



# Die vergessenen Kinder: Gutachten zum Geschwisternachzug

Studie von Dr. Carsten Hörich im Auftrag von Save the Children Deutschland e. V.



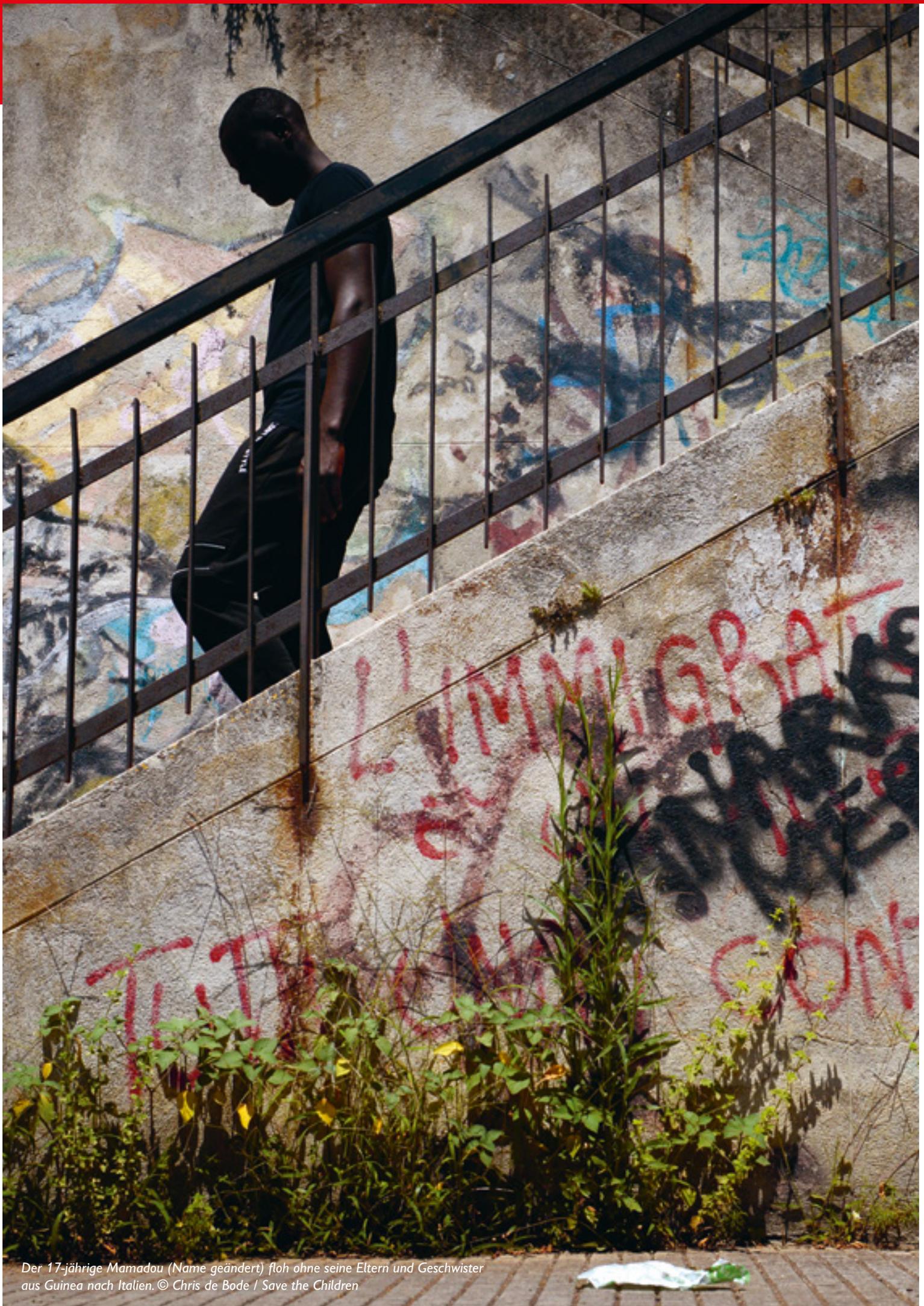
Save the Children

# Die vergessenen Kinder: Gutachten zum Geschwisternachzug

Studie von Dr. Carsten Hörich im Auftrag von Save the Children Deutschland e. V.

## Inhalt

<b>Kurzzusammenfassung</b>	<b>5</b>
<hr/>	
<b>I. Einleitung</b>	<b>6</b>
<hr/>	
<b>II. Problemaufriss</b>	<b>8</b>
<hr/>	
<b>III. Deutsche Rechtslage und Entscheidungspraxis</b>	<b>9</b>
1. Kindernachzug nach § 32 AufenthG	9
2. Nachzug sonstiger Familienangehöriger im Härtefall nach § 36 Abs. 2 AufenthG	10
3. Zusammenfassung	11
<hr/>	
<b>IV. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht</b>	<b>12</b>
1. Vorgaben des Europäischen Sekundärrechts	12
2. Weitere zu beachtende Rechtsvorgaben	12
a) UN-Kinderrechtskonvention	12
b) Europäische Menschenrechtskonvention	13
c) Grundgesetz	14
d) EU-Grundrechtecharta	14
e) Fazit	14
<hr/>	
<b>V. Handlungsempfehlung an Verwaltung und Politik</b>	<b>17</b>



Der 17-jährige Mamadou (Name geändert) floh ohne seine Eltern und Geschwister aus Guinea nach Italien. © Chris de Bode / Save the Children

## Kurzzusammenfassung

Die Familie ist der Kern des gemeinschaftlichen Zusammenlebens in einer Gesellschaft. Der Schutz der Familie ist eine zentrale staatliche Verantwortung. Flüchtlinge können daher ihre engste Familie nach Deutschland nachholen.

Dieser Familiennachzugsanspruch umfasst bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen lediglich die Eltern. Geschwisterkinder dürfen nur mitreisen, wenn die Eltern nachweisen können, dass sie für die Kinder den Lebensunterhalt selber tragen können und ausreichend Wohnraum bereit steht. Dieser „**monetäre Vorbehalt**“ lässt den Mitzug oftmals scheitern und stellt in der Praxis eine unüberwindbare Hürde dar: Aus dem Ausland eine Wohnung zu suchen und die finanziellen Mittel dafür aufzubringen, ist oft faktisch unmöglich. Das Ergebnis sind zum **Teil jahrelang getrennte Familien und ein Leben in Unsicherheit und Gefahr** für die Kinder, die zurückgelassen werden.

Dr. Carsten Hörich hat im Auftrag von Save the Children Deutschland e. V. untersucht, ob das deutsche Recht den Vorgaben des höherrangigen Rechts entspricht.<sup>1</sup> In seiner Studie kam er zu folgendem Ergebnis:

Grundgesetz, Europarecht und Völkerrecht geben vor, dass der **Schutz der Familie und das Wohl des Kindes in allen staatlichen Entscheidungen als vorrangige Rechtsgüter** zu beachten sind. In Anbetracht der Situation, in der sowohl die Geschwisterkinder im Ausland als auch die Kinder im Inland sind, bedeutet dies, dass im Rahmen einer Abwägung grundsätzlich die Interessen am Mitzug des Geschwisterkindes regelmäßig überwiegen müssen.

Für dieses Abwägungsergebnis enthält das Aufenthaltsgesetz allerdings nicht in allen Fällen eine ausreichende gesetzliche Regelung, die den Vorgaben des Völkerrechts, des Grundgesetzes und des europäischen Sekundärrechts entspricht. In den Fällen, in denen die Interessen am Mitzug überwiegen, aber der Nachweis von Wohnraum aus dem Ausland nicht möglich ist, verhindert das Aufenthaltsgesetz die Familienzusammenführung. Insofern bedarf es das **Tätigwerden des Gesetzgebers** in Form einer Änderung des Aufenthaltsgesetzes um zu verhindern, dass Familien dauerhaft getrennt werden und Kinder in unsicheren und gefährlichen Bedingungen im Herkunfts- oder Aufnahme-land zurückgelassen werden.

---

<sup>1</sup> Verfasser und Auftraggeber bedanken sich an dieser Stelle ausdrücklich für Unterstützung, kritische Durchsicht und wertvolle Hinweise bei Anne Tamm, Katri Bertram, Weneta Suckow, Desirée Weber, Johanna Mantel, Dorthe Manthey, Heike Winzenried, Rebecca Einhoff, Lion Hirth, Sandra Fejjeri, Verena Schmidt und Claudia Kepp.

## I. Einleitung

Die Familie gilt als Kern des gemeinschaftlichen Zusammenlebens einer jeden Gesellschaft. Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der Verfassung und der Kinderrechtskonvention. Ein Leben getrennt von der eigenen Familie ist vor allem für diejenigen besonders hart, die aus ihrer Heimat flüchten mussten. **Die Familie schafft die Voraussetzung für Entwicklung, Wachstum und Geborgenheit – sie stellt einen geschützten Raum dar.** Für geflüchtete Kinder, die in ihrem Herkunftsland oder auf der Flucht traumatische Erfahrungen gemacht haben, ist dieser geschützte Raum essenziell. Er ist notwendige Voraussetzung, um Fuß zu fassen in der neuen Umgebung und um das eigene Handlungspotenzial entfalten zu können, das auch zur Teilnahme am gesellschaftlichen Leben in Deutschland befähigt.

