

Betr. Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 20. 3. 2017

Zu dem o.g. Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes BT- Drs. 18/10044 (Familiennachzug für subsidiär Geschützte) und der Antrag BT-Drs.18/ 10243 nehme ich wie folgt Stellung.

### **I. Wesentliche Veränderung der Umstände ?**

Der Gesetzgeber hat mit dem am 17.3. 2016 in Kraft getretenen Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren den Familiennachzug für Asylbewerber, denen subsidiärer Schutz gewährt worden ist, für eine Dauer von zwei Jahren suspendiert . Diese Regelung tritt am 17.3.2018 außer Kraft. Ab diesem Zeitpunkt gilt die vor der Gesetzesänderung geltende Regelung , wonach auch subsidiär Schutzberechtigte einen subjektiven Anspruch auf Familiennachzug haben, unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts. Die Regelung beeinträchtigt nicht den humanitären Familiennachzug nach den §§ 22 und 23 AufenthG.

Der Gesetzentwurf stellt zur Begründung der Regelung darauf ab, dass eine Aussetzung des Familiennachzugs für subsidiär Geschützte im Hinblick auf die große Zahl von Asylsuchenden im Interesse der Integrationssysteme von Staat und Gesellschaft erforderlich ist, um die aktuellen Probleme der Integration zu bewältigen (BT-Drs. 18/ 7538).

Es ist nicht ersichtlich, dass sich grundsätzliche Änderungen der Problemlage ergeben hätten. Nach den Zahlen des Bundesamts sind im Jahre 2016 745. 545 Asylanträge registriert worden. Für das wichtigste Herkunftsland Syrien betrug die Schutzquote 94.3 %. Im Februar 2017 liegt die Anzahl der offenen Fälle beim Bundesamt immer noch bei 348.523 anhängigen Verfahren, Derzeit entscheidet das Bundesamt monatlich über ca. 71.000 \_Asylanträge mit einer Schutzquote im Februar 2017 von insges. 47.5 %, darunter 20.8 mit Genfer Konventionsflüchtlingsstatus , und 18.6 % subsidiären Schutzstatus.

Bei dieser Ausgangslage kann – ungeachtet des Rückgangs von Erstasylantragstellern.- nach wie vor von einem sehr hohen Migrationsdruck ausgegangen werden, der erhebliche Probleme der Versorgung mit angemessenem Wohnraum für Familien mit Kindern und Bereitstellung entsprechender Sozialleistungen für Familienangehörige aufwirft.

In der politischen Diskussion wird u.a. darauf verwiesen, dass bei der Außerkraftsetzung des Familiennachzugs ein wesentlicher Grund die geringe faktische Bedeutung der Regelung gewesen sei, da die große Mehrzahl insbes. der syrischen Antragsteller damals als Konventionsflüchtlinge anerkannt worden sei, die von der Einschränkung des Familiennachzugs ohnedies nicht betroffen gewesen sei. Abgesehen von der Tatsache, dass die Motivation einer eher geringen praktischen Bedeutung der Regelung in der Gesetzesbegründung keine Basis hat, kann die stärkere praktische Relevanz kein überzeugendes Argument sein, eine einmal beschlossene gesetzliche Regelung kurze Zeit später zur Diskussion zu stellen, wenn nicht substantielle rechtliche Argumente gegen die Regelung sprechen, die sich gerade aus der größeren praktischen Relevanz der Regelung ergeben.

Es trifft zu, dass im Vergleich zur Anerkennungspraxis des Jahres 2015/ Anfang 2016 einer wesentlich größeren Zahl von syrischen Antragstellern ein Konventionsflüchtlingsstatus bewilligt wurde. Die hohe Steigerungsrate bei der Gewährung (bloßen) subsidiären Schutzes für syrische Staatsangehörige dürfte jedoch auf andere Faktoren als die Absicht, den Familiennachzug auszuschließen zurückzuführen sein. Vielmehr sprechen viel stärkere Anhaltspunkte dafür, dass die Gewährung subsidiären Schutzes der vorgegebenen Rechtslage entspricht und dass die frühere Praxis eher auf den Druck, Verfahren möglichst schnell abzuschließen, zurückzuführen ist, ohne eine – wie es nach der Rechtslage eigentlich erforderlich gewesen wäre – eingehende *Einzelfallprüfung individueller, konkreter Verfolgungsgefahr aus politischen, religiösen, ethnischen usw. Gründen* durchzuführen. Dafür spricht, dass in anderen EU – Mitgliedstaaten überwiegend kein Konventionsschutz für Kriegsflüchtlinge aus Syrien gewährt wird. Ein Beschluss, das Bundesamt anzuweisen, syrischen Flüchtlingen im „Regelfall“ einen Status nach der Genfer Flüchtlingskonvention zu erteilen, kommt insofern einer Aufforderung zu rechtlich höchst zweifelhaften, wenn nicht offen rechtswidrigem Handeln gleich und ist weder mit dem einfachen Recht noch mit dem Unionsrecht vereinbar.

