



Bund Deutscher Verwaltungsrichter  
und Verwaltungsrichterinnen

## **Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten**

### **- Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten -**

Der Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen nimmt zu dem o.g. Gesetzentwurf der Bundesregierung (Bearbeitungsstand: 30. April 2018, 14.20 Uhr) in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit wie folgt Stellung.

#### Vorbemerkung

Der Gesetzentwurf begrenzt den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten auf ein Kontingent von monatlich 1.000 Personen. Vom persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes werden der Ehegatte und die minderjährigen ledigen Kinder eines subsidiär Schutzberechtigten sowie die Eltern eines unbegleiteten minderjährigen subsidiär Schutzberechtigten erfasst. Die Auswahlentscheidung, welchen Personen aus dem Kreis der Antragsberechtigten von den Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland Visa zum Zwecke der Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft mit den im Bundesgebiet aufhältigen subsidiär schutzberechtigten Ausländern erteilt wird, trifft verwaltungsintern das Bundesverwaltungsamt als Dienstleister des Auswärtigen Amtes.

Zu den Regelungen im Einzelnen:

#### **Zu Art. 1 Nr. 4 Buchst. a (§ 32 Abs. 1 AufenthG-E)**

Um die erforderliche statistische Erfassung des Familiennachzuges sicherzustellen, wird § 32 Abs. 1 AufenthG, dem zufolge dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, wenn beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis, eine Blaue Karte EU, eine ICT-Karte, eine Mobiler-ICT-Karte, eine Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU besitzen, künstlich aufgegliedert. Ungeachtet des Umstandes, dass es systematisch zumindest unglücklich erscheint, das materielle Recht nach statistischen Vorgaben zu gliedern, ist hier sicherzustellen, dass durch die in Aussicht genommene Gesetzesänderung nicht infolge von Redaktionsversehen Personen einen bislang gewährleisteten Anspruch auf Familiennachzug einbüßen.



Bund Deutscher Verwaltungsrichter  
und Verwaltungsrichterinnen

In den Blick zu nehmen ist hier etwa der Nachzug minderjähriger lediger Kinder zu Inhabern von Aufenthaltserlaubnissen nach § 32 Abs. 4 Satz 1, § 34 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 und § 35 Abs. 3 Satz 2 AufenthG. Bei wörtlicher Betrachtung sind die betreffenden Elternteile von § 32 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG-E erfasst ("Aufenthaltserlaubnis nach den übrigen Vorschriften"). Die Systematik der Norm könnte indes darauf hindeuten, dass § 32 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG-E ("Aufenthaltserlaubnis nach § 30, § 31, § 36 oder § 36a") die nach Abschnitt 6 des Kapitels 2 des Aufenthaltsgesetzes Nachzugsberechtigten abschließend aufführt. Hierauf deutet auch die Entwurfsbegründung zu § 32 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG-E hin, die sich allein zu nach dem Abschnitt 5 des Kapitels 2 Nachzugsberechtigten verhält. In der Gesetzesbegründung sollte klargestellt werden, dass § 32 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG-E nicht nur auf Aufenthaltstitel zielt, die in Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes enthalten sind.

**Zu Art. 1 Nr. 4 Buchst. b (§ 32 Abs. 4 Satz 3 AufenthG-E)**

In der Begründung zu § 32 Abs. 4 Satz 3 AufenthG-E sind nach dem Wort "Ausländers" ein Komma und die Wörter "der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 2 Satz 1 zweite Alternative besitzt," einzufügen.

