

Zerrissene Familien

Praxisbericht und Rechtsgutachten zum
Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

Autor*innen: Sigrun Krause, Daniel Kamiab Hesari,
Daniel Weber, Danial Haschem, Karim Alwasiti

März 2021

Inhalt

Einleitung	1
A. Praxisbericht	3
I. Ablauf des Verfahrens und Probleme in der Praxis	3
1. Die Rolle der deutschen Auslandsvertretungen.....	4
a. Vorgesehener Ablauf.....	4
b. Probleme in der Praxis: Lange Wartezeiten, technische Kontakthürden	5
2. Die Rolle der Internationalen Organisation für Migration	6
a. Vorgesehener Ablauf.....	6
b. Problem in der Praxis: mangelnde Transparenz.....	7
c. Problem in der Praxis: Nachweisanforderungen.....	7
d. Problem in der Praxis: vorauseilende Drosselung.....	8
3. Die Rolle der Ausländerbehörden	9
a. Vorgesehener Ablauf.....	9
b. Probleme in der Praxis: restriktive Prüfungen, weitere Nachweisanforderungen	10
4. Die Rolle des Bundesverwaltungsamts	12
a. Vorgesehener Ablauf.....	12
b. Probleme in der Praxis: Intransparenz und überflüssige Verlängerung des Verfahrens ..	12
II. Zahlen zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten	14
III. Ergebnis	17
B. Vereinbarkeit des § 36a AufenthG mit Grund- und Menschenrechten	20
I. Recht auf Familie	20
1. Art. 6 Grundgesetz: Schutz der Familie	20
a. Pflicht zur regelmäßigen Gewährung des Familiennachzugs	20
b. Verfassungswidrigkeit eines Kontingents.....	22
c. Keine Verfassungsmäßigkeit durch § 22 AufenthG.....	23
d. Ausschöpfen des Kontingentes und Wartezeit	25
2. Art. 8 EMRK: Recht auf Achtung des Familienlebens.....	26
a. Pflicht zur regelmäßigen Gewährung des Familiennachzugs	26
b. Konventionsverstoß durch Kontingentregelung	27
II. Diskriminierungsverbote	28
1. Art. 3 Abs. 1 GG: Allgemeiner Gleichheitssatz	28
2. Art. 14 i.V.m. 8 EMRK: Diskriminierungsverbot	30
3. Art. 21 EU-Grundrechte-Charta (GRC): Diskriminierungsverbot.....	31
III. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheitsgebot	31
IV. Kinderrechte	33

V. Ergebnis	37
C. Rechtsprechungsübersicht zu § 36a AufenthG	38
D. Fazit	40
E. Folgerungen und Anforderungen an die Politik	43
I. Notwendige Gesetzesänderung: Familiennachzug nach §§ 30, 32, 36 I AufenthG für subsidiär Geschützte	43
II. Schnelle Hilfe: AD-HOC-MASSNAHMEN	43

Einleitung

Vor mehr als zwei Jahren trat am 1. August 2018 das Gesetz zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten in Kraft. Seit der Einführung von § 36a Aufenthaltsgesetz (AufenthG) können maximal 1.000 Visa pro Monat für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten erteilt werden. Einen grundsätzlichen Anspruch auf Familiennachzug schließt das Gesetz ausdrücklich aus. Der Nachzug kann vielmehr aus humanitären Gründen im Einzelfall gewährt werden.

Diese restriktive „Kontingentregelung“ ist das vorläufige Resultat einer politischen Debatte um den Familiennachzug anlässlich der im Herbst 2015 kurzzeitig gestiegenen Zahl in Deutschland ankommender Flüchtlinge. Vorausgegangen war ein vergleichsweise kurzer Gesetzgebungsprozess, begleitet von einer intensiven öffentlichen Debatte und kritischen Stellungnahmen zahlreicher Sachverständiger, Verbände und Kirchen.

Dabei war erst ein Jahr zuvor das Recht auf Familiennachzug, das für anerkannte Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) gilt, auch für subsidiär Schutzberechtigte gesetzlich verankert worden. Zum Hintergrund: Für subsidiär Schutzberechtigte – Opfer von Bürgerkrieg, drohender Todesstrafe oder Folter – ist regelmäßig die Rückkehr in ihre Heimat und damit das Familienleben dort nicht möglich. Sie erhalten deshalb ähnlich wie anerkannte GFK-Flüchtlinge in der Regel nicht nur für kurze Zeit, sondern dauerhaft Schutz im Aufnahmeland. Die Vergleichbarkeit der beiden rechtlichen Schutzkategorien war der wesentliche Grund für die Gleichstellung beim Familiennachzug.

In der Debatte 2015, in der es vor allem um die potenzielle Zahl von nachzugswilligen Angehörigen ging, wurde das Nachzugsrecht von Geflüchteten öffentlich infrage gestellt. Am 18. März 2016 folgte im Zuge der sogenannten „Asylrechtspakete“ die politische Kehrtwende: Der Nachzug wurde – nur – für die Gruppe der subsidiär Schutzberechtigten für zwei Jahre vollständig ausgesetzt. Gemessen an der Zahl der davon Betroffenen gewann die Regelung in der Folgezeit stark an Bedeutung: Bildeten subsidiär Schutzberechtigte bis dato eine kleine Gruppe unter den Geflüchteten, stieg ihr Anteil zeitgleich mit der Aussetzung des Familiennachzugsrechts stark an (2016: 42%, 2017:61%),¹ während der Anteil derjenigen, die den „vollen“ GFK-Flüchtlingsschutz (inklusive Nachzugsrecht) erhielten, drastisch sank (2015: 99,7%, 2016: 58%, 2017: 38%).²

Es waren schließlich fast zweieinhalb Jahre, in denen die subsidiär Schutzberechtigten von der Möglichkeit des Familiennachzugs vollständig ausgeschlossen blieben. Als nach Ablauf der zweijährigen Aussetzung die vorige Rechtslage wieder automatisch in Kraft treten sollte,

¹ Vgl. PM PRO ASYL vom 31.07.2020, „Getrennte Familien am Ende ihrer Kräfte – Zwei Jahre Gnadenrecht beim Familiennachzug“, abrufbar unter: <https://www.proasyl.de/news/getrennte-familien-am-ende-ihrer-kräfte-zwei-jahre-gnadenrecht-beim-familiennachzug/>.

