



Prof. Dr. Kay Hailbronner
kay.hailbronner@uni-konstanz.de

Betr. Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 11.6.2018

Zu dem o.g. Entwurf eines Gesetzes der Bundesregierung zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes BR- Drs. 175/18 (Familiennachzugsneuregelungsgesetz), der Fraktion der FDP Bt- Drs 19/2523 und der Fraktion der Linken Bt- Drs. 19/2515 nehme ich wie folgt Stellung.

1. Völker- verfassungs-und europarechtliche Aspekte der Neuregelung.

Die grundsätzlichen Fragen der verfassungs- und völkerrechtlichen Zulässigkeit von Beschränkungen des Nachzugs von Familienangehörigen zu im Bundesgebiet lebenden Ausländern sind in früheren Anhörungen des Innenausschusses des Deutschen Bundestages und diesbezüglichen schriftlichen Stellungnahmen eingehend erörtert worden. Die Bundesregierung geht in ihrem Entwurf zutreffend davon aus, dass Verfassungs- und Völkerrecht keinen individuellen Anspruch auf Familiennachzug vorsehen und dass dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Regelung des Familiennachzugs zu Personen, denen subsidiärer Schutz zuerkannt worden ist, zukommt. Das gilt auch für den Nachzug minderjähriger Kinder, wobei dem Kindeswohl eine nach der UN-Kinderkonvention gebotene besondere Berücksichtigung zukommt.

Die sich aus dem Verfassungs- und Völkerrecht ergebende Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung des Schutzes des Familienlebens ist mit den öffentlichen Interessen an einer Begrenzung des Familiennachzugs abzuwägen (fair balance of interests in der Rechtsprechung des EGMR).

1.1. Berücksichtigungsgebot bei der gesetzlichen Regelung des Nachzugs

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass dieses Erfordernis sowohl für die generell abstrakte gesetzliche Regelung als auch für eine Einzelfallentscheidung gilt, bei der im Rahmen einer Ermessensentscheidung über einen Nachzug von Familienangehörigen entschieden wird. Das in der Rechtsprechung und Literatur vielfach angesprochene Gebot der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles kann nicht als Verbot einer gesetzlichen Konkretisierung von Entscheidungskriterien und Erteilungsvoraussetzungen, wie sie z.B. in § 27

AufenthG seit jeher üblich sind, ausgelegt werden. Bei gesetzliche Regelungen, wie im vorliegenden Fall ist damit maßgebliches Beurteilungskriterium, ob der Gesetzgeber dem Ehe- und Familienschutz bei der Abwägung der öffentlichen Interessen an der Begrenzung und den privaten Interessen an der Gestattung des Familiennachzugs in der notwendigerweise typisierenden Regelung ausreichende Beachtung geschenkt hat und eine faire Abwägung vorgenommen hat. Das gilt sowohl für die zu berücksichtigenden Kriterien wie für die Festlegung des Kontingents als solchem.

1.2 Abwägungskriterien der Rechtsprechung

Das in der internationalen und verfassungsrechtlichen Rechtsprechung fest etablierte Gebot der Interessenabwägung (Schaukeltheorie) enthält als solches nur einen sehr begrenzten präzisierbaren Beurteilungsmaßstab, da aus Völker- und Verfassungsrecht regelmäßig nicht eindeutig hervorgeht, welche Interessen mit welchem Gewicht zu berücksichtigen sind. Im Kern handelt es sich daher um eine Verschiebung der Entscheidungsbefugnis auf die nationalen Gerichte, die den Maßstab aufgrund eines case law der internationalen Gerichte festsetzen. Ein solches case law besteht z.B. für die Berücksichtigung des Familienschutzes im Recht der der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, während im Recht des Nachzugs von Familienangehörigen bisher nur sehr wenige Entscheidungen durch den EGMR ergangen sind, die in der Literatur nicht einheitlich interpretiert werden (vgl. dazu *Hailbronner, Ausländerrecht, Bd. 1, Stand Mai 2017, § 27 AufenthG, Rn. 30-40c*).

Elemente der Abwägung der Interessen sind der Bestand eines Ehe- und Familienlebens im Aufenthaltsstaat, die Erwägung, ob die Familieneinheit auch anderweitig z.B. durch Rückkehr in den Heimatstaat hergestellt werden kann, ob die eheliche oder familiäre Einheit bewußt aufgegeben wurde, ob sie bereits bei Wegzug ins Ausland bestand oder erst später begründet wurde und schließlich die mit der Zuwanderung verbundenen finanziellen und organisatorischen Belastungen bzw. Risiken nicht zuletzt für die Kommunen. Beim Recht des Nachzugs von Ehegatten, Lebenspartnern und Kindern von Familienangehörigen sind systematische Strukturen nur teilweise erkennbar. Verallgemeinerungsfähige Prinzipien sind aus der Kasuistik über das Gebot einer fairen Abwägung der unterschiedlichen Interessen hinaus kaum ableitbar, wenn nicht unmittelbar vergleichbare Interessenlagen mit bereits entschiedenen Fällen vorliegen.