## **II. Völker –und unionsrechtliche Argumente**

Fragen der Vereinbarkeit der Aussetzung des Familiennachzugs mit Völkerrecht, Unionsrecht und Verfassungsrecht sind bereits anlässlich der gesetzlichen Neuregelung des § 104 AufenthG intensiv diskutiert worden. Die faktische Entwicklung und insbes. die Steigerung der Zahl von Flüchtlingen,

die subsidiären Schutz erhalten haben und voraussichtlich erhalten werden, erfordert keine Neubewertung der rechtlichen Analyse des Gesetzes .

Zusammenfassend ist festzustellen, dass weder aus dem Völkerrecht, noch dem Unionsrecht und Verfassungsrecht ein Anspruch auf ein unbedingtes Nachzugsrecht für Flüchtlinge abgeleitet werden kann ( so D.Thym , Stellungnahme in der Anhörung v. 22.2.2016). Für eine Differenzierung zwischen Konventionsflüchtlingsen und subsidiär Schutzberechtigten gibt es sachliche Gründe . Der Gesetzgeber darf in Ausübung seines Beurteilungsspielraums davon ausgehen, dass subsidiär Schutzberechtigte nicht von vornherein einen gleichartigen Schutzanspruch bezüglich der Dauer und Verfestigung des Aufenthalts wie Konventionsflüchtlinge besitzen. Bei der gebotenen Abwägung der staatlichen und privaten Interessen durfte der Gesetzgeber daher das staatliche Interesse an einer Vermeidung einer integrationspolitischen Überbelastung der Kommunen und Länder höher bewerten als das private Interesse subsidiär Schutzberechtigter am Nachzug seiner Familienangehörigen. Ob die Entscheidung über die Aussetzung des Familiennachzugs im Hinblick auf die integrationspolitischen Aspekte geeignet ist , ihre Ziele bestmöglich zu erreichen, liegt im Bereich des rechtspolitischen Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers . Eine Korrekturnotwendigkeit ist nicht ersichtlich.

Im einzelnen sind für diese Beurteilung folgende Erwägungen ausschlaggebend (vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, Lfg. Okt. 2016, § 104 AufenthG, Rn. 24 ff.):

**Unionsrechtlich** ist eine Gleichbehandlung nicht vorgeschrieben. Die Familiennachzugsrichtlinie 2003/86 nimmt in Art.3 Abs.2 c ausdrücklich subsidiär Schutzberechtigte, ebenso wie lediglich temporären humanitären Schutz genießende Ausländer (Art. 3 Abs. 2 b) von ihrem Anwendungsbereich aus. Die unionsrechtliche Regelung des Familiennachzugs für diese Personen sollte der Qualifikationsrichtlinie überlassen bleiben , die – im Gegensatz zum Kommissionsvorschlag- auch in der Neufassung durch die RL 2011/95 kein Nachzugsrecht für subsidiär Schutzberechtigte enthält, sondern lediglich in Art. 23 Abs.2 zum Zweck der Wahrung des Familienverbandes die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, dass die Familienangehörigen der Person, der internationaler Schutz (einschließlich subsidiären Schutzes) zuerkannt wurde, „gemäß den nationalen Verfahren“ Anspruch auf die in Art. 24 bis 35 genannten Leistungen habe. Zu diesen Leistungen gehört die Ausstellung eines verlängerbaren Aufenthaltstitels für die Mindestdauer von einem Jahr für Familienangehörige subsidiär Schutzberechtigter. Aus Systematik und Entstehungsgeschichte geht klar hervor, dass damit kein Recht auf Familiennachzug gewährt wird, sondern lediglich eine aufenthaltsrechtliche Statuszuerkennung, wenn der Nachzug nach

nationalen Vorschriften gestattet worden ist (vgl. Hailbronner / Arevalo, in ; Hailbronner /Thym (ed.),EU Immigration and Asylum Law, 2nd. ed, 2016 , CII , Art.3 , Rn. 13).

