3. Ist ein Alter für Volljährigkeit festgelegt, schützt die KRK alle Kinder bis zu diesem Alter gleichermaßen. Ebd., Rn. 4. Dies gilt auf für den deutschen Kontext, ebd. Art. 1 KRK, Rn. 10–13, Art. 10 KRK, Rn. 18.

⁴³ Daher gelten die Vorschriften des § 32 Abs. 1, 2 AufenthG zum Kindernachzug, die weiterhin Altersdifferenzierungen bei Minderjährigen zwischen unter und über 16-Jährigen vornehmen, als konventionell äußerst problematisch. Schmah, a. a. O. (Fn. 39), Art. 1 KRK Rn. 12.

⁴⁴ Kindeswohlgefährdung wird bereits seit den 1950er Jahren als »eine gegenwärtige in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt« definiert. BGH FamRZ 1956, S. 350.

⁴⁵ CRC, GC Nr. 14, a. a. O. (Fn. 17), Rn. 4 unter Bezug auf GC Nr. 5, 2003 (CRC/GC/2003/5), Rn. 12; vgl. auch Schmah, a. a. O. (Fn. 39), Art. 3 KRK, Rn. 2.

⁴⁶ So Auswärtiges Amt, Weisung vom 20.3.2017, a. a. O. (Fn. 2); als relevant angedeutet, aber verworfen aufgrund des jungen Alters in OVG Berlin, Beschluss vom 6.6.2019, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 4.

⁴⁷ Siehe Schmah, a. a. O. (Fn. 39), Art. 3 KRK, Rn. 7.

⁴⁸ Siehe CRC, Abschließende Bemerkungen zu Deutschland, 25.2.2014 (CRC/C/DEU/CO/3-4), Rn. 26–27.

⁴⁹ Siehe dazu ausführlich Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland – Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 25.9.2017, S. 43 ff.

⁵⁰ Ähnlich verhält es sich im Übrigen mit der Kindeswohlprüfung des EGMR im Kontext des Familiennachzugs. Der EGMR erwähnt zwar den Vorrang des Kindeswohls (erstmalig im Verfahren *El Ghatet*) und bezieht sich dabei explizit auf Art. 3 KRK, *El Ghatet gg. Schweiz*, a. a. O. (Fn. 36), Rn. 46. Dennoch füllt er das Konzept des Kindeswohls inhaltlich nicht mit den Kriterien der KRK aus, sondern fällt auf seine eigenen Prüfkriterien zu Art. 8 EMKR zurück, die die Zumutbarkeit der Trennung bei Eltern-Kind-Beziehungen unter anderem am Alter und der Verwurzelung des Kindes im Heimatland festmachen (ebd. mit Verweis auf *Tuquabo-Tekle*, a. a. O., Fn. 33). Auch nach diesen Kriterien kam der EGMR jedoch zu dem Schluss, dass die drohende Volljährigkeit die Verpflichtung von Staaten, die Einreise zu erlauben, nicht schmälert, wenn die Eltern nicht auf zumutbare Weise zurückkehren können und das Kind aufgrund der Umstände im Heimatland auf Schutz angewiesen ist, *Tuquabo-Tekle*, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 49–50.

erfordert. Dies gilt insbesondere, da das staatliche Interesse am Schutz der öffentlichen Kassen hier nicht besonders schwer wiegen dürfte. Denn sobald die Eltern nach Einreise Schutz über Familienasyl erlangt haben, dürfen die Geschwister über § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG ohnehin voraussetzungslos einreisen. Wenn Ausnahmen vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung infolge angemessener Beachtung von Grund- und Völkerrecht regelmäßig gewährt würden, wäre bereits ein wesentlicher Schritt getan, den Nachzug von Geschwisterkindern zu schutzberechtigten unbegleiteten Kindern in Deutschland auch bei der derzeitigen Rechtslage durchzusetzen.

Exkurs: Erfahrungen mit Einzelfällen bei Save the Children e.V.

In einer dreimonatigen Einzelfallstudie zum Geschwisternachzug von Save the Children Deutschland e. V., in deren Rahmen mit über 20 Beratungsstellen, Jugendämtern, Vormünd*innen und Helfer*innen gesprochen wurde, stellte sich heraus, dass bei abgelehnten Visumsanträgen von Geschwisterkindern in der Regel nicht nur das Wohnraumerfordernis, sondern auch die fehlende Lebensunterhaltssicherung den Nachzug verhinderte. Selbst wenn es sich bei den Geschwisterkindern oder den unbegleiteten Kindern in Deutschland um Kleinkinder handelte oder das Kind im Heimatland eine lebensgefährliche Erkrankung hatte, wurde ein Absehen von der Lebensunterhaltssicherung ohne Nennung spezifischer Gründe verwehrt. Auch die außergewöhnliche Härte wurde verneint. Es zeigt sich, dass in vielen Fällen selbst der gesetzlich eingeräumte Spielraum durch die Verwaltung nicht genutzt wird.

b. Weiteres, Kindernachzug vermittelndes Bleiberecht der Eltern

Wenn die Geschwister mit den Eltern zeitgleich einreisen sollen, beinhaltet die Prüfung von Ausnahmen zum Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung auch eine Prognoseentscheidung darüber, ob der Aufenthalt der Eltern von vornherein zeitlich eng begrenzt ist.⁵¹ Ist er das, können die Eltern laut behördlicher und gerichtlicher Praxis

⁵¹ Siehe beispielsweise OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.12.2016, – 3 S 106.16 – a. a. O. (Fn. 3); Beschluss vom 22.12.2016 – 3 S 98.16 (=Asylmagazin 4/2017, S. 167 ff.) – asyl.net: M24860; Auswärtiges Amt, Weisung vom 20.3.2017 – a. a. O. (Fn. 2). Ein Aufenthalt für zwei Jahre bis zur Volljährigkeit des Kindes gilt hingegen nicht als zeitlich begrenzt und vermittelt ein Nachzugsrecht an das Kind, siehe OVG Berlin, Beschluss vom 6.6.2019, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 4.

kein Nachzugsrecht an das mitreisende Geschwisterkind vermitteln. Der Geschwisternachzug droht dann im Regelfall an der Lebensunterhaltssicherung zu scheitern. Dass die Eltern nach der Einreise in den meisten Fällen ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht über das Familienasyl erwerben können, wird bei der Prognoseentscheidung nicht berücksichtigt.⁵²

Die Prognoseentscheidung war bisher vor allem bei bald volljährig werdenden und im Verfahren volljährig gewordenen unbegleiteten Kindern ein immenses Hindernis. Denn das familiäre Aufenthaltsrecht der Eltern erlischt, wenn das Kind das 18. Lebensjahr vollendet (§ 36 Abs. 1 AufenthG). Nach Volljährigkeit des Kindes existiert kein eigenständiger Aufenthaltstitel für sie. Dies basiert auf der Prämisse, dass der Elternnachzug allein dem Recht des Kindes auf Elternsorge dient,⁵³ nicht dem Schutz des Familienverhältnisses selbst. Mittlerweile hat der EuGH jedoch auch die Schutzwürdigkeit der Familienbeziehung anerkannt, indem er den Anspruch auf Elternnachzug bei unbegleiteten Flüchtlingen über die Minderjährigkeit hinaus gewährte.⁵⁴ Seither gehen auch das für Visaverfahren zuständige VG Berlin und das als Rechtsmittelinstanz zuständige OVG Berlin-Brandenburg davon aus, dass sich trotz der Beschränkung des Aufenthaltsgesetzes ein Aufenthaltstitel für die Eltern von Flüchtlingen zumindest für eine »gewisse Dauer« nach der Minderjährigkeit anschließt.⁵⁵

Dieser Kurswechsel hat Konsequenzen für den Geschwisternachzug. So behindert zumindest bei Kindern mit Flüchtlingsschutz die nahende Volljährigkeit das Absehen von der Lebensunterhaltssicherung in der Regel nicht mehr.⁵⁶ Dies gilt jedoch laut Rechtsprechung nicht für Kinder mit subsidiärem Schutzstatus: Deren Eltern erhalten weiterhin keinen Aufenthaltstitel über den

⁵² OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.12.2016, – 3 S 106.16 – a. a. O. (Fn. 3), Rn. 2 und Rn. 5.

⁵³ Siehe BVerwG, Urteil vom 18.4.2013 – 10 C 9.12 (= ASYLMAGAZIN 6/2013, S. 207 ff.) – asyl.net: M20813, Rn. 12.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 12.4.2018 – C-550/16 A. und S. gg. Niederlande – Asylmagazin 5/2018, S. 176 ff. – asyl.net: M26143. Für eine weiterführende Besprechung des Urteils siehe Habbe, Asylmagazin 5/2018, S. 149 ff.

⁵⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.12.2018, a. a. O. (Fn. 40), Rn. 12. Das VG Berlin konkretisierte die Dauer auf mindestens ein Jahr. VG Berlin, Urteil vom 1.2.2019 – 15 K 936.17 V – Asylmagazin 4/2019, S. 119 ff. – asyl.net: M27094, S. 11. Die Bindungswirkung des EuGH Urteils ist für den deutschen Kontext noch nicht abschließend geklärt, obgleich die Gerichte von ihr ausgehen. Siehe auch Habbe, a. a. O. (Fn. 54), S. 151. Kürzlich durch das BVerwG dem EuGH übermittelte Vorlagefragen sollen hier Klarheit schaffen. BVerwG, Beschluss vom 23.4.2020 – 1 C 9.19; 1 C 10.19 (Pressemitteilung) – asyl.net.

⁵⁶ Siehe OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.12.2018, a. a. O. (Fn. 40), Rn. 14. Gleichzeitig verwies das OVG auf die besonderen Umstände des Falls und die hohe Schutzquote bei Syrer*innen, gemäß der bei dem Elternteil ein langfristiger Aufenthalt zu erwarten sei, ebd.

Tag der Volljährigkeit hinaus⁵⁷ mit der Folge, dass beim Geschwisternachzug zu subsidiär Schutzberechtigten weiterhin nicht vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung abgesehen wird, wenn Volljährigkeit droht. Bei bereits volljährig gewordenen Kindern wird ebenfalls bis dato keine Ausnahme vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung gemacht, selbst wenn den Eltern gemäß des genannten EuGH-Urteils »A. und S.« ein verlängerter Aufenthaltstitel erteilt wurde. Da sie gemäß dem engen Familienbegriff des Aufenthaltsgesetzes nicht mehr zur Kernfamilie gehören, wird die Verwirklichung des Rechts auf Familie ohne die volljährigen Kinder im Herkunfts- bzw. Aufnahmeland als zumutbar erachtet.⁵⁸

Das Recht auf Familie sowie die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohl gemäß der UN-KRK schützen, wie unter Abschnitt III.2.a dargelegt, alle Kinder bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres in gleichem Maße. Die nahende Volljährigkeit des unbegleiteten Kindes in Deutschland sollte daher – unabhängig vom Schutzstatus – keine Rolle spielen bei der Prüfung von Ausnahmen vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung. Denn höherrangiges Recht, insbesondere die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls, drängt hier in der Regel das öffentliche Interesse am Schutz der Kassen zurück. Der Schutz des Art. 6 GG⁵⁹ und des Art. 24 Abs. 2 GRCh⁶⁰ zieht sich sogar über den Eintritt in die Volljährigkeit hinaus – denn er umfasst nicht nur die reine Elternverantwortung gegenüber den Kindern. Daher sollte auf das Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung auch bei bereits eingetretener Volljährigkeit verzichtet werden. Dies ist umso bedeutsamer als die Verwirklichung von Rechten andernfalls wesentlich von der Geschwindigkeit abhängt, mit der die Behörden einzelne Asyl- und Familiennachzugsverfahren bearbeiten. Dies ist mit den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung nicht zu vereinbaren.⁶¹

3. Wohnraumerfordernis

Neben der Lebensunterhaltssicherung muss beim Geschwisternachzug zudem nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausreichend Wohnraum für die nachziehende Familie zur Verfügung stehen – sowohl beim gleichzeitigen Kinderachzug nach § 32 Abs. 1 AufenthG als auch beim direkten Geschwisternachzug nach § 36 Abs. 2 AufenthG. Für

ein unbegleitetes Kind in der Obhut der Kinder- und Jugendhilfe ist es schlicht unmöglich, ein Mietverhältnis mit ausreichend Wohnraum für eine gesamte Familie nachzuweisen. Die Frage besteht daher, ob im Einzelfall vom Wohnraumerfordernis abgesehen werden kann.⁶²

Aus dem Wortlaut des § 29 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 2 Abs. 4 AufenthG zum Wohnraumerfordernis leitet sich keine direkte Möglichkeit zur Ausnahme ab.⁶³ Allerdings ist aufgrund der Entstehungsgeschichte der Regelung fraglich, ob der Gesetzgeber dies bei einer Kollision mit Grund- und Völkerrecht tatsächlich so intendiert hatte. Denn er hatte bei Einführung der im Kern gleichlautenden Vorgängernorm⁶⁴ keine sonderlich restriktive Wirkung für das Wohnraumerfordernis vorgesehen.⁶⁵ Es sollte vielmehr »sozial deklassierende[n] Wohnverhältnisse[n] für ausländische Familien« entgegenwirken und versichern, dass »Ausländer hier in gleichen sozialen Verhältnissen leben können wie Deutsche.«⁶⁶ Die Sicherstellung ausreichender Unterbringungsbedingungen wurde auch nicht explizit in die Verantwortung der Betroffenen gelegt. Im Gegensatz dazu war die Lebensunterhaltssicherung aus eigenen Mitteln »unverzichtbare Voraussetzung« für den Nachzug.⁶⁷

Dass das Wohnraumerfordernis heute nach dem Wortlaut keine Ausnahmen zulässt, die Voraussetzung des gesicherten Lebensunterhalts hingegen schon, ist der Folge der Regelung des Aufenthaltsgesetzes aus dem Jahr 2004⁶⁸ geschuldet. Die Sicherung des Lebensunterhalts wurde in der Vorgängernorm zunächst gleichlautend zum Wohnraum ausnahmslos gefordert, um einen *Anspruch* auf

⁵⁷ VG Berlin, Urteil vom 21.1.2020 – 38 K 51.19 V – juris (gegen die weitestgehend gleichlautende Entscheidung VG Berlin, Urteil vom 3.4.2019 – 38 K 26.18 V wurde Berufung eingelegt); andere Ansicht Krause, Beitrag in diesem Heft ab S. 198.

⁵⁸ Siehe VG Berlin, Urteil vom 30.1.2019 a. a. O. (Fn. 29), Rn. 48 und Urteil vom 1.2.2019, a. a. O. (Fn. 55), S. 18, beides zur Vorlage beim EuGH. Das OVG Berlin-Brandenburg hat sich dazu noch nicht geäußert.

⁵⁹ Siehe Badura, in: Maunz/Dürig, a. a. O. (Fn. 14), Art. 6 GG, Rn. 60a.

⁶⁰ EuGH, A. und S. gg. *Niederlande*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. 58.

⁶¹ Analog argumentiert für den Elternachzug der EuGH, ebd.

⁶² So VAB Berlin, S.322, Rn.A. 32.1.3 (Stand: 4.3.2020), abrufbar auf www.berlin.de/einwanderung/ unter »Service/Downloads«; Integrationsministerium Schleswig-Holstein, Weisung vom 9.3.2020 – IV 203-7587/2020 – asyl.net: M28179.

⁶³ Daher prinzipiell kein Abweichen vom Wohnraumerfordernis möglich laut OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 5.12.2018, – 3 B 8/18 – juris, Rn. 35-36 [bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 4.7.2019 a. a. O. (Fn. 10)] und Beschluss vom 12.7.2017, a. a. O. (Fn. 5); VG Berlin, Urteil vom 30.1.2019, a. a. O. (Fn. 29); Urteil vom 1.2.2019, a. a. O. (Fn. 55).

⁶⁴ Gesetz vom 9.7.1990 – Bundesgesetzblatt Teil I 1990 Nr. 34 14.07.1990 S. 1354, 1358, 2362, §§ 17 Abs. 2 und 4 iVm 29 Abs. 1 AuslG. Dieses Gesetz führte unter anderem erstmals eine bundeseinheitliche Regelung zum Familiennachzug ein. BT-Drs. 11/6321, S. 1.

⁶⁵ Vielmehr sollte der Wortlaut »ausreichend« anstatt »angemessen« in der Gesetzgebung verdeutlichen, dass kein prohibitiver Maßstab anzulegen ist, BT-Drs. 11/6321, S. 60; vgl. auch Rede des damaligen Innenministers Dr. Schäuble (CDU/CSU) (Rede Dr. Schäuble), 26.4.1990 – BT-Plenarprotokoll 11/207, S. 16269C ff., S. 16282 (D).

⁶⁶ Rede Dr. Schäuble, a. a. O. (Fn. 65), S. 16282 (D) und BT-Drs. 11/6321, S. 60. Dies spiegelt sich auch in der heutigen Auslegung des § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wider, gemäß der das Wohnraumerfordernis u. a. menschenwürdige Unterbringung sicherstellen, 2.4.0 AVwV-AufenthG, und Integration fördern soll. Tewocht, in: BeckOK AuslR, a. a. O. (Fn. 9), § 29 AufenthG, Rn. 4.