² Ebenda

verständigten sich CDU/CSU und SPD in ihrem Koalitionsvertrag darauf, die Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten zunächst zu verlängern, so dass im August 2018 die Kontingentregelung in Kraft trat.

Die Notwendigkeit einer Evaluierung der Neuregelung von 2018 hatte der Gesetzgeber ausdrücklich nicht vorgesehen, obwohl dies angesichts des komplexen Verfahrens und der Grundrechtsrelevanz dringend geboten wäre.

Auch fünf Jahre nach der Ankunft zahlreicher Geflüchteter im Jahr 2015 ist die Trennung der Familie für viele Betroffene zermürbend. Das Thema Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten spielt in der Beratung von Geflüchteten durch Beratungsstellen, Flüchtlingsinitiativen und Verbänden sowie Anwaltschaft nach wie vor eine große Rolle.

JUMEN ist daher von PRO ASYL gebeten worden, die Praxis der Familiennachzugsregelung nach § 36a AufenthG zu analysieren und sie auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und völkerrechtlichen Verträgen zu prüfen. Zahlreiche Praxisbeispiele sind den Erfahrungen eines von PRO ASYL finanzierten Beratungsprojektes zum Familiennachzug, geleitet von Karim Alwasiti, entnommen.

Im vorliegenden Gutachten werden die Ergebnisse eines ersten Praxisberichts zur Umsetzung des Gesetzes und der Verfahren nach zwei Jahren dargestellt (*Alwasiti, Haschem, Krause*). **(Teil A)**. Der Schwerpunkt des Gutachtens liegt in der Untersuchung, ob die derzeitige Rechtslage den grund- und menschenrechtlichen Anforderungen entspricht. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, inwieweit die mit dem neuen § 36a AufenthG eingeführte Regelung und ihre praktische Umsetzung (inter-) nationalen Bestimmungen zuwiderläuft (*Kamiab Hesari, Krause, Weber*) **(Teil B)**. Anschließend wird die bisher ergangene Rechtsprechung zu § 36a AufenthG überblicksmäßig dargestellt (*Krause*) **(Teil C)**. Abschließend werden ein Fazit zur Umsetzung des neuen Familiennachzugsrechts zu subsidiär Schutzberechtigten gezogen **(Teil D)** und schließlich Folgerungen und Anforderungen an die Politik formuliert **(Teil E)**.

Das Ergebnis der Prüfung sei vorweg festgehalten: Die bestehende Regelung nach § 36a AufenthG ist in vielerlei Hinsicht praktisch problematisch und weder mit grundgesetzlichen noch völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar. Eine „Korrektur“ der Regelung wäre aufwändig und kaum zielführend. Um zu einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Anwendungspraxis beim Familiennachzug zu kommen, ist die Rückkehr zur Gleichstellung subsidiär Geschützter mit anerkannten Flüchtlingen und einem privilegierten Familiennachzugsrecht angezeigt.

A. Praxisbericht

Der Praxisbericht wirft einen Blick auf das Verfahren zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten gemäß § 36a AufenthG und erörtert anhand von Erfahrungsberichten von Beratungsstellen unter anderem von PRO ASYL, Flüchtlingsinitiativen und Verbänden zentrale Probleme, die sich seit Inkrafttreten des § 36a AufenthG im August 2018 gezeigt haben. Im Anschluss daran werden Zahlen und Statistiken für den Zeitraum August 2018 bis Dezember 2020 dargestellt und näher beleuchtet, um die schleppende Umsetzung der Verfahren zu verdeutlichen. Eine abschließende Auswertung thematisiert die unterschiedlichen Begründungsansätze, die für die Entwicklung herangezogen werden können und vertieft dabei die bereits im Rahmen der Darstellung des Verfahrens beschriebenen Probleme.

Für dieses Monitoring wurden öffentlich zugängliche Zahlen und Daten ausgewertet und Gespräche mit Beratungsstellen und Anwaltschaft geführt. Es wird nicht der Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Gleichwohl macht diese Betrachtung einige klare und zentrale Hemmnisse für die Inanspruchnahme des Familiennachzugsrechts im Rahmen der Kontingentregelung sichtbar, die auf (mangelnde) gesetzgeberische Vorgaben hinweisen und deshalb in eine Gesamtbetrachtung der gesetzlichen Regelung einfließen müssen.

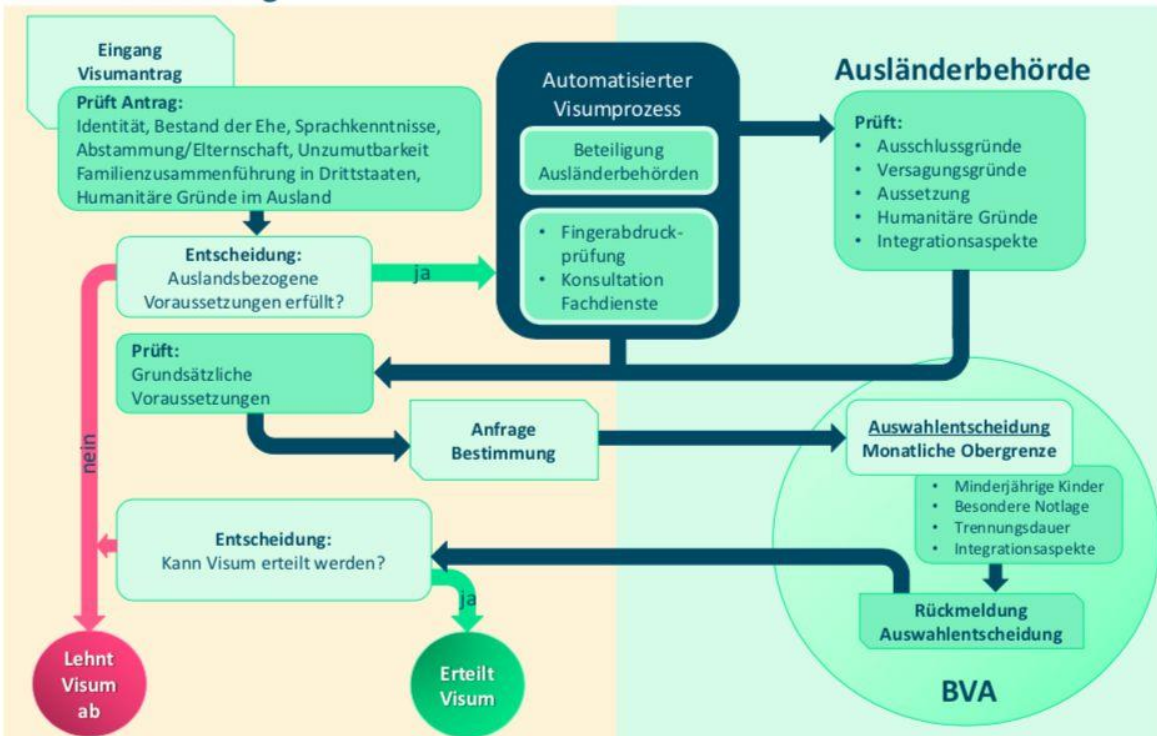
I. Ablauf des Verfahrens und Probleme in der Praxis