**Verfassungs- und völkerrechtlich** wird im Kern ein Familiennachzugsrecht aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 EMRK von international Schutzberechtigten aus der Angewiesenen von subsidiäre Schutzberechtigten auf die Herstellung der Familieneinheit im Schutzstaat und gelegentlich aus dem in Art. 14 EMRK verankerten Grundsatz der Nichtdiskriminierung abgeleitet (vgl. z.B. Stellungnahmen DAV. EKD öff. Anhörung BT- Innenausschuss 22.2.2016). Soweit die Kritik auf einen aus Art. 8 EMRK und Art. 6 Abs. 1 enthaltenen Individualanspruch auf Familiennachzug gestützt ist , wird außer Acht gelassen, dass weder das Bundesverfassungsgericht noch der EGMR einen solchen Anspruch ihrer Rechtsprechung zugrundelegen. Der EGMR hält vielmehr auch in seiner neueren Rechtsprechung daran fest, dass Art.8 EMRK kein individuelles Nachzugsrecht , gestützt auf die Tatsache der Gewährung eines Aufenthaltsrechts in einem Gaststaat entnommen werden kann. Die Vertragsstaaten sind daher nicht verpflichtet, die Entscheidung von Ehegatten für einen Staat als Ort der Verwirklichung der familiären Einheit aufenthaltsrechtlich durch Gewährung eines Familiennachzugsrechts zu autorisieren, sondern behalten auch gegenüber derartigen individuellen Entscheidungen ihr souveränes Recht auf Steuerung der Zuwanderung (vgl. z.B. EGMR v. 14.6. 2011, nr. 38058/09, *Biao v.Denmark*; für w. Nachw. s. *Hailbronner/Arevalo* a.a.O. C II, Art. 1 , Rn. 21 f.; *Thym*, Stellungnahme BT- Innenausschuss,S. 11; *Nußberger*, NVwZ 2013, 1305 , 1310) . Zum gleichen Ergebnis gelangt das *Bundesverfassungsgericht* für Art. 6 Abs. 1 GG, wenn es feststellt, dass aus Art. 6 GG kein Anspruch von ausländischen Ehegatten oder Familienangehörigen zu ihren berechtigterweise im Bundesgebiet lebenden Ehegatten und Familienangehörigen abgeleitet werden kann (BVerfGE 76, 1 ff.)

Der **Prüfungsmaßstab** ist daher nicht die Einschränkung eines Grundrechts auf Familiennachzugs , sondern die Pflicht des Staates, Ehe und Familie zu schützen Art.6 Abs.1 GG), bzw. das Privat-und Familienleben zu achten (Art.8 EMRK). Die Unterscheidung ist nicht belanglos, weil die Schutzpflicht die Herstellung der Einheit der Ehe und Familie in den Kontext einer staatlichen Befugnis zur Steuerung und Kontrolle der Zuwanderung und der Wahrnehmung öffentlicher Interessen an der Begrenzung der Zuwanderung stellt, die – im Gegensatz zur Pflicht der effektiven Realisierung individueller Grundrechte – nicht von vornherein der Realisierung individueller Interessen an der Herstellung familiärer Einheit untergeordnet ist. Das daraus abgeleitete Gebot

zur Berücksichtigung des privaten Interesses an der Herdstellung der Familieneinheit führt zu einer Abwägungspflicht, die grundsätzlich sowohl für den Gesetzgeber wie für die Verwaltung bei der Anwendung der Gesetze gilt. Mit welchem Gewicht das Interesse am Familiennachzug subsidiär Schutzberechtigter bei der Rechtssetzung und Rechtsanwendung zur berücksichtigen ist, lässt sich aus den verfassungs- oder volkerrechtlichen Vorgaben nicht eindeutig ermitteln, sondern ist Gegenstand einer prognostischen Einschätzung der in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, die anhand von Einzelfällen entwickelt worden sind ( vgl, auch *Thym*, Anhörung a.a.O.).