⁶⁷ BT-Drs. 11/6321, S. 60.

⁶⁸ Gesetz vom 30.7.2004 (AufenthG) – Bundesgesetzblatt Teil I 2004 Nr. 41 5.8.2004, S. 1950, S. 1960, § 29 Abs. 1 AufenthG.

Familiennachzug zu begründen.⁶⁹ Daneben stand eine Regelung, die mangels Anspruchs auf einen Aufenthaltstitel die Erteilung von Titeln jeder Art zur Einreise oder dem Verbleib nach *Ermessen* erlaubte.⁷⁰ Bei dieser Ermessensregelung wurde die Lebensunterhaltssicherung als gewichtiges Erfordernis genannt, von dem nur in besonderen Einzelfällen abgesehen werden konnte. Bei der Folgeregelung des Aufenthaltsrechts im Jahr 2004 wurden Ermessens- und Anspruchsaufenthaltstitel verschmolzen, die Lebensunterhaltssicherung wurde zur Vermeidung von Doppelungen aus der spezielleren Regelung zum Familiennachzug gestrichen.⁷¹ Das Wohnraumerfordernis verblieb in der Norm zum Familiennachzug und erlaubte, obgleich weitaus weniger gewichtig als die Lebensunterhaltssicherung, paradoxerweise weiterhin keine Ausnahmen. Es ist aufgrund der Logik und Systematik der Entstehungsgeschichte daher entgegen weitläufiger Ansicht zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber das Wohnraumerfordernis als zwingende Voraussetzung definieren wollte, die den Nachzug selbst bei Kollision mit höherrangigem Recht verhindert.⁷² Dies sollte vom BVerwG nochmals aufgegriffen werden.⁷³

Das Zulassen von Ausnahmen vom Wohnraumerfordernis im Einzelfall ist im Übrigen auch unionsrechtlich zwingend geboten. Die Familiennachzugsrichtlinie erlaubt zwar in Art. 7 Abs. 1 Bst. a FamZ-RL ein Wohnraumerfordernis, außer bei der Kernfamilie von Flüchtlingen. Allerdings muss bei jeder ablehnenden Entscheidung gemäß Art. 17 FamZ-RL die Verhältnismäßigkeit der Entscheidung hinsichtlich der Art und Stärke familiärer Bindungen im Zielland, aber auch im Heimatland geprüft werden.⁷⁴ Dabei sind die Nachzugsvoraussetzungen gemäß der Rechtsprechung des EuGH stets unter Berücksichtigung der europäischen Grundrechte, vor allem Art. 7 (Recht auf Familie), Art. 24 Abs. 2 (Kindeswohl)

und Art. 24 Abs. 3 (Verbot von Familientrennung) GRCh, zu prüfen.⁷⁵

Bei der Bewertung, wann Wohnraum ausreichend ist, hat die Verwaltung jetzt schon durchaus Gestaltungsspielraum und sollte diesen, im Sinne des vorab aufgezeigten gesetzgeberischen Willens, auch nutzen.⁷⁶ Denn beim Geschwisternachzug kommt erschwerend hinzu, dass nur das unbegleitete Kind in Deutschland theoretisch in der Position ist, Wohnraum anzumieten, dies aber rechtlich und faktisch unmöglich ist. Nach einer Entscheidung des VG Berlin muss Wohnraum zumindest mit »rechtlich hinreichender Gewissheit« zur Verfügung stehen. Dazu könnte laut des Urteils jedoch schon die möglichst konkrete Versicherung eines Wohnungsgebers ausreichen, solange dieser tatsächlich regelmäßig Zugang zu Wohnraum hat.⁷⁷ Die Verwaltung sollte sich in diesem Sinne, wenn kein privater Wohnungsgeber gefunden werden kann, als Bürge für die Bereitstellung von Wohnraum anbieten und in jedem Fall die Erfüllung des Wohnraumerfordernisses aus öffentlichen Mitteln ermöglichen.⁷⁸

IV. Schlussfolgerungen und Empfehlungen für die Beratungspraxis

Es zeigt sich, dass die Besorgnis des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hinsichtlich der deutschen Praxis des Geschwisternachzugs⁷⁹ durchaus Hand und Fuß hat. Denn eine angemessene Anspruchsregelung zum Geschwisternachzug fehlt gänzlich, die aktuellen Behelfsregelungen fallen hinter die Vorgaben höherrangigen Rechts zurück.⁸⁰ So schließt der Familienbegriff dort, im Gegensatz zum deutschen Aufenthaltsgesetz, auch andere Beziehungen, wie die Geschwisterbeziehung, ein. In diversen Bereichen des deutschen Rechts, wie dem Kindschafts-, Kinder- und Jugendhilfe- und Asylrecht, wurde der Familienbegriff bereits angepasst, das Aufenthaltsrecht muss nun folgen. Gerade in Anbetracht der herausragenden Bedeutung des Rechts auf Familie bei unfreiwilligen Familientrennungen sowie der gravierenden Auswirkungen, die derartige Trennungen auf die Psyche von Kindern haben können, muss Geschwistern

⁶⁹ Gesetz vom 9.7.1990 (AuslG), S. 1358–1359, § 17 Abs. 2 AuslG. Ausgenommen war die Lebensunterhaltssicherung nur in der Spezialregelung zum Ehegattennachzug bei quasi faktischen Inländern unter Umständen der besonderen Härte, siehe ebd., § 18 Abs. 2 AuslG.

⁷⁰ § 7 AuslG (eingeführt durch Gesetz vom 9.7.1990, AuslG), später § 5 AufenthG.

⁷¹ Siehe BT-Drs. 15/420, S. 81.

⁷² Andere Ansicht sowohl bezüglich Grund- als auch Völkerrecht: beispielsweise OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 5.12.2018, a. a. O. (Fn. 63), Rn. 34–35.

⁷³ Das BVerwG deutete an, dass bei nachgewiesener Unzumutbarkeit, Wohnraum zu finden, im Einzelfall ein Absehen vom Erfordernis möglich sein könnte, wenn ansonsten der Familiennachzug auf lange Dauer vereitelt würde. Allerdings betonte das BVerwG zugleich, dass sich Behörden und Gerichte nicht mittels einer völkerrechtskonformen Auslegung über den gesetzgeberischen Willen hinwegsetzen dürfen, wenn dieser im Gesetz eindeutig zum Ausdruck kommt, BVerwG, Beschluss vom 4.7.2019, a. a. O. (Fn. 10), Rn. 5, 10–11.

⁷⁴ Siehe auch Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 2 AufenthG, Rn. 178.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 6.12.2012 – C-356/11 und C-357/11 *O. und S. gg. Maahanmuuttovirasto* und *Maahanmuuttovirasto gg. L.* – NVwZ 2013, 419, Rn. 79 ff.

⁷⁶ Vgl. Bender/Welge/Kefßler, in: Hofmann, Nomos Kommentar Ausländerrecht (NK-AuslR), 2. Aufl. 2016, § 2 AufenthG, Rn. 25.

⁷⁷ Siehe VG Berlin, Urteil vom 1.2.2019, a. a. O. (Fn. 55), S. 16.

⁷⁸ Der Schutz der öffentlichen Kassen steht nur dem Absehen vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung, nicht der Erfüllung des Wohnraumerfordernis entgegen. Siehe III.2.

⁷⁹ CESCR, Abschließende Bemerkungen zu Deutschland, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 28–29.

⁸⁰ So auch Hörich, a. a. O. (Fn. 3); UNHCR, a. a. O. (Fn. 32); Cremer, Menschenrechtliche Grundlagen des Familiennachzugs, a. a. O. (Fn. 37).

schnellstmöglich ein eigener Anspruch auf Familiennachzug zu den Eltern eingeräumt werden.⁸¹

Die bereits existierenden Hilfskonstruktionen des zeitgleichen Kindernachzugs bzw. des Nachzugs bei außergewöhnlicher Härte schaffen hier keine Abhilfe. Vor allem in der Verwaltungspraxis, aber teils auch in der Rechtsprechung zeigt sich, dass eröffnete Spielräume für die Anwendung höherrangigen Rechts häufig nicht angemessen genutzt werden. Beim Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung sind diese Spielräume immerhin gesetzlich verankert. Dass sie auch beim Wohnraumerfordernis bestehen, ist aufgrund der Entstehungsgeschichte der Norm naheliegend, sollte jedoch entweder vom Gesetzgeber durch den Zusatz »in der Regel« klargelegt oder höchstrichterlich alsbald geklärt werden.

In manchen Bundesländern bzw. Kommunen hat die Verwaltung reagiert und die Anforderungen an den gleichzeitigen Nachzug der Geschwister mit den Eltern auf ein Minimum reduziert, sodass der Mitzug dort generell ermöglicht wird – in anderen jedoch scheitert der Geschwisternachzug weiterhin regelmäßig. Bei der derzeitigen Rechtslage bleibt also davon auszugehen, dass auch der UN-Kinderrechtsausschuss, dessen Abschließende Bemerkungen bald zu erwarten sein werden, die Regelungen zum Geschwisternachzug für nicht kinderrechtskonform befindet und eine entsprechende bundeseinheitliche Änderung anmahnt.

Für die derzeitige Beratungspraxis empfiehlt sich in jedem Fall, für das Geschwisterkind den Familiennachzug mit den Eltern zu beantragen. Noch vor der Antrag-

stellung sollten alle Gründe und Umstände, die die Auswirkungen der Nachzugsentscheidung auf das Recht auf Familie und das Kindeswohl im Einzelfall belegen, zusammengetragen und detailliert dokumentiert werden. In einem Schreiben sollte auf dieser Grundlage das Absehen von der Lebensunterhaltssicherung und die Feststellung einer außergewöhnlichen Härte beantragt werden. Nach Antragstellung empfiehlt sich, mit den Behörden Kontakt aufzunehmen, um weitere Nachweise nachzureichen und bei drohender Volljährigkeit auf eine baldige Entscheidung hinzuwirken.⁸²

Steht eine Person bereit, die eine Wohnung anbieten kann, sollte diese, am besten in einer eidesstattlichen Versicherung, möglichst genau die Beschaffenheit des für die Familie angedachten Wohnraums beschreiben und darlegen, inwieweit sie derartigen Wohnraum zukünftig zur Verfügung hat. In allen anderen Fällen kann die Ausländerbehörde und die für die Wohnungsvergabe zuständige Sozialbehörde angesprochen werden, um gemeinsam die Erfüllung des Erfordernisses zu ermöglichen. In jedem Fall sollten, insbesondere im Hinblick auf ein sich anschließendes Klageverfahren, alle Bemühungen, Wohnraum zu beschaffen, genau dokumentiert werden.

Droht der Eintritt in die Volljährigkeit, empfiehlt sich unabhängig vom Schutzstatus des Kindes ein Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO beim VG Berlin. Selbst wenn dieser abgelehnt wird, kann der Antrag dazu beitragen, dass die eingetretene Volljährigkeit nicht zu Ungunsten der betroffenen Kinder ausgelegt wird.⁸³

⁸¹ Dies könnte durch die Erweiterung des Nachzugsanspruches der Eltern in § 36 Abs. 1 AufenthG bzw. der Nachzugsmöglichkeit in § 36a Abs. 1 S. 2 AufenthG um die Geschwister (ähnlich wie Art. 8 Abs. 1 Dublin-III-VO) erfolgen.

⁸² Auch schon während des Asylverfahrens sollten die Behörden um schnelle Bescheidung gebeten werden, damit die Volljährigkeit den Familiennachzug nicht behindert.

⁸³ Für detaillierte Informationen siehe DRK-Suchdienst, Fachinformation zum Familiennachzug von und zu Flüchtlingen, April 2019.

Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

Eine Rechtsprechungsübersicht zu § 36a AufenthG

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Elternnachzug
 - 1. Das Urteil »A. und S.« des EuGH von April 2018
 - 2. Anwendbarkeit des EuGH-Urteils auf subsidiär Schutzberechtigte
 - 3. Eilverfahren bei kurz bevorstehender Volljährigkeit
 - 4. Klageverfahren nach Eintritt der Volljährigkeit
 - a. Eilverfahren statt Nachzugsanspruch nach Volljährigkeit
 - b. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht?
- III. Kindernachzug
- IV. Ausschluss von nicht vor der Flucht geschlossenen Ehen
- V. Ausschluss bei Straffälligkeit
- VI. Fazit

I. Einleitung

Nachdem der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten im August 2015 zunächst wie bei anerkannten Flüchtlingen als Anspruch ausgestaltet und ab März 2016 vorübergehend komplett ausgesetzt wurde, ist vor knapp zwei Jahren die Regelung des § 36a AufenthG in Kraft getreten.¹ Die darin enthaltenen Beschränkungen wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren kritisiert² und sind weiterhin umstritten.³ Auch das bürokratische Verfahren

unter Beteiligung von drei Behörden wird als kompliziert und intransparent bewertet.⁴

Nach der Regelung kann Familienangehörigen von subsidiär Schutzberechtigten ein Visum aus humanitären Gründen erteilt werden. Monatlich ist ein Kontingent von 1000 Visa vorgesehen, welches jedoch bisher nicht voll ausgeschöpft wird.⁵

Alle Gerichtsverfahren zur Regelung des § 36a AufenthG werden ausschließlich vor der 38. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin verhandelt. Inzwischen liegen bereits einige Entscheidungen vor. Dieser Artikel gibt einen Überblick zur bisher ergangenen Rechtsprechung, insbesondere zu Einzelfragen des Nachzugs von Eltern, Kindern und Eheleuten sowie zu weiteren Ausschlussgründen. Viele grundsätzliche Fragen sind jedoch noch gar nicht bei Gericht angekommen und bleiben offen, wie etwa die Verfassungsmäßigkeit der Kontingentierung.

II. Elternnachzug

Der Elternnachzug ist die bisher am meisten verhandelte Konstellation vor der 38. Kammer.⁶ Sie ist vor allem deshalb so umstritten, weil durch die lange Dauer des Nachzugsverfahrens viele subsidiär Schutzberechtigte währenddessen volljährig werden und dann der Nachzug ihrer Eltern unter Verweis hierauf verweigert wird. In allen von der Kammer bisher entschiedenen Fällen reisten die später subsidiär Schutzberechtigten bereits im Jahr 2015 ein und waren von der vollständigen Aussetzung des Familiennachzugs bis August 2018

* Rechtsanwältin Sigrun Krause ist Mitgründerin und Kooperationsanwältin bei JUMEN e.V. – Juristische Menschenrechtsarbeit in Deutschland. Zudem arbeitet sie im Sächsischen Landtag als Parlamentarische Beraterin für Asyl, Recht und Verfassung, Gleichstellung, Demokratie und Antidiskriminierung bei Bündnis 90/Die Grünen.

¹ Ausführlich hierzu Cana Mungan, Sebastian Muy und Daniel Weber: Der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, Asylmagazin 12/2018, S. 406–415.

² Stellungnahme des UNHCR, des Berliner Integrationsbeauftragten, von PRO ASYL, Diakonie Deutschland und Deutsches Kinderhilfswerk zur öffentlichen Anhörung am 11.6.2018 zum FamiliennachzugsneuregelungsG – BT-Drs. 19/2438 – und zur Änderung des AufenthG – BT-Drs. 19/2523, 19/2515, abrufbar bei www.bundestag.de unter »Ausschüsse / Inneres/Öffentliche Anhörungen«.

³ Adriana Kessler, Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, Asylmagazin 8–9/2019, S. 295–299; Mungan/Muy/Weber, a. a. O. (Fn. 1), S. 406–415; Bellinda Bartolucci und Marei Pelzer, Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts, ZAR 2018, S. 133; Samuel Kupfer: Familienzusammenführung zu subsidiär Schutzberechtigten, JA 2019, S. 547; Rolf Gutmann, Ausländerrechtliche Zerstörung der Familie?, NVwZ 2019, S. 279 f.; Holger Hoffmann, Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls, Im Dialog 2/2019, S. 192.

⁴ Mungan/Muy/Weber, a. a. O. (Fn. 1), S. 410.

⁵ Im Januar 2020: 659 Visa, Februar 2020: 782, im März: 480, im April 2020: 4, vgl. BT-Plenarprotokoll 19. Wahlperiode, 162. Sitzung, 27.5.2020, Frage 69 von Ulla Jelpke (LINKE).

⁶ VG Berlin, Urteil vom 29.3.2019 – 38 K 27.18 V (gleichlautend: 38 K 26.18 V, VG 38 K 41.19 V) – Asylmagazin 6–7/2019, S. 260 ff., asyl.net: M27329; Urteil vom 21.1.2020 – VG 38 K 429 19 V (weitgehend gleichlautend: VG 38 K 19.19 V, VG 38 K 51.19 V, VG 38 K 52.19 V) – asyl.net: M28472, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 239; Beschluss vom 26.11.2019 – 38 L 442.19 V – asyl.net: M27886; Beschluss vom 8.1.2020 – 38 L 106/20 V – asyl.net: M28017; Beschluss vom 16.1.2020 – 38 L 502.19 V – asyl.net: M28018.

betroffen.⁷ Oft verweigerte die Ausländerbehörde ihre Zustimmung, sodass die Einreise der Eltern vor dem 18. Geburtstag scheiterte. Erst als rechtzeitig beim Verwaltungsgericht Eilanträge gestellt wurden, konnte die 38. Kammer in Eilverfahren die Botschaften verpflichten, ein Visum vorläufig zu erteilen.