**Im deutschen Familienrecht herrscht Konsens, dass ein Kind im Falle einer Trennung der Eltern Anspruch auf den Umgang mit seinen Geschwistern hat, wenn dies dem Wohl des Kindes dient.**<sup>2</sup> Anders die Wertung bei ausländischen Kindern: Der Begriff der Kernfamilie (§ 29 Abs. 2 AufenthG) ist hier enger – Geschwister sind aus Sicht des deutschen Gesetzgebers nicht Teil der nachzugsberechtigten Familie eines unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten.

Bis etwa Anfang 2016 wurde in solchen Fällen durch die Anwendung von Härtefallregelungen der gemeinsame Nachzug von minderjährigen Geschwistern ermöglicht. Seitdem kam es jedoch zu einer **Verschärfung der behördlichen Entscheidungspraxis**, die durch die restriktive Rechtsprechung des allein für Visaverfahren zuständigen VG Berlin und OVG Berlin-Brandenburg bestätigt wurde.<sup>3</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass auch bei minderjährigen Geschwistern **stets ausreichender Wohnraum** nachgewiesen werden muss im Falle eines Nachzugs und nur **in Ausnahmefällen von**

**der Lebensunterhaltssicherung abgesehen** werden kann.<sup>4</sup> Das Auswärtige Amt zementierte diese engen Voraussetzungen mit einem Runderlass vom 20. März 2017.<sup>5</sup> Beratungsstellen wie der Suchdienst des Deutschen Roten Kreuzes und die Perspektivberatung für Flüchtlinge des Caritasverbandes für die Stadt Köln e. V. berichten seitdem über zunehmende Anfragen von Betroffenen im vergangenen Jahr, bei denen Geschwistern der Nachzug verwehrt wurde.

**Wie groß ist das Problem in Zahlen?** Zu den beiden größten Flüchtlingsgruppen, die Schutzzuerkennungen bekommen, die zum Familiennachzug berechtigen, nämlich Syrien und Irak, liegen aktuelle Zahlen vor. So wurden im Jahr 2016 nach Auskunft des Auswärtigen Amtes 39.855 Visa an Familienangehörige syrischer und 8.299 an Familienangehörige irakischer Staatsangehörige zur Familienzusammenführung mit Schutzberechtigten erteilt.<sup>6</sup> Für den Familiennachzug zu Minderjährigen wurden im gleichen Zeitraum 3.210 Visa, darunter 2.079 zum Nachzug zu syrischen und 783 zu irakischen Minderjährigen ausgestellt. Im 1. Halbjahr 2017 waren es 3.836 Visa, davon 2.283 an Familienangehörige von syrischen und 1.185 von irakischen Minderjährigen.<sup>7</sup> Allerdings differenzieren diese Daten nicht danach, ob es sich um Nachzug der Eltern oder der Geschwister handelt. Wie hoch die Anzahl der Betroffenen also tatsächlich ist, lässt sich also nicht sagen. Es gibt im Ergebnis **keine robusten Daten**. Sie werden weder von den Auslandsvertretungen und Ausländerbehörden kontinuierlich erfasst, noch nachgehalten oder gar veröffentlicht. Hier liegt bereits der erste Nachbesserungsbedarf: **Datensammlung und Transparenz würden dazu beitragen, das Problem zu erfassen und künftige Fehlentscheidungen zu verhindern.** Bereits in anderen Bereichen des Familiennachzugs hat sich gezeigt, wie wichtig realistische Daten sind. Die

2 § 1685 BGB, vgl. ausführlich dazu Motzer, FamRB-Beratungspraxis, 7/2004, 231-234.

3 Diese Entwicklung wird auch vom UNHCR kritisiert: UNHCR, Familienzusammenführungen zu Personen mit internationalem Schutz, Asylmagazin 4/2017, S. 134 f.

4 OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 22.12.2016 – 3 S 98.16 – asyl.net: M24860, Asylmagazin 4/2017 und 3 S 106.16 – asyl.net: M24564.

5 Runderlass des Auswärtigen Amtes vom 20.03.2017, abrufbar auf familie.asyl.net/ausserhalb-europas/besondere-erteilungsvoraussetzungen/unter\_„Sonderfall\_Geschwisternachzug“.

6 Vgl. BT-Drs. 18/11473 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage BT Drs. 18/10960 vom 10.03.2017, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/114/1811473.pdf>.

7 Auskunft des Auswärtigen Amtes, vgl. Winzenried, Asylmagazin 9/2017 (in Erscheinung).



Nach ihrer Flucht aus dem Irak leben der 13-jährige Nasim und sein sechsjähriger Bruder Mahmud in einem Camp in Nordgriechenland unter prekären Bedingungen. © Tania Georgoupli / Save the Children

gesetzliche Aussetzung des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte wurde mit den hohen erwarteten Nachzugszahlen verknüpft.<sup>8</sup> Das IAB, eine Dienststelle der Bundesagentur für Arbeit, hat in einer Studie (Stand: Oktober 2017) berechnet, dass voraussichtlich bis zum Jahresende 2017 rund 400.000 Geflüchtete das Recht auf den Nachzug ihrer Ehepartner und minderjährigen Kinder haben.

Das Institut prognostiziert, dass auf jene Geflüchteten, die Anspruch auf Familiennachzug haben, 100.000 bis 120.000 Ehepartner und minderjährige Kinder im Ausland entfallen. Demnach kommen auf jeden Geflüchteten in Deutschland im Durchschnitt **0,28 nachzugsberechtigte Personen** – Bundesinnenminister Thomas de Maiziere sprach aber noch im August 2017 von einer nachzugsberechtigten Person pro Geflüchteten.<sup>9</sup>

---

8 Beispiel Äußerung von Bundesinnenminister Thomas de Maiziere, im August 2017, vgl. Beitrag im ZDF IAB-Studie zu Flüchtlingen – Familiennachzug zu hoch geschätzt, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/studie-des-staatlichen-institutes-iab-familiennachzug-mit-100.html>, Stand: 6. November 2011.

9 Brücker, Familiennachzug: 150.000 bis 180.000 Ehepartner und Kinder von Geflüchteten mit Schutzstatus leben im Ausland, IAB Forum, Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Bildungspolitik, Oktober 2017.

## II. Problemaufriss

Der Familiennachzug zu anerkannten Schutzberechtigten wird spätestens seit der Debatte um eine Verlängerung der Geltung der Regelung des § 104 Abs. 13 Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) wieder heftig diskutiert. Allerdings stellt sich im Rahmen des Familiennachzugs ein weiteres, bisher weniger beachtetes Problem. In den letzten Jahren ist ebenfalls eine große Zahl von sogenannten unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten nach Deutschland eingereist. Für viele von ihnen wurde dann ebenfalls ein Asylverfahren eingeleitet<sup>10</sup> und in einer Vielzahl von Fällen endete dieses mit der Anerkennung eines Schutzstatus, welcher zu einem Familiennachzug grundsätzlich berechtigt.<sup>11</sup>

Dieser Schutzstatus beziehungsweise der aus diesem Grund erteilte Aufenthaltstitel berechtigt gemäß § 36 Abs. 1 AufenthG die Eltern des unbegleiteten Minderjährigen zum Nachzug nach Deutschland, solange die Minderjährigkeit fortbesteht.<sup>12</sup> Dieses Nachzugsrecht erstreckt sich allerdings nicht gleichsam auf die minderjährigen<sup>13</sup> Geschwister des Minderjährigen. Dies führt dazu, dass die Eltern nach Deutschland nachziehen können, die minderjährigen Geschwister nicht. Diese müssen dann allein in einem Drittstaat oder ihrem Herkunftsland, beispielweise im Libanon in einem Flüchtlingslager oder in Syrien verbleiben. In der Praxis führt dies dazu, dass die Eltern entscheiden müssen, entweder die Geschwisterkinder im Herkunftsland zurück zu lassen, nur einen Elternteil nachziehen zu lassen oder vom Familiennachzug nach Deutschland ganz abzusehen.<sup>14</sup>

Im Folgenden wird analysiert, ob und unter welchen Voraussetzungen für die Geschwister des unbegleiteten Minderjährigen eine Möglichkeit des Familiennachzugs nach Deutschland besteht. Anschließend wird der Befund der deutschen Rechtslage mit den Vorgaben des höherrangigen Rechts verglichen, um abschließend hieraus eine Handlungsempfehlung zu generieren, die sich an die politischen Entscheidungsträger richtet.