Der EGMR hat bisher nur in speziell gelagerten Einzelfällen eine Verweigerung des Familiennachzugs als Verletzung des Art. 8 EMRK qualifiziert, wenn kein fairer Ausgleich der privaten Interessen mit den öffentlichen Interessen stattgefunden hat (fair balance of interests vgl. z.B. *EGMR* v.3.10.2014, *Jeunesse v. The Netherlands*, Nr. 12738/10; *EGMR* v. 21.12.2001 , *Sen v. The Netherlands* Nr. 31465/96). Kriterien der Fairness des Interessenausgleichs sind u. a. , ob von vornherein die Realisierung eines familiären Zusammenlebens z.B. wegen der prekären Natur des Aufenthaltsrechts des Stamberechtigten oder des Nachzugswilligen nicht erwartet werden kann, ob Kinder involviert sind, deren schützenswerte Interessen beeinträchtigt sind ob die Vorenthaltung des Nachzugs ein bereits etabliertes Familienleben, das anderswo nicht realisiert werden kann, beeinträchtigt würde (vgl. *EGMR* v. 3.10. 2014 , *Jeunesse v. The Netherlands*, Nr. 12738/10, Rn. 106 ff ; *EGMR* v.25.3.2014, *BIAO v. the Netherlands*, Nr. 38590/10 , Rn. 53 ff.). Eine Verpflichtung zur Gestattung des Nachzugs wurde in Ausnahmefällen dann bejaht, wenn ein im Aufenthaltsstaat bereits bestehendes und etabliertes Familienleben anderweitig nicht realisiert werden könnte ( so z.B. im Fall *Sen* , wo die Familie und die Geschwister eines im Herkunftstaat zurückgelassenen Kindes sich in den Niederlanden rechtmäßig aufhielten; ähnlich im *Jeunesse* Fall , der durch die niederländische Staatsangehörigkeit aller in den Niederlanden lebenden Familienmitglieder und die über 6 jährige Tolerierung des Aufenthalts der ein Aufenthaltsrecht begehrenden Mutter gekennzeichnet ist ). Der Gerichtshof betont in allen Entscheidungen die Befugnis zur Steuerung der Zuwanderung insbesondere durch den Familiennachzug beschränkende Regeln. Im Fall *Osman v. Denmark* (*EGMR* v. 14.6. 2011, Nr. 3805/09 betont der Gerichtshof denn auch die Befugnis Dänemarks die Nachzugsbefugnis für minderjährige Kinder auf das 15.Lebensjahr zu begrenzen ( a.a.O. Rn. 75). Es sind Besonderheiten, die u.U.

eine Ausnahme gebieten, wie im Fall Osman etwa die Tatsache, dass ein in Dänemark lebendes Kind nur vorübergehend in die Heimat zurückgeschickt wurde. Eine Regel zur Anerkennung eines Rechts auf Familiennachzug als Folge der Gewährung eines Aufenthaltsrechts ist auch dann nicht erkennbar, wenn ein befristetes Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen gewährt wird und ein anderweitige Realisierungsmöglichkeit eines familiären Zusammenlebens im Herkunftsstaat nicht ersichtlich ist.

Das Bundesverfassungsgericht wendet im Ansatz gleichartige Prüfkriterien eines angemessenen Interessenausgleichs bei der Wahrung der Schutzpflicht zugunsten von Ehe und Familie an, weist aber dem Schutz der Familieneinheit tendenziell ein stärkeres Gewicht im Abwägungsprozess zu. In seiner Entscheidung v. 12.5. 1987 hat das Gericht eine dreijährige Wartefrist (Ehebestandszeit) für angeworbene Ausländer der ersten Generation und der 2. Generation (Aufenthaltsdauer von 8 Jahren) als unverhältnismässig im Hinblick auf die damit verbundene schwere Belastung junger Ehen qualifiziert (BVerGE 76, 68ff.). Einem Fremden, der eine im Ausland lebende Person geheiratet habe, dürfe zwar auch bei etabliertem achtjährigem Aufenthalt eine Wartefrist zur Realisierung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet zugemutet werden, diese Wartefrist müsse aber angemessen sein, was das Gericht bei einer dreijährigen Frist verneint.

Für die völker- und verfassungsrechtliche Beurteilung von Art. 104 Abs. 13 ist zu berücksichtigen, dass die Aussetzung des Familiennachzugs lediglich vorübergehend für einen Zeitraum von zwei Jahren ab 16.3. 2016 gilt. Eine Ehebestandsfrist wird durch die Regelung nicht etabliert. Ihr Zweck besteht im wesentlichen darin, den Nachzug von Familienangehörigen angesichts der Probleme einer logistischen und integrativen Bewältigung einer großen Zahl seit Mitte 2015 nach Deutschland eingereister Flüchtlinge vorübergehend einzuschränken. Ein Nachzug von Familienangehörigen in besonderen Fällen wird dadurch nicht ausgeschlossen. Art. 104 Abs. 13 verweist auf die §§ 22 und 23 und stellt damit klar, dass die Gewährung eines Nachzugsrechts für Ausländer aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen oder die Aufenthaltsgewährung für Gruppen von Ausländern auf Grund einer Entscheidung der obersten Landesbehörden oder bei Vorliegen besonders gelagerter politischer Interessen auf Grund einer Entscheidung des Bundesministers des Inneren unberührt bleibt. Damit wird insgesamt eine den Vorgaben des Völker- und Unionsrechts gerecht werdende Abwägungsentscheidung getroffen.

Fruthwilen, 11. 3. 2017  
Kay Hailbronner