Im Folgenden wird der Ablauf des Visumverfahrens dargestellt, den das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI)³ nach § 36a AufenthG vorgesehen hat. Die von den zuständigen Behörden durchgeführte Umsetzung und die daraus resultierenden Probleme werden anhand einer Unterteilung veranschaulicht, die die am Verfahren beteiligten Akteure und deren Rolle im Verfahren beleuchtet. Dies sind die Auslandsvertretungen (I.1), die Internationale Organisation für Migration (IOM, I.2), die Ausländerbehörden (I.3) sowie das Bundesverwaltungsamt (BVA, 1.4).

Die folgende Darstellung des Bundesverwaltungsamtes zum neuen Verfahren nach § 36a AufenthG macht bereits deutlich, wie komplex und überfrachtet das neue Verfahren ist.

³ Vgl. Anlage des Rundschreiben des Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat BMI vom 13.07.2018, auch abrufbar unter https://familie.asyl.net/fileadmin/user_upload/pdf/BMI_an_Laender.pdf.

Auslandsvertretung



Quelle: Bundesverwaltungsamt, 16.01.2019

1. Die Rolle der deutschen Auslandsvertretungen

a. Vorgesehener Ablauf

Der Antrag auf Familiennachzug ist bei der jeweiligen Auslandsvertretung zu stellen. Die eingehenden Terminanfragen für den Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten werden in einer zentralen Liste gespeichert, die das Auswärtige Amt führt, das für die Organisation der Visastellen zuständig ist. Die Registrierung auf dieser Liste erfolgt über ein Online-System und ist seit dem 1. Juli 2018 möglich. Die Kontaktaufnahme mit den Antragsteller*innen erfolgt durch die Auslandsvertretung oder durch die Internationale Organisation für Migration (IOM).

Die Auslandsvertretung prüft auslandsbezogene Sachverhalte, insbesondere Fragen zur Identität, zu den familiären Verhältnissen (Abstammung, Elternschaft, Zeitpunkt der Eheschließung) und zur Unzumutbarkeit der Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft in einem Drittstaat sowie die humanitären Gründe, die bei der Person, die nachziehen will, auftreten.

Liegen nach der Prüfung durch die jeweilige Auslandsvertretung die Nachzugsvoraussetzungen grundsätzlich vor, wird der Antrag zur weiteren Prüfung an die am vorgesehenen Aufenthaltsort zuständige Ausländerbehörde weitergeleitet.

b. Probleme in der Praxis: Lange Wartezeiten, technische Kontakthürden

In der Praxis verläuft das Verfahren zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten äußerst schleppend. Den maßgebenden Anteil an der Dauer des Verfahrens hat hierbei vor allem die Wartezeit auf einen Vorsprachetermin zur Antragstellung bei den Auslandsvertretungen. Die Wartezeit wird von den Beratungsstellen in der Praxis in fast allen Fällen als unzumutbar lang beschrieben. Diese beträgt in der Regel mindestens ein Jahr, Antragstellende aus Nairobi müssen teilweise bis zu 18 Monate auf eine Einladung zum Vorsprachetermin warten. In Beirut oder Erbil beträgt die Wartezeit circa 12 Monate. Hinzu kommt, dass oft keine Information darüber erfolgt, wie lange die Wartezeit betragen wird und wann mit einer Antragstellung zu rechnen ist.⁴

Für die Bedeutung in der Praxis ist zu berücksichtigen, dass die heutzutage betroffenen Familien vielfach bereits eine „Wartezeit“ durch die rechtliche Aussetzung des Familiennachzugs hinter sich haben und die Zeit bis zu einem Termin bei der deutschen Auslandsvertretung nur der Auftakt zu weiteren Wartezeiten ist.

Wartezeiten beim Familiennachzug: Beispiele

- Im Februar 2017 erhält der zwei Jahre zuvor als 10-Jähriger mit Verwandten eingereiste M. den subsidiären Schutz. M.s Eltern unternehmen drei Versuche, um einen Termin beim Generalkonsulat in Erbil zu erhalten. Die ersten beiden Terminanfragen werden aufgrund der Rechtslage für ungültig erklärt. Mit Einführung der Kontingentregelung im August 2018 erhält die Familie einen Termin für Februar 2019. Das weitere Verfahren bis zur Visumserteilung zieht sich danach noch bis Oktober 2020 hin, fünf Jahre nach der Einreise des heute 15-jährigen.
- Im August 2016 erhält die junge Mutter L. mit ihrem Baby subsidiären Schutz. Der Familiennachzug des Familienvaters ist zu dieser Zeit aber durch die gesetzliche Aussetzung verwehrt. Kurz bevor diese im März 2018 enden soll, beantragt der Mann einen Termin bei der deutschen Auslandsvertretung in Erbil, aber die Aussetzung wird verlängert. Ein Termin für Ende März 2019 wird in Aussicht gestellt, aber noch einmal verschoben. Der junge Vater kann den Antrag bei der Botschaft schließlich im Mai 2019 stellen. Als er seine Tochter zum ersten Mal sieht, ist diese fast vier Jahre alt.
- Der 66-jährige A., eingereist 2015, wird im Mai 2017 als subsidiär Schutzberechtigter anerkannt. Seine Frau bemüht sich monatelang um einen Termin bei IOM in Beirut und erhält schließlich einen Termin für Anfang Januar 2020 – fünf Jahre ist das Paar da bereits getrennt. Kurz danach, Mitte März, wird das Visum erteilt, es verfällt jedoch wieder, weil die Einreise unter Corona-Bedingungen nicht innerhalb der Frist gelingt. Derzeit läuft ein neuer Antrag auf Neuvisierung.