---

10 Vertreten durch den Vormund. Vgl. im Einzelnen zum Asylverfahren in diesen Fällen und insb. zur Vertretung und Inobhutnahme gem. § 42 SGB VIII, Neundorf, ZAR 2016, 201 ff.; dies., in: Caritasverband (Hrsg.), Unbegleitete Minderjährige in Deutschland, 2. Aufl. 2017, S. 58 ff.

11 Also mit der Anerkennung als Asylberechtigter gem. Art. 16a GG oder als Flüchtling i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention. Bei einer Anerkennung als subs. Schutzberechtigter gem. § 4 AsylG ist auch bei umF der Familiennachzug bis März 2018 generell ausgeschlossen. Zur Rechtswidrigkeit der Aussetzung siehe Heuser, Asylmagazin 4/2017. Auch hier verbleibt dann nur ein Antrag gem. § 22 S. 1 AufenthG. Ausführlich hierzu siehe Schmitt/Muy, Asylmagazin 6/2017, S. 217 ff. Auch hier verbleibt dann nur ein Antrag gem. § 22 S. 1 AufenthG.

12 Vgl. hierzu VG Berlin, Beschl. v. 11.1.2017, Az.: VG 4 L 14.17 V = BeckRS 2017, 104413. Das Nachzugsrecht entfällt – unabhängig vom Zeitpunkt der Visumsbeantragung – mit Eintritt der Volljährigkeit des Minderjährigen, vgl. BVerwG NVwZ 2013, 1344 ff. Ob dies mit der sog. Familienzusammenführungsrichtlinie vereinbar ist, prüft derzeit der EuGH in der anhängigen Rechtssache C-550/16 (A. und S.). In den Jahren 2014 und 2015 hielten sich insg. 596 Personen eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 36 Abs. 1 AufenthG in Deutschland erteilt. Vgl. BT-Drs. 18/7119, S. 11.

13 Sollte bei den Geschwistern bereits die Volljährigkeit eingetreten sein, dann greifen die im Folgenden ausgeführten Überlegungen nicht. Es verbleibt dann in diesen Fällen nur ein Antrag gem. § 36 Abs. 2 AufenthG für sonstige Familienangehörige im Härtefall.

14 Oder aber, ob ein Elternteil den Familiennachzug verwirklicht, dann im Inland ein Schutzverfahren durchführt und dann nach Durchführung des Schutzverfahrens und eventueller Anerkennung als Schutzberechtigter die Rest-(Kern-)Familie nachholt.

### III. Deutsche Rechtslage und Entscheidungspraxis

Gemäß § 36 Abs. 1 AufenthG ist den Eltern eines Minderjährigen, der eine Aufenthaltserlaubnis als Resettlement-Flüchtling<sup>15</sup>, als Asylberechtigter<sup>16</sup>, als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter<sup>17</sup> eine Niederlassungserlaubnis nach Schutzanerkennung<sup>18</sup> erhalten hat, abweichend vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 und des ausreichenden Wohnraums nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn sich kein personensorgeberechtigter Elternteil<sup>19</sup> im Bundesgebiet aufhält.

Dies bedeutet, dass in diesen Fällen die Eltern eines als Schutzberechtigten anerkannten unbegleiteten Minderjährigen ein Visum zur Einreise erhalten können, ohne den sonst notwendigen Nachweis der Lebensunterhaltssicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) und eines ausreichenden Wohnraums in Deutschland (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) zu erbringen – es handelt sich also um einen erleichterten oder auch privilegierten Familiennachzug.<sup>20</sup> Dazu treten aber noch die hohen praktischen und administrativen Hürden: Wartezeiten von mehreren Monaten bis Jahren, bis eine Entscheidung gefällt wird und die Familien tatsächlich wieder zusammen finden können.<sup>21</sup> Aus dem ein-

deutigen Wortlaut dieser Norm folgt allerdings, dass **die minderjährigen Geschwister der unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten nicht von dem Familiennachzugsanspruch dieser Norm erfasst sind.**<sup>22</sup> Aus dem Schutzstatus des Minderjährigen im Inland lässt sich nach dieser Norm lediglich ein Nachzugsanspruch der Eltern, nicht aber der Geschwister ableiten. Auch findet sich in anderen Normen des Aufenthaltsgesetzes kein Anknüpfungspunkt in dieser Art.

Geprüft wird daher im Folgenden, ob aus dem Aufenthaltsrecht der Eltern nach § 36 Abs. 1 AufenthG eventuell ein Nachzugsrecht für die Geschwister abgeleitet werden kann.<sup>23</sup>

#### 1. Kindernachzug nach § 32 AufenthG

Gemäß § 32 Abs. 1 AufenthG ist einem minderjährigen<sup>24</sup> ledigen Kind eines Ausländers ein Aufenthaltstitel zu erteilen, wenn beide Eltern oder ein personensorgeberechtigter Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis<sup>25</sup> besitzen.<sup>26</sup> Diese Norm ist zwar auf die hier diskutierten Fälle grundsätzlich anwendbar. Auch ein Visum, welches die Eltern in der deutschen Auslandsvertretung

15 Aufenthaltstitel aufgrund Einreise über ein sog. Resettlementprogramm nach § 23 Abs. 4. Vgl. hierzu näher [www.resettlement.de](http://www.resettlement.de).

16 § 25 Abs. 1: Aufenthaltstitel aufgrund Anerkennung der Asylberechtigung gem. Art. 16a GG.

17 § 25 Abs. 2: Aufenthaltstitel aufgrund Anerkennung der Flüchtlingeigenschaft oder Zuerkennung des sog. subsidiären Schutzes.

18 Gem. § 26 Abs. 3 AufenthG oder bei Subs. Schutzberechtigten gem. § 26 Abs. 4 AufenthG. Für subs. Schutzberechtigte ist dieses Recht gem. § 104 Abs. 13 AufenthG bis zum 16.3.2018 ausgesetzt.

19 Vgl. zu diesem Begriff und dessen unionsrechtskonformer Auslegung, Oberhäuser, in: Hofmann (Hrsg.), AuslR, 2. Aufl. 2016, AufenthG, § 36 Rn. 8

20 Die Visumserteilung ist daher relativ „voraussetzungsarm“. Vgl. auch BT-Drs. 16/5065, S. 176. Verkannt werden dürfen hierbei aber nicht die tatsächlichen Probleme bei der Visumsbeantragung, wie etwa die Terminerlangung bei einer deutschen Auslandsvertretung, die Möglichkeit des Zugangs zur Auslandsvertretung, der Nachweis der Elternschaft, die Kosten der Visumsbeantragung und Nachweiserbringung etc. Vgl. zum Verfahrensablauf der Visumserteilung, insb. zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit der langen Wartezeiten auf die Visubeantragung zw. Bearbeitung der Anträge, Behnke, InfAuslR 2017, 5 ff.

21 Cremer, Das Recht auf Familie Familieneinheit von Kindern und Eltern ermöglichen – auch für subsidiär Geschützte, Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Dezember 2016.

22 Mit der Norm geschützt werden die Interessen des unbegleiteten Minderjährigen am Zusammenleben mit seinen Eltern, nicht aber die Interessen der Eltern am Zusammenleben mit dem Kind, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.2.2017, Az.: OVG 3 S 9.17 = InfAuslR 2017, 244.

23 Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, dass die Geschwister ohne Eltern zum Minderjährigen nachziehen wollen. Hierfür ist nur § 36 Abs. 2 AufenthG einschlägig.

24 Ab 16 Jahren könne die besonderen Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 AufenthG einschlägig sein, wenn der Minderjährige seinen Lebensmittelpunkt nicht gemeinsam mit den Eltern oder dem allein personensorgeberechtigten Elternteil verlegt. Vgl. zu den dann zu beachtenden Anforderungen VG Berlin, Urt. v. 25.7.2016, Az.: VG 19 K 315.15 V = BeckRS 2016, 50077.

25 Oder eine Blaue-Karte EU, eine ICT-Karte, eine Mobiler-ICT-Karte, eine Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU.

26 Beachte § 32 Abs. 3 AufenthG, wonach bei Nachzug zu einem personensorgeberechtigten Elternteil der im Ausland verbleibende personensorgeberechtigte Elternteil sein Einverständnis geben muss. Vgl. zur Frage der notwendigen Anhörung der Kinder in einem im Ausland geführten Sorgerechtsverfahren, OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.4.2017, Az.: 11 N 30.17 = NZFam 2017, 530 ff. mit Anm. v. Zimmermann, S. 531 f.; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2014, 935 f.

beantragen, ist ein Aufenthaltstitel in diesem Sinne.<sup>27</sup> Dies bedeutet, dass die Eltern zeitgleich mit der Beantragung ihrer Visa gemäß § 36 Abs. 1 AufenthG die Visa für die mitziehenden, minderjährigen Kinder beantragen können.<sup>28</sup>

Die Eltern müssen allerdings bei der Antragstellung nachweisen, dass der Lebensunterhalt in Deutschland gesichert und ausreichender Wohnraum vorhanden ist. Dies folgt daraus, dass der Gesetzgeber in § 32 Abs. 1 AufenthG keine ausdrückliche Abweichungsklausel von diesen Voraussetzungen normiert hat, anders als beispielsweise in § 36 Abs. 1 AufenthG.