**Zu Art. 1 Nr. 6 (§ 36a AufenthG-E)**

Eine zentrale Norm des Gesetzentwurfs ist § 36a Abs. 1 AufenthG-E, dem zufolge Aufenthaltserlaubnisse zum Zweck des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten aus humanitären Gründen erteilt werden können (Satz 1 und 2) und ein Anspruch auf Familiennachzug für den genannten Personenkreis nicht besteht (Satz 3). § 36a Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E zählt typische humanitäre Gründe, die die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36a AufenthG rechtfertigen können auf. § 36a Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E begrenzt die Zahl der erteilten Aufenthaltserlaubnisse nach § 36a Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG-E auf monatlich 1000 und verlangt bei der Entscheidung über die Auswahl der Antragsteller, denen eine Erlaubnis erteilt wird, das Kindeswohl und Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen. Weitere Regelungen zum Auswahlverfahren enthält die Vorschrift nicht.

Die Zahl der subsidiär Schutzberechtigten, die einen Familiennachzug für ihre Kernfamilie anstreben, dürfte das monatliche Kontingent von 1000 dauerhaft übersteigen. Die Abarbeitung der Visumanträge und das Treffen der Zulassungsentscheidung durch das Bundesverwaltungsamt als Dienstleister des Auswärtigen Amtes wird geraume Zeit in Anspruch nehmen. Deswegen steht zu besorgen, dass zum einen in erheblicher Anzahl Untätigkeitsklagen bei dem für Visumangelegenheiten allein zuständigen Verwaltungsgericht Berlin mit dem Ziel erhoben werden, die Bundesrepublik Deutschland zu verpflichten, dem jeweiligen Kläger ein entsprechendes Visum zum Familiennachzug zu erteilen oder jedenfalls zeitnah über den



Bund Deutscher Verwaltungsrichter  
und Verwaltungsrichterrinnen

Visumantrag zu entscheiden, und zum anderen dass Familienangehörige von subsidiär Schutzberechtigten ohne Einholung eines entsprechenden nationalen Visums Anträge nach § 36a Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG vom Bundesgebiet aus stellen werden. Um den Prüfungsaufwand in den drohenden zahlreichen Rechtsstreitigkeiten möglichst gering zu halten, sollten die Regelungen über die Voraussetzungen des Anspruchs auf Familiennachzug und über die Auswahl unter den Antragstellern so klar wie möglich gefasst werden.

**a) Verfassungsrechtlicher Rahmen**

**aa) Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)**

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet, dass jedermann, der sich durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt fühlt, der Rechtsweg zu den Gerichten offen steht. Die Vorschrift knüpft an die vom Gesetzgeber zu treffenden einfach-rechtlichen Regelungen an. Dort wo der Gesetzgeber dem Einzelnen in seinem Interesse eine Rechtsposition gewährt, verlangt sie eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle von Exekutiventscheidungen über das Bestehen dieser Rechtspositionen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 5. Februar 1963 - 2 BvR 21/60; Beschluss vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83).

Der Gesetzentwurf regelt bisher in § 36a Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E, dass ein Anspruch auf Familiennachzug für subsidiär Schutzberechtigte nicht besteht. Diese Formulierung kann sowohl dahingehend verstanden werden, dass (nur) ein gebundener Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug nicht besteht. Sie kann aber auch dahingehend verstanden werden, dass auch ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ein Familiennachzugsbegehren nicht bestehen soll. Ein Verständnis des Gesetzes in dem letztgenannten Sinne dürfte mit den Gewährleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG nur schwer in Einklang zu bringen sein. Jedenfalls in der Gesetzesbegründung sollte daher klar gestellt werden, dass § 36a Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E nur dahingehend zu verstehen ist, dass es keine gebundenen Ansprüche auf Familiennachzug für subsidiär Schutzberechtigte gibt.