1.3 BVerfG

Auch das BVerfG hat bisher nur wenige Entscheidungen zum Familiennachzug getroffen, die zum einen Wartezeiten, zum anderen Integrationsanforderungen betrafen. Während im Hinblick auf spezifizierte Integrationsanforderungen sowohl aus der Rspr. des EuGH wie aus derjenigen des BVerfG Schlussfolgerungen für die Beurteilung der Gewichtigkeit von Integrationsanforderungen und der Aufnahmefähigkeit eines Staates bei der Interessenabwägung gezogen werden können, gibt es bislang keine etablierte Rechtsprechung, die sich zur Festsetzung von Kontingenten bei der Erteilung von Familiennachzugsgenehmigungen geäußert hat.

Zu einer hypothetischen „Kontingentierung“ des Ehegattennachzugs äußert das Gericht (*Beschluß v. 12.5. 1087, BVerfGE 76,1,49 ff*) Bedenken, weil eine Behandlung von Nachzugswilligen nach dem Warteschlangenprinzip dem Schutz und Förderungsgebot des Grundgesetzes schwerlich angemessen sei, eine hinreichende Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalles nicht gewährleistet wäre und die Betroffenen der Gefahr langer Wartezeiten ausgesetzt wären. Dieses obiter dictum ist entgegen dem ersten Anschein auf Kontingentlösungen nicht übertragbar, weil die Bemerkung auf den Familiennachzug der Anwerbegeration und ihrer Kinder gemünzt war, denen das Bundesverfassungsgericht einen grundsätzlichen Vertrauensschutz auf Gewährung des Daueraufenthalts zugebilligt hat, jedenfalls wenn gewisse integrationsbedingungen erfüllt waren.

Das BVerfG hat Wartezeiten von ein bis zwei Jahren für den Ehegattennachzug als verhältnismäßig angesehen, der Dän. Oberste Gerichtshof hält eine Wartezeit von drei Jahren für vereinbar mit dem Eheschutz (vgl. *Dörig, Quo vadis Migrationsrecht? Die Koalitionsvereinbarung vom Februar 2018*). Durchgehend wird aber in der Rechtsprechung Integrationsinteressen ein großes Gewicht eingeräumt, das sich sowohl in der rechtlichen Beurteilung von Integrationsanforderungen nachzugswilliger Familienangehörigen als auch in der generellen Beschränkung des Nachzugs von Familienangehörigen niederschlägt (so im Rahmen der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Nachzugsbeschränkung implizit *BVerfG v. 11.10.2017, 2 BvR 1758/17*).

1.4 Darlegung der einschlägigen öffentlichen und Interessen im Gesetzentwurf- Anforderungen an die Gesetzesbegründung

Das BVerfG wird, falls es mit der Frage der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit der Neuregelung konfrontiert wird, eine Abwägung u.a. anhand

der im Gesetzentwurf offen gelegten öffentlichen Interessen an einer auch längerfristigen Integration nachziehender Familienangehöriger prüfen, und zwar sowohl im Hinblick auf die Plausibilität der Kontingentfestsetzung als solcher als auch im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Ausschöpfung des verfügbaren Monatskontingents anhand der in § 36a Entwurf aufgeführten Kriterien und Verfahrensweisen. Bei beiden Punkten bedarf es der Darlegung eines zugrundeliegenden öffentlichen Interesses an der Beschränkung des Familiennachzugs im Hinblick auf die Aufnahmefähigkeit der Bundesrepublik Deutschland. Die Beschränkungen müssen nach Art und Intensität in einem sachlichen Zusammenhang mit der Zielsetzung stehen, wobei ein breiter gesetzgeberischer Spielraum bezüglich der Einschätzung der Integrationsschwierigkeiten und des Risikos eines Fehlschlages der Integration und der Eignung der vorgeschlagenen Maßnahmen und Beschränkungen zu beachten sind. Es obliegt dem Parlament und der Regierung, eine vorausschauende und die Grenzen der Aufnahmefähigkeit ebenso wie humanitäre Interessen der im Bundesgebiet lebenden subsidiär Schutzberechtigten berücksichtigende Steuerung der Zuwanderung von Familienangehörigen vorzunehmen und die Rationalität dieses Konzepts darzulegen.