§ 5 Abs. 1 AufenthG fordert den **Nachweis der Lebensunterhaltssicherung** im Inland nur „in der Regel“. Dies bedeutet, dass es im Einzelfall möglich ist, einen Aufenthaltstitel bzw. ein Visum zu erteilen, obwohl der Lebensunterhalt nicht gesichert ist. Es spricht viel dafür, dass dies bereits dann angenommen werden kann, wenn minderjährige Geschwister unversorgt im Herkunftsstaat zurückbleiben würden.<sup>29</sup>

§ 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG normiert aber, das „**ausreichender Wohnraum zur Verfügung stehen muss**“.<sup>30</sup> Aufgrund des klaren Wortlautes ist ein Absehen hiervon – unabhängig von den Umständen des Einzelfalles – nicht möglich. Dies bedeutet, dass die Eltern selbst ohne Nachweis von Wohnraum einreisen

können, allerdings zur Mitnahme ihrer Kinder für diese dann nachweisen müssen, dass in Deutschland ausreichender Wohnraum vorhanden ist.<sup>31</sup> Sollte dies nicht gelingen, kann ein Visum für die Geschwister nicht erteilt werden.<sup>32</sup> Dies bedeutet, dass eine Visumserteilung für die Geschwisterkinder in diesen Fällen an der Voraussetzung des Nachweises des Wohnraumes scheitern kann und in der Praxis in der Regel auch scheitert.<sup>33</sup> Denn das bedeutet, dass **für jedes Kind über sechs Jahren mindestens zwölf Quadratmeter**, unter sechs Jahren zehn Quadratmeter zur Verfügung stehen müssen und Nebenräume (Küche, Bad, WC) in angemessenem Umfang mitgenutzt werden können.<sup>34</sup>

## 2. Nachzug sonstiger Familienangehöriger im Härtefall nach § 36 Abs. 2 AufenthG

Falls die Voraussetzungen des § 32 AufenthG nicht vorliegen bzw. die notwendigen Nachweise nicht erbracht werden können, verbleibt als einziger weiterer Anknüpfungspunkt für einen sofortigen Mitzug der Geschwister mit den Eltern § 36 Abs. 2 S. 1 AufenthG.<sup>35</sup> Hier nach kann eine Aufenthaltserlaubnis für sonstige Familienangehörige<sup>36</sup> erteilt werden, wenn dies „zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich“ ist. Problematisch bei dieser Norm ist zunächst, dass auch

27 So ausdrücklich OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.12.2016, Az.: OVG 2 S 106/16 = NVwZ-RR 2017, 259 (260 Rn. 3) m.w.N.; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2016, 471.

28 Aufgrund der Anerkennung dieser Möglichkeit muss § 32 Abs. 4 AufenthG, welcher einen Geschwisternachzug in Ausnahmefällen bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 ermöglicht, nicht diskutiert werden. Auch dieser setzt im Übrigen den Nachweis der Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, d.h. insb. ausreichenden Wohnraum voraus. Vgl. zu § 32 Abs. 4 AufenthG: BeckOK AuslR/Tewocht, AufenthG, § 32 Rn. 38 ff. Insb. zum hier gewählten Begriff der „besonderen Härte“ BeckOK AuslR/Tewocht, AufenthG, § 36 Rn. 9a unter Verweis auf BVerwG EZAR NF 34 Nr. 47 = BeckRS 2014, 45002.

29 So Heinhold, ZAR 2012, 142 (145).

30 Vgl. zum Begriff des ausreichenden Wohnraums § 2 Abs. 4 AufenthG. Grund für diese Anforderung des Gesetzgebers ist der Schutz hygienischer Mindeststandards und der Schutz vor Obdachlosigkeit. Vgl. BeckOK AuslR/Tewocht, AufenthG, § 29 Rn. 4.

31 BeckOK AuslR/Eichenhofer, AufenthG, § 2 Rn. 12.

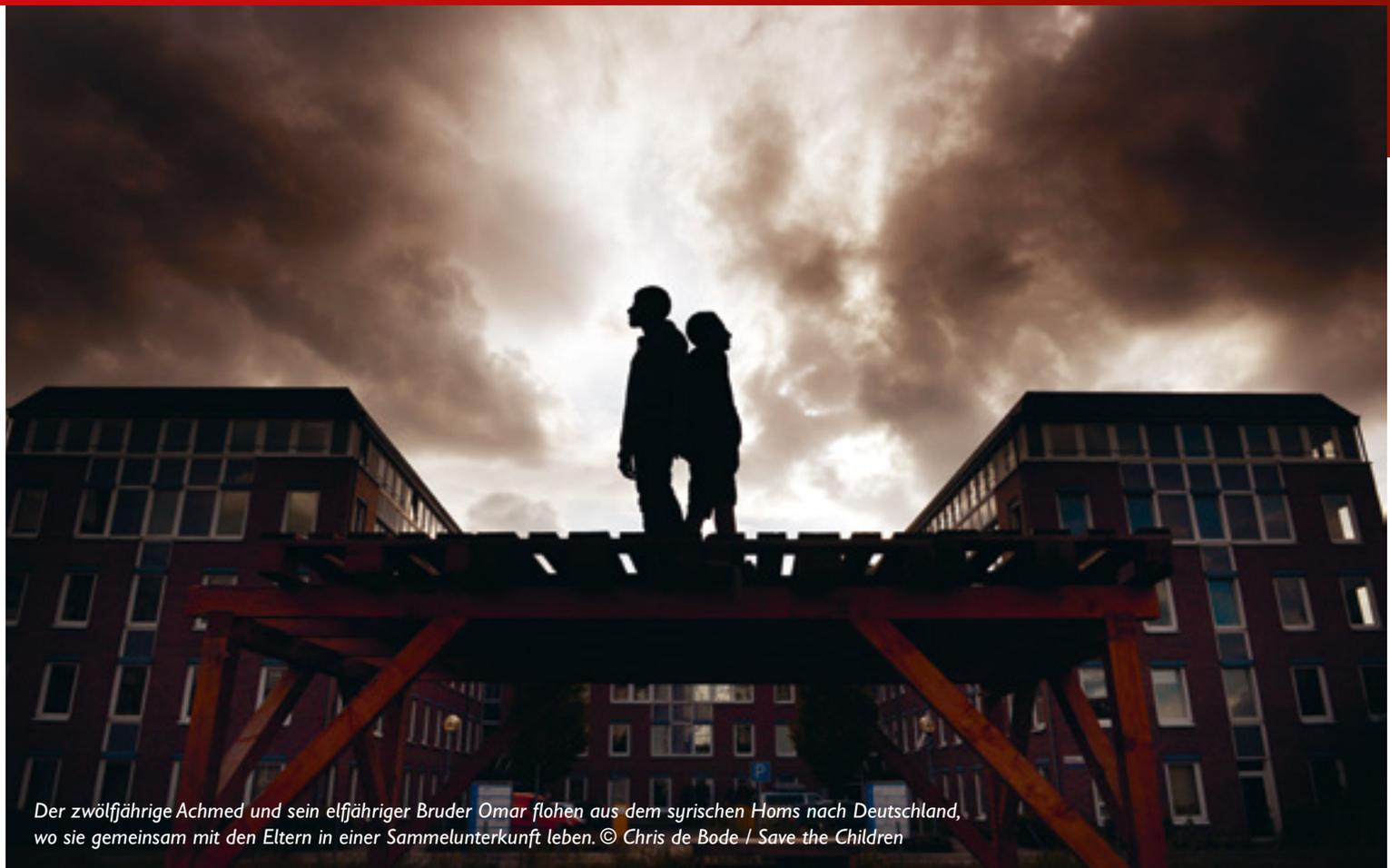
32 Wobei in der Praxis dieses Problem teilweise darüber gelöst wird, dass die Anforderungen an einen Wohnraumnachweis sehr gering angesetzt werden.

33 Dies wird im Übrigen auch nicht über die Regelung des § 29 Abs. 2 AufenthG geheilt, welche ein Absehen vom Wohnraumerfordernis vorsieht, wenn ein Antrag auf diesen innerhalb von drei Monaten nach Schutzanerkennung als Asylberechtigter oder Flüchtling iSd GfK oder Subs. Schutzberechtigter – aber: § 104 Abs. 13 AufenthG – vorliegt. Die Eltern des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings befinden sich noch im Ausland und können einen evtl. Antrag auf Familiennachzug von dort aus nicht stellen. Ein solcher kann auch nicht hypothetisch angenommen werden. So OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2017, 259 (260 Rn. 8).