**bb) Auswahlentscheidung nach sachlichen, einzelfallbezogenen Gesichtspunkten**

Die Bundesregierung bringt in ihr bislang zum Ausdruck, dass ein individueller Anspruch subsidiär Schutzberechtigter auf Familienzusammenführung in einem bestimmten Staat nicht bestehe (S. 2 des Entwurfs). Die Entwurfsbegründung zu § 36a Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E bekräftigt unter Rückgriff auf Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 12. Mai 1987 - 2 BvR1226/83, 101, 313/84 - BVerfGE 76, 1 (47)) und des Europäischen



Bund Deutscher Verwaltungsrichter  
und Verwaltungsrichterinnen

Gerichtshofs für Menschenrechte (Urteil vom 3. Oktober 2014 - 12738/10 (Jeunesse ./ Niederlande - Rn. 107), dass aus Verfassungs- und Völkerrecht weder ein Anspruch, die familiäre Lebensgemeinschaft in einem bestimmten Staat zu führen, noch ein Anspruch auf Einreise zum Zweck des Nachzugs zu im Bundesgebiet lebenden Familienangehörigen bestehe, dem Gesetzgeber vielmehr ein Gestaltungsspielraum zustehe, in welchem Rahmen ein Familiennachzug zuzulassen sei. Der Schutz von Ehe und Familie sei insoweit mit der Integrations- und Aufnahmefähigkeit des Staates und der Gesellschaft abzuwägen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der vorzitierten Entscheidung im Rahmen eines *obiter dictum* ausgeführt, dass "eine 'Kontingentierung' des Ehegattennachzugs Bedenken im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG begegnen müsste" und "eine Behandlung von Nachzugswilligen nach dem 'Warteschlangenprinzip' dem Schutz- und Förderungsgebot des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG schwerlich angemessen wäre, weil eine hinreichende Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalles nicht gewährleistet wäre und die Betroffenen der Gefahr langer Wartezeiten ausgesetzt wären" (BVerfGE 76, 1 (65 f.)). Indes bezogen sich diese Ausführungen vornehmlich auf die besondere Situation von Angehörigen der zweiten Generation von Ausländern im Bundesgebiet (hierauf hinweisend *Hailbronner*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestags vom 29. Januar 2018, S. 3 f., und *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestags vom 29. Januar 2018, S. 14 f.; vgl. ferner *Dörig*, Quo vadis Migrationsrecht? - Die Koalitionsvereinbarung vom Februar 2018, demnächst in jM 2018).

Höherrangiges Recht belässt dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum (vgl. auch EuGH, Urteil vom 27. Juni 2016 - C-540/03 (Europäisches Parlament ./ Rat der Europäischen Union) - Rn. 104), den Familiennachzug in einer Weise zu regeln, die den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes, insbesondere dem Schutz des Kindeswohls Rechnung trägt und eine Einzelfallbetrachtung ermöglicht (vgl. hierzu *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestags vom 29. Januar 2018, S. 7 ff.).

## **b) Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familiennachzug**

### **aa) Humanitäre Gründe (§ 36a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E)**

Der Gesetzentwurf legt fest, dass eine Aufenthaltserlaubnis nur aus humanitären Gründen erteilt werden darf. Er lässt offen, ob das Vorliegen von humanitären Gründen Tatbestandsvoraussetzung für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug sein soll oder lediglich die Ermessensausübung leiten soll. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass eine Einordnung der humanitären Gründe als Tatbestandsmerkmal zu einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle über dessen Vorliegen im Einzelfall führt. Ein Verständnis der humanitären Gründe als ermessensleitende Gesichtspunkte würde demgegenüber lediglich eine an den Maßstäben des § 114 Satz 1 VwGO orientierte gerichtliche Prüfung auslösen. Insbesondere



Bund Deutscher Verwaltungsrichter  
und Verwaltungsrichterinnen

könnten die entscheidenden Behörden dann hinsichtlich der Gewichtung der von ihnen erkannten humanitären Gründe einen Einschätzungsspielraum für sich in Anspruch nehmen. In jedem Fall sollte der Entwurf die Bedeutung der humanitären Gründe für die Prüfung klarstellen.

**bb) Begrenzung der monatlichen Zahl nationaler Visa (§ 36a Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E)**

Klarstellend sollte erwogen werden, in § 36a Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E, dem zufolge monatlich 1.000 nationale Visa für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 36a Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG erteilt werden können, vor der Zahl "1.000" das Wort "insgesamt" einzufügen.