⁴ Siehe auch unter A.II.

Auch die Kontaktaufnahme zu den einzelnen Auslandsvertretungen gestaltet sich in der Praxis oft schwierig. So wird berichtet, dass Botschaften nicht auf E-Mail und Fax reagierten. Dies stellt vor allem die Beratungspraxis vor große Hürden, wenn fehlende Dokumente übersandt werden müssen oder die Familien nicht vor Ort sind. Oft beschränke sich die Möglichkeit der Kommunikation allein auf die IOM-Stellen, die ihrerseits heterogen arbeiten und unterschiedlich gut erreichbar sind, was wiederum Probleme verursacht (siehe 2.).

Kontakthürden, die bis zu einer Verhinderung der Antragstellung reichen, werden bisweilen schon durch die technischen Vorgaben für eine Antragstellung aufgestellt – siehe folgendes Beispiel.

Kontakt zur Auslandsvertretung

- Frau X. möchte mit ihrem Kind zu ihrem subsidiär geschützten Ehemann nach Deutschland. Das Webportal des Auswärtigen Amtes verlangt bei der digitalen Terminvereinbarung die Passvorlage. Als staatenlose Kurdin in Syrien besitzt Frau X. aber keinen Pass. Monatelang gelingt es Frau X. nicht, den Kontakt zur Botschaft in Istanbul herzustellen. Der Familiennachzug scheitert so schon zu Beginn am Kontakt zu den deutschen Behörden.

2. Die Rolle der Internationalen Organisation für Migration

a. Vorgesehener Ablauf

2019 wurden vom Auswärtigen Amt, der Internationalen Organisation für Migration (IOM) und den Auslandsvertretungen in neun Hauptherkunftsstaaten sowie in Berlin zehn sogenannte Familienunterstützungsprogramme („Family Assistance Programme (FAP)“) geschaffen.⁵ Bereits 2016 starteten 5 Zentren, welche sich noch auf irakische und syrische Staatsangehörige beschränkten.

Diese Familienunterstützungszentren nutzt IOM, um den Antragstellenden beratend zur Seite zu stehen, Antragsunterlagen auf ihre Vollständigkeit zu überprüfen und eine Sachverhaltsfeststellung bei Anträgen auf Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten vorzunehmen.⁶ Dabei sind die Zentren sehr unterschiedlich ausgestaltet. Teilweise erfolgt die Antragstellung ausschließlich bei den IOM-Stellen, welche den Antrag dann an die Auslandsvertretung weiterleitet. In anderen Fällen wird den Auslandsvertretungen gemeldet, dass die Unterlagen vollständig sind und ein Termin vereinbart werden kann. Dabei entscheiden die Kapazitäten der jeweiligen Auslandsvertretungen, wie viele Anträge von den IOM-Stellen entgegengenommen werden können, beziehungsweise wie viele Vorgänge zur

⁵ Vgl. Informationsblatt zu IOM, http://germany.iom.int/sites/default/files/FAP/Family_Assistance_Programme_Info%20Sheet_German_09-2019.pdf.

⁶ Vgl. hierzu: BT-Drs. 19/14640, Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 30.10.2019, Antwort zu Frage 11.

Vorsprache an die Auslandsvertretung weitergeleitet werden. Im Fall der Antragsannahme bei den IOM-Stellen gilt der Antrag erst als gestellt, wenn er bei der Auslandsvertretung in die Bearbeitung kommt.

b. Problem in der Praxis: mangelnde Transparenz

Die Arbeit der einzelnen IOM-Stellen ist an die unterschiedlichen Rahmenbedingungen vor Ort angepasst und unterschiedlich ausgestaltet, z.B. an die Personalsituation der jeweiligen Auslandsvertretungen, den unterschiedlichen Kontaktwegen und -zeiten oder die unterschiedlichen technischen Voraussetzungen. Dies erschwert die Arbeit zwischen den IOM-Stellen und der Beratungspraxis in Deutschland, da es an einem einheitlichen System mangelt und Beratungsstellen praktisch für jede Auslandsvertretung beziehungsweise IOM-Stelle herausfinden müssen, wie sich der Kontakt dorthin am besten herstellen lässt.

Teilweise wird den IOM-Stellen von den Beratungsstellen attestiert, durchaus gut zu reagieren. Allerdings würden sich viele IOM-Stellen vor allem darauf beschränken „zu erzählen, dass man Geduld haben soll.“ Eine verlässliche Auskunft, wann mit einem Termin zu rechnen sei oder wie weit das Verfahren fortgeschritten ist, bekommen die Betroffenen nach den Erfahrungen der Beratungsstellen nicht.

Ein wichtiger Hinweis an dieser Stelle: Mangelnde Transparenz im Verfahren ist nicht allein den IOM-Stellen anzulasten, sondern Kennzeichen des gesamten Handelns der Auslandsvertretungen und auch des gesamten Familiennachzugsverfahrens: Die Betroffenen wissen nicht, wann sie mit einem Termin rechnen können, sie werden nicht über den Verfahrensstand informiert wissen oft nicht einmal, welcher der beteiligten Behörden aktuell am Zug ist. Das Verfahren gipfelt in einer Entscheidung, die von den Auslandsvertretungen gem. § 77 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht einmal begründet werden muss und gewöhnlich auch nicht begründet wird.

c. Problem in der Praxis: Nachweisanforderungen

Die von den IOM-Stellen vorgenommene Prüfung der Dokumentenvorlagen und die Sachverhaltsfeststellung tragen dazu bei, dass die Terminanfragen nicht zeitnah bearbeitet werden können.