Grundsätzlich wird der Gesetzentwurf diesen Anforderungen gerecht. In einzelnen sind aber in eher formaler Hinsicht in der Begründung des Gesetzentwurfs, die im Rahmen verfassungsgerichtlicher Überprüfung nicht selten vom Bundesverfassungsgericht zur Ermittlung der gesetzgeberischen Zielsetzungen herangezogen wird, noch Verbesserungen möglich. . Das gilt u.a. für den Hinweis auf die Beschränkung der Aufnahmepflicht im Rahmen der Relokationsprogramme und die Feststellung, eine Prognose des Nachzugspotentials sei nicht möglich. Dies mag zwar im Hinblick auf die mangelnde statistische Erfassung des Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten zutreffen. Fraglich erscheint aber, ob nicht im Hinblick auf die bekannten Zahlen von aufhältigen Schutzberechtigten, die neueren Anerkennungsquoten, die Zahlen über die Anträge bei Auslandsvertretungen auf Terminvereinbarungen (26.000) und die Erkenntnisse über den Nachzug von Familienangehörigen zu anerkannten Flüchtlingen (bei vermutetem gleichen Nachzugsverhalten) eine Prognose erstellt werden kann und die schon jetzt bestehenden z.T. drastischen Belastungen der Kommunen im Hinblick auf die verfügbaren Integrationsressourcen aufgezeigt werden können. Dabei wäre auch zu erwähnen , dass der Nachzug nach dem neuen § 36a nicht die einzige Möglichkeit im deutschen Recht darstellt, eine Zusammenführung von Familien

subsidiär Schutzberechtigten zu ermöglichen. Zu denken ist zum einen an die Familienzusammenführung für irregulär einreisende Familienangehörige im Rahmen des Dublin Verfahrens (die auch bei Ablehnung eines eigenen Asylantrags im Ergebnis zu einer Familienzusammenführung führen dürfte, Resettlement Aufnahme nach § 23, zum anderen an die Möglichkeiten, die das deutsche Recht bereit hält, von einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs.1 S.2 2. Alt. AufenthG auf einen anderen „regulären“, Aufenthaltstitel überzuwechseln (derzeit ist allerdings die Möglichkeit des Erwerbs einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 AufenthG auf Personen mit Flüchtlingsstatus beschränkt).

Im Ergebnis macht der Gesetzentwurf hinreichend deutlich, dass die mit der Aufnahme von Familienangehörigen von subsidiär Schutzberechtigten verbundenen Integrationsprobleme eine kontingentmäßige Beschränkung erforderlich machen und die gewählten Auswahlkriterien im wesentlichen (siehe unten) sachgerecht sind und eine angemessene Berücksichtigung des Schutzes von Ehe und Familie und der besonderen Interessen minderjähriger Kinder darstellen. Die nachstehenden Darlegungen beziehen sich daher im Kern auf Fragen der gesetzlichen Bestimmtheit der vorgeschlagenen Regelung und ihrer Praktikabilität.

2. Gesetzliche Bestimmtheit und Sachgerechtigkeit

2.1 Verfassungsrechtliche Anforderungen.

Im Zentrum der Neuregelung steht § 36a, der im Gegensatz zu den bisherigen Entwürfen die humanitären Gründe in Abs. 2 detailliert aufzählt, allerdings nicht im Sinne einer erschöpfenden Aufzählung, sondern als beispielhafte Darlegung („insbesondere“) der für eine Ermessensentscheidung maßgeblichen humanitären Gründe. Diese sind in einer Reihenfolge von 1.- 4. aufgeführt, wobei es sich um die wichtigsten Fallgruppen handeln soll. Eine generelle Priorität der Kriterien und eine Gewichtung innerhalb der Interessenabwägung wird man daraus nicht ableiten können (andernfalls wäre die Regelung möglicherweise problematisch zB. im Hinblick auf das Kindeswohl im Verhältnis zur Wartezeit).

Eine Prioritätensetzung ist nicht zwingend geboten. Das BVerfG hat zwar bei der Verteilung knapper Güter hohe Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit gestellt (vgl.z.B. bei der Verteilung von Studienplätzen *BVerfG v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14 und 1 BvL 4/14*). Hierbei ist aber zu beachten, dass die

Anforderungen besonders hoch sind, wenn es um die Inanspruchnahme von Grundrechten (Anspruch auf Studienplatz) geht. Die Regelung des Familiennachzugs ist aber keine bloße „Grundrechtsressourcenverteilung“, bei der es lediglich um die Aufteilung des grundsätzlich beschränkt verfügbaren Rechtsguts Gewährung eines Einreise- und Aufenthaltsrechts auf Inhaber eines Grundrechts auf Familiennachzug. Darüber hinaus wäre eine detailliertere gesetzliche Regelung der Gewichtung der abzuwägenden privaten und öffentlichen Interessen im Rahmen einer einheitlichen Ermessensentscheidung angesichts der Vielzahl der möglichen Fallkonstellationen nicht möglich. Das schließt jedoch nicht aus, dass der Gesetzgeber anderweitig Prioritäten bei der Verteilung des Kontingents setzt (vgl. dazu Ziff. 5).

2.2 Sachgerechtigkeit der einzelnen in § 36a aufgeführten Kriterien bzw. Fallgruppen.

Die unter Nr. 1 bis 4 aufgeführten stellen im Allgemeinen eine sachgerechte Aufzählung der wichtigsten relevanten Kriterien beim Prozess der Abwägung von privaten Nachzugsinteressen mit dem öffentlichen Interesse an der Beschränkung des Familiennachzugs zur Gewährleistung der Aufnahmefähigkeit der Bundesrepublik Deutschland dar. Die Kriterien entsprechen weitgehend den in der Rechtsprechung und Literatur aufgeführten Abwägungskriterien.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt, die weitere Gesichtspunkte, die auch im Rahmen von Verwaltungsvorschriften konkretisiert werden könnten, nicht ausschließt. Zusätzliche im Hinblick auf die Integration und das individuelle Schutzbedürfnis relevante Erfordernisse können im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung berücksichtigt werden.