Im folgenden Abschnitt soll dazu das Urteil des EuGH in der Rechtssache »A. und S.« vom 18. April 2018 kurz erläutert werden (1.), die Anwendbarkeit des Urteils auf subsidiär Schutzberechtigte (2.), das Vorgehen der Behörden und der 38. Kammer vor (3.) und nach Eintritt der Volljährigkeit (4.).

1. Das Urteil »A. und S.« des EuGH von April 2018

Die Frage, bis wann der Elternnachzug bei anstehender Volljährigkeit zu gewähren ist, wird spätestens seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache »A. und S.« vom April 2018⁸ neu diskutiert.

Der EuGH entschied in einem Fall aus den Niederlanden, dass eine Person auch dann als minderjährig im Sinne der Definition von Art. 2 Bst. f Familienzusammenführungs-Richtlinie 2003/86/EG (FamZ-RL) anzusehen ist, wenn sie zum Zeitpunkt der Einreise und der Asylantragstellung unter 18 Jahre alt war, während des Asylverfahrens volljährig wird und ihr später die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird. Sie behält daher laut EuGH auch nach Eintritt der Volljährigkeit ihr Recht auf Familiennachzug nach Art. 10 Abs. 3 Bst. a FamZ-RL. Der EuGH macht lediglich die Einschränkung, dass der Antrag auf Familiennachzug innerhalb einer angemessenen Frist, grundsätzlich innerhalb von drei Monaten ab dem Tag der Schutz-zuerkennung, zu stellen ist.⁹

Ob diese EuGH-Entscheidung in Bezug auf den Nachzug zu Kindern mit Flüchtlingsanerkennung in Deutschland Anwendung findet, ist bisher in der Rechtsprechung noch offen.¹⁰ Das BVerwG¹¹ hat diese Frage nun erneut dem EuGH vorgelegt. Es wird noch dauern, bis Klarheit darüber besteht.

2. Anwendbarkeit des EuGH-Urteils auf subsidiär Schutzberechtigte

Darüber hinaus ist offen, ob die Anwendbarkeit des anerkannte Flüchtlinge betreffenden EuGH-Urteils auf subsidiär Schutzberechtigte gegeben ist. Die 38. Kammer verneint dies und verweist auf die inzwischen ergangene Rechtsprechung des EuGH.¹² Danach findet die FamZ-RL – und damit das Urteil des EuGH zur Auslegung dieser – keine Anwendung, wenn der stammberechtigten Person ein Aufenthalt »aufgrund subsidiärer Schutzformen« genehmigt wurde, da diese in Art. 3 Abs. 2 Bst. c FamZ-RL ausdrücklich ausgenommen sind.¹³ Daher wird laut der 38. Kammer inzwischen auch in der Literatur von einem derart eingeschränkten Anwendungsbereich der FamZ-RL einhellig ausgegangen.¹⁴ Damit scheint vordergründig die Frage geklärt zu sein. Jedoch beschäftigt sich die Entscheidung des EuGH zuvorderst mit der Frage seiner Zuständigkeit und ist wenig überzeugend.¹⁵ An ihr wird insbesondere kritisiert, dass der EuGH sich auf Regelungen bezieht, die auf gesetzgeberischen Versäumnissen beruhen, anstatt menschenrechtliche Vorgaben entsprechend der Rechtsprechung des EGMR zu berücksichtigen.¹⁶ Hier wäre eine wissenschaftliche Befassung mit dem Urteil ebenso wünschenswert wie eine erneute Vorlage der Frage durch das BVerwG an den EuGH.

3. Eilverfahren bei kurz bevorstehender Volljährigkeit

In Fällen, in denen die Volljährigkeit kurz bevorsteht, verweist die 38. Kammer inzwischen auf die Möglichkeit des Eilrechtsschutzes gemäß § 123 VwGO.¹⁷ Die einstweiligen Anordnungen wurden überwiegend auf Grund verzögerter Bearbeitung oder der verweigerten Zustimmung durch die Ausländerbehörden notwendig. Über die fehlende Zustimmung können die Auslandsvertretungen

⁷ Hierzu siehe Helene Heuser, Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, Asylmagazin 4/2017, S. 125–131; Adriana Kessler und Sigrun Krause, Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG zur Aussetzung des Familiennachzugs, Asylmagazin 12/2017, S. 461 ff.

⁸ EuGH, Urteil vom 12.4.2018 – C-550/16 A. und S. gg. Niederlande – Asylmagazin 5/2018, S. 176 ff., asyl.net: M26143; Heiko Habbe, Anmerkung zum EuGH-Urteil »A. und S.«, Asylmagazin 5/2018, S. 149–153; Sigrun Krause, Familiennachzug zu volljährig gewordenen Personen, Asylmagazin 6–7/2019, S. 222–229.

⁹ Vgl. ausführlich Habbe, a. a. O. (Fn. 8).

¹⁰ Vgl. Krause, a. a. O. (Fn. 8).

¹¹ BVerwG, Beschluss vom 23.4.2020 – 1 C 9.19, 1 C 10.19 – Pressemitteilung – asyl.net.

¹² EuGH, Urteil vom 7.11.2018 – C-380/17 K und B gg. Niederlande-asyl.net: M26724.

¹³ Ebenda, Rn. 26 f.

¹⁴ VG Berlin, Urteil vom 21.1.2020, a. a. O. (Fn. 6) mit Verweis auf Winfried Kluth, Die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, ZAR 2018, S. 375; Kay Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, Stand September 2018, AufenthG § 36a, Rn. 38; Hoffmann, a. a. O. (Fn. 3), S. 190; Daniel Thym, Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, NVwZ 2018, S. 1343; Zeitler in HTK-AuslR, Kommentar, Stand 12/2019, AufenthG § 36a Abs. 1, Nr. 1, Nr. 3; vor der Beantwortung der Vorlage offengelassen, Habbe, a. a. O. (Fn. 8), S. 152; Constantin Hruschka, Kein »aging out« – Das Recht auf umgekehrten Familiennachzug nach der Entscheidung des EuGH, NVwZ 2018, S. 1453.

¹⁵ Johanna Mantel, Rechtsstellung von Personen nach Schutz-zuerkennung, Asylmagazin 12/2018, S. 404; Mungan/Muy/Weber, a. a. O. (Fn. 1), S. 413; Krause, a. a. O. (Fn. 8), S. 226; Kessler, a. a. O., (Fn. 3).

¹⁶ Mantel, ebenda, mit weiteren Nachweisen.

¹⁷ VG Berlin, Beschluss vom 26.11.2019, a. a. O. (Fn. 6); Beschluss vom 8.1.2020, a. a. O. (Fn. 6); Beschluss vom 16.1.2020, a. a. O. (Fn. 6).

sich nicht hinwegsetzen, sodass vorläufiger Rechtsschutz durch Gericht geboten ist. Bei Vorliegen aller Voraussetzungen kann nach Auffassung der 38. Kammer die Botschaft direkt verpflichtet werden, ein Visum vorläufig zu erteilen. Davon ist in der Regel auszugehen, wenn

- der Visumsantrag rechtzeitig gestellt wurde,
- dabei alle erforderlichen Nachweise vorlagen (insbesondere über die Aufenthaltserlaubnis der stammberechtigten Person und das Eltern-Kind-Verhältnis)
- und das Visumsverfahren von den beteiligten Behörden zögerlich durchgeführt wird.¹⁸

Für die Beratungspraxis ist besonders relevant, dass die 38. Kammer den Nachzug (vorläufig) auch gewährt, wenn die Minderjährigkeit nur noch wenige Tage (2–4) besteht und die Ausländerbehörde die Zustimmung verweigert und auf einen früheren Zeitpunkt als den 18. Geburtstag abstellt, also den Eintritt der Volljährigkeit vorverlagert. Diese Vorgehensweise der Ausländerbehörden ist laut dem Gericht nicht zulässig und gesetzlich nicht vorgesehen.¹⁹

In diesem Zusammenhang wurden auch Visa zum Geschwisternachzug im Rahmen der Vorwirkung gewährt.²⁰ Das Absehen von der Lebensunterhaltssicherung wurde dabei nicht nur von der Situation im Herkunftsland abhängig gemacht, sondern auch vom Zweck des Aufenthalts der Eltern. Der Verbleib eines Kindes (hier: der Schwester im Libanon) sei den Eltern nicht zumutbar.²¹

Problematisch bleiben die Fälle, in denen die Bearbeitungszeit der Behörden im Asylverfahren darüber entscheidet, ob ein Familiennachzug noch möglich ist oder nicht. Für die Betroffenen bleiben die hohen Hürden des gerichtlichen Eilrechtsschutzes bestehen. Ihnen ist daher zu raten, sich an spezialisierte Beratungsstellen zu wenden oder anwaltliche Vertretung zu suchen und rechtzeitig einen Eilantrag zu stellen.

4. Klageverfahren nach Eintritt der Volljährigkeit

Die 38. Kammer lehnt, wie bereits oben dargestellt (Abschnitt II.2), den Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten nach Eintritt ihrer Volljährigkeit ab. Sie konkretisierte ihre Entscheidungsgründe zuletzt im Januar 2020 und nimmt eine verfassungs-, unions- und völkerrechtliche Prüfung vor.²² Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung wurde als Rechtsmittel die Sprungrevision zugelassen.

a. Eilverfahren statt Nachzugsanspruch nach Volljährigkeit

Die 38. Kammer geht davon aus, dass die Behörden das Nachzugsbegehren bis zum Eintritt der Volljährigkeit nicht rechtswidrig durch Verfahrensverzögerung oder rechtswidrige Versagung des Visums vereiteln können, da die Betroffenen sowohl im Asyl- als auch im Visumsverfahren die Möglichkeit zur Erhebung einer Untätigkeitsklage gemäß § 75 VwGO hätten oder mit Hilfe eines Eilantrags gemäß § 123 VwGO rechtzeitig der Nachzug ermöglicht werden könne. Oft könne unter der Beteiligung des Gerichtes eine gütliche Einigung vor Erreichen der Volljährigkeit herbeigeführt werden oder die Botschaft vorläufig verpflichtet werden, ein entsprechendes Visum zu erteilen.²³

Damit folgt die 38. Kammer der Rechtsprechung des BVerwG aus dem Jahr 2013, wonach der Anspruch auf Nachzug der Eltern nach § 36 Abs. 1 AufenthG nur bis zum Eintritt der Volljährigkeit besteht.²⁴ Das BVerwG hatte entschieden, dass zum Zeitpunkt der Einreise der Eltern in die Bundesrepublik das Kind noch minderjährig sein müsse, anderenfalls könne den Eltern nach der Einreise kein Aufenthaltstitel mehr erteilt werden, denn ein eigenständiges Aufenthaltsrecht der Eltern nach Volljährigkeit ihres Kindes sehe das Aufenthaltsgesetz nicht vor. Der Elternnachzug diene allein dem Wohl des Kindes, welches nur bis zur Volljährigkeit zu berücksichtigen sei. Um das Recht der Eltern auf Familieneinheit nicht zu vereiteln, könne einstweiliger Rechtsschutz vor Gericht beantragt werden. Behörden gehen in Fällen eingetretener oder kurz bevorstehender Volljährigkeit entsprechend dieser Rechtsprechung des BVerwG vor.

Diese Rechtsprechung steht damit im Widerspruch zur oben genannten EuGH-Entscheidung.²⁵ Zudem ist zweifelhaft, ob Eilrechtsschutz gemäß § 123 VwGO oder die Untätigkeitsklage geeignet sind, das Nachzugsbegehren zu wahren. Das OVG Berlin-Brandenburg hatte dementsprechend in einer Entscheidung zur unrechtmäßigen Ablehnung von Prozesskostenhilfe der 38. Kammer die Auslegung in Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG als fragwürdig bezeichnet, sofern auf das Eilverfahren und die Untätigkeitsklage verwiesen wurde. Denn abgesehen davon, dass die Untätigkeitsklage ungeeignet sein dürfte, rechtzeitig den Nachzug zu ermöglichen, könnte der Verweis auf Eilrechtsschutz Probleme aufwerfen, da es sich bei § 36a AufenthG lediglich um einen Ermessensregelung handelt, so das OVG.²⁶

¹⁸ VG Berlin, Urteil vom 21.1.2020, a. a. O., (Fn 6), S. 9.

¹⁹ VG Berlin, Beschluss vom 16.1.2020, a. a. O., (Fn. 6), S. 12 f.

²⁰ Allgemein zum Geschwisternachzug, siehe Beitrag von Sophia Eckert in diesem Heft ab S. 189.

²¹ VG Berlin, Beschluss vom 10.10.2019, VG 38 L 106.19 V, (bisher unveröffentlicht), siehe auch DRK- Fachinformation, a. a. O., S. 2.

²² VG Berlin, Urteil vom 21.1.2020, a. a. O. (Fn. 6).

²³ Ebenda, S. 8.

²⁴ BVerwG, Urteil vom 18.4.2013 – 10 C 9.12 – Asylmagazin 6/2013 – asyl.net: M20813; BVerwG, Urteil vom 13.6.2013 – 10 C 25.12 – asyl.net: M20939.

²⁵ EuGH, Urteil A. und S. vom 12.4.2018, a. a. O. (Fn. 8).

²⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.6.2019 – 3 M 125.19 – asyl.net: M27365, Rn. 5.

Hier ist anzumerken, dass auch die 38. Kammer davon ausgeht, dass es sich bei § 36a AufenthG um eine Ermessensnorm und keine Befugnisnorm handelt.²⁷ Eine Ermessensnorm (»Kann-Regelung«) gewährt subjektive Rechte und berechtigt zur Klage. Eine Befugnisnorm berechtigt Behörden und Gerichte zum Eingriff in Grundrechte (»Kann als Kompetenz-Kann«), ohne subjektive Rechte und Klagebefugnis zu gewähren. In der Sache hält die Kammer aber an ihrer Rechtsprechung zum Elternnachzug nach Eintritt der Volljährigkeit fest.

Den Bedenken des OVG Berlin-Brandenburg ist zuzustimmen. Eine Untätigkeitsklage beispielsweise im Asylverfahren würde zu lange dauern.²⁸

Im Eilverfahren gemäß § 123 VwGO muss die 38. Kammer – anders als bei der Anspruchsnorm § 36 Abs. 1 AufenthG zum Elternnachzug zu anerkannten Flüchtlingen – in einer »vorläufigen« Prüfung die Ermessensentscheidungen anstelle der Behörden über humanitäre Gründe oder Integrationsleistungen gemäß § 36a AufenthG vorwegnehmen. Diese sollten in der Regel jedoch die Behörden treffen, da anderenfalls eine (gerichtliche) Überprüfungsinstanz fehlt. Auch die Hürden eines solchen Eilantrages sind für viele Betroffene (zu) hoch.

b. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht?

Neben der Vereinbarkeit mit Unionsrecht (siehe unter Abschnitt II.2) hält die 38. Kammer den Ausschluss des Nachzugsanspruchs der Eltern nach Eintritt der Volljährigkeit auch für vereinbar mit weiteren höherrangigen Rechtsakten. Nach ihrer Auffassung enden der Schutz des Kindeswohls nach der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) und Art. 24 GR-Charta sowie der Schutz der Familie und der elterlichen Sorge nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 8 EMRK mit Eintritt der Volljährigkeit.²⁹

Nicht überzeugend sind die Ausführungen des Gerichts zum Gleichheitsgebot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG. Hier drängt sich zum einen die Frage nach der Ungleichbehandlung der Gruppe subsidiär Schutzberechtigter und der Gruppe anerkannter Flüchtlinge auf. Zum anderen besteht eine Ungleichbehandlung auch innerhalb der subsidiär Schutzberechtigten zwischen den Personengruppen vor und nach Eintritt der Volljährigkeit. In beiden Fällen rechtfertigt sich aus Sicht der 38. Kammer die Privilegierung des Familiennachzugs zu anerkannten Flüchtlin-

gen im Gegensatz zu subsidiär Schutzberechtigten aufgrund der unterschiedlichen unionsrechtlich bedingten Verpflichtungen Deutschlands aus der FZF-RL (siehe Abschnitt II.2). Die Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe subsidiär Schutzberechtigter ist nach Auffassung der Kammer dadurch gerechtfertigt, dass der Schutz des Kindes und der Familie mit Eintritt der Volljährigkeit endet.³⁰

Diese Auffassung steht im Widerspruch zu den Ausführungen des EuGH zur Gleichbehandlung von Kindern mit dem gleichen Status beim Familiennachzug:

»Eine solche Auslegung hätte nämlich zur Folge, dass zwei unbegleitete Minderjährige gleichen Alters, die ihren Antrag auf internationalen Schutz zum gleichen Zeitpunkt gestellt haben, hinsichtlich des Rechts auf Familienzusammenführung je nach der Bearbeitungsdauer dieser Anträge unterschiedlich behandelt werden könnten. Auf die Bearbeitungsdauer haben sie in der Regel keinen Einfluss, und sie kann – außer von der Komplexität der jeweiligen Situation – sowohl von der Arbeitsbelastung der zuständigen Behörden als auch von den politischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten über die Personalausstattung dieser Behörden und die vorrangig zu behandelnden Fälle abhängen.«³¹

Unabhängig von der Frage, ob das Urteil des EuGH oder die FZF-RL für subsidiär Schutzberechtigte gelten, sind diese Ausführungen des EuGH mit Blick auf Art. 3 GG und Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK jedenfalls übertragbar.