Die Anforderungen an die Dokumentenvorlage sind häufig insofern problematisch, als dass die Beschaffung der verlangten Unterlagen in einigen Herkunftsländern für viele Geflüchtete ein nahezu hoffnungsloses Unterfangen darstellt. In Eritrea beispielsweise existiert nur ein unzureichendes Urkundenwesen. Die deutschen Behörden verlangen für den Familiennachzug aus Eritrea etwa die Vorlage einer staatlichen Heiratsurkunde – obgleich die allein religiöse Eheschließung in Eritrea üblich ist und eine staatliche Nachregistrierung vor Ort die Geflüchteten vielfach vor unlösbare Probleme stellt. Auch in Somalia z.B. existiert kein funktionierendes Urkundenwesen, weshalb sich die Antragsteller*innen in vielen Fällen dazu genötigt sehen, Bescheinigungen nichtstaatlicher Institutionen etc. zu beschaffen, die dann

letztendlich von den Auslandsvertretungen mit der Begründung abgelehnt werden, dass es sich hierbei um vermeintliche Fälschungen handele.⁷ In Afghanistan werden Frauen und Kindern ohne männliche Angehörige keine Dokumente ausgestellt. Trotz dieser Umstände beharren die IOM-Stellen auf die Vorlage sämtlicher Urkunden und Dokumente, womit die Antragstellung verzögert wird.⁸

Die Anträge werden erst dann von den Auslandsvertretungen bearbeitet, wenn die IOM-Stellen von der Vollständigkeit der Unterlagen überzeugt sind. Dabei ist problematisch, dass das "eigentliche" Visumsverfahren mit der Antragstellung bei den IOM-Stellen noch gar nicht eröffnet ist. Dies macht es den Betroffenen praktisch unmöglich, auf das Verfahren förmlich Einfluss zu nehmen oder auch nur auf seinen Fortgang zu dringen, und es ist zumindest offen, inwieweit Rechtsmittel wie eine Untätigkeitsklage gegen die Verzögerung bei den IOM-Stellen möglich sind.

Aber auch zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt kann die Auslandsvertretung noch Dokumente nachfordern – und es kommt unter Umständen zu einer weiteren langwierigen Verfahrensverzögerung.

Dokumentenvorlage– Beispiele

- Im Sommer 2018 beantragt die syrische Mutter von zwei Kindern den Familiennachzug zum Ehemann und Vater über die deutsche Botschaft in Amman, Jordanien. Im Sommer 2020 ist das Verfahren noch immer nicht abgeschlossen. Die Beraterin gibt an, dass die Ausländerbehörde mehrfach ihre Zustimmung an Ausländervertretung und Bundesverwaltungsamt geschickt hätte. Doch die Botschaft würde „immer neue Papiere verlangen“.
- Seit Sommer 2018 begehren die Mutter und Kinder aus Afghanistan den Nachzug zum Vater und Ehemann. Sie haben alle Unterlagen zusammen. IOM verlangt für den Bruder und Onkel, welcher in Kabul bei der Antragstellung im Verfahren die Mutter unterstützt, extra eine notarielle Beglaubigung der Vollmacht, was sonst unüblich ist. Das Verfahren verzögert sich dadurch.

d. Problem in der Praxis: vorseilende Drosselung

Die IOM-Stellen überprüfen und leiten lediglich diejenige Anzahl an Anträgen weiter, die von der zuständigen Auslandsvertretung auch tatsächlich bearbeitet werden kann. Dadurch, dass die jeweils zuständigen Auslandsvertretungen über unterschiedliche Kapazitäten verfügen, wird insofern die Arbeit der IOM-Stellen eingeschränkt. Es kommt zu einer quasi vorseilenden Reduzierung der Fälle. Wenngleich sich die IOM-Stellen in Einzelfällen

⁷ Vgl. Rechtsanwältin Lena Ronte, "Es gibt kein wirklich geregeltes Verfahren« – beim Familiennachzug herrscht Chaos", Pressemitteilung PRO ASYL vom 01.08.2019, <https://www.proasyl.de/news/es-gibt-kein-wirklich-geregeltes-verfahren-beim-familiennachzug-herrscht-chaos/>.

⁸ Ebd.

bemühen, Terminanfragen vorzuziehen, etwa wenn die Volljährigkeit der in Deutschland lebenden minderjährigen Flüchtlinge unmittelbar bevorsteht, werden die Anträge bereits bei den IOM-Stellen rein chronologisch bearbeitet, unter Berücksichtigung der Bearbeitungskapazitäten der Auslandsvertretungen. So bleiben Fälle schon im ersten Verfahrensschritt unberücksichtigt, die in Anbetracht dringender humanitärer Aspekte prioritär ins Kontingent hätten aufgenommen werden müssen. Eine Früherkennung der dringenden Fälle wird dadurch verpasst.

Das Problem der verschleppten Antragstellung wird besonders dadurch deutlich, dass noch im Juli 2020 immer noch 11.729 Terminanfragen⁹ vorlagen, die sich bis Dezember 2020 nicht verringert haben (Stand Dezember 2020: 11.400¹⁰) (vgl. unter III).

3. Die Rolle der Ausländerbehörden

a. Vorgesehener Ablauf

Die Ausländerbehörden sind für die Prüfung inlandsbezogener Sachverhalte zuständig. So obliegt ihnen die Prüfung etwaiger Ausschlussstatbestände wie das Vorliegen schwerwiegender Straftaten (§ 36a Abs. 3 Nr. 2 AufenthG) oder eine unsichere Aufenthaltsperspektive oder ein bestehender Ausreisewille (§ 36a Abs. 3 Nrn. 3 und 4 AufenthG).

Ebenso prüft die Ausländerbehörde die sogenannten humanitären Gründe, die in der Person des subsidiär Schutzberechtigten vorliegen (§ 36a Abs. 2 S. 1 AufenthG), wie etwa die Dauer der Trennungszeit, das konkrete Alter bei minderjährigen subsidiär Schutzberechtigten oder der Nachweis einer schwerwiegenden Erkrankung oder sonstiger Beeinträchtigungen der Selbstständigkeit.

Sofern humanitäre Gründe vorliegen, sind gem. § 36a Abs. 2 S. 4 AufenthG positive und negative Integrationsaspekte (z.B. Sicherung des Lebensunterhalts, Sprachkenntnisse) in Betracht zu ziehen. Für die Feststellung der Integrationsaspekte ist in der Regel allerdings auf die Inhalte der Ausländerakte abzustellen. Weitergehende Recherchen sollen nur mit vertretbarem Aufwand erfolgen.