Die Gesetzesbegründung des Entwurfs der Bundesregierung schreibt spezifische Integrationsanforderungen nicht vor, will aber „Integrationsaspekte“ bei der Bestimmung der Ausländer, bei denen humanitäre Gründe vorliegen, besonders berücksichtigen (S. 18). Eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung findet sich in § 36 a Abs. 2 S. 4 , wonach bei Vorliegen von humanitären Gründen (die ohnedies immer vorliegen müssen ,insofern überflüssig) Integrationsaspekte „ besonders „ zu berücksichtigen sind. Was die besondere Berücksichtigung beinhaltet, bleibt allerdings unklar. Im Hinblick auf das zentrale Anliegen der Gesetzgebung, die Aufnahmefähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten, erscheint es rechtspolitisch vorzugswürdig, die Beachtung von Integrationsaspekten stärker gesetzlich zu verankern.

3. Praktikabilität und Effizienz der Regelung

3.1 Verfahrensdauer und Verfahrenseffizienz

Fragen der Praktikabilität der Regelung stellen sich im Hinblick auf Erfordernisse der Verfahrensdauer und der Verfahrenseffizienz. Über Anträge auf Erteilung einer Nachzugsgenehmigung sollte möglichst rasch und auf Grund eindeutiger Vorgaben entschieden werden. Gerechtigkeit manifestiert sich nicht in einer hohen Komplexität des Entscheidungsprozesses und der Dauer der Verfahren. Eine massenhafte Stellung letztlich unbegründeter Nachzugsanträge in Verbindung mit der Einlegung von Rechtsmitteln (denen im vorliegenden Fall zwar kein Suspensiveffekt zukommt) sollte möglichst vermieden werden. Verfahrenseffizienz ist in manchen Bereichen des Verwaltungsrechts auf Grund der Komplexität des Rechtsbereichs aber auch auf Grund einer extensiven Auslegung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen, die im Ergebnis neben den öffentlichen Interessen eine Vielzahl von privaten Interessen abzuwägen hat, nur begrenzt erreichbar. § 36a Entwurf ist als weite Ermessensentscheidung, die unter dem Titel „humanitäre Gründe“ eine Vielzahl von Personen erfasst, die als Familienangehörige subsidiär Schutzberechtigter i.S. von § 36a Abs. 1 Entwurf einen Familiennachzug anstreben.

Die vorgeschlagene Regelung beinhaltet mit dem Kriterium der „humanitären Gründe“ unter Einbeziehung des beispielhaften Katalogs von § 36a Abs.2 eine Vielfalt von Abwägungskriterien und eine ebenso breite Vielfalt von Gewichtungsmöglichkeiten. Aus dem Blickwinkel einer umfassenden Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalles erscheint dies zunächst systemkonform. Auch aufenthaltsbeendende Maßnahmen unterliegen im Hinblick auf den Familiennachzug einem derart umfassenden Schutz (ungeachtet der Unterscheidung zwischen schwerwiegenden und besonders schwerwiegenden Ausweisungsgründen und Bleibeinteressen im Ausweisungsrecht).

Steht aber, wie im vorliegenden Fall, eine mengenmäßige Beschränkung der erstrebten Begünstigung (Nachzugsgenehmigung) zur Diskussion, so stellt sich das zusätzliche Erfordernis der Prioritätensetzung und Gewichtung der einschlägigen abzuwägenden Interessen, da hier jeweils monatsbezogen entschieden werden muss, wem bei einer unterstellten Vielzahl ausreichend humanitär begründeter Anträge der Vorzug einzuräumen ist. Ob und unter welchen Umständen die Wartezeit gegenüber der ernsthaften Gefährdung der Vorzug verdient und wie im Rahmen des monatlichen Kontingents die

Gewichtung vorzunehmen ist, im Vergleich gegenüber der Gewichtung des Vormonats, in dem möglicherweise die fallgruppenweise Zuordnung der Antragsteller ganz andere Prioritätensetzungen nahegelegt hatte, in § 36a nicht geregelt.

Dies wirft die Frage auf, ob eine Berechtigung zum Familiennachzug in einem vertretbaren Zeitraum und nach einigermaßen einheitlichen und gleichmäßigen Kriterien entschieden werden kann. Verwaltungsvorschriften können eine einheitliche Verwaltungspraxis herbeiführen, sollten aber auch eine über die jeweilige monatliche Vergabepaxis hinaus gleiche Anwendung des § 36a Entwurf gewährleisten. Allerdings stellt sich auch in diesem Fall angesichts der Vielzahl von unterschiedlichen Situationen und Fallgruppen das Problem, wie aufgrund einer einheitlichen weit gefassten Ermessensvorschrift die Anwendung „gerichtsfest“ konkretisiert werden kann, ohne dass die entscheidenden Behörden gezwungen werden, umfangreiche und aufwändige Verwaltungsverfahren durchführen zu müssen.