**cc) Verpflichtung zur besonderen Berücksichtigung des Kindeswohls (§ 36a Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E)**

In § 36a Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E werden die über den Familiennachzug entscheidenden Behörden verpflichtet, bei ihrer Entscheidung das Kindeswohl besonders zu berücksichtigen. Der Entwurf klärt nicht, auf welcher Entscheidungsebene das Kindeswohl Berücksichtigung finden soll. Denkbar ist, dass das Kindeswohl das Gewicht der humanitären Gründe im Einzelfall verstärken kann. Denkbar ist aber auch, dass es bei der Entscheidung, welchem Antrag im Rahmen des Kontingents stattgegeben wird, ermessensleitende Bedeutung haben soll. Der Entwurf sollte klarstellen, auf welcher Entscheidungsebene das Kindeswohl Berücksichtigung finden muss. In jedem Fall muss in Satz 3 das Wort "berücksichtigten" durch das Wort "berücksichtigen" ersetzt werden.

**dd) Verpflichtung zur Berücksichtigung von Integrationsaspekten bei der Prüfung des Vorliegens von humanitären Gründen (§ 36a Abs. 2 Satz 4 AufenthG-E)**

In § 36a Abs. 2 Satz 4 AufenthG-E werden die über den Familiennachzug entscheidenden Behörden verpflichtet, bei der Prüfung, ob humanitäre Gründe vorliegen, Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen. Die systematische Einordnung dieser Verpflichtung ist ebenfalls unklar. Versteht man humanitäre Gründe als Tatbestandsmerkmal, stellt sich die Frage, ob Integrationsaspekte schon für das Vorliegen solcher Gründe konstitutiv sein sollen oder ob sie lediglich deren Gewicht prägen. Versteht man humanitäre Gründe als ermessenslenkende Gesichtspunkte stellt sich die Frage, ob Integrationsaspekte neben humanitären Gründen ein eigenständiger Gesichtspunkt sein sollen oder ob sie lediglich für die Gewichtung der humanitären Gründe Bedeutung haben sollen. Der Entwurf sollte die rechtssystematische Bedeutung der Integrationsaspekte präzisieren und den Gesichtspunkt dann dementsprechend entweder in § 36a Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E einfügen oder mit § 36a Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E zusammenfassen. Anstelle von § 36a Abs. 2 Satz 3 und 4 AufenthG-E



Bund Deutscher Verwaltungsrichter  
und Verwaltungsrichterinnen

könnte dann § 36a Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E neu treten: "Das Kindeswohl und Integrationsaspekte sind besonders zu berücksichtigen."

**ee) Verordnungsermächtigung zur Regelung der Auswahlentscheidung bei mehr als 1.000 Anträgen auf Familiennachzug nach § 36a Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG-E)**

Der Gesetzentwurf enthält keinerlei Regelungen über das Vergabeverfahren bei mehr als 1000 Anträgen auf Familiennachzug. Ungeregelt sind etwa die Frage, welche Anträge in die Entscheidung über das Monatskontingent eingestellt werden, was mit den Anträgen geschieht, die keine Berücksichtigung finden und wie mit neu hinzukommenden Anträgen im Verhältnis zu den noch nicht berücksichtigten Anträgen zu verfahren ist. Ungeklärt ist schließlich, wie effektiver Rechtsschutz im Konkurrenzverhältnis der Antragsteller untereinander um die monatliche Kapazität gewährt werden kann. Ob eine Regelung dieser Aspekte ausschließlich durch Verwaltungsvorschrift erfolgen kann, ist zweifelhaft. Es erscheint daher angezeigt, eine Verordnungsermächtigung für die Regelung der Einzelheiten des Auswahlverfahrens in § 36a Abs. 6 AufenthG-E aufzunehmen.

Berlin, den 2. Mai 2018

Dr. Robert Seegmüller  
(Vorsitzender)