Inwieweit positive oder negative Integrationsaspekte vorliegen, kann und soll zwar von den Ausländerbehörden in ihren Verwaltungsvorgängen dokumentiert werden, ist sodann aber lediglich vom Bundesverwaltungsamt im Rahmen von dessen Prüfung zu berücksichtigen („Vorprüfung“).¹¹

⁹ Vgl. hierzu: BT-Drs.19/21795, Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 21.08.2020, Antwort zu Frage 8.

¹⁰ Vgl. Antwort Staatsminister Michael Roth in Fragestunde im Deutschen Bundestag am 13.01.2021 auf Frage Nr. 74. MdB Ulla Jelpke, Fraktion DIE LINKE.

¹¹ Vgl. Gesetzesbegründung vom 04.06.2018, BT-Drs. 19/2438, S. 24, im Ergebnis offen: VG Berlin, Beschl. v. 08.01.2020, VG 38 L 106.20 V, S. 6, asyl.net.

Die von den Ausländerbehörden erhobenen Informationen werden im regulären Verfahren an die Auslandsvertretung übersandt. Diese stellt dann die Prüfungsergebnisse aller beteiligten Stellen zusammen und gibt sie an das Bundesverwaltungsamt weiter.

b. Probleme in der Praxis: restriktive Prüfungen, weitere Nachweisanforderungen

Restriktive Prüfung durch die Ausländerbehörde - Beispiele

- Die Mutter E. begehrt den Nachzug zu ihrem unbegleitet minderjähriges Kind aus Syrien. Die Botschaft in Beirut lehnt das Visum ab, nachdem die Ausländerbehörden über ein halbes Jahr nicht reagiert hat.
- Die Ehefrau und fünf Kinder begehren den Nachzug zum Vater aus Syrien. Die Ausländerbehörde verweigert im September 2019 die Zustimmung wegen eines fehlenden B1-Sprachzertifikats. Erst nach Intervention des Innenministeriums wurde die Zustimmung erteilt. Die Familie kann mit einem Jahr Verzögerung im September 2020 einreisen.
- Die 63jährige Ehefrau M. möchte zu ihrem 76jährigen Ehemann aus Syrien nachziehen. Dieser ist seit 2015 in Deutschland. Trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigung wurde kein Sondertermin erteilt und erst im Januar 2020 bekommt die Ehefrau einen Termin zur Antragstellung. Nach Aktenlage ist der Fall klar, dennoch verweigert die Ausländerbehörde die Zustimmung. Später stellt sich heraus, dass die Ausländerbehörde den Ehemann vorgeladen hatte, dieser aber nicht vorsprach. Die Ladung ging an die falsche Adresse. Die Ausländerbehörde hätte nach Aktenlage zustimmen können.
- Frau X. möchte ihre drei Kinder im Alter von 4 Jahre, 6 Jahre und 8 Jahre aus Uganda holen. Die Ausländerbehörde verweigert die Zustimmung, weil die Mutter in Nachtschicht arbeitet und sich dann nicht um die Kinder kümmern könnte, wenn diese in Deutschland wären.

Der den Ausländerbehörden obliegende Prüfungsumfang erweist sich in der Praxis als zu umfassend und oftmals zu restriktiv. Die durch § 36a Abs. 2 S. 1 AufenthG vorgeschriebene Prüfung humanitärer Gründe erfordert das Vorliegen aktueller Atteste oder Bescheinigungen, sodass die Ausländerbehörden bei laufenden Prüfungsverfahren die weitere Bearbeitung oftmals zurückstellen. Denn die weitere Bearbeitung begründet für die Ausländerbehörden einen Mehraufwand, der mit dem bestehenden Personal geleistet werden muss.

Nicht selten wird berichtet, dass die Ausländerbehörden ihre Zustimmung verweigern, obwohl kein Rechtsgrund dafür vorliegt, etwa weil Unterlagen nicht beigebracht wurden, mit der Folge, dass die Auslandsvertretung daran gebunden sind und das Visum nicht erteilt werden kann.

Insbesondere die Berücksichtigung verschiedener Integrationsaspekte oder der Nachweis von Wohnraum und Lebensunterhaltsicherung führt in der Praxis häufig zu Problemen:

Nachweisanforderungen durch die Ausländerbehörde – Beispiel Wohnraum und Lebensunterhalt

- Das Ehepaar Y. beantragt den Nachzug ihrer Kinder. Die Ausländerbehörde verlangt die Sicherung angemessenen Wohnraums für alle Familienmitglieder über den gesamten Antragszeitraum – obwohl die Kinder noch gar nicht da sind.
- Das Ehepaar X. beantragt im Sommer 2018 den Nachzug ihres 10-jährigen Sohnes. Der Sohn lebt im Irak bei den Großeltern, die erkrankt sind. Das Verfahren läuft noch. Die Zustimmung lässt auf sich warten. Von Rechtsanwalt wird vermittelt, dass es an den Sozialleistungen hängt.
- Die aus Syrien stammenden Kinder und Ehemann begehren den Nachzug zur Mutter. Die Ausländerbehörde verweigert im Oktober 2018 die Zustimmung, da der Lebensunterhalt nicht gesichert ist. Das Visum wird von der Botschaft abgelehnt.

Der Nachweis der Sicherung angemessenen Wohnraums fällt allen voran solchen Geflüchteten schwer, die – in dem konkreten Zeitpunkt noch ohne die nachzugswilligen Familienangehörigen – lediglich geringen Platz in einer Wohngemeinschaft oder Wohnung finanziert bekommen oder noch in einer Gemeinschaftsunterkunft wohnen. Erst mit den zusätzlichen Mitteln nach der Ankunft (etwa Kindergeld) wird die Anmietung einer größeren Wohnung sinnvoll und finanzierbar.