Zwar gesteht die 38. Kammer mit Blick auf das Gebot der Rechtssicherheit gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ein, dass es denkbar ist, dass der Erfolg eines Antrages auf Familienzusammenführung mit dem Anknüpfen an den Zeitpunkt der (gegebenenfalls gerichtlichen) Entscheidung von Umständen abhängen kann, die nicht in der Sphäre der Antragstellenden liegen, wie etwa die Bearbeitungsdauer des Antrags auf internationalen Schutz oder die Erteilung eines Visums. Dem Grundsatz der Rechtssicherheit sei aber dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass die Betroffenen die Möglichkeit hätten, eine Untätigkeitsklage zu erheben oder ihr Nachzugsbegehren mit Hilfe einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO rechtzeitig vor Erreichen der Volljährigkeit effektiv durchzusetzen.³² Ob dies auch bei einer Ermessensregelung wie § 36a AufenthG der Fall ist, bleibt, wie bereits ausgeführt, klärungsbedürftig.

Abschließend ist daher zu hoffen, dass in den Fällen, in denen der Elternnachzug nicht vor Volljährigkeit erfolgen konnte, das BVerwG erneut verhandelt und in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung von 2013 neu entscheiden

²⁷ VG Berlin, Urteil vom 5.3.2020 – 38 K 71.19 V – asyl.net: M28491, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 237; Rn. 19f.; Thym, NVwZ 2018, 1340 [1347]; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.6.2019, a. a. O. (Fn. 26).

²⁸ Zwar hat das BVerwG (Urteil vom 11.7.2018 – 1 C 18.17 – Asylmagazin 10-11/2018, S. 369 ff. – asyl.net: M26509) entschieden, dass im Asylverfahren eine Untätigkeitsklage erhoben werden kann, aber of-fengelassen, ob ein »Durchentscheiden« durch die Gerichte erfolgen darf oder das Bundesamt verpflichtet wird zu bescheiden.

²⁹ VG Berlin, Urteil vom 21.1.2020, a. a. O. (Fn. 6), S. 12–14.

³⁰ Ebenda, S. 15

³¹ EuGH, Urteil A. und S., a. a. O., (Fn. 8), Rn. 56.

³² VG Berlin, Urteil vom 21.1.2020, a. a. O. (Fn. 6), S. 15 f.

wird. Hierzu sind in der Praxis mit anwaltlicher Vertretung Rechtsmittel, z. B. eine Sprungrevision, zu prüfen.³³ Im Einzelfall hilft das den Betroffenen aufgrund der Länge der Verfahren vermutlich jedoch wenig.

III. Kindernachzug

Auch den Nachzug von Kindern, die zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits volljährig waren, zu ihren Eltern hat die 38. Kammer in einem Urteil ausgeschlossen.³⁴ Es verwundert, dass sie auch in solcher Konstellation auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder der Entscheidung abstellt. Diese Auffassung wurde allerdings in einer späteren Eilentscheidung revidiert.³⁵ Danach ist, wie beim Kindernachzug bisher üblich, auch bei § 36a AufenthG in Bezug auf die Minderjährigkeit auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen.³⁶ Ein Eilrechtsschutzantrag sei daher in Fällen des Kindernachzugs nicht notwendig. Problematisch ist allerdings, dass das Gericht im oben genannten Klageverfahren den früher gestellten Antrag für unbeachtlich hält, da dieser während der Aussetzung und damit vor Inkrafttreten von § 36a AufenthG gestellt wurde. Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 104 Abs. 13 AufenthG a. F. teilt die 38. Kammer nicht.³⁷

Im Übrigen hielt die 38. Kammer im Eilverfahren die Wartezeit von 17 Monaten auf einen Termin vor dem Hintergrund der von der Auslandsvertretung beschriebenen Situation für »nicht unzumutbar«. Die Antragstellenden hatten einen Sondertermin beantragt. Ein strukturelles Organisationsdefizit hätten die Antragstellenden nicht dargelegt.³⁸ Hier hätte die Kammer auch im Eilverfahren von ihrem Amtsermittlungsgrundsatz Gebrauch machen müssen – ausgehend davon, dass mit dem sich anschließenden Verfahren eine Wartezeit von über zwei Jahren nicht mehr als »nicht unzumutbar« zu betrachten ist.

IV. Ausschluss von nicht vor der Flucht geschlossenen Ehen

Gemäß § 36a Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AufenthG besteht ein Ausschlussgrund, wenn die Ehe nicht bereits vor der Flucht geschlossen wurde.³⁹ Nach Auffassung der 38. Kammer gilt:

»[...] der regelmäßige Ausschluss auch dann, wenn die Ehe während der Flucht geschlossen wurde. Von diesem Regelausschluss können zwar Ausnahmen gemacht werden, allerdings nur solche, die auf der allgemeinen Lage im Herkunftsland der subsidiär geschützten Person basieren. (Leitsatz 1).«⁴⁰

Dafür spricht nach Auffassung der 38. Kammer der eindeutige Wortlaut der Vorschrift (»vor der Flucht«) sowie dessen Entstehungsgeschichte.⁴¹ Die gesetzgeberische Intention war, Ehen, die nach der Flucht aus dem Herkunftsland geschlossen wurden, in der Regel nicht im Anwendungsbereich zu berücksichtigen.⁴² Etwas anderes gelte aber für Kinder, die nach dem Verlassen des Herkunftslandes geboren wurden.⁴³

Soweit einzelne Ausländerbehörden auch während der Flucht geschlossene Ehen als besonders schutzwürdig i. S. v. § 36a AufenthG erachten, bleibt dies nach Ansicht der 38. Kammer unberücksichtigt, da es sich um eine negative Tatbestandsvoraussetzung handelt, die nicht im Ermessen der Behörde steht. Nur wenn eine Ausnahme von den Regelausschlussgründen vorliegt, kann davon abgesehen werden. Darüber hat die Auslandsvertretung zu entscheiden, da es sich um einen auslandsbezogenen Sachverhalt handelt.⁴⁴ Die Ausländerbehörde Berlin hatte in ihren Verfahrenshinweisen zunächst unter dem Begriff Flucht auch die Ein-, Durch- und Ausreise verstanden. Inzwischen wurde diese Auffassung aus den Verfahrenshinweisen herausgenommen.⁴⁵

Eine Ausnahme gilt nach Auffassung der 38. Kammer für eine Eheschließung nach der Flucht, die ihren Grund unmittelbar in der allgemeinen Lage im Herkunftsland hat. Welche Fälle gemeint sind, bleibt offen. In der Minderjährigkeit der späteren Ehefrau oder dem Bestehen eines Bürgerkrieges sieht die 38. Kammer jedenfalls keine Ausnahme.

³³ Krause, a. a. O. (Fn. 8), S. 229; siehe auch die von JUMEN e. V. bearbeiteten Fälle seit August 2018, abrufbar bei jumen.org unter »Themen/ Familiennachzug«.

³⁴ VG Berlin, Urteil vom 26.8.2019 – VG 38 K 7.18 V – asyl.net: M28473.

³⁵ VG Berlin, Beschluss vom 18.12.2019 – 38 L 474.19 V – asyl.net: M28023.

³⁶ Ebenda, S. 6.

³⁷ VG Berlin, Urteil vom 26.8.2019, a. a. O. (Fn. 34), S. 6.

³⁸ VG Berlin, Beschluss vom 18.12.2019, a. a. O. (Fn. 35), S. 5 f.

³⁹ BT-Drs. 19/2438 vom 4.6.2018: Entwurf FamiliennachzugsneuregelungsG.

⁴⁰ VG Berlin, Urteil vom 28.6.2019 – 38 K 43.19 V – asyl.net: M27718.

⁴¹ Ebenda, Rn. 22.

⁴² BT-Drs. 19/2438, S. 1, 2, 15.

⁴³ Ebenda, S. 24.

⁴⁴ VG Berlin, Urteil vom 28.6.2019, a. a. O. (Fn. 40), Rn. 24; vgl. Rundschreiben des BMI vom 13.7.2018, https://familie.asyl.net/fileadmin/user_upload/pdf/BMI_an_Laender.pdf.

⁴⁵ Verfahrenshinweise zum Aufenthalt in Berlin (VAB), VAB Nr 36a 3.1., aktueller Stand: 4.3.2020.

Nach Auffassung der 38. Kammer bedeute dies keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht. Ein Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG sei nicht gegeben, da ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung bestehe. Dieser sei darin zu sehen, dass so ausgeschlossen werden könne, dass Nachzugsmöglichkeiten aus eigenem Entschluss erst nach Verlassen des Herkunftslandes geschaffen werden können.⁴⁶

Diese Rechtsauffassung überzeugt nicht. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist eine Differenzierung zwischen einer bereits im Herkunftsland und einer nach dem Verlassen jenes Landes geschlossenen Ehe eine ungerechtfertigte Diskriminierung und verstößt gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 14 EMRK in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 8 EMRK.⁴⁷ In einer weiteren Entscheidung der 38. Kammer greift diese das Argument auf und führt aus, die Entscheidung des EGMR, die in einem britischen Fall ergangen war, sei nicht ohne Weiteres übertragbar, da sie sich nicht auf subsidiär Schutzberechtigte bezog und der EGMR in seiner Entscheidung nicht die gesetzgeberische Intention berücksichtigt habe, unter Wahrung internationaler Verpflichtungen keine zusätzlichen Fluchtanreize zu schaffen.⁴⁸ Das überzeugt nicht, da Art. 14 und Art. 8 EMRK nicht auf den Aufenthaltsstatus von Eheleuten abstellen.

Die 38. Kammer lässt hier die im Gesetzgebungsverfahren vorgebrachte Kritik außer Acht, wonach erfahrungsgemäß Flucht oft über mehrere Jahre andauert und Eheschließungen und die Geburt von Kindern erst im ersten Zufluchtsland erfolgen. Warum in solchen Fällen zwar die Kinder, nicht aber die Ehepartner*innen mit in den Anwendungsbereich aufgenommen wurden, erschließt sich deshalb nicht. In der Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Eheschließung ist eine Diskriminierung zu sehen.

Des Weiteren prüfte die 38. Kammer⁴⁹ auch die Vereinbarkeit mit Art. 6 GG und verweist auf die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahr 1987,⁵⁰ wonach sich aus Art. 6 GG kein unmittelbarer Anspruch auf Nachzug von Eheleuten ergebe. Im entschiedenen Fall ergebe sich auch nichts anderes, da die Ehefrau nach § 30 AufenthG nachziehen könne, sobald der Ehemann eine Niederlassungserlaubnis habe. Bis dahin seien Besuche möglich. Hierbei übersieht die Kammer, dass das BVerfG eine dreijährige Trennung für junge Ehen wie diese auch bei Besuchsmöglichkeiten für unzumutbar erachtet hat. Die Erlangung der Niederlassungserlaubnis ist mit weiteren Hürden ver-

bunden und deshalb ist der Verweis hierauf unverhältnismäßig.

Als Rechtsmittel wurde auch in diesen Fällen die Sprungrevision zugelassen und mindestens in einem Fall auch erhoben.

V. Ausschluss bei Straffälligkeit

Neben dem Ausschluss von Ehen, die nicht vor der Flucht geschlossen wurden, spielte auch der Ausschlussgrund aus § 36a Abs. 3 Nr. 2d AufenthG wegen Straftaten nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG in der Rechtsprechung eine Rolle.

In einem Fall⁵¹ ging es um den Nachzug der Kinder sowie der Ehefrau zum in Deutschland lebenden Vater. Die Familie lebt seit September 2017 getrennt, die 2013 geborene Tochter und die Ehefrau leben im Jemen. Der Vater erhielt im Oktober 2017 den subsidiären Schutzstatus, im September 2018 beantragten Ehefrau und Tochter das Visum nach § 36a AufenthG. Der Vater wurde wegen Verstoßes gegen § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG durch einen Strafbefehl zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen verurteilt. Er habe zwölf Kilo Khat⁵² (mit Wirkstoffgehalt von 24 mg Cathinon) bei einem Händler in Äthiopien bestellt, welcher dann vom Hauptzollamt beschlagnahmt wurde. Die Botschaft lehnte daraufhin die Erteilung des Visums ab.

Die 38. Kammer gab hier dem Kindeswohl den Vorrang und führte aus, dass eine Ausnahme vom Ausschluss vorliege. Sie orientierte sich dabei am Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 5 AufenthG zur Lebensunterhaltssicherung. Für ein Abweichen müssen daher besondere Umstände vorgetragen werden oder ersichtlich sein, die sich entweder aus der Besonderheit des Falls oder aus verfassungs-, unions- oder völkerrechtlichen Gründen ergeben. Dabei zog sie neben dem jungen Alter der Tochter (sieben Jahre) auch die geringe Verurteilung zu 30 Tagessätzen sowie die lange Straffreiheit mit ein. Aufgrund der Ermittlungen war der Familiennachzug faktisch für eineinhalb Jahre verhindert worden.⁵³ Die Berufung und Sprungrevision wurden wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

⁴⁶ VG Berlin, Urteil vom 28.6.2019, a. a. O. (Fn. 40), Rn. 24.

⁴⁷ EGMR, Urteil vom 6.11.2012 – 22341/09 Hode und Abdi gg. Vereinigtes Königreich – asyl.net: M21294; EuGH, Urteil vom 4.3.2010 – C-578/08 Chakroun – asyl.net: M1671.

⁴⁸ VG Berlin, Urteil vom 12.12.2019 – 38 K 374.19 V – asyl.net: M28470, S. 8.

⁴⁹ Ebenda, S. 7.

⁵⁰ BVerfG, 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84 – BVerfGE 76, 1.

⁵¹ VG Berlin, Urteil vom 5.3.2020, a. a. O. (Fn. 27).

⁵² Kath ist eine Alltagsdroge mit langer Tradition im Jemen sowie in Äthiopien, in Somalia, im Norden Kenias und in Dschibuti. Es handelt sich dabei um die Zweigspitzen und jungen Blätter des Kathstrauchs, die als leichtes Rauschmittel konsumiert werden. In Ländern wie Kenia, Äthiopien, Jemen wird Kath legal angebaut, vgl. wikipedia, Bearbeitungsstand: 20. Februar 2020.

⁵³ VG Berlin, Urteil vom 5.3.2020, a. a. O. (Fn. 27), S. 9 f.

VI. Fazit

In Bezug auf die Regelung des § 36a AufenthG werden viele Fragen mit grundsätzlicher Klärungsbedürftigkeit aufgeworfen und sind beim OVG Berlin-Brandenburg oder beim BVerwG anhängig. Hier wird es noch dauern, bis es eine endgültige Klärung gibt.

Dass nur eine Kammer für alle Visumsverfahren zu subsidiär Schutzberechtigten zuständig ist, erscheint problematisch. Zwar sind der 38. Kammer einige Entscheidungen zugutezuhalten, etwa das Bemühen, im Eilverfahren immer noch eine gütliche Einigung zu erzielen, die Gewährung des Elternnachzugs (zumindest) bis zum letzten Tag vor Eintritt der Volljährigkeit oder die Bejahung des Geschwisternachzugs, der laut Gesetzesbegründung ausgeschlossen sein soll und zu Recht von der 38. Kammer im Rahmen der Vorwirkung als Kindernachzug zu den Eltern gewährt wird. Gerade im Hinblick auf die Vereinbarkeit von § 36a AufenthG mit Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht sowie auf die Klärung weiterer grundsätzlicher Fragen wäre jedoch eine breitere Rechtsprechung wichtig.

Wichtige Fragen, wie die der Verfassungsmäßigkeit des Kontingents von 1.000 Visa pro Monat oder was passiert, wenn das Kontingent ausgeschöpft ist und welche Fälle durch das Bundesverwaltungsamt dann wie priorisiert werden würden, stellen sich, anders als zu Beginn der Verfahren gedacht, gar nicht in der Praxis. Vielmehr stehen die Betroffenen vor dem Problem, dass die monatlichen Kontingente gar nicht erst ausgeschöpft werden. Aufgrund der durch die Corona-Pandemie verhängten Einreisesperren wurden zuletzt im April 2020 lediglich vier Visa erteilt. Doch auch in den Monaten vor den Reisebeschränkungen infolge der Corona-Pandemie wurde das Kontingent nicht ausgeschöpft. Damit werden die Wartezeiten der betroffenen Familien unzumutbar lang und eine weitere Trennung der Familien bzw. eine Ablehnung der Visa unvereinbar mit verfassungsrechtlichen, unions- oder völkerrechtlichen Vorgaben.