3.2 Verfahrenseffizienz im Visumverfahren

Über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Familiennachzugs muss im Verfahren über die Erteilung eines Visums von den zuständigen Auslandsvertretungen entschieden werden. Im allgemeinen ist dies auf Grund einigermaßen eindeutig im Gesetz geregelter und von den Ausländerbehörden und den Auslandsvertretungen zu ermittelnder formaler und substantieller Kriterien der §§27 ff AufenthG in einem vertretbaren Zeitraum möglich, auch wenn – wie die Praxis zeigt – die Bediensteten des Auswärtigen Amtes rasch an Kapazitätsgrenzen beim Verfahren der Visumerteilung geraten.

Die Wahrnehmung der Entscheidungskompetenzen über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36a hat jedoch eine wesentlich andere Qualität als herkömmliche Familiennachzugsentscheidungen nach den §§ 27 ff. AufenthG auf Grund der oben geschilderten höchst komplexen Entscheidungskriterien. Dies könnte möglicherweise bei einem Überhang pender Anträge im Verhältnis zu der maximal verfügbaren Zahl von monatlich 1000 Aufenthaltserlaubnissen zu unvorhersehbar langwierigen Verfahren und einem Verfahrensstau, führen. Die auswärtigen Vertretungen sind weder personell noch ausstattungsmäßig in der Lage, umfangreiche Ermittlungsverfahren bezüglich der Situation von Familienangehörigen im Ausland durchzuführen, sondern sind darauf angewiesen, anhand eines Katalogs von Voraussetzungen das Bestehen eines Rechtsanspruchs auf Erteilung eines Visums zum Zweck des Familiennachzugs zu überprüfen.

Der Gesetzentwurf hat diese Problematik gesehen und versucht, ihr dadurch zu begegnen, dass verwaltungsintern das Bundesverwaltungsamt damit beauftragt wird, verbindlich festzustellen, ob humanitäre Gründe vorliegen, „die zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36a führen können“ (S.17). Für die inlandsbezogenen Aspekte sind weiterhin die Ausländerbehörden zuständig (§ 31 AufenthV). Ob dieser „Dreiklang“, intern verfahrensbeteiligter Behörden ein effizientes und einigermaßen zügiges Verfahren ermöglicht, ist eine Frage der organisatorischen Umsetzung und der Klarstellung der verwaltungsinternen Aufgabenverteilung.

3.3 Besondere Problematik der Fallgruppe nach § 36a Abs.2 Nr. 4

Einige der in Abs. 2 aufgeführten Fallgruppen werfen Probleme der Sachverhaltsermittlung auf, die nicht nur die Auslandsvertretungen, sondern auch das Bundesverwaltungsamt vor kaum zu lösende Probleme stellen dürften. Das gilt insbesondere für die in Abs. 2 Nr. 3 erwähnte Fallgruppe der ernsthaften Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit des Ehegatten, des minderjährigen ledigen Kindes oder der Eltern eines minderjährigen Ausländers im Aufenthaltsstaat. Diese Fallgruppe ähnelt in ihren Voraussetzungen der Kategorie der unmenschlichen Behandlung, die subsidiären Schutz begründet. Damit wird eine Art kleines Asylverfahren in die Prüfung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Familiennachzugs eingeführt, die angesichts der Komplexität von Asylverfahren und der Feststellung einer Bedrohungssituation kaum ohne eine eingehende und zeitaufwändige Prüfung der allgemeinen und individuellen Situation der betroffenen Familienangehörigen geleistet werden kann. Im Asylrecht wird mit guten Gründen eine Asylantragstellung im Ausland abgelehnt, auch wenn in der Praxis in extremen Fällen ohne Rechtsanspruch ein humanitäres Visum erteilt wird.

Es geht dabei nicht um die Frage, in wieviel Fällen tatsächlich eine solche Bedrohungssituation nach Abs. 2 Nr. 4 § 36a Entwurf festgestellt wird, sondern um die Geltendmachung einer Bedrohungssituation, die – wenn man die Rechtsprechung zum Asylrecht zugrundelegt – eine umfassende und aufwändige Aufklärung erfordert, die in der Praxis nicht selten zu einer – rechtlich nicht vorgesehenen – Verschiebung der Beweislast zugunsten der Antragsteller führt, wenn wie häufig die konkrete Bedrohungssituation lediglich behauptet, aber nicht nachgewiesen werden kann. Soll entsprechend den Grundsätzen des Asylverfahrens die Glaubhaftmachung einer Gefährdung

ausreichen und wie überprüft das Bundesverwaltungsamt die Angaben des nachzugswilligen Familienangehörigen?