34 So BeckOK AuslR/Eichenhofer, AufenthG, § 2 Rn. 12.

35 Sollte „nur“ der Nachzug eines oder mehrerer minderjähriger Geschwister im Raum stehen, so ist dies die einzig anwendbare Rechtsgrundlage zur Visumserteilung.

36 Damit ist diese Norm gleichzeitig auch der einzige Anknüpfungspunkt im deutschen Recht für den Familiennachzug von Personen, die nicht zur sog. Kernfamilie gehören (Onkel, Tanten, Großeltern etc.). Vgl. BeckOK AuslR/Tewocht, AufenthG, § 36 Rn. 8.



Der zwölfjährige Achmed und sein elfjähriger Bruder Omar flohen aus dem syrischen Homs nach Deutschland, wo sie gemeinsam mit den Eltern in einer Sammelunterkunft leben. © Chris de Bode / Save the Children

hier die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen müssen.<sup>37</sup> Auch hier muss daher die Lebensunterhaltssicherung gem. § 5 Abs. 1 AufenthG und das Vorhandensein von ausreichendem Wohnraum gem. § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nachgewiesen werden.<sup>38</sup>

Eine weitere Hürde ist die erforderliche Voraussetzung der sogenannten „**außergewöhnlichen Härte**“. Eine solche ist anzunehmen, wenn im konkreten Einzelfall gewichtige Umstände vorliegen, die unter Berücksichtigung des Schutzgebotes des Art. 6 GG und im Vergleich zu den sonstigen geregelten Fällen des Familiennachzuges ausnahmsweise die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug gebieten, d.h. dass die Ablehnung der Erlaubnis schlechthin unvertretbar ist.<sup>39</sup> Ob dies der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung aller im Einzelfall relevanten, auf die Notwendigkeit der Herstellung oder der Erhaltung der Familiengemeinschaft bezogenen konkreten Umstände beantwortet werden. Im Ergebnis wird damit mit anderen

Worten der Schutz der Geschwisterkinder unter einen monetären Vorbehalt gestellt.

### 3. Zusammenfassung

Im Ergebnis besteht daher für die Eltern eines unbegleiteten Minderjährigen eine relativ einfache, „voraussetzungslose“ Möglichkeit, zu dem Minderjährigen nach Deutschland nachzuziehen. Das gilt nicht für die Geschwister des unbegleiteten Minderjährigen. Für diese fehlt es an einer eigenständigen, ähnlich voraussetzungslosen Nachzugsmöglichkeit. Als Nachweis ist hier immer mindestens das Vorhandensein von ausreichendem Wohnraum und in der Regel der Lebensunterhaltssicherung notwendig. Sollte dies nicht möglich sein, so dürfen die Geschwister nicht mit den Eltern gleichzeitig nach Deutschland ziehen.

<sup>37</sup> BeckOK AusIR/Tewocht, AufenthG, § 36 Rn. 7.

<sup>38</sup> Sollte in der Fallgestaltung „nur“ der Nachzug von minderjährigen Geschwistern zum unbegleiteten Minderjährigen Gegenstand sein, so kann ein Absehen vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung mit dem sonst entstehenden Konflikt mit dem Jugendhilferecht argumentiert werden.

<sup>39</sup> Formulierung aus BeckOK AusIR/Tewocht, AufenthG, § 36 Rn. 9. Vgl. auch Nr. 36.2.2.1 f. VV-AufenthG. Umstände, die sich aus den allgemeinen schlechten Umständen in dem Herkunftsstaat ergeben, reichen hiernach generell nicht aus.

## IV. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Im Folgenden wird geprüft, ob die aufgeführte deutsche Rechtslage mit den einschlägigen in Betracht kommenden höherrangigen Rechtsquellen vereinbar ist.<sup>40</sup> Hierbei wird zunächst knapp überprüft, ob auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts Regelungen vorhanden sind, die einen Geschwisternachzug ermöglichen. Im Anschluss wird geprüft, ob sich ein solcher Anspruch eventuell aus den einschlägigen Rechtsquellen des Völkerrechts und der grundrechtlichen Schutzvorgaben ergibt.<sup>41</sup>

### 1. Vorgaben des Europäischen Sekundärrechts

Gemäß Art. 10a Abs. 3 der sogenannten Familienzusammenführungsrichtlinie<sup>42</sup> gestatten die Mitgliedstaaten einem als Flüchtling anerkannten Minderjährigen die Einreise und den Aufenthalt seiner Verwandten ersten Grades in gerade aufsteigender Linie zum Zwecke der Familienzusammenführung. Verwandte in aufsteigender Linie ersten Grades sind nur die Eltern.<sup>43</sup> Die Geschwister des unbegleiteten Minderjährigen fallen nicht unter diese Regelung. Dies folgt auch daraus, dass die Norm allein dem Schutz des unbegleiteten Minderjährigen, der sich bereits auf dem Gebiet eines der Mitgliedstaaten befindet, und seinem Interesse an der Familieneinheit mit den Eltern dient.<sup>44</sup> Im Übrigen ist es gemäß Art. 7 Abs. 1 a – c) der Familienzusammenführungsrichtlinie auch grundsätzlich zulässig, dass ein Familiennachzug unter der Bedingung steht, dass der Zusammenführende nachweist, dass ausreichender Wohnraum, eine Krankenversicherung und bei ihm ein ausreichendes Einkommen zur Deckung des Lebensunterhaltes für die Familienmitglieder vorliegt.<sup>45</sup> Weitere für die hier behandelte Fallkonstellation einschlägige Rechtsquellen des Unionsrechts sind nicht ersichtlich.

### 2. Weitere zu beachtende Rechtsvorgaben

#### a) UN-Kinderrechtskonvention

Die sogenannte UN-Kinderrechtskonvention<sup>46</sup> normiert auf der Ebene des Völkerrechts als völkerrechtlicher Vertrag einen **Mindestschutzstandard für alle Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben**.<sup>47</sup> Hierbei folgt aus der Kinderrechtskonvention unter anderem gemäß Art. 3, dass bei allen staatlichen Entscheidungen, die Kinder betreffen, das **Kindeswohl**<sup>48</sup> im Rahmen der Abwägung ein Gesichtspunkt ist, der „vorrangig zu berücksichtigen ist“.<sup>49</sup> Auch normiert Art. 10 der Kinderrechtskonvention, dass **Anträge zwecks Familienzusammenführung wohlwollend, human und beschleunigt** bearbeitet werden sollen.

40 Hierbei werden die in Betracht kommenden Rechtsquellen nicht im Rahmen einer dogmatischen Reihenfolge aufgeführt.

41 Wobei aus Platzgründen auf Ausführungen zur jeweiligen Stellung und Auslegungsmethoden der besprochenen Rechtsquellen verzichtet wird.

42 Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251/12 v. 3.10.2003. Zwar ist der Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie mit dem im Völkerrecht teilweise gebräuchlichen Familienbegriff nicht identisch, allerdings sind die Geschwister eines unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings in allen Definitionen vom Familienbegriff enthalten, so dass auf diese Unterschiede hier nicht eingegangen wird.

43 Zu Verwandtschaftsgraden vgl. die deutsche Regelung des § 1589 S. 3 BGB. Zwischen Geschwistern begründet sich die Verwandtschaft aufgrund zweier Geburten.

44 Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 11.1.2017, Az.: VG 4 L 14.17 V, Rn. 6 = BeckRS 2017, 104413; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.9.2016, Az.: OVG 3 S 42.16, OVG 3 M 68.16 = BeckRS 2016, 52489. Geschwister können daher nur unter die Regelung des Art. 10 Abs. 3 b) der Familienzusammenführungsrichtlinie fallen, wonach ein Familiennachzug gestattet werden kann, wenn die Eltern des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings unauffindbar oder tot sind.

45 Vgl. EuGH, Urt. v. 4.3.2010, Rs. C-578/08 („Chakroun“) = NVwZ 2010, 697 ff. m. Anm. Huber.

46 Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Convention on the rights of the child, CRC).

47 Vgl. insgesamt zur KRK: Schmahl, Kinderrechtskonvention, Kommentar, 2. Aufl. 2017.

48 Wobei nicht geklärt ist, was der Begriff des Kindeswohls überhaupt umfasst. Vgl. hierzu Löhr, Die Kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs, S. 68 ff., wonach die Beachtung des Kindeswohls die Verpflichtung ist, alle für eine Entscheidung relevanten kinderspezifischen Tatsachen und Rechte umfassend zu berücksichtigen und die Art und Weise der Berücksichtigung im Rahmen der Entscheidungsgründe darzulegen. (S. 71). Die hierbei gefundenen Punkte müssten dann in der Abwägung entsprechend gewichtet werden (=Primary consideration (engl. Wortlaut Art. 3 KRK). Ende, IPRax 1998, 244 ff. wirft die Frage auf, ob auch kulturelle Aspekte bei der Bestimmung des Kindeswohles mit zu berücksichtigen sind.