Eine erste »schnelle« Lösung im Interesse der Betroffenen sollte es daher sein, die Verfahren zu beschleunigen und die fehlenden Kontingente nicht verfallen zu lassen. Es darf aber nicht aus dem Blick geraten, dass die Rechte von subsidiär Schutzberechtigten beim Familiennachzug denen von Personen mit Flüchtlingsanerkennung anzugleichen sind, wie es 2015 bereits vorgesehen war.⁵⁴ Erst durch die Aussetzung und der Einführung des »beschränkten« Familiennachzuges gemäß § 36a AufenthG wurde die Angleichung wieder rückgängig gemacht. Die Gleichstellung ist jedoch rechtlich geboten, denn auf der Ebene der europäischen Union wurde mit Art. 20 Qualifikationsrichtlinie grundsätzlich die Entscheidung

getroffen, die Rechtsstellung beider Gruppen des internationalen Schutzes, also subsidiärer Schutz und Flüchtlingsanerkennung (GFK), anzugleichen. Es entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR, die Rechte subsidiär Schutzberechtigter denen anzugleichen, die Personen mit Flüchtlingsanerkennung gewährt werden.⁵⁵ Zwar hat der EuGH⁵⁶ inzwischen entschieden, dass subsidiäre Schutzformen von dem Anwendungsbereich der Familiennachzugsrichtlinie ausgeschlossen sind, er hat sich aber nicht damit beschäftigt, ob sich ein Rechtsanspruch für subsidiär Schutzberechtigte anderweitig ergibt und ob die Beschränkungen in § 36a AufenthG mit Unionsrecht vereinbar sind.⁵⁷

Mit Blick auf die Betroffenen z. B. aus Syrien wird klar, dass eine Unterscheidung nicht wirklich nachvollziehbar ist. Die Ausführungen des EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache »A. und S.« zu Personen mit Flüchtlingsanerkennung treffen ebenso auf die Gruppe subsidiär Schutzberechtigter zu. Ihnen muss

»[...] besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden, da sie nicht damit rechnen können, in ihrem Herkunftsstaat ein normales Familienleben zu führen, sie womöglich während eines langen Zeitraumes von ihrer Familie getrennt gewesen waren, [...] und die Erfüllung von materiell rechtlichen Voraussetzungen [für den Nachzug] für sie im Vergleich zu anderen Drittstaatenangehörigen eine größere Schwierigkeit darstellen kann.«⁵⁸

Hier sind sowohl die Gerichte als auch der Gesetzgeber gefragt. Dieser muss erneut tätig werden, denn eine weitere Beschränkung der Rechte lässt sich nicht rechtfertigen. Die Zahlen der Nachzugsverfahren sind geringer als angenommen.⁵⁹ Auch die vom Gesetzgeber angenommene »Belastung« der staatlichen und gesellschaftlichen Aufnahme- und Integrationssysteme ist erneut zu prüfen. Wie die Debatte über die Aufnahme von Geflüchteten zeigt, erklären viele Kommunen und einige Bundesländer ihre Bereitschaft zur Aufnahme.⁶⁰ Es sollten endlich wieder die Interessen der Familien in den Blick genommen und ihre Rechte gewährleistet werden.

⁵⁴ Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, BGBl. [2015] Teil I Nr. 32, S. 1386, in Kraft getreten am 1.8.2015; vgl. Mungan/Muy/Weber, a. a. O. (Fn. 1), S. 406.

⁵⁵ UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive [...] on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted (COM(2009)551) [Neufassung der Qualifikationsrichtlinie], 29.7.2010, abrufbar bei refworld.org, S. 9.

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 7.11.2018, a. a. O., (Fn. 12).

⁵⁷ Vertiefend auch Mantel a. a. O. (Fn. 15), S. 404.

⁵⁸ EuGH, Urteil A. und S., a. a. O. (Fn. 8), Rn. 53.

⁵⁹ Siehe Asylzahlen 2019 laut Pressemitteilung des Bundesinnenministeriums vom 8.1.2020, abrufbar bei bmi.bund.de unter »Presse«.

⁶⁰ Vgl. Bündnis sichere Häfen, Liste der 158 aufnahmebereiten Kommunen abrufbar bei seebruecke.org unter »Sichere Häfen/Alle sicheren Häfen«.

Der Identitätsnachweis beim Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen

Rechtliche Grenzen der Identitätsklärung am Beispiel eritreischer Flüchtlinge

Inhalt

- I. Einleitung und Problemaufriss
- II. Hintergrund: Die sicherheitspolitische Ausrichtung des Asylrechts
- III. Rechtliche Grenzen der Forderung eines Identitätsnachweises
 1. Die Frage der Erforderlichkeit eines Identitätsnachweises
 - a. Analoge Anwendung der Ausnahme vom Identitätsnachweis
 - b. Die richtlinienkonforme Auslegung des Identitätsnachweiserfordernisses
 - c. Unvereinbarkeit des Identitätsnachweiserfordernisses mit GG und EMRK
 - d. Unvereinbarkeit des Identitätsnachweiserfordernisses mit der Genfer Flüchtlingskonvention
 - e. Zusammenfassung
 2. Die Erweiterung der Definition eines Identitätsnachweises
 - a. Unionsrechtlich gebotene Erweiterung
 - b. Völkerrechtlich gebotene Erweiterung
 - c. Zusammenfassung
 3. Die Unzumutbarkeit der Beschaffung von Identitätspapieren
- IV. Schluss

I. Einleitung und Problemaufriss

»Die Vorlage des GFK-Reiseausweises ist leider nicht ausreichend. Das Dokument wurde aufgrund eigener Angaben der betroffenen Person ausgestellt. Identitätsdokumente mussten hierfür nicht vorgelegt werden. Damit mangelt es weiterhin an der nachgewiesenen Identität.«

Oder: »Der DNA-Test weist lediglich die Abstammung nach, aber lässt weiterhin keinen Nachweis der Identität der Antragsteller zu.«

Diese Zitate aus Schreiben deutscher Auslandsvertretungen illustrieren eines der Hauptprobleme in Verfahren zur Familienzusammenführung zu anerkannten Flüchtlingen: Den Nachweis der eigenen Identität zu erbringen, gestaltet sich für Betroffene generell schwieriger als gemeinhin angenommen. In der Praxis betrifft dies besonders eritreische oder somalische Staatsangehörige, die aufgrund der

Unzuverlässigkeit des Urkundenwesens über keine (anerkannten) Dokumente verfügen.¹

Ungeachtet der Unzulänglichkeiten des Urkundenwesens in den Herkunftsländern hält das Auswärtige Amt an überhöhten Anforderungen für den Identitätsnachweis fest.² Bislang spielte dies beim Nachweis der familiären Bindung, also der Ehe oder der Elternschaft, eine Rolle.³ Seit 2019 ist aber zu beobachten, dass die Auslandsvertretungen bereits bei der Prüfung der Regelerteilungsvoraussetzungen für den Familiennachzug hohe Hürden errichten. Seitdem stellt der Identitätsnachweis, der eine eigenständige Problematik neben der Passpflicht bildet, in der Praxis eines der größten Hindernisse dar.⁴

Da der Identitätsnachweis gerade bei eritreischen Staatsangehörigen besonders häufig zu Problemen im Familiennachzugsverfahren führt, legt dieser Aufsatz den Schwerpunkt auf diese Fälle.⁵ Die Probleme im Zusammenhang mit dem Nachweis der Identität seien anhand der nachfolgend dargestellten Beispiele verdeutlicht, die typischen Fallkonstellationen aus der Praxis entsprechen.

* Dr. Corinna Ujkašević ist Mitarbeiterin bei Equal Rights Beyond Borders und leitet dort das Projekt »Familiennachzug aus Ostafrika«. Die Autorin bedankt sich herzlich bei den Rechtsanwältinnen Kerstin Müller und Lena Ronte für Weiterleitung relevanten Materials und hilfreiche Diskussionen. Sie bedankt sich außerdem bei den Teilnehmenden des von Equal Rights organisierten Workshops »Familiennachzug aus Ostafrika«, der im Mai 2020 online stattgefunden hat.

¹ Wegen der Unzuverlässigkeit des Urkundenwesens haben die Auslandsvertretungen die Legalisation von Urkunden im Zusammenhang mit Familienzusammenführungen von eritreischen und somalischen Staatsangehörigen eingestellt, siehe BT-Drucks. 18/9477, S. 7 f.; Wiss. Dienste des Deutschen Bundestags (WD 3-3000-117/17), S. 3.

² Vgl. UNHCR Deutschland, Familienzusammenführung zu Personen mit internationalem Schutz, Asylmagazin 4/2017, S. 132 f.

³ Michael Ton, Zur Anerkennung eritreischer Eheschließungen, Asylmagazin 3/2018, S. 71–76.

⁴ Die Passpflicht stellt nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG eine zusätzliche Regelerteilungsvoraussetzung dar. Die Erteilung eines Visums kann daher sowohl an der nicht geklärten Identität als auch an der Nicht-Erfüllung der Passpflicht scheitern.

⁵ Siehe hierzu insbesondere die kürzlich erschienenen Anfragebeantwortungen von ACCORD zu den Möglichkeiten der Dokumentenbeschaffung für eritreische Flüchtlinge (Kurzeinträge in diesem Heft unter »Ländermaterialien/Eritrea«, S. 217). Bei somalischen Staatsangehörigen akzeptieren die deutschen Behörden in der Regel, dass keine Identitätsnachweise vorgelegt werden können, da das dortige Urkundenwesen für gänzlich unbrauchbar gehalten wird, siehe Fn. 1.

Fall 1:

Die 8-jährige Delina befindet sich in einem von UNHCR betreuten Flüchtlingscamp für unbegleitete Minderjährige im Osten Sudans. Delinas Mutter ist vier Jahre zuvor aus Eritrea geflüchtet und hatte Delina ihrer Großmutter anvertraut. Inzwischen lebt sie in Deutschland, wo ihr der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde. Nach dem Tod der Großmutter ist Delina ebenfalls aus Eritrea geflüchtet. Im Sudan wurde ihr der Flüchtlingsstatus zuerkannt, sie besitzt daher einen sudanesischen Flüchtlingsausweis.⁶ Im Rahmen des Verfahrens zur Familienzusammenführung verlangt die deutsche Botschaft den Nachweis der Identität des Kindes. Delina besitzt aber neben dem sudanesischen Flüchtlingsausweis lediglich eine Taufurkunde und könnte einen GFK-Reiseausweis ausgestellt bekommen.⁷ Die Taufurkunde wird wegen des nicht-amtlichen Charakters des Dokuments nicht als Identitätsnachweis anerkannt. Der Flüchtlingsausweis und der GFK-Reiseausweis sind nach Ansicht der deutschen Botschaft ebenfalls unbrauchbar, da sie auf den eigenen Angaben Delinas beruhen. Die Botschaft besteht daher darauf, dass die 8-Jährige bei der eritreischen Botschaft in Khartum einen Pass beantragen soll. Die eritreische Botschaft teilt ihr bei der Vorsprache dort aber mit, dass einer Minderjährigen in Abwesenheit der Eltern oder eines autorisierten Vormundes keinerlei Dokumente ausgestellt würden.⁸ Um eine Person im Sudan für die Vertretung Delinas zu autorisieren, müsste ihre Mutter zur eritreischen Botschaft in Deutschland gehen, dort die »Diaspora-Steuer« in Höhe von 2 % ihres seit ihrer Flucht bezogenen Einkommens zahlen und eine sogenannte Reueerklärung abgeben, in der sie eingesteht, durch ihre Flucht eine Straftat begangen zu haben.

⁶ Bei den im Sudan ausgestellten Flüchtlingsausweisen handelt es sich um sogenannte COR IDs (auch COR Refugee Cards genannt), die Eritreer*innen nach erfolgreicher Registrierung als Flüchtlinge durch die sudanesischen Commission for Refugees (COR) erhalten.

⁷ Dies ist ein Ausnahmefall, da der Sudan seit dem Jahr 2016 laut vor Ort tätigen Nichtregierungsorganisationen kaum noch GFK-Reiseausweise ausstellt.

⁸ Vor Ort tätige Nichtregierungsorganisationen berichten zudem, dass eritreische Staatsangehörige, die nach Abschluss des Friedensabkommens zwischen Äthiopien und Eritrea im Juli 2018 in den Sudan geflüchtet sind, pauschal keine konsularischen Leistungen der eritreischen Botschaft mehr erhalten.

Fall 2:

Die 24-jährige Bsrat befindet sich nach ihrer Flucht aus Eritrea in Addis Abeba, Äthiopien. Als Eritreerin wurde sie *prima facie* als Flüchtling anerkannt und besitzt eine sogenannte Flüchtlingskarte.⁹ Ihr Ehemann Habtom lebt als anerkannter Flüchtling in Deutschland. Da die beiden lediglich religiös geheiratet haben, besitzt Bsrat nur eine durch die Kirche ausgestellte eritreische Heiratsurkunde. Einen eritreischen Ausweis besitzt sie nicht. Grund ist, dass infolge der Einführung eines neuen Personalausweises durch die eritreischen Behörden ab 2014 ein Jahr lang gar keine und danach zeitweise nur rudimentär Ausweisdokumente ausgestellt wurden.¹⁰ Bsrat, die 2014 volljährig geworden war, hat deshalb noch nie einen eritreischen Ausweis besessen. Auch über einen Pass verfügt sie nicht, da diese in Eritrea nur unter erschwerten Bedingungen ausgestellt werden.¹¹ Die deutsche Botschaft hält die Identität von Bsrat nicht für erwiesen. Deshalb stellt sich aus Sicht der deutschen Botschaft auch nicht die Frage nach einer Ausnahme von der Passpflicht.¹²

II. Hintergrund: Die sicherheitspolitische Ausrichtung des Asylrechts

Das Erfordernis, einen Identitätsnachweis zu erbringen, ergibt sich aus § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG. Danach setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels in der Regel voraus, dass die Identität der den Antrag stellenden Personen geklärt ist. Nur in atypischen Einzelfällen können die Behörden im Ermessenswege vom Nachweis

⁹ Die Flüchtlingskarten werden nach erfolgreicher Registrierung von Äthiopiens Agency for Refugees and Returnees Affairs (ARRA) ausgestellt.

¹⁰ Siehe dazu Netherlands Ministry of Foreign Affairs, Country of Origin Information Report on Eritrea, 6.2.2017, ecoi.net 1409537, S. 20 f.

¹¹ Solange man in potenziell wehrfähigem Alter ist (bei Männern alle unter 57-jährigen, bei unverheirateten Frauen alle unter 47-jährigen), ist es nahezu unmöglich, im Inland einen Pass zu erhalten, siehe EASO-Bericht, Herkunftsländer-Informationen: Länderfokus Eritrea, Mai 2015, ecoi.net 1298587, S. 51 f.; United Kingdom: Policy and Information Note – Eritrea: National service and illegal exit, Juli 2018, ecoi.net 1438573. Hintergrund dessen ist der eritreische Nationaldienst, der sowohl einen Militärdienst als auch einen sogenannten zivilen Nationaldienst umfasst und zu dem die Bevölkerung offiziell ab dem 18. Lebensjahr (teilweise auch früher schon) zwangsverpflichtet wird, siehe EASO, Eritrea: Nationaldienst, Ausreise und Rückkehr, September 2019, ecoi.net 2031001, S. 22 ff.