Zwar ist nachvollziehbar, warum der Gesetzentwurf die Fallgruppen des Abs. 2 Nr. 3 und 4 in die beispielhafte Aufzählung der humanitären Gründe des Abs. 2 aufgenommen hat. Sinnvoller erscheint es allerdings, bei der Regelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten zwischen typischen Fallgruppen zu unterscheiden und die Regelung atypischer Ausnahmesituationen der Generalklausel des § 22 AufenthG, die eine flexible Handhabung derartiger Fälle ermöglicht, zu überlassen. Der Unterschied liegt darin, dass die Aufnahme in den Kriterienkatalog eine umfangreiche Überprüfung bei Geltendmachung zwingend erfordert, wenn die Auslandsvertretung nicht riskieren will, dass eine ablehnende Entscheidung aufgehoben wird, mit der Begründung, nicht alle gesetzlich vorgesehenen humanitären Gründe umfassend geprüft zu haben. Damit wird zwar das begehrte Visum noch nicht erlangt, aber zumindest eine Entscheidung über den Antrag verzögert, wenn angesichts der Gesamtzahl der bewilligten Nachzugsgenehmigungen noch einer realistische Chance besteht, später bei der Kontingentausschöpfung zum Zuge zu kommen oder im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eine befristete Einreiseerlaubnis zu erlangen (die faktisch mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Daueraufenthalt führen dürfte; entsprechendes gilt aber auch für die irreguläre Einreise von Familienangehörigen subsidiär Schutzberechtigter).

4. Neue Versagungsgründe nach § 27 und § 36 Abs. 3 Entwurf

4.1 Versagungsgründe nach § 27 Abs. 2.

Beim Nachzug von Familienangehörigen zu dem in Abs. 2 (3a) aufgeführten Personen darf der Gesetzgeber davon ausgehen, dass eine Integration der nachziehenden Familienangehörigen typischerweise auf erhebliche Schwierigkeiten stösst, wenn sie nicht überhaupt ausgeschlossen erscheint, weil die Beeinflussung des für die Integrationsprognose maßgeblichen Verhaltens des nachzugswilligen Familienangehörigen regelmässig die gesetzlich vorgesehenen Integrationsmaßnahmen unwirksam macht. Die in Abs. 3a aufgeführten Verhaltensweisen sind typischerweise Ausdruck einer ideologisch oder religiös fest verankerten Grundhaltung, deren prägende Wirkung sich nicht durch einen Integrationskurs aufheben oder korrigieren lässt. Typischerweise kann auch davon ausgegangen werden, dass die Familienangehörigen, die ggfs. einen Antrag auf Erteilung einer

Aufenthaltserlaubnis stellen könnten, in so hohem Masse von dem „Stammberechtigten“, abhängig sind, dass keine positive Integrationswirkung von nachziehenden Familienangehörigen ausgehen kann. Die Tatbestände des Abs.3a sind auch hinreichend bestimmt. Ihre Einbeziehung in das Familiennachzugsrecht ist systemkonform und entspricht der Entwicklung des Rechts der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen.

Die Ausnahmeregelung in § 27 Abs.3a S. 2 (Abstandnahme des Stammberechtigten vom gefährdenden Verhalten) entspricht zwar dem Ausweisungsrecht, erscheint aber im vorliegenden Zusammenhang nicht sinnvoll. In besonderen Fällen kommt die Anwendung der Härteklausel in Betracht. Das Abstandnehmen von einem sicherheitsgefährdenden Handeln beinhaltet auch noch keine Gewährleistung für eine integrationsfördernde familiäre Umgebung. Vielmehr könnte der Gesetzgeber m.E. auch davon ausgehen, dass derart massiv integrationsfeindliche Verhaltensweisen, wie sie in Abs.3a aufgeführt sind, generell dauerhaft einen Familiennachzug ausschließen. Ein ehemaliger islamistischer Gefährder, der disillusioniert vom IS von Afghanistan zurückkehrt, wird noch nicht dadurch zu einem Integrationsförderer, dass er von seinem sicherheitsgefährdenden Verhalten Abstand nimmt.

4.2 Spezielle Ausschlussgründe des § 36a Abs. 3 E für den Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

Grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich und im Hinblick auf die Interessengewichtung sachgerecht sind auch die Ausschlussgründe nach Abs. 3. Nr.1 ist als Kriterium der Abwägung auch in der EGMR Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt. Eine nach der Flucht geschlossene Ehe ist nicht in der gleichen Weise wie die bei Flucht bestehende Ehe schutzwürdig.

Inhaltlich unbedenklich ist auch der Ausschlussgrund nach Nr. 2. Allerdings handelt es sich der Sache nach um einen allgemein für alle Fälle des Familiennachzugs geltende Ausschlussstatbestände, die bereits in § 5 Abs. 1 Nr. 2 erfasst sind, der nach der Systematik der Regelung – soweit ersichtlich – auch im Rahmen des § 36a E gilt, während § 5 Abs. 1 Nr. 1 und § 29 Abs. 1 Nr. 2 (Sicherung des Lebensunterhalts und Wohnraum) ausgeschlossen sind (vgl. § 36a Abs. 1 S. 3). M.E. müsste daher das Verhältnis der Ausschlussgründe nach § 36a Abs. 3 Nr. 2 zu § 5 Abs. 1 Nr. 2 geklärt werden.