Mit Schreiben vom 08.01.2019¹² wies das Bundesinnenministerium die Länder ausdrücklich darauf hin, dass „die Zustimmung gemäß § 31 AufenthV [...] nicht aus Gründen verweigert werden [kann], die im Gesetz ausdrücklich als Voraussetzung für den Familiennachzug ausgeschlossen sind; das bedeutet u.a., dass Wohnraum und Lebensunterhaltssicherung nicht gesichert sein müssen“ (Seite 3). Dennoch fordern die Ausländerbehörden diese Dokumente bei der Antragstellung oftmals als unbedingt vorzulegende Unterlagen. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich um keine Tatbestandsvoraussetzung handelt und zum anderen eine Priorisierung durch das Bundesverwaltungsamt letztendlich nicht stattfindet (siehe Auswertung unter C.), ist die Forderung zur Einreichung und Prüfung solcher Nachweise durch die Ausländerbehörden als eine weitere unnötige Hürde für die Familien zu kritisieren.

¹² Rundschreiben des BMI vom 08.01.2019 an die Länder zur Neuregelung des Familiennachzugs subsidiär Schutzberechtigter, abrufbar unter <https://www.nds-fluerat.org/36281/aktuelles/36281/>.

4. Die Rolle des Bundesverwaltungsamts

a. Vorgesehener Ablauf

Das Bundesverwaltungsamt trifft die Auswahlentscheidung zu den monatlich 1.000 nachzugsberechtigten Personen (Kontingent), auf dessen Grundlage die Auslandsvertretung den Antragstellenden das Visum erteilt. Diese Auswahlentscheidungen sollen unter Anwendung eines Kriterienkatalogs getroffen werden, der beispielsweise auf die Minderjährigkeit, das Bestehen einer besonderen Notlage, die Dauer der Trennung oder Integrationsaspekte abstellt.¹³ Konkret bedeutet dies folgendes: Liegen dem Bundesverwaltungsamt am Stichtag (der 15. des Monats) mehr als 1.000 entscheidungsreife Anträge vor, sollen anhand des Kriterienkatalogs, aus welchem sich eine Rangfolge ergibt, 1.000 Nachzugsberechtigte ausgewählt werden. Sollten dem Bundesverwaltungsamt z.B. 3.200 Anträge vorliegen, verbleiben nach der Auswahlentscheidung 2.200 Personen, die im jeweiligen Monat nicht berücksichtigt werden und deshalb im darauffolgenden Monat erneut in das Auswahlverfahren einbezogen werden sollen. Die Auswahl erfolgt dann wieder anhand des Kriterienkatalogs, womit Anträge mit geringer Priorisierung immer wieder nach hinten rutschen.

Die entsprechende interne Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Auswärtigen Amt und dem BMI zur Umsetzung der Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten (§ 36a AufenthG) sieht vor, dass das Bundesverwaltungsamt eine solche Priorisierungsentscheidung erst dann vornimmt, wenn ihm mindestens 3.000 Anträge vorliegen, aus denen auszuwählen wäre.¹⁴ Das war bisher aufgrund der schleppenden Verfahren noch nicht der Fall (siehe unter II).

b. Probleme in der Praxis: Intransparenz und überflüssige Verlängerung des Verfahrens

Das Bundesverwaltungsamt ist erstmals als Behörde in das Familiennachzugsverfahren eingebunden. Dafür dass die Beteiligung neu ist, gibt es keine konkreten Informationen dazu, wie das Verfahren beim Bundesverwaltungsamt abläuft. Es bestehen keine niedrigschwelligen Kontaktmöglichkeiten. So kann man keine Informationen darüber erhalten, wo das Verfahren gerade steht oder wann zu erwarten ist, wann der Fall im Kontingent berücksichtigt werden wird. Die Homepage verweist lediglich auf die allgemeinen Informationen des Auswärtigen Amtes. Die Verwaltungsvereinbarung zwischen BMI und Auswärtigem Amt zur Festlegung der Kriterien, nach denen das Bundesverwaltungsamt priorisieren soll, steht bisher unter Verschluss. Das ist insofern problematisch, da im Gesetzgebungsverfahren überwiegend

¹³ Vgl. hierzu: BT-Drs. 19/14640, Fn. 4, Antworten zu Fragen 2 und 17 mit Verweis auf die interne Verwaltungsvereinbarung des Auswärtigen Amtes und des BMI zur Umsetzung des FamiliennachzugsneuregelungsG; diese ist bisher nicht veröffentlicht, sondern wird als Verschlussache eingestuft.

¹⁴ Vgl. hierzu: BT-Drs. 19/14640, Fn. 4 Frage 17 mit Verweis auf die interne Verwaltungsvereinbarung, worin auf die Ausschussdrucksache 19(4) 106 verwiesen wird, wonach unter VI. „Übergangsregelungen“ Punkt 2 die Bearbeitung beim BVA „[...] nach Antragseingang erfolgen soll, wenn insgesamt nicht mehr als 3000 entscheidungsreife Anträge vorliegen[...]“.

vertreten wurde, dass die Kriterien vom Gesetzgeber selbst hätte festgelegt werden müssen, jedenfalls öffentlich sein sollten (vgl. auch B. III).

Die schleppenden Verfahren sowie die Vereinbarung, erst ab 3.000 Anträgen zu priorisieren, führen in der Praxis dazu, dass das Bundesverwaltungsamt bislang noch keine einzige Auswahlentscheidung getroffen hat und die von der Ausländerbehörde genehmigten Fälle einfach an die Visastellen weiterreicht (siehe Zahlen im Folgenden). Dadurch wird diese Instanz derzeit im Grunde überflüssig und die umfassende Erhebung von Informationen zu aus- und inlandsbezogenen Sachverhalten obsolet.