¹² Eine Ausnahme von der Passpflicht ist grundsätzlich möglich, siehe § 3 Abs. 2 AufenthG, § 7 i. V. m. § 5 AufenthV oder § 3 Abs. 1 und 3 Nr. 1 i. V. m. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AufenthV.

der Identität absehen.¹³ Grundsätzlich soll die Identität den Verwaltungsvorschriften des AufenthG zufolge durch die Vorlage eines gültigen Passes oder Passersatzes nachgewiesen werden. Sofern ein solches Dokument nicht vorliegt, seien die Identität und Staatsangehörigkeit durch andere geeignete Mittel zu belegen (etwa die Geburtsurkunde oder andere amtliche Dokumente).¹⁴

Die Rechtsprechung zur Frage, wann die Identität bei Fehlen eines Passes als geklärt angesehen werden kann, ist bislang überschaubar. Das liegt wohl nicht zuletzt auch an der Praxis des Auswärtigen Amts, Verurteilungen häufig durch das Eingehen auf Vergleiche zu vermeiden.¹⁵ Die Identität ist aber jedenfalls dann als geklärt anzusehen, wenn Gewissheit darüber besteht, dass die Person, die ein Visum beantragt, diejenige ist, für die sie sich ausgibt und somit keine Verwechslungsgefahr besteht.¹⁶ Der Person müssen tatsächliche und rechtliche Daten wie Geburtsdatum, Geburtsort, Name, Vorname, Name der Eltern etc. zuzuordnen sein.¹⁷ Und obwohl das Bundesverwaltungsgericht die bei Flüchtlingen »typischerweise bestehenden Beweisschwierigkeiten in Bezug auf ihre Identität«¹⁸ anerkennt, betont es an anderer Stelle das »gewichtige staatliche Interesse an der Individualisierung der Personen, denen ein Aufenthaltstitel erteilt wird«¹⁹ und räumt dem Identitätsnachweis unter den Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG eine besondere Bedeutung ein.²⁰

Hintergrund dieses »gewichtige[n] staatliche[n] Interesse[s]«²¹ war ursprünglich die Sicherung der Rückkehrberechtigung der Betroffenen. So beinhaltete das bis zum 31. Dezember 2004 geltende Ausländergesetz keine Erteilungsvoraussetzung in Form eines Erfordernisses, die Identität nachzuweisen. Vielmehr betrachtete die damalige Gesetzesfassung die ungeklärte Identität oder

Staatsangehörigkeit einer ausländischen Person nur dann als potenziellen Grund für die Versagung des Aufenthaltstitels, wenn die Person keine Berechtigung zur Rückkehr in einen anderen Staat besaß.²² Es sollte also sichergestellt werden, dass im Fall eines späteren Verlusts des Aufenthaltsrechts die Abschiebung nicht an der ungeklärten Staatsangehörigkeit oder Identität des Betroffenen scheitern würde.²³ Es wurde aber grundsätzlich von der Möglichkeit der Abschiebung ausgegangen, wenn die Person einen Nationalpass oder einen Reiseausweis für Flüchtlinge besaß.²⁴

Dass das staatliche Interesse an der Identifizierung der Betroffenen inzwischen über die Sicherung der Rückkehrberechtigung hinausgeht, ergibt sich aus den mit der Einführung des AufenthG einhergehenden Gesetzesänderungen. So entschied man sich – wohlgemerkt erst im Vermittlungsverfahren – den Identitätsnachweis als Regelerteilungsvoraussetzung in § 5 AufenthG aufzunehmen. Darüber hinaus wurde der Wortlaut insoweit modifiziert, als dass fortan die Identität *in jedem Fall* nachgewiesen werden musste, während die Staatsangehörigkeit weiterhin nur für den oben beschriebenen Fall zu klären war, dass die Rückkehrberechtigung der ausländischen Person in einen anderen Staat infrage stand. Zur Begründung verwies die den Änderungsantrag einbringende Fraktion der CDU/CSU auf die Ereignisse des 11. September 2001 und das damit für notwendig gehaltene unbedingte Interesse an der Klärung der Identität von Personen, die die Erteilung eines Aufenthaltstitels begehren.²⁵ Dies schlug sich entsprechend auch in der Rechtsprechung nieder, die den Identitätsnachweis nunmehr als »Grundvoraussetzung einer effektiven Ein- und Ausreisekontrolle«²⁶ beschrieb und auf das mit der Beeinträchtigung der Identifikationsfunktion verbundene »erhöhte [...] Risiko von Missbrauchsfällen, Straftaten sowie der Umgehung der Personenfahndung«²⁷ hinwies.

¹³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 14.5.2013 – C 17.12, Rn. 22, 25.

¹⁴ Siehe Nr. 5.1.1a AVerwV AufenthG.

¹⁵ Nach jahrelangen Verfahren stimmen Mandant*innen verständlicherweise in aller Regel diesen Vergleichsangeboten zu, um möglichst schnell und sicher ein Visum für ihren Familienangehörigen zu erhalten.

¹⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19.3.2012 – OVG 3 B 15.11, Rn. 20. Das OVG bezieht sich hier auf BVerwG, Urteil vom 1.9.2011 – 5 C 27.10, wobei angemerkt sei, dass das BVerwG im Gegensatz zum OVG hier über den Identitätsnachweis nach § 10 Abs. 1 S. 1 StAG im Rahmen einer Einbürgerung zu entscheiden hatte.

¹⁷ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30.7.2014 – 11 S 2450/13, Rn. 32.

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 1.9.2011 – 5 C 27.10, Rn. 16. Diesen Schwierigkeiten könne bei der Einbürgerung nur durch Erleichterungen bei der Beweisführung und durch deren Berücksichtigung bei der Mitwirkungspflicht, nicht aber durch einen generellen Verzicht auf die Identitätsprüfung Rechnung getragen werden.

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 14.5.2013 – 1 C 17.12, Rn. 20.

²⁰ BVerwG, Urteil vom 14.5.2013 – 1 C 17.12, Rn. 20: »Demgegenüber finden sich in § 5 Abs. 1 AufenthG allgemeine Erteilungsvoraussetzungen, an deren Einhaltung grundsätzlich bei jeder Aufenthaltslegalisierung ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Feststellung der Identität [...]«

²¹ BVerwG, Urteil vom 14.5.2013 – 1 C 17.12, Rn. 20.

²² Siehe § 5 des AusG 1990.

²³ Vgl. Bender/Leuschner, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 14.

²⁴ Nach § 13 Abs. 1 des Anhangs zur GFK verpflichten sich die Staaten, dem Inhaber eines Reiseausweises für Flüchtlinge, die Rückkehr in sein Gebiet zu einem beliebigen Zeitpunkt während der Geltungsdauer des Ausweises zu gestatten. Siehe auch BVerwG, Beschluss vom 17.6.2013 – 10 B 1.13, BeckRS 2013, 52672. Nähere Ausführungen zum Reiseausweis für Flüchtlinge als alternativem Identitätsnachweis folgen unter Punkt III.

²⁵ BT-Drucks. 15/955, S. 7: »Gegenüber § 8 Abs. 1 AusG 1990 fehlt die ungeklärte Identität oder Staatsangehörigkeit als Versagungsgrund für die Erteilung eines Aufenthaltstitels. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Terroranschläge vom 11. September und des weltweit agierenden Terrorismus kann es nicht angehen, dass Personen, die an der Klärung ihrer Identität nicht mitwirken, der Zugang zu einem Aufenthaltstitel gebnet wird.«

²⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19.3.2012 – 3 B 15.11, Rn. 20, unter Berufung u. a. auf BVerwG, Urteil vom 17.3.2004 – 1 C 1.03, Rn. 26 ff.

²⁷ Ebd.

Über die Sicherung der Rückkehrberechtigung hinaus verfolgt das Erfordernis eines Identitätsnachweises also mittlerweile auch sicherheitspolitische Erwägungen²⁸ und steht damit in der Tradition einer fortschreitenden »Versicherlichung« der Migrationspolitik.²⁹

III. Rechtliche Grenzen der Forderung eines Identitätsnachweises

In der Praxis führt diese Entwicklung zu Fallkonstellationen wie den anfangs beschriebenen, in denen Personen den überhöhten Anforderungen deutscher Botschaften an einen Identitätsnachweis nicht gerecht werden können und ihr Recht auf Familienzusammenführung damit praktisch nicht mehr durchsetzbar ist. Es ist deshalb angezeigt, nochmals zu rekapitulieren, inwieweit in Fällen des Familiennachzugs von Flüchtlingen³⁰ die Forderung nach einem Identitätsnachweis tatsächlich rechtmäßig ist und wo die Regelerteilungsvoraussetzung an ihre rechtlichen Grenzen stößt.

1. Die Frage der Erforderlichkeit eines Identitätsnachweises

a. Analoge Anwendung der Ausnahme vom Identitätsnachweis

Dass das staatliche Interesse an einer Identifikation der Antragstellenden nicht unbedingt gilt, zeigt die Ausnahme des § 5 Abs. 3 AufenthG. Danach ist von den Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 bis 2 AufenthG – mithin auch vom Identitätsnachweis – abzusehen, wenn die Antragstellenden einen humanitären Aufenthaltstitel

begehren. Diese Sonderregelung beruht auf der gesetzgeberischen Erkenntnis, dass in Fällen der Aufenthaltsgewährung aus völkerrechtlichen, humanitären und politischen Gründen die Erteilung eines Aufenthaltstitels »typischerweise« nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen des § 5 AufenthG abhängig gemacht werden kann.³¹ Denkbar wäre grundsätzlich, dass hiervon auch der Familiennachzug zu diesem Personenkreis erfasst sein müsste. Dem Wortlaut der Sonderregelung, der ja eindeutig auf die Erteilung humanitärer Aufenthaltstitel Bezug nimmt, lässt sich das aber nicht entnehmen. Möglich wäre daher allenfalls eine analoge Anwendung dieser Regelung, wenn sich darlegen ließe, dass der Gesetzgeber die vergleichbare Situation des Familiennachzugs zu Inhabern humanitärer Aufenthaltstitel nicht mitbedacht hat, mithin eine planwidrige Regelungslücke besteht.

Allerdings ergibt sich aus den unmittelbar nach Erlass des AufenthG erarbeiteten Vorläufigen Anwendungshinweisen des damaligen Bundesinnenministeriums (BMI), die später in die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften einfließen, dass sich die Sonderregelung des § 5 Abs. 3 AufenthG nicht auf die Familienzusammenführung zu diesem Personenkreis erstrecken sollte.³² Eine planwidrige Regelungslücke liegt daher wohl im Grundsatz nicht vor.

Eine Regelungslücke besteht jedoch im Hinblick auf diejenigen Fälle, in denen die den Nachzug begehrenden Familienangehörigen im Drittland selbst als GFK-Flüchtling anerkannt sind. Auch von diesem Personenkreis wird »typischerweise« aus völkerrechtlichen, humanitären und politischen Gründen nicht erwartet werden können, alle Voraussetzungen des § 5 AufenthG zu erfüllen.³³ Hinsichtlich der Regelerteilungsvoraussetzung der Lebensunterhaltssicherung spiegelt sich dies bereits in den Ausnahmeregelungen des § 29 AufenthG wider. Hinsichtlich des Identitätsnachweises begegnen die in einem Drittland anerkannten Flüchtlinge regelmäßig denselben typischen Hindernissen (Mangel an anerkannten Dokumenten) wie die Flüchtlinge, die sich im Bundesgebiet befinden und für die § 5 Abs. 3 AufenthG gilt. Dass der Gesetzgeber auch diese vergleichbare Fallkonstellation berücksichtigt hat und also bewusst ausschließen wollte, ergibt sich nicht aus den Gesetzgebungsmaterialien. Die Begründung zu § 5 Abs. 3 AufenthG enthält lediglich den zuvor erwähnten Hinweis, wonach die Erfüllung aller Regelerteilungsvoraussetzungen eben typischerweise nicht

²⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 14.5.2013 – 1 C 17.12, Rn. 18, in dem trotz bestehender Rückkehrberechtigung in einen anderen Staat ausdrücklich die fehlende Identitätsklärung als eigenständiger Versagungsgrund herausgearbeitet wird. Vgl. auch *Bender/Leuschner*, in: Hofmann, *Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 14, die als Normzweck neben der Rückkehrberechtigung die Kontrolle von Einreise und Aufenthalt nennen sowie *Samel*, in: *Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht*, 13. Aufl. 2020, § 5 Rn. 42.

²⁹ Siehe hierzu auch die Resolution des UN-Sicherheitsrats 1373, in: *Resolutionen und Beschlüsse des Sicherheitsrats 1.1.2001-31.7.2002*, S. 316 ff. = S/RES/1373, 2001, in der die Staaten u. a. aufgefordert werden, zum Zwecke der Terrorismusbekämpfung gegen Fälschungen und betrügerischen Gebrauch von Reisedokumenten vorzugehen und sicherzustellen, dass der Flüchtlingsstatus nicht für terroristische Handlungen missbraucht wird. Hierauf berief sich auch das BVerwG in einer grundlegenden Entscheidung zum Identitätsnachweis bei Einbürgerungen, BVerwG, Urteil vom 17.3.2004 – 1 C 1.03, Rn. 30.

³⁰ Gemeint sind Flüchtlinge im Sinne der GFK. Auf subsidiär schutzberechtigte Personen sind die Ausführungen wegen der Einschränkungen des Familiennachzugs im nationalen Recht sowie aufgrund von Art. 3 Abs. 2 lit. c FZFF-RL nicht pauschal übertragbar. Siehe hierzu die Entscheidung des EuGH, Urteil vom 7.11.2018 – C-380/17.

³¹ Begründung zum Entwurf des Zuwanderungsgesetzes vom 7.2.2003, BT-Drucks. 15/420, S. 70; Nr. 5.3.0.1 AVerwV AufenthG.

³² Siehe BMI, Vorläufige Anwendungshinweise des BMI zum AufenthG und zum FZG/EU, Stand: 22.12.2004, Nr. 5.3.2; Nr. 5.3.0.2 AVerwV AufenthG. § 29 Abs. 2 und 3 AufenthG werden insoweit als einschlägig und abschließend angesehen, vgl. *Samel*, in: *Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht*, 13. Aufl. 2020, § 5 Rn. 163; *Marx*, *Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht*, 7. Aufl. 2020, § 2 Rn. 116; *Bender/Leuschner*, in: *Hofmann, Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 42.

³³ Vgl. Fn. 31.

erwartet werden könne.³⁴ Auch die Vorläufigen Anwendungshinweise sowie die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum AufenthG enthalten keine Überlegungen hierzu.³⁵ Jedenfalls in Fällen, in denen die Familienangehörigen in einem Drittland als GFK-Flüchtlinge anerkannt sind, ist deshalb eine analoge Anwendung von § 5 Abs. 3 AufenthG geboten.

Auch wenn man dieser Argumentation aus der isolierten Betrachtung des nationalen Rechts nicht zu folgen vermag, drängt sich aber jedenfalls vor dem Hintergrund geltenden Unionsrechts auf, dass es im Familiennachzug einer Ausnahmeregelung bezüglich des Identitätsnachweises bedarf.

b. Die richtlinienkonforme Auslegung des Identitätsnachweiserfordernisses

Denn die Anforderung eines Identitätsnachweises widerspricht der Familienzusammenführungsrichtlinie (RL 2003/86/EG – FZF-RL). Die Richtlinie ist als Mindestharmonisierung des Familiennachzugs ausgestaltet. Die Mitgliedstaaten können also grundsätzlich günstigere Regelungen zum Familiennachzug beibehalten oder treffen, sie sind jedoch nicht dazu befugt, über die FZF-RL hinausgehende, zu Ungunsten der Antragstellenden geltende Regelungen beizubehalten oder zu treffen.³⁶ Damit dürfen die Mitgliedstaaten die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung nur dann von der Erfüllung bestimmter Anforderungen abhängig machen, wenn die Richtlinie dies ausdrücklich zulässt.³⁷ Dazu, dass der Familiennachzug vom Identitätsnachweis des Familienangehörigen abhängig gemacht werden darf, enthält die Richtlinie aber gerade keinen Hinweis.³⁸

Dem steht auch nicht etwa Art. 6 Abs. 1 der FZF-RL entgegen, der es den Mitgliedstaaten erlaubt, einen Antrag auf Einreise und Aufenthalt eines Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen

Sicherheit abzulehnen. Zwar behalten die Mitgliedstaaten einen gewissen Ermessensspielraum, um zu überprüfen, ob die in der Richtlinie festgelegten Anforderungen erfüllt werden.³⁹ Die regelhafte Anforderung eines Identitätsnachweises geht jedoch über den den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehenden Ermessensspielraum hinaus. Aus Erwägungsgrund 14 der Richtlinie, der die Begrifflichkeiten des Art. 6 der FZF-RL näher erläutert,⁴⁰ ergibt sich, dass die Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit konkret-individuell sein müssen und nennt beispielhaft die Verurteilung wegen einer schwerwiegenden Straftat oder die Mitgliedschaft in einer Vereinigung, die den internationalen Terrorismus unterstützt.⁴¹ Eine pauschale Ablehnung von Anträgen aufgrund der Annahme, dass sich aus dem fehlenden Identitätsnachweis eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ergeben könne, stellt alle Antragsteller*innen unter Generalverdacht und steht nicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie.

Der Anwendungsvorrang der FZF-RL gebietet insofern eine richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung der nationalen Regelungen zum Identitätsnachweis.⁴² Denkbar wäre die oben bereits diskutierte analoge Anwendung des § 5 Abs. 3 AufenthG.⁴³ Daneben könnte eine richtlinienkonforme Auslegung auch durch eine sogenannte teleologische Reduktion der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG erreicht werden. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass die zuständigen Behörden bei ihrer Ermessensausübung – wenn überhaupt – nur noch in seltenen Ausnahmefällen auf dem Identitätsnachweis bestehen dürften.⁴⁴

Festzuhalten bleibt, dass die Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG im Rahmen des Familiennachzugs unionsrechtswidrig ist und daher unterbleiben muss. Wie dieser Widerspruch rechtstechnisch aufzulösen ist, soll in diesem Beitrag nicht abschließend entschieden werden.

³⁴ Ebd.

³⁵ Siehe Fn. 32.

³⁶ Vgl. Hailbronner/Arévalo, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law: A Commentary, 2016, Part C II, Art. 1 Rn. 10; Van den Brink, in: Garben/Govaere (Hrsg.), The Division of Competences between the EU and the Member States, 2017, S. 257.

³⁷ Vgl. Europäische Kommission, Die Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2003/86/EG des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, 2014, S. 3.

³⁸ So findet sich lediglich ein Hinweis in Art. 5 Abs. 2 S. 1, 11 Abs. 1 der FZF-RL, wonach Antragsteller*innen beglaubigte Abschriften ihrer Reisedokumente vorlegen sollen. Reisedokumente erbringen jedoch nicht zwangsläufig einen Identitätsnachweis im Sinne der aktuellen deutschen Rechtsanwendung, die u. a. GFK-Reiseausweise für Flüchtlinge ablehnt, da sie auf eigenen Angaben beruhen würden, siehe dazu Punkt III.2. Auch Art. 11 Abs. 2 der FZF-RL, nach dem die familiäre Bindung nachgewiesen werden soll, ist vom Nachweis der Identität zu unterscheiden. So ließe sich die familiäre Bindung bspw. regelmäßig durch die Vorlage eines DNA-Nachweises erbringen. Die Identität ist damit gleichwohl nicht erwiesen.