49 In der englischen Sprachfassung: „shall be a primary consideration“:

Aus den Vorgaben der Kinderrechtskonvention folgt zwar nicht, dass die Gesichtspunkte des Kindeswohls<sup>50</sup> in allen Entscheidungen des Staates überwiegen. Das Kindeswohl muss aber im Rahmen des Abwägungsvorganges immer ein **besonderes Gewicht** erhalten. Es ist jeweils abzuwägen, ob das Kindeswohl im Einzelfall überwiegt oder nicht. Ein genereller Schluss, dass in allen Fällen immer das Kindeswohl überwiegt, ist hieraus allerdings nicht zu ziehen.<sup>51</sup> Dies deckt sich auch mit Art. 10 der Kinderrechtskonvention. Hiernach werden Anträge auf Familienzusammenführung beschleunigt bearbeitet, allerdings wird hier kein direktes Recht auf Familienzusammenführung normiert.<sup>52</sup>

Im Ergebnis folgt daher auch aus der Kinderrechtskonvention zwar kein direkter Anspruch auf einen Familiennachzug der Geschwister, aber die Vorgabe, dass das Kindeswohl in allen Entscheidungen der Familienzusammenführung vorrangig zu beachten ist.<sup>53</sup> Dies bedeutet, dass **beim Nichtinzutreten besonderer staatlicher Interessen die Interessen des Kindes am Nachzug immer überwiegen und eine Nachzugsentscheidung zu Gunsten des Minderjährigen getroffen werden muss.**

## b) Europäische Menschenrechtskonvention

Gem. Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention hat jedermann das Recht auf Privat- und Familienleben. Dieser Schutz umfasst hierbei insbesondere die Kernfamilie, d.h. Eltern und Kinder. Dazu gehört aber

auch die Beziehung der Geschwister untereinander.<sup>54</sup> Umfasst von diesem Schutz ist das **Recht der familiären Lebensgemeinschaft auf Zusammenleben**, allerdings nicht das Zusammenleben in einem bestimmten Staat.<sup>55</sup> Mit anderen Worten folgt aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention kein absolutes Recht auf Familiennachzug. Das familiäre Zusammenleben ist aber ein besonders hohes Rechtsgut, welches bei allen behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen zu beachten ist.<sup>56</sup>

Das Wohl des Kindes ist von zentraler Bedeutung, wenn bei diesen familiären Nachzugsentscheidungen Kinder betroffen sind.<sup>57</sup> Dies bedeutet zwar nicht, dass mit dieser Beachtung des Kindeswohles ein Abwägungsergebnis vorgegeben ist. Es bedeutet, dass **Kindeswohlbelange zentral mit in die Entscheidung eingebunden** werden müssen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte formulierte diese Vorgabe folgendermaßen:

**„While the best interest of the child cannot be a ‚trump card‘ which requires admission of all children who would be better off living in a Contracting State, the domestic courts must place the best interest of the child at the heart of their considerations and attach crucial weight to it.“<sup>58</sup>**

Zu beachten ist, dass der Europäische Gerichtshof bei dieser Frage auch immer in Bezug nimmt, ob der Nach-

50 Die in Fällen des Geschwisternachzuges im Regelfall dahingehend ausgelegt werden können, dass das Wohl des Kindes ein sofortiges Mitziehen mit den Eltern gebietet.

51 Soweit ersichtlich allg. Ansicht. Vgl. bspw. BVerwG, NVwZ 2013, 1493 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.3.2012, Az.: OVG 3 B 21.11, Rn. 33 (juris). Sollte allerdings in einer behördlichen Entscheidung das Kindeswohl nicht nach Maßgabe der KRK in die Ermessensentscheidung mit einfließen, liegt ein Ermessens Fehlgebrauch i.S.d. § 114 VwGO vor.

52 Es müsste ansonsten auch geprüft werden, ob Art. 10 KRK direkt anwendbar ist und sich hieraus ein – nach deutschem Rechtsverständnis für den Familiennachzugsanspruch notwendiges – subjektives Recht ergibt. Argumentieren lässt sich allerdings, dass aus Art. 10 KRK die Verpflichtung der beschleunigten Visumbearbeitung und insb. die Verpflichtung zur schnellen Terminvergabe zur Visumantragstellung folgt.

53 Zu überlegen ist, ob in geeigneten Fällen nach Durchlaufen des nationalen Rechtsweges ein Individualbeschwerdeverfahren beim Ausschuss für Kinderrechte der Vereinten Nationen durchgeführt wird. Vgl. hierzu [www.kinderechtskonvention.info](http://www.kinderechtskonvention.info).

54 EGMR, Urt. v. 18.2.1991, Appl.Nr. 12313/86 (Moustaquim vs. Belgium), Rn 45 f.; ders., Urt. v. 6.4.2010, Appl.Nr. 4694/03 (Mustafa and Armağan Akan vs. Turkey), Rn. 19.

55 Auf die deutsche Grundrechtsdogmatik übertragen kann Art. 8 EMRK daher in erster Linie als Abwehrrecht und nicht als Leistungsrecht verstanden werden. Vgl. BVerwG, NVwZ 2013, 1493 (1495 Rn. 22).

56 Die Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention wird hierbei, wie der EGMR in ständiger Rechtsprechung bestätigt, von den Vorgaben der Kinderrechtskonvention beeinflusst.

57 EGMR, Urt. v. 8.11.2016, 56971/10 (El Ghatet), Rn. 46 m.w.N. = NLMR 2016, 528 ff.

58 So EGMR, Urt. v. 8.11.2016, 56971/10 (El Ghatet), Rn. 46 m.w.N.

zug des Familienangehörigen **die einzige Möglichkeit darstellt, ein Familienleben zu entwickeln**, etwa weil Hindernisse für eine Wohnsitzbegründung im Ausland bestehen oder besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer eine solche Wohnsitzbegründung nicht erwartet werden kann.<sup>59</sup> Dies führt gerade in Fluchtkonstellationen, in denen kein Familienleben im Heimatland mehr möglich ist, in der Regel dazu, dass die Nachzugsinteressen überwiegen.

### c) Grundgesetz

Gemäß Art. 6 Absatz 1 und 2 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen staatlichen Schutz.<sup>60</sup> Familie ist die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern, aber auch der Geschwister untereinander.<sup>61</sup> Dieser Schutz umfasst insbesondere auch im Ausland lebende Familienangehörige.<sup>62</sup> Die Ausländerbehörden werden hierdurch verpflichtet, bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die bestehenden familiären Bindungen des Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, umfassend zu berücksichtigen.<sup>63</sup> Aus Art. 6 GG kann zwar kein unmittelbarer Anspruch auf ein Einreise- oder Aufenthaltsrecht abgeleitet werden.<sup>64</sup> Die Pflicht des Staates zum Schutz der Familie drängt einwanderungspolitische Belange aber dann zu-

rück, **wenn die gelebte Familiengemeinschaft nur in der Bundesrepublik stattfinden kann**, etwa weil besondere Umstände demjenigen Mitglied dieser Gemeinschaft, zu dem der Ausländer eine außergewöhnlich enge Beziehung hat, ein **Verlassen des Bundesgebiets unzumutbar** machen.<sup>65</sup> Handelt es sich bei diesem Mitglied der Familiengemeinschaft um ein Kind, so ist maßgeblich auf die Sicht des Kindes abzustellen und dessen Interessen besonders zu gewichten und zu berücksichtigen.<sup>66</sup>

### d) EU-Grundrechtecharta

Auch die europäische Grundrechtecharta<sup>67</sup> normiert in Art. 7 den Schutz der Familie und Art. 24 besondere Kinderrechte. Diese gehen jedoch nicht über die oben skizzierten Rechte und Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention in Bezug auf die hier diskutierte Fallgestaltung hinaus.<sup>68</sup> Insofern kann bzgl. des Inhalts der GrCH auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.<sup>69</sup>

### e) Fazit

Aus allen analysierten Rechtsquellen folgt, dass in allen Fällen das Kindeswohl bzw. das Recht auf familiäre Zusammenleben auch der Geschwister miteinander eine

59 So BVerwG, Urt. v. 30.3.2010, Az.: 1 C 8.09 = BVerwGE 136, 231 m. w. N.

60 Der Schutzbereich des Art. 6 GG korrespondiert hierbei mit Art. 8 EMRK. Dies folgt schon daraus, dass bei der Bestimmung des Schutzbereiches der Grundrechte die Vorgaben der EMRK mit in die Auslegung mit einbezogen werden.

61 Vgl. Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg) Grundgesetz Kommentar, Stand 79. EL Dez. 2016, Art. 6 GG R n. 60 ff.; Antoni, in: Hörnig/Wolff (Hrsg.), GG-Kommentar, 11. Aufl. 2016, Art. 6 Rn. 6.

62 Vgl. Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg) Grundgesetz Kommentar, Stand 79. EL Dez. 2016, Art. 6 GG R n. 60 ff.