Sachgerecht sind schließlich auch die Ausschlussgründe nach Abs. 3 Nr. 3 und 4. Ist eine Beendigung des Aufenthalts eines Stammberechtigten zu erwarten (z.B. weil die subsidiären Schutzgründe entfallen sind), besteht kein Grund für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Familienzusammenführung.

4.3 Integrationserfordernisse beim Stammberechtigten

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht weder bei der Umschreibung der Fallgruppen, bei denen humanitäre Gründe vorliegen, noch bei der Regelung der Ausschlussgründe eine besondere Berücksichtigung von Integrationsanforderungen bei dem Schutzberechtigten vor, zu dem der Familiennachzug erfolgen soll. Zielsetzung der Regelung ist aber die Gewährleistung der Aufnahme und Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland. Integrationsaspekten ist daher besondere Beachtung zu schenken. Dies könnte auch durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung bei der Bestimmung der Fallgruppen, bei denen humanitäre Gründe angenommen werden können und durch zusätzliche Ausschlussgründe erfolgen (siehe Alternativvorschlag zu § 36a).

Als Ausschlussgrund bei § 36a Abs. 3 könnte daher im Anschluss an 2. eingefügt werden:

(2a) gegen seine Integrationspflichten wiederholt gröblich verstossen hat (bedarf u.U. noch der Präzisierung, welche Integrationspflichten erfasst werden)

5. Alternativvorschlag zu § 36a

5.1 Erläuterungen

Der Alternativvorschlag zielt auf eine stärkere Berücksichtigung von Integrationsanforderungen und auf eine leichtere und effizientere Verteilung der verfügbaren Zahl von Aufenthaltserlaubnissen durch die Bildung von Unterkontingenten für primär zu berücksichtigende Fallgruppen. Die vorgeschlagene Regelung orientiert sich – ungeachtet der rechtlichen Unterschiede – an der gesetzlichen Regelung der Verteilung von Numerus Clausus Studienplätzen. Damit könnte die höchst komplexe Aufgabe der Interessenabwägung bei zahlreichen unterschiedlichen Situationen erheblich vereinfacht werden, indem in den jeweiligen Untergruppen nur zu prüfen ist, ob sie die jeweils geltenden Anforderungen erfüllen. Diese Anforderungen sind

so gestaltet , dass sie von den Auslandsvertretungen – wie bisher – in einem relativ einfachen Verfahren rasch geprüft werden können. Sind die Anforderungen erfüllt, wird nach der zeitlichen Reihenfolge ein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis beschieden, bis die Maximalzahl erreicht ist. Die Wiederholung des Antrags und das Ausweichen auf ein anderes Unterkontingent sind dadurch nicht ausgeschlossen. Wird ein Kontingent nicht ausgeschöpft , könnte ggfs.automatisch die verfügbare Zahl von Aufenthaltserlaubnissen bis zur Maximalzahl aufgestockt werden. Die Verteilung der verfügbaren Aufenthaltserlaubnisse sollte evt. überprüft werden können. Die Einzelheiten des Verfahrens und der Kontingentverteilung könnten in einer RVO des BMI mit Zustimmung des Bundesrats geregelt werden.

Eine Beschränkung des privilegierten Zugangs minderjähriger Kinder nach Abs. 2b auf die Vollendung des 16. Lebensjahres ergibt sich daraus, dass typischerweise das Schutz und- Sorgebedürfnis mit höherem Alter abnimmt und zugleich die Integrationsfähigkeit älterer Kinder im Hinblick auf die schulische Erziehung im Herkunftsstaat und die bereits erfolgte Prägung durch das Aufwachsen in einer andersartigen kulturellen Umgebung geringer wird. Das Alter von 16 Jahren wird in § 27 Abs. 2 AufenthG als Anknüpfungspunkt genommen. Ein Verstoß gegen die Kinderkonvention und das Prinzip der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls liegt m.E. nicht vor, Zum einen schließt die Beachtung des Kindeswohls die Berücksichtigung unterschiedlicher Schutzbedürfnisse nicht aus. Zum anderen können ältere minderjährige Kinder im Rahmen des Kontingents nach Abs. 2a aufgenommen werden.