³⁹ Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien a. a. O. (Fn. 37), S. 3.

⁴⁰ Vgl. Hailbronner/Klarmann, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law: A Commentary, 2016, Part C II, Art. 6 Rn. 4.

⁴¹ Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien, a. a. O. (Fn. 37), S. 12. Insofern steht die Richtlinie auch im Einklang mit den Regelungen der GFK, die für die Ausstellung eines GFK-Reiseausweises ebenfalls einen *ordre public*-Vorbehalt kennen, der lediglich zum Einsatz kommt, wenn ein konkreter Verdacht bzgl. schwerwiegender Gefahren besteht, vgl. UNHCR, Note on Travel Documents for Refugees, EC/SCP/10, 1978, Rn. 16.

⁴² Zum Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung und der Notwendigkeit der Rechtsfortbildung siehe BVerwG, Urteil vom 31.1.2017 – BVerwG 6 C 2.16, Rn. 27; BVerwG, Beschl. v. 25.6.2014 – 6 C 10.13, BVerwGE 150, 74.

⁴³ Siehe Art. 6 Abs. 1 der FZF-RL.

⁴⁴ Bei § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG handelt es sich um eine Vorschrift, die ein intendiertes Ermessen beinhaltet.

c. Unvereinbarkeit des Identitätsnachweiserfordernisses mit GG und EMRK

Grundsätzlich erkennt das BVerwG zwar bereits an, dass verfassungs- und völkerrechtliche Gewährleistungen, wie beispielsweise Art. 6 GG sowie Art. 8 EMRK, eine Ausnahme vom Regelfall der Erteilungsvoraussetzung des Identitätsnachweises rechtfertigen könnten.⁴⁵ Der Verfasserin ist jedoch bislang keine Entscheidung bekannt, in der Gerichte auf Grundlage von Art. 6 GG sowie Art. 8 EMRK von der Regelerteilungsvoraussetzung des Identitätsnachweises abgesehen haben. Im Gegensatz dazu entspricht es gängiger Praxis, von der Regelerteilungsvoraussetzung der Lebensunterhaltssicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG abzusehen, wenn die Familienzusammenführung im Herkunftsland oder einem Drittstaat nicht möglich oder zumutbar ist.⁴⁶ Diese Ausnahme wird explizit aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK, die den Schutz des Familienlebens gewährleisten, abgeleitet.⁴⁷

Nichts anderes darf für Fälle gelten, in denen ein Identitätsnachweis nicht erbracht werden kann. Auch von § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG ist daher auf Grundlage Art. 6 GG und Art. 8 EMRK regelmäßig abzusehen, wenn die Familienzusammenführung im Herkunftsstaat oder einem Drittstaat nicht möglich ist.

d. Unvereinbarkeit des Identitätsnachweiserfordernisses mit der Genfer Flüchtlingskonvention

Darüber hinaus widerspricht jedenfalls in Fällen anerkannter Flüchtlinge die regelhafte Forderung nach einem Identitätsnachweis dem Grundgedanken der GFK. Beim Verfassen der Konvention stellte es eine der Hauptprioritäten dar, die Ausstellung und Akzeptanz von Ersatzdokumenten für Flüchtlinge zu regeln. Dem lag die Erkenntnis zugrunde, dass es Flüchtlingen gerade nicht möglich ist bzw. nicht zugemutet werden darf, an die Behörden ihres Herkunftsstaates heranzutreten, um sich Personaldokumente ausstellen zu lassen.⁴⁸ Dennoch sollte Flüchtlingen

die Möglichkeit eingeräumt werden, Identitäts- und Reisedokumente zu erhalten, um das Land ihrer ersten Zuflucht verlassen zu dürfen.⁴⁹ Diese Erwägungen haben sich sowohl in Art. 27 GFK, der die Ausstellung von Personalausweisen regelt, als auch in Art. 28 GFK niedergeschlagen, der die Erteilung von Reiseausweisen für Flüchtlinge gewährleistet. Die Behörden des Aufenthaltsstaats sollen nach Art. 25 Abs. 2 GFK überdies Flüchtlingen alle sonstigen Dokumente ausstellen, die durch die Behörden eines ausländischen Staates⁵⁰ ausgestellt werden müssten. Nach Art. 25 Abs. 3 GFK ersetzen diese Schriftstücke die normalerweise vom Herkunftsstaat ausgestellten Dokumente und werden bis zum Beweis des Gegenteils als gültig angesehen.

Es gebietet sich daher ein auf der GFK beruhendes Absehen von § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG.

e. Zusammenfassung

Ein Identitätsnachweis ist im Rahmen der Familienzusammenführung zu anerkannten Flüchtlingen nach hier vertretener Auffassung bereits nicht erforderlich. Die eine Mindestharmonisierung anstrebende FZF-RL enthält nämlich keinen Hinweis darauf, dass der Familiennachzug von dieser Voraussetzung abhängig gemacht werden darf. Die Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG ist in diesen Fällen daher bereits unionsrechtswidrig. Überdies widerspricht die pauschale Anforderung eines Identitätsnachweises dem Grundgedanken der GFK, der von einer grundsätzlichen Dokumentenlosigkeit bei Flüchtlingen ausgeht. Und schließlich gebietet sich ein Absehen vom Identitätsnachweis auch vor dem Hintergrund von Art. 6 GG und Art. 8 EMRK in Fällen, in denen die Familienzusammenführung im Herkunftsstaat oder einem Drittstaat nicht möglich ist.

2. Die Erweiterung der Definition eines Identitätsnachweises

Selbst wenn man einen Identitätsnachweis beim Familiennachzug von Flüchtlingen entgegen der vorherigen Ausführungen für erforderlich halten mag, stellt sich die Anschlussfrage, wann die Identität tatsächlich nachgewiesen ist. Wie bereits unter Punkt II. 1. erwähnt, soll die Identität grundsätzlich durch die Vorlage eines gültigen

⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 14.5.2013 – 1 C 17.12, Rn. 28.

⁴⁶ Siehe Nr. 5.1.1.2 AVerwV AufenthG. In Fällen des Familiennachzugs von Flüchtlingen ist hiervon regelmäßig auszugehen (es sei denn, es bestehen enge Verbindungen zu einem Drittstaat).

⁴⁷ Ebd. Zur Rspr. des EGMR siehe bspw. Urteil vom 3.10.2014 – Jeunesse v. The Netherlands – 12738/10, § 107 ff. Danach ist in diesem Rahmen insbesondere auch das Kindeswohl zu berücksichtigen.

⁴⁸ UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees (and Stateless Persons), UN Doc. E/AC.32/2 Annex, 1950, Art. 23 Comment, § 1 und 2; UNHCR, The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, 1990, S. 194; Vedsted-Hansen, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 28 Rn. 1; UNHCR Deutschland, Stellungnahme zu Art. 28 GFK, 2003, S. 4f.; UNHCR Deutschland, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf des BMI: Viertes Gesetz zur Änderung des StAG und anderer Gesetze, 2019, S. 2.

⁴⁹ UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons – Memorandum by the Secretary-General, UN Doc. E/AC.32/2, 1950, Art. 22 Comment; Vedsted-Hansen, a. a. O. (Fn. 48), Art. 28 Rn. 1. Letzterer bezieht sich auch explizit auf den Familiennachzug als Reisezweck.

⁵⁰ Ausländischer Staat meint hier sowohl den Herkunftsstaat als auch einen potenziellen vorherigen Aufenthaltsstaat (bspw. den Erstaufnahmestaat).

Passes oder Passersatzes nachgewiesen werden. Sofern ein solches Dokument nicht vorliegt, sollen die Betroffenen ihre Identität und Staatsangehörigkeit durch andere geeignete Mittel belegen, wobei den Verwaltungsvorschriften zu entnehmen ist, dass lediglich »amtliche Dokumente« für geeignet gehalten werden.⁵¹

Dies führt in der Praxis dazu, dass die Auslandsvertretungen viele der den Betroffenen zur Verfügung stehenden Dokumente nicht als Nachweise akzeptieren. Religiöse Taufurkunden oder andere nicht-staatlich ausgestellte Dokumente akzeptieren die deutschen Auslandsvertretungen in der Regel nicht als Identitätsnachweis. Auch durch lokale Behörden ausgestellte Dokumente (wie etwa Gesundheits-, Wachstums- oder Impfausweise) werden von den Auslandsvertretungen generell sehr kritisch bewertet, da deren Echtheit nicht überprüft werden könne. Selbst wenn amtliche Dokumente vorliegen, zum Beispiel eine Geburtsurkunde, sollen diese zusätzlich durch das eritreische Außenministerium überbeglaubigt werden. GFK-Reiseausweise werden nach Erfahrungen von vor Ort tätigen Nichtregierungsorganisationen allenfalls in Fällen von unbegleiteten Minderjährigen von den Auslandsvertretungen als Nachweis anerkannt. Ohnehin sind GFK-Reiseausweise aber häufig schwer zu erlangen,⁵² den Betroffenen verbleiben deshalb in der Regel die durch den Aufenthaltsstaat ausgestellten Flüchtlingsausweise, die sie als Flüchtlinge i. S. d. GFK ausweisen,⁵³ und die UNHCR-Registrierungen. Mit dem Argument, dass all diese Dokumente »auf eigenen Angaben der Betroffenen« beruhen, werden diese Papiere durch die deutschen Auslandsvertretungen ebenfalls nicht als Identitätsnachweis anerkannt.

Diese restriktive Praxis ist bereits vor dem Hintergrund der nationalen Regelung des § 26 VwVfG mehr als fragwürdig. Danach hat sich die Behörde aller Beweismittel zu bedienen, die sie nach pflichtgemäßem Interesse für erforderlich hält. Hierzu benennt die Regelung generell Urkunden, ohne dabei darauf hinzuweisen, dass diese amtlicher Natur sein müssten. Außerdem zählt die Regelung explizit auch die Anhörung der Beteiligten sowie von Zeugen und Sachverständigen auf. Von dieser Beweismöglichkeit machen die Auslandsvertretungen nach Erfahrung der Verfasserin so gut wie keinen Gebrauch.

⁵¹ Siehe Nr. 5.1.1a AVerwV AufenthG, die als geeignete Mittel beispielhaft Geburtsurkunden und »andere amtliche Dokumente« benennen.

⁵² Sowohl Äthiopien als auch der Sudan stellen bereits seit einigen Jahren nach den Erfahrungen von vor Ort tätigen Nichtregierungsorganisationen keine oder kaum noch GFK-Reiseausweise aus.

⁵³ Auch die in Äthiopien prima facie als Flüchtlinge anerkannten Eritreer sind Flüchtlinge i. S. d. GFK, siehe dazu UNHCR, Guidelines on International Protection No. 11: Prima Facie Recognition of Refugee Status, 2015, UN Doc. HCR/GIP/15/11, Rn. 5 ff.

a. Unionsrechtlich gebotene Erweiterung

Die Praxis ist zudem vor dem Hintergrund der FZF-RL unionsrechtswidrig. Wie bereits ausgeführt dürfen die Mitgliedstaaten aufgrund der abschließenden Geltung der Richtlinie schon keinen Nachweis der Identität einfordern. Selbst wenn man von einem grundsätzlichen Erfordernis des Identitätsnachweises ausgehen mag, gebietet sich dann aber zumindest eine richtlinienkonforme Auslegung. In diesem Zusammenhang kann auf die Anforderungen verwiesen werden, die die FZF-RL an den Nachweis der familiären Bindung stellt: Art. 11 Abs. 2 der FZF-RL bestimmt, dass die Mitgliedstaaten andere Nachweise berücksichtigen müssen, wenn der antragstellende Flüchtling keine amtlichen Unterlagen vorlegen kann. Anträge auf Familienzusammenführung dürften nicht allein mit der Begründung abgelehnt werden, dass es an Belegen für die familiäre Bindung mangle. Dementsprechend entschied der EuGH jüngst auch, dass schriftliche und/oder mündliche Erklärungen der Antragsteller, Befragungen von Familienangehörigen und andere alternative Nachweise ebenfalls zum Nachweis familiärer Bindungen berücksichtigt werden müssten. Dies sei auch vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 5 der FZF-RL zu sehen, der die Berücksichtigung des Kindeswohls gebietet, sofern Minderjährige in dem Verfahren involviert sind.⁵⁴

Dieser Rechtsgedanke muss entsprechend auf den Identitätsnachweis Anwendung finden. Obgleich der Identitätsnachweis nicht in der Richtlinie erwähnt wird, geht aus der Richtlinie selbst und auch aus den Leitlinien der Europäischen Kommission eindeutig hervor, dass der Mangel an Belegen die praktische Durchführbarkeit der Familienzusammenführung nicht behindern darf.⁵⁵ Die Verwaltungsvorschriften⁵⁶ und die Praxis der Auslandsvertretungen reduzieren mithin unionsrechtswidrig die Nachweismöglichkeiten allein auf amtliche Dokumente.

b. Völkerrechtlich gebotene Erweiterung

Dass nicht-amtliche Nachweise kaum anerkannt werden, ist auch vor dem Hintergrund der zuvor erwähnten Grundgedanken der GFK nicht vertretbar. Der *GFK-Reiseausweis* soll gerade die Lücke, die durch das Fehlen eines Passes entsteht, beheben. Und so erkannte auch das BVerwG an, dass die Identifikationsfunktion dem GFK-Reiseausweis »immanent« sei und der Ausweis deshalb die Identität der Ausweisinhaber*innen bescheinige.⁵⁷ Nur bei ernsthaften

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 13.3.2019 – C-635/17. Siehe dazu auch UNHCR Deutschland, Familienzusammenführung zu Personen mit internationalem Schutz, Asylmagazin 4/2017, S. 133, 137.

⁵⁵ Vgl. Europäische Kommission, Die Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2003/86/EG des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, S. 26 f.

⁵⁶ Siehe Fn. 51.

⁵⁷ BVerwG, Urteil vom 17. 3. 2004 – 1 C 1.03, Rn. 27 f.

Zweifeln sei die Identifikationsfunktion des Ausweises beeinträchtigt. Die Auslandsvertretungen handeln dieser Feststellung zuwider. Ernsthafte Zweifel lassen sich nicht durch den Mangel zusätzlicher die Identität nachweisender Dokumente begründen. Der Mangel an zusätzlichen Dokumenten ist gerade der Regelfall, dem die Ausstellung eines Reiseausweises abhelfen soll. Nur nebenbei sei erwähnt, dass GFK-Reiseausweise auch die anfangs erwähnte Rückkehrberechtigung gewährleisten.⁵⁸

Auch die vielen Antragsteller*innen allein zur Verfügung stehenden *Flüchtlingsausweise* müssen konventionskonform als Nachweis der Identität akzeptiert werden. Die Ausstellung von Flüchtlingsausweisen dient in vielen Ländern, so auch im Sudan und in Äthiopien, sowohl dem Nachweis der Flüchtlingseigenschaft und des rechtmäßigen Aufenthalts als auch der Identität. Hierbei handelt es sich allerdings nicht um GFK-Reiseausweise i. S. v. Art. 28 GFK.⁵⁹ Es liegt insofern nahe, diese (mangels anderer Alternative) unter Art. 27 GFK zu subsumieren, wonach Flüchtlingen ein Personalausweis auszustellen ist.⁶⁰ Derartigen Ausweisen i. S. v. Art. 27 GFK ist laut BVerwG regelmäßig ein geringerer Dokumentenwert beizumessen, da die Vorschrift im Gegensatz zu Art. 28 GFK nicht den rechtmäßigen Aufenthalt der Person voraussetzt und keinen *ordre public*-Vorbehalt enthält (also nicht geprüft wird, ob zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der Ausstellung des Dokuments entgegenstehen).⁶¹

Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Ausstellung von Flüchtlingsausweisen gerade in Äthiopien und im Sudan in der Praxis über die Mindestanforderungen des Art. 27 GFK hinausgeht. Die Dokumente erhalten die Betroffenen sowohl im Sudan als auch in Äthiopien nur, wenn sie als Flüchtlinge anerkannt sind.⁶² Personen, die über einen Flüchtlingsausweis verfügen, halten sich also rechtmäßig in diesen Staaten auf. Dass bei der Ausstellung eines Ausweises i. S. v. Art. 27 GFK der *ordre public*-Vorbehalt nicht greift, führt zudem nicht dazu, dass diese Dokumente zum Nachweis der Identität nicht geeignet sind. Ob der in Art. 28 GFK enthaltene Vorbehalt überhaupt dazu führt, dass die Ausstellung eines Ausweises wegen Identitätszweifeln verweigert werden kann, hat

auch das BVerwG offengelassen. Selbst wenn das der Fall sein sollte, dürften laut BVerwG hier nur ernsthafte Zweifel an der Identität greifen, nicht schon jeder wie auch immer gearteter Zweifel.⁶³ Der *ordre public*-Vorbehalt hat letztlich also kaum einen Einfluss darauf, ob das jeweilige Dokument zum Identitätsnachweis geeignet ist oder nicht.