63 BVerwG, BeckRS 2014, 45002, Rn. 14 m.w.N. = BVerwGE 147, 278.

64 Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg) Grundgesetz Kommentar, Stand 79. EL Dez. 2016, Art. 6 GG Rn. 62.; Antoni, in: Hörnig/Wolff (Hrsg.), GG-Kommentar, 11. Aufl. 2016, Art. 6 Rn. 9.

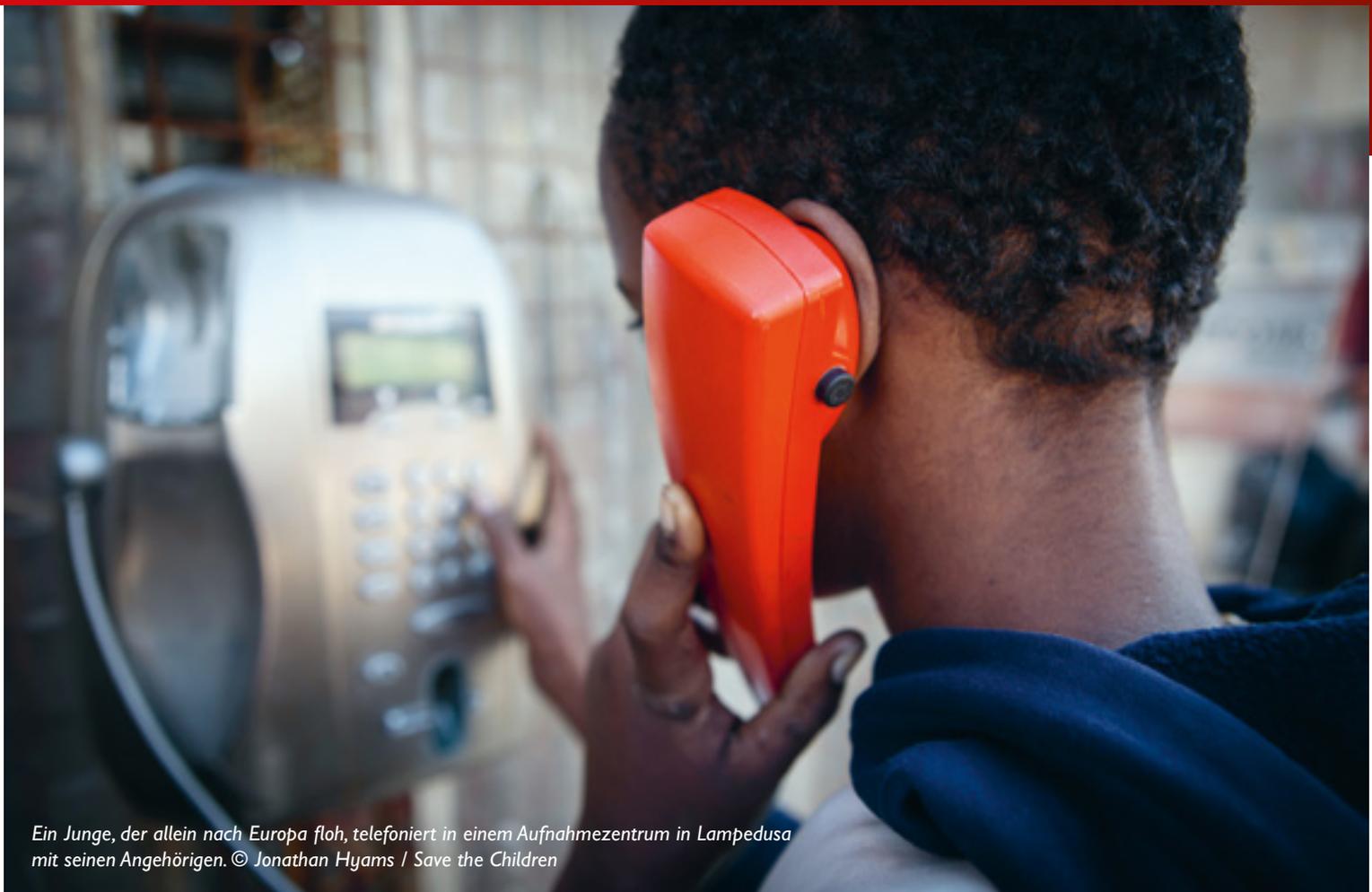
65 BVerwG, BeckRS 2014, 45002, Rn. 14 m.w.N. = BVerwGE 147, 278. Vgl. aber auch Antoni, in: Hörnig/Wolff (Hrsg.), GG-Kommentar, 11. Aufl. 2016, Art. 6 Rn. 9, der davon spricht, dass „die Pflicht des Staates zum Schutz der Familie regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück(drängt – Anm. des Verf.)“.

66 BVerwG, NVwZ 2013, 1493 ff.; OVG Baden-Württemberg, InfAuslR 2017, 45 (48).

67 Es sei hier dahingestellt, ob die Grundrechtecharta in den hier betrachteten Fällen anwendbar ist.

68 Art. 7 GrCH ist Art. 8 EMRK direkt nachgestaltet. Art. 24 GrCH wird auch als „Kondensat der Kinderrechtskonvention“ gewertet. So Steindorf-Claasen, EuR 2011, 19 (28 ff.). Insofern die Grundrechtecharta anwendbar ist, muss die Kinderrechtskonvention als Rechtsquelle für den Gehalt des Grundrechtsschutzes auf Europäischer Ebene mit herangezogen werden. Thym, NJW 2006, 3249 (3250). Besprechung von EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 (Europäisches Parlament / Rat der Europäischen Union) = NVwZ 2006, 1033 ff.

69 Vgl. BVerwG, NVwZ 2013, 1493 (1495 Rn. 23).



Ein Junge, der allein nach Europa floh, telefoniert in einem Aufnahmezentrum in Lampedusa mit seinen Angehörigen. © Jonathan Hyams / Save the Children

**hohe Gewichtung** in den einzelnen Fallgestaltungen erlangen muss.<sup>70</sup> Hieraus folgt auch, dass es Sachverhalte geben kann, in denen die Erlaubnis des Familiennachzugs die einzig verhältnismäßige Entscheidung ist. Das hängt maßgeblich von zwei Aspekten ab:

- **Welche Folgen diese Entscheidung für das Wohl der zur Kernfamilie gehörenden Kinder hat.**
- **Kann die Familie darauf verwiesen werden, die angestrebte familiäre Lebensgemeinschaft mit dem Kläger im Herkunfts- oder Drittstaat zu führen, oder stehen dem Hindernisse oder sonstige erhebliche Belange der Familie entgegen?**<sup>71</sup>

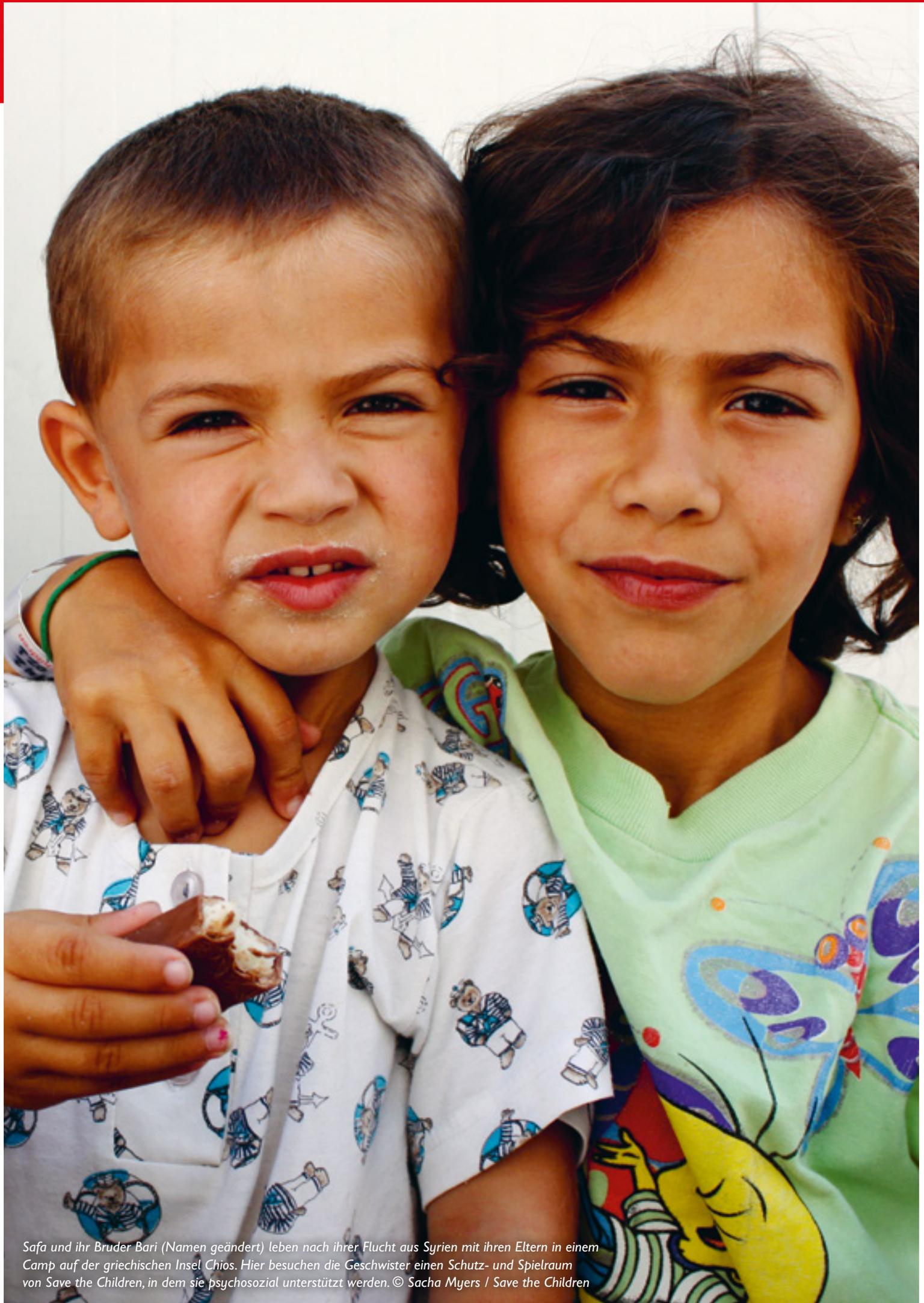
In Fällen, in denen es um geflüchtete Kinder geht, werden diese beiden Voraussetzungen regelmäßig erfüllt