5.2 . Alternativvorschlag

Vorgeschlagene Neufassung des § 36a :

- (1) Dem Ehegatten oder dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1 zweite Alternative besitzt, kann aus humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Gleiches gilt für die Eltern eines minderjährigen Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1 zweite Alternative besitzt, wenn sich kein personensorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet aufhält. § 5 Absatz 1 und § 29 Abs. 1 Nummer 2 finden vorbehaltlich von Abs. 2 keine Anwendung . Die §§ 22, 23 bleiben unberührt.**

**(2) Monatlich können bis zu 1000 nationale Visa für eine Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 1 Satz 1 und 2 erteilt werden.
Erteilt werden**

(a) Bis zu 500 Aufenthaltserlaubnisse nach Absatz 1 Satz 1 und 2 für den Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, die sich in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland integriert haben. Diese Voraussetzung ist insbesondere erfüllt, wenn

aa) der Ausländer, zu dem der Nachzug erfolgt, über ausreichende Mittel zum Lebensunterhalt verfügt

bb) für sich und den nachziehenden Familienangehörigen über eine Wohnung verfügt

cc) ausreichende Deutschkenntnisse und den erfolgreichen Abschluss eines Integrationskurses nachweist

Auf den Nachweis der Sicherung des Lebensunterhalts kann verzichtet werden, wenn der Schutzberechtigte eine Berufsausbildung abgeschlossen oder begonnen hat und mit dem erfolgreichen Abschluss der Ausbildung gerechnet werden kann.

b) Bis zu 250 Aufenthaltserlaubnisse für minderjährige ledige Kinder bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres eines im Bundesgebiet lebenden Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1 2. Alternative besitzt, sofern kein Elternteil oder ein anderweitig sorgeberechtigter Angehöriger im Ausland für die Erziehung des Ausländers verantwortlich ist .

oder

für Eltern eines minderjährigen Ausländers, der im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1 2. Alternative ist, sofern sich kein personensorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet aufhält.

c) bis zu 250 Aufenthaltserlaubnisse nach Abs. 1 Satz 1 und 2 für Familienangehörige, denen die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft seit mehr als drei Jahren ab dem Zeitpunkt der Zuerkennung subsidiären Schutzes nicht möglich war, oder denen aus besonderen Gründen, wie schwere Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit des Familienangehörigen oder des stammberechtigten Ausländers, die durch eine qualifizierte Bescheinigung glaubhaft zu machen ist, der Nachzug aus überragenden humanitären Gründen zu ermöglichen ist.

6. Zur BT-Drs. 19/2523

Der Alternativvorschlag der FDP Fraktion ist m.E. mit den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben zum Schutz der Familieneinheit und des Kindeswohls ebenfalls vereinbar. Die Kriterien, unter denen ausnahmsweise eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug erteilt werden können, sind im Hinblick auf die Zielsetzung der Regelung sachgerecht und ermöglichen einen fairen Ausgleich von privaten und öffentlichen Interessen.

Anders als der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht der Alternativentwurf keine Kontingentierung vor und bewegt sich daher stärker im Rahmen der herkömmlichen Familiennachzugsbeschränkungen bzw. Voraussetzungen. Jeder Person, die die in Art. 104 Abs. 13 Nr. 1- 3 genannten Voraussetzungen erfüllt, steht ein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu. Darin liegt ein rechtspolitischer Vorteil, weil nicht über die schwierige Frage der Prioritätensetzung bei einem nur beschränkt verfügbaren Gut entschieden werden muss, sondern lediglich über die Erfüllung der Voraussetzungen.

Die aufgeführten Kriterien werfen aber z.T. systematische und inhaltliche Fragen auf. Bei Nr. 1. Wird auf die Verzögerung als besondere Härte⁴ abgestellt. Mit der Verwendung dieses Begriffs stellt sich die Frage einer Abgrenzung zu anderen Härtefallklauseln (dringende humanitäre Gründe nach § 22) und die Auslegung dieses Begriffs, die bei der ins Blickfeld genommenen Personenkategorie höchst unklar ist.

Die Voraussetzung der Nr. 2 (Integrationserfordernisse) ist grundsätzlich sinnvoll, wirft aber die Frage auf, inwieweit dadurch eine hinreichend Berücksichtigung der humanitären Interessen von Personen, die nicht in der Lage sind, ihren Lebensunterhalt zu sichern, gewährleistet wird. Dadurch entsteht die absehbare Gefahr einer Verlagerung des Familiennachzugsrechts zu subsidiär Geschützten mittels eines Durchgriffs auf Art.6 GG und Art. 8 EMRK.

Diese Gefahr wird dadurch noch verschärft, dass das Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung in ein Alternativverhältnis zu Nr. 3 gesetzt wird. In Bezug auf das Kriterium von Nr. 3 sind dieselben Einwände zu erheben, wie bei § 36a Entwurf der Bundesregierung. Es begegnet m.E. erheblichen rechtspolitischen Bedenken, die Kategorie der Gefährdung an Leib, Leben oder Freiheit in das Familiennachzugsrecht zu integrieren und damit quasi eine Asylprüfung zum Bestandteil des Verfahrens über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu machen (wobei auch nicht ersichtlich ist, wie bei einer festgestellten Gefährdung an Leib und Leben das daneben bestehende

allgemeine Erfordernis der besonderen Härte infolge einer Verzögerung der Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft zu verstehen ist. Es besteht zumindest ein Risiko, dass sich die Vorschrift mangels eindeutiger Begrenzung als Einfallstor für einen quasi unbeschränkten Nachzug von Familienangehörigen entwickeln könnte.

Fruthwilen, 7.6.2018

Kay Hailbronner