Die durch den Aufenthaltsstaat im Einklang mit Art. 25 GFK ausgestellten *Ersatzdokumente* (wie beispielsweise aufgrund von Glaubhaftmachung ausgestellte oder beglaubigte Geburtsurkunden) werden durch die Auslandsvertretungen ebenfalls nicht akzeptiert.⁶⁴ Dies widerspricht dem eindeutigen Wortlaut von Art. 25 Abs. 3 GFK, wonach die Vertragsstaaten jene Ersatzdokumente bis zum Beweis des Gegenteils als gültig ansehen müssen. Die Beweislast trifft den Vertragsstaat.⁶⁵ Eine pauschale Ablehnung jener Ersatzdokumente ist daher ebenfalls völkerrechtswidrig.

c. Zusammenfassung

Die restriktive Praxis deutscher Auslandsvertretungen, allein amtliche Dokumente und auch nur jene, die vom Herkunftsstaat ausgestellt wurden, für den Identitätsnachweis zu akzeptieren, widerspricht sowohl der FZF-RL als auch der GFK.

3. Die Unzumutbarkeit der Beschaffung von Identitätspapieren

Schließlich stellt sich die Frage, inwieweit den betroffenen Stammberechtigten die Kontaktaufnahme mit dem Herkunfts- und Verfolgerstaat zugemutet werden kann, um Dokumente für ihre Familienangehörigen zu erlangen. Nach § 82 AufenthG haben Ausländer*innen zwar grundsätzlich die Nachweise für alle Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen und somit auch für das Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG zu erbringen. Die Grenze der Mitwirkungspflicht ist allerdings die Zumutbarkeit. Die Behörden und Gerichte berücksichtigen dies regelmäßig im Rahmen der Frage, ob ein atypischer Fall vorliegt, sodass von der Regelerteilungsvoraussetzung des Identitätsnachweises abgewichen werden muss.⁶⁶ Ist es schlicht unmöglich, die Identität nachzuweisen, weil die Betroffenen über keine Dokumente verfügen und ihnen nicht zugemutet werden

⁵⁸ § 13 des Anhangs zur GFK garantiert die Gestattung einer Wiedereinreise in den Staat, der den GFK-Reiseausweis ausgestellt hat. Siehe dazu auch BVerwG, Beschluss vom 17.6.2013 – 10 B 1.13.

⁵⁹ Für deren Ausstellung enthält die GFK klare Vorgaben, siehe dazu die Anlage der GFK.

⁶⁰ Vgl. Marx, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 27 Rn. 1 f.

⁶¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. 3. 2004 – 1 C 1.03, Rn. 31.

⁶² In Äthiopien wurden zwar bspw. Eritreer*innen *prima facie* als Flüchtlinge anerkannt und erhielten nach der Registrierung eine Flüchtlingskarte, das ändert aber nichts daran, dass sie sich damit rechtmäßig i. S. v. Art. 28 GFK im Land aufhalten. Im Sudan erhalten Eritreer*innen nach erfolgreicher Registrierung als Flüchtlinge neben einem Bescheid, der sie als Flüchtlinge anerkennt, eine sogenannte COR ID.

⁶³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. 3. 2004 – 1 C 1.03, Rn. 33.

⁶⁴ Äthiopien stellt nach den Erfahrungen der Verfasserin mitunter solche Ersatzdokumente aus.

⁶⁵ Lester, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 25 Rn. 56.

⁶⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 14.5.2013 – 1 C 17.12, Rn. 30 f.

kann, die geforderten Dokumente zu beschaffen, liegt eine Ausnahme von der Regel vor.

Über die Zumutbarkeit der den Betroffenen obliegenden Handlungen ist regelmäßig unter Berücksichtigung aller Umstände und Besonderheiten des Einzelfalles zu entscheiden.⁶⁷ Hinsichtlich der Kontaktaufnahme mit den Behörden des Herkunftsstaates vertritt das BVerwG die Ansicht, dass diese nicht grundsätzlich unzumutbar ist, da die Inanspruchnahme von Behördendiensten nicht zwangsläufig einer »Unterwerfung« unter den Herkunftsstaat gleichkommt.⁶⁸ Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Kontaktaufnahme mit den Behörden des Herkunftsstaates zum Zwecke der Ausbürgerung vertrat das BVerwG beispielsweise die Ansicht, dass sich die Betroffenen gerade nicht unter den Schutz des Herkunftsstaates stellen würden, sondern sich um »die Aufhebung eines rechtlich noch bestehenden Bandes« bemühten.⁶⁹ In diesem Fall hielt es das BVerwG daher für entscheidend, ob zu befürchten war, dass solche Bemühungen für die Betroffenen oder Dritte, namentlich Angehörige der Betroffenen, mit Gefahren verbunden sind, insbesondere solchen, vor denen das Grundrecht auf Asyl schützen soll.⁷⁰

Hiervon abzugrenzen sind jedoch die hier in Rede stehenden Fälle, in denen die Botschaften von Flüchtlingen eine Kontaktaufnahme zur Ausstellung eines Reisepasses oder anderer Personaldokumente fordern. Diese Fälle nötigen die Betroffenen gerade zu der durch das BVerwG angesprochenen »Unterwerfung« unter die Regelungen des Herkunftsstaates.⁷¹ Und so kam auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in einem eine Äthiopierin betreffenden Fall zu dem Ergebnis, dass

»[...] sich die Klägerin mit ihrem Begehren nicht nur an die Vertretung des Verfolgerstaates wenden müsste, sondern auch mit der Beantragung des Reisepasses im Ergebnis den Schutz des Verfolgerstaates in Anspruch nimmt. Sie müsste sich der Ordnung des Verfolgerstaates unterwerfen und mit ihrem Handeln diese Ordnung anerkennen, die sie gleichzeitig in menschenrechtswidriger Weise aus der staatlichen Friedensordnung ausgrenzt.«⁷²

Dass die Beantragung eines Passes bei Flüchtlingen regelmäßig einer »Unterwerfung« unter den Herkunftsstaat gleichkommt, ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 72 Abs. 1 Nr. 1 AsylG, nach dem die Flüchtlingseigenschaft regelmäßig erlischt, wenn die Betroffenen sich »freiwillig durch Annahme oder Erneuerung eines Nationalpasses oder durch sonstige Handlungen« erneut dem Schutz des Staates, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, unterstellen. In der Praxis vermischen die deutschen Botschaften diese Argumentation nach Erfahrungen der Verfasserin häufig mit der Frage, ob den Stambberechtigten tatsächlich der Verlust der Flüchtlingseigenschaft droht. So wird mitunter darauf verwiesen, dass die Unterschutzstellung nicht als »freiwillig« i. S. v. § 72 Abs. 1 Nr. 1 AsylG anzusehen sei, wenn die Betroffenen von der deutschen Botschaft konkret zur Vorsprache aufgefordert wurden. Die betroffenen Stambberechtigten hätten also nicht den Verlust ihrer Flüchtlingseigenschaft zu befürchten.⁷³ Entscheidend ist hier aber nicht die Frage, ob durch die Passbeantragung tatsächlich die Flüchtlingseigenschaft erlischt, sondern vielmehr die in § 72 Abs. 1 Nr. 1 AsylG enthaltene Wertung, dass eine Passbeantragung grundsätzlich eine Unterschutzstellung unter den Herkunftsstaat bedeutet.⁷⁴ Die Unzumutbarkeit der Passbeantragung ergibt sich also nicht aus den möglichen Konsequenzen, sondern schon aus dem Vorgang an sich, da dieser laut Gesetz zwingend mit der Inanspruchnahme des Schutzes des Herkunftsstaates verbunden ist.

Eine derartige Mitwirkung der Stambberechtigten bei der Ausstellung von Dokumenten für ihre Familienangehörigen dürfte deshalb in Fällen, in denen den Stambberechtigten der Flüchtlingstatus zuerkannt wurde und der Staat selbst Verfolgungsakteur i. S. v. § 3c AsylG ist, regelmäßig als unzumutbar erachtet werden.⁷⁵ Dies muss umso mehr gelten, wenn die Inanspruchnahme der Behördendienste mit zusätzlichen Repressalien einhergeht, wie beispielsweise im Falle eritreischer Botschaften, die nur dann Dienstleistungen vollbringen, wenn die Betroffenen eine Diasporasteuer in Höhe von 2 % ihres nach der Flucht erwirtschafteten Vermögens zahlen und eine sogenann-

⁶⁷ BVerwG, Beschl. V. 15.6.2006 – 1 B 54.06, Rn. 4; BVerwG, Urteil vom 27.9.1988 – 1 C 3/85, Rn. 49.

⁶⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.9.1988 – 1 C 3/85, Rn. 49, wobei es in dem zugrundeliegenden Fall um ein Ausbürgerungsbemühen zum Zwecke der Einbürgerung in Deutschland ging. Dem folgend BVerfG, Urteil vom 16.9.1990 – 2 BvR 1864/88.

⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 27.9.1988 – 1 C 3/85, Rn. 49.

⁷⁰ Ebd., Rn. 50.

⁷¹ So auch *Becker/Saborowski*, Zur Unzumutbarkeit der Passbeschaffung, *Asylmagazin* 1–2/2018, S. 19.

⁷² Bayerischer VGH, Urteil vom 18.1.2011 – 19 B 10.2157, Rn. 34. Dies übernehmend VG Würzburg, Gerichtsbescheid vom 26.1.2015 – W 7 K 14.1220, Rn. 25.

⁷³ Vgl. BMI, Handlungsempfehlung zur Klärung der Identität im Einbürgerungsverfahren, Stand: 20.6.2019, S. 5, Fn. 2. Die Empfehlung wird nach Erfahrung der Verfasserin nicht nur im Einbürgerungsverfahren, sondern auch in anderen Verfahren durch die Verwaltung genutzt.

⁷⁴ Siehe dazu Bayerischer VGH, Urteil vom 18.1.2011 – 19 B 10.2157, Rn. 32: »Allerdings muss dabei grundsätzlich unterschieden werden zwischen der Frage, ob die Vorsprache bei den Heimatbehörden unter bestimmten Voraussetzungen zum Erlöschen der Flüchtlingseigenschaft führt oder nicht, und der Frage, ob es dieser Person zumutbar ist, vorzusprechen. Von der Beantwortung der ersten Frage lässt sich logisch nicht auf die Beantwortung der zweiten schließen.«

⁷⁵ Vgl. UNHCR Deutschland, a. a. O. (Fn. 2), S. 133, 137. Siehe dazu VG Frankfurt a. M., Urteil vom 9.12.2009 – 1 K 1032/09.F. Darin stellt das VG explizit fest, dass sich aus dem allgemeinen Rechtsgedanken der GFK ergibt, dass eine Mitwirkung der Stambberechtigten an der Ausstellung von Personalpapieren für ihre im Drittland lebenden Kinder ebenfalls nicht zumutbar ist.

te Reueerklärung unterschreiben, in deren Rahmen sie anerkennen, durch ihre Flucht bzw. durch die Nicht-Ableistung des Militärdienstes eine Straftat begangen zu haben und die Strafe dafür anzunehmen.⁷⁶ Insoweit ist es nicht nachvollziehbar, dass die Bundesregierung sowie die Rechtsprechung und nach Erfahrung der Verfasserin auch regelmäßig die Auslandsvertretungen in Fällen des Familiennachzugs von eritreischen Geflüchteten davon ausgehen, dass es für die Stambberechtigten zumutbar sei, die eritreische Botschaft aufzusuchen und die Ausstellung von amtlichen Dokumenten zu beantragen.⁷⁷ Vielmehr ist grundsätzlich von einer Unzumutbarkeit auszugehen, jedenfalls in Fällen von anerkannten Flüchtlingen, die vor staatlicher Verfolgung geflohen sind.

Hiervon ist darüber hinaus nicht nur bei den in Deutschland lebenden Stambberechtigten auszugehen, sondern auch bei Familienangehörigen, die in einem anderen Staat als Flüchtlinge anerkannt wurden.⁷⁸ Wie im eingangs beschriebenen Fall 1 kommt es regelmäßig vor, dass Personen, die etwa in Äthiopien oder im Sudan als Flüchtlinge anerkannt wurden, aufgefordert werden, eine eritreische Botschaft in der Region aufzusuchen, um sich vom Verfolgerstaat Personaldokumente ausstellen zu lassen. Auch diese Aufforderung der deutschen Auslandsvertretungen ist vor dem Hintergrund der oben genannten Erwägungen grundsätzlich als unzumutbar anzusehen.

Darüber hinaus wird man dies vernünftigerweise für Fälle gelten lassen müssen, in denen die Antragsteller*innen im Aufenthaltsstaat zwar selbst nicht als Flüchtlinge anerkannt sind, dem in Deutschland lebenden Stambberechtigten aber der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde.⁷⁹ Hinsichtlich dieser Personen ist auf § 26 Abs. 5 AsylG zu verweisen, wonach sie als Familienangehörige von Flüchtlingen auf Antrag ohne Weiteres ebenfalls die Flüchtlingseigenschaft beanspruchen können. Für sie ist daher ebenfalls grundsätzlich von der Unzumutbarkeit einer Vorsprache bei der eritreischen Botschaft auszugehen.

IV. Schluss

Die vorangegangenen Ausführungen zeigen deutlich, dass die aktuelle deutsche Praxis hinsichtlich der Anforderung eines Identitätsnachweises im Rahmen der Familienzusammenführung zu anerkannten Flüchtlingen – insbesondere von eritreischen Flüchtlingen – so nicht aufrechterhalten werden kann: Die pauschale und unbedingte Anforderung eines Identitätsnachweises ist auf mehreren Ebenen unvereinbar mit der FZF-RL und der GFK. Die Anforderung eines Identitätsnachweises ist bereits nicht in der FZF-RL enthalten, sodass der Familiennachzug schon aus diesem Grund nicht vom Vorliegen dieses Nachweises abhängig gemacht werden darf. Darüber hinaus widerspricht die Regelerteilungsvoraussetzung den Grundfesten der GFK, die gerade davon ausgeht, dass Flüchtlinge nicht über die gewöhnlichen Identitätsdokumente verfügen und dass Ersatzdokumente, die im Aufnahmestaat ausgestellt werden, als gültig anzusehen sind. Die Definition der Dokumente, welche als Nachweise der Identität akzeptiert werden, muss vor dem Hintergrund geltenden Unions- und Völkerrechts deutlich erweitert werden. Und schließlich bedarf die Verwaltungspraxis zur Beurteilung der Zumutbarkeit der Dokumentenbeschaffung für anerkannte Flüchtlinge einer grundlegenden Korrektur.

Insoweit ist eine Anpassung der Rechtsprechung und der Rechtspraxis des Auswärtigen Amtes dringend geboten. Andernfalls bleibt der Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen entgegen der unionsrechtlichen Vorgaben bloße Theorie.

Hinweis: Länderinformationen zum Thema

Die Forschungsstelle ACCORD des Österreichischen Roten Kreuzes hat aktuelle Anfragebeantwortungen veröffentlicht, die sich u. a. mit der Möglichkeit der Beschaffung von Dokumenten für eritreische Flüchtlinge sowie mit deren Situation in Äthiopien und im Sudan befassen. Details finden Sie in diesem Heft unter »Ländermaterialien/Eritrea« auf S. 217.

⁷⁶ So auch *Becker/Saborowski*, a. a. O. (Fn. 71). Siehe dazu EASO, Nationaldienst und illegale Ausreise, 2016, S. 27 f.; Amnesty International, Stellungnahme zum Asylstreitverfahren, 2018, S. 8.

⁷⁷ Siehe BT-Drs. 19/2075, S. 6; BT-Drs. 19/9806, S. 12; VG Berlin, Beschluss vom 1.6.2018 – VG 1 L 126.18 V. Siehe überdies BMI, Handlungsempfehlung a. a. O. (Fn. 73), S. 5.

⁷⁸ So auch UNHCR Deutschland, a. a. O. (Fn. 2), S. 133, 137.

⁷⁹ Ebd.

Unsere Angebote

Asylmagazin - Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht



- Beiträge aus der Beratungspraxis und zu Rechtsfragen
- Themenschwerpunkte und Beilagen
- Rechtsprechung
- Länderinformationen
- Nachrichten, Literaturhinweise

Bestellung bei menschenrechte.ariadne.de



www.asyl.net

- Rechtsprechungsdatenbank und »Dublin-Entscheidungen«
- Themenseiten
- Auswahl von Länderinformationen
- Beiträge aus dem Asylmagazin
- Publikationen und Stellungnahmen
- Newsletter



familie.asyl.net

- Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und Schutzberechtigten.
- Nachzug von außerhalb Europas
 - »Dublin-Familienzusammenführung«
 - Laufend aktualisierte Fachinformationen



www.fluechtlingshelfer.info

Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen:

- Arbeitshilfen
- Themenübersichten
- Projekte
- Links und Adressen



adressen.asyl.net

Adressdatenbank mit

- Beratungsstellen im Bereich Flucht und Migration sowie weiteren Rechtsgebieten (dt./engl.)
- Weitere Adressen und Links



Aktuelle Publikationen

Arbeitshilfen und Übersichten zu Themen der Beratungspraxis. Abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen«



www.ecoi.net

Die Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern und Drittstaaten.

Der Informationsverbund Asyl und Migration ist Partner von ecoi.net, das von der Forschungsstelle ACCORD beim Österreichischen Roten Kreuz koordiniert wird.