sein. **In diesen Fällen muss ein Familiennachzug auch der Geschwister möglich sein.** Zwar lässt sich aus keiner der geprüften Rechtsgrundlagen ein in jedem Falle vorliegender Anspruch des unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten auf Geschwisternachzug herleiten. Entgegen dem in Art. 10 Abs. 3 a) der Familienzusammenführungsrichtlinie normierten Nachzugsrecht der Eltern besteht kein vergleichbares absolutes Recht auf den Nachzug auch der Geschwister. Aus den analysierten Rechtsquellen folgt, dass in allen Fällen das Kindeswohl bzw. das **Recht auf familiäre Zusammenleben** auch der Geschwister untereinander eine **hohe Gewichtung** in jeder behördlichen Entscheidung erlangen muss. Geschwister sind Teil der familiären Struktur und bei vorherigem Zusammenleben stellen sie wichtige sozial-familiäre Bezugspersonen dar.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Hieraus folgt im Übrigen auch, dass dann, wenn in einer Visumsentscheidung diese Umstände des Kindeswohls etc. nicht beachtet werden, ein Ermessensfehler i.S.d. § 114 VwGO besteht und die Entscheidung schon deswegen rechtswidrig ist.

<sup>71</sup> Bei einer Nichtbeachtung der aufgeführten Rechte und Abwägungsvorgaben im Einzelfall kann die Entscheidung daher aufgrund der Nichtbeachtung angefochten werden. Es besteht eine staatliche Verpflichtung, diese Rechte in die Interessenabwägung mit einzubeziehen.

<sup>72</sup> vgl. ausführlich dazu Motzer, FamRB-Beratungspraxis, 7/2004, 231-234; sowie Santavirta, Long term mental health outcomes of Finnish children evacuated to Swedish families during the second world war and their non-evacuated siblings: cohort study, BMJ 2014, 350.



Safa und ihr Bruder Bari (Namen geändert) leben nach ihrer Flucht aus Syrien mit ihren Eltern in einem Camp auf der griechischen Insel Chios. Hier besuchen die Geschwister einen Schutz- und Spielraum von Save the Children, in dem sie psychosozial unterstützt werden. © Sacha Myers / Save the Children

## V. Handlungsempfehlung an Verwaltung und Politik

Aus der vorgenommenen Untersuchung folgt, dass sichergestellt sein muss, dass eine grund- und menschenrechtskonforme Entscheidung bezüglich des Geschwisternachzugs immer dementsprechend getroffen wird. Genau hieran fehlt es aber, da der Gesetzgeber ein Absehen von § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in den hier diskutierten Fällen des Geschwisternachzugs gerade nicht ermöglicht.<sup>73</sup>

Abgestellt werden kann hier im Übrigen auch nicht auf § 22 AufenthG, der die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus dringenden humanitären Gründen ermöglicht. Dies ergibt sich – unabhängig von der Frage, wann solche dringenden humanitären Gründe vorliegen<sup>74</sup> – daraus, dass die Vorschrift des § 22 AufenthG in der Systematik des Aufenthaltsgesetzes nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen soll und gerade keine general-klauselartige Befugnis begründet.<sup>75</sup> Würde man den § 22 AufenthG auf die hier skizzierte gerade gegebene regelmäßige Notwendigkeit des Geschwistermitzugs anwenden, würde genau ein solcher nicht gewünschter Generalklauselcharakter der Norm ausgelöst.<sup>76</sup>

Der Gesetzgeber ist im Ergebnis daher aufgefordert, zu reagieren und – zumindest – eine Möglichkeit des Absehens von den Erteilungsvoraussetzungen des § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG im Einzelfall zu schaffen. Dies könnte bspw. dadurch ermöglicht werden, dass § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG um die Formulierung „in der Regel“ erweitert wird.<sup>77</sup> Aus kinderrechtlicher Sicht wäre eine über die Rechtsverpflichtungen hinausgehende Lösung anzustreben, indem ein genereller Mitzug der Geschwister mit den Eltern erlaubt werden würde. Eine Anpassung des § 36 Abs. 1 AufenthG, die dies ermöglicht, könnte folgenden Wortlaut haben:

**„Den Eltern und den minderjährigen Geschwistern eines unbegleiteten Minderjährigen, der eine Aufenthaltserlaubnis ... erhalten hat, ist abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn sich kein personensorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet aufhält.“**

---

73 Aufgrund des klaren Wortlautes würde im Übrigen auch die weitergehende Auslegung des Völkerrechts, insb. EMRK, scheitern, da aufgrund deren Ranges als einfaches Gesetz jedwede Auslegungsgrenze der Wortlaut der Norm ist.

74 Dringende humanitäre Gründe sollen vorliegen, wenn Menschen sich in extremen Notsituationen befinden und ihre Lage zugleich durch Besonderheiten gekennzeichnet ist, die es erforderlich erscheinen lassen oder zumindest rechtfertigen, sie – im Gegensatz zu anderen Ausländern in vergleichbaren Notsituationen – gerade in Deutschland aufzunehmen. Formulierung aus BeckOK AuslR/Hecker, § 22 Rn. 10.

75 So BeckOK AuslR/Hecker, § 22 Rn. 10.

76 Es ist deswegen auch bereits bedenklich, dass in § 104 Abs. 13 S. 3 AufenthG auf § 22 S. 1 AufenthG als Ausnahmenorm im Rahmen der Aussetzung des Familiennachzugs bei subsidiäre Schutzberechtigten verwiesen wird.

77 Das gleiche Ergebnis könnte im Übrigen auch durch eine analoge Anwendung des § 36 Abs. 1 AufenthG auf den Mitzug der Geschwister zu dem unbegleiteten minderjährigen Flüchtling in Deutschland erreicht werden (so der Vorschlag von Cremer, in ZAR 2017, 8). Allerdings ist fraglich, ob die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen. Insbesondere ist die Frage, ob hier tatsächlich eine Regelungslücke besteht, welche mit einer Analogie geschlossen werden würde. § 32 AufenthG regelt den Kindernachzug und ist auf die hier besprochenen Fälle anwendbar. Es fehlt gerade an einer Regelungslücke.

## **Impressum**

### **Herausgeber**

Save the Children Deutschland e. V.  
Markgrafenstraße 58  
10117 Berlin  
Telefon: 030 / 27 59 59 79 – 0  
E-Mail: [info@savethechildren.de](mailto:info@savethechildren.de)  
[www.savethechildren.de](http://www.savethechildren.de)

### **Autor**

Dr. Carsten Hörich

### **Redaktion**

Dr. Meike Riebau und Katri Bertram  
Kontakt: [meike.riebau@savethechildren.de](mailto:meike.riebau@savethechildren.de)

### **Layout**

Drees + Riggers

### **Druck**

vierC print+mediafabrik

### **Spendenkonto**

Bank für Sozialwirtschaft  
IBAN: DE92 1002 0500 0003 2929 12  
BIC: BFSWDE33BER

### **November 2017**

Diese Veröffentlichung stellt keine Meinungsäußerung von Save the Children Deutschland e. V. dar.  
Für die inhaltlichen Aussagen trägt der Autor die Verantwortung.

*Die Studie „Die vergessenen Kinder: Gutachten zum Geschwisternachzug“ ist auf 100 Prozent Recyclingpapier gedruckt.*

[www.savethechildren.de](http://www.savethechildren.de)