II. Zahlen zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

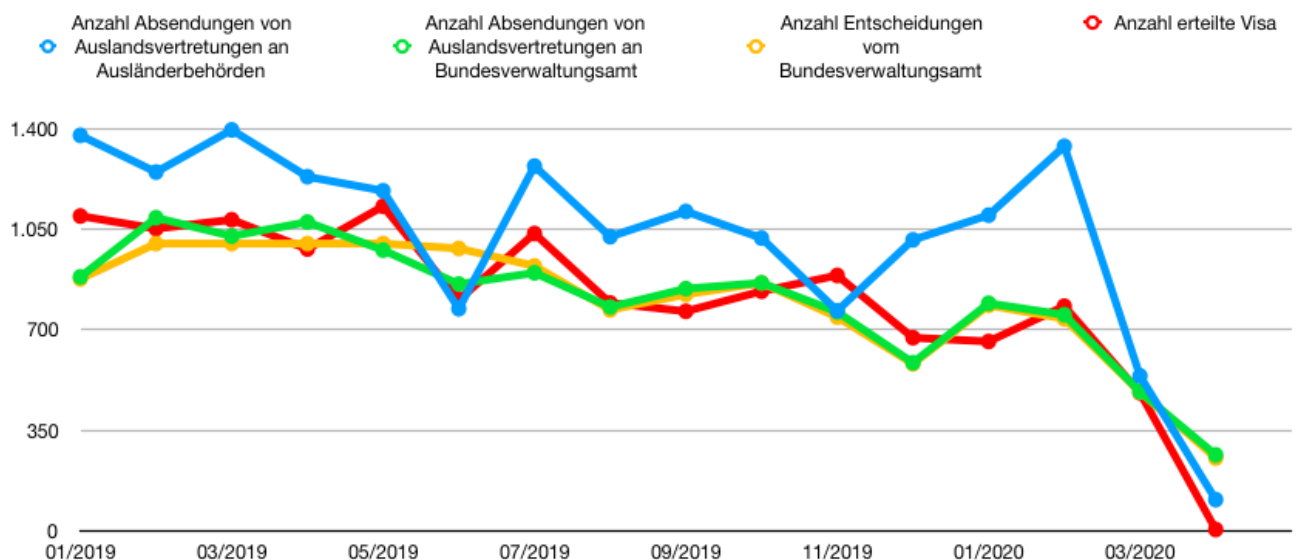
Im Folgenden werden die monatlichen Zahlen im Verfahren zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten von August 2018 bis Dezember 2020 näher betrachtet:¹⁵

Monat	Absendungen v. Auslandsvertretungen an Ausländerbehörde	Absendungen von Auslandsvertretungen an BVerwA	Entscheidungen vom BVerwA	erteilte Visa
Aug.– Dez. 2018	6.132	3.275	3.259	2.612
Jan. 2019	1.377	884	877	1.096
Feb. 2019	1.249	1.090	1.000	1.052
März 2019	1.396	1.026	1.000	1.083
April 2019	1.233	1.075	1.000	981
Mai 2019	1.184	977	1.000	1.130
Juni 2019	773	859	983	804
Juli 2019	1.270	898	922	1.035
Aug. 2019	1.024	779	769	793
Sep. 2019	1.112	843	823	764
Okt. 2019	1.019	863	863	834
Nov. 2019	766	762	744	889
Dez. 2019	1 013	585	581	672
Jan. 2020	1 099	792	785	659
Feb. 2020	1 339	752	738	782
März 2020	539	484	483	480
April 2020	108	264	253	4
Mai 2020	_ ¹⁶	246	248	-
Juni 2020	-	232	226	-
Juli 2020	-	385	383	-

¹⁵ Vgl. Plenarprotokoll 19/82 vom 20.02.2019, S. 9611 für die Zahlen von August bis Dezember 2018; vgl. BT-Drs. 19/14640, Fn.7, für die Zahlen von Januar bis September 2019; vgl. Plenarprotokoll 19/162 vom 27.05.2020, S. 20230 ff für die Zahlen von Januar bis April 2020; vgl. BT-Drs. 19/21795, Fn.7, Antwort auf Frage 20 für die Zahlen von Mai bis Juli 2020; Antwort Staatsminister Michael Roth in Fragestunde im Deutschen Bundestag am 13.01.2021 auf Frage Nr. 74. MdB Ulla Jepke, Fraktion DIE LINKE, Fn.10 (Stand: Januar 2021).

¹⁶ Die fehlenden Daten in Mai bis Juli 2020 wurden in der BT Drs. 19/21795, Fn. 7 nicht erfasst, es liegt keine Auskunft vor, wie viele Anträge von den Auslandsvertretungen an die Ausländerbehörden versendet wurden und ob bzw. wie viele Visa erteilt wurden.

1. Quartal 2020 ¹⁷	2977	2028	2006	1921
2. Quartal 2020	474	743	727	48
3. Quartal 2020	1601	1059	1032	1457
4. Quartal 2020	1816	986	973	1885



Die vorliegende Tabelle orientiert sich an dem im Rahmen dieses Gutachtens dargestellten Verfahren und den daran beteiligten Behörden, um besser nachvollziehen zu können, wo die Verfahren hängen. Anhand der Tabelle lässt sich erkennen, wie viele Anträge von den Auslandsvertretungen an die Ausländerbehörden weitergeleitet (Spalte 1) und wie viele Anträge nach Prüfung durch die Ausländerbehörden an das Bundesverwaltungsamt versandt wurden (Spalte 2), ebenso wie viele Auswahlentscheidungen das Bundesverwaltungsamt trifft (Spalte 3) und wie viele Visa die Auslandsvertretung letztendlich vergibt (Spalte 4). Dabei ist für das 1.000er Kontingent die Zahl der Entscheidungen des Bundesverwaltungsamtes (Spalte 3) relevant, nicht die erteilten Visa.

Auf den ersten Blick wird bereits deutlich: Das anvisierte Kontingent von 1.000 Visa monatlich wurde in den meisten Monaten seit Einführung der Neuregelung nicht ausgeschöpft. 2020 wurden insgesamt nur 5311 Visa erteilt.¹⁸ Im Zeitraum zwischen August 2018 und bis Dezember 2020 (29 Monate) wurden anstelle der möglichen 29.000 Visa lediglich 19.056 Visa erteilt, also rund 10.000 Visa zu wenig. Damit wurde das Kontingent nur um rund 65 Prozent ausgeschöpft.

¹⁷ ab August 2020 liegt nur eine quartalsweise Abfrage der Zahlen der Fraktion die LINKE vor, Fn.10 (Stand: 15.01.2021).

¹⁸ Vgl. Antwort in Fragestunde vom 13.01.2021, Fn. 10.

Lediglich in den Monaten Februar 2019 bis Mai 2019 wurden das 1.000er Kontingent ausgeschöpft. Bereits ab Juni 2019 fällt das Kontingent dauerhaft unter die 1.000er Grenze: im August 2019 nur 769 Visa, im November 744 Visa und im Dezember 2019 nur 581 Visa. Spätestens ab März 2020 kommen die Verfahren aufgrund der Corona-Pandemie zum Erliegen. Am 16. März 2020 wurden die EU-Außengrenzen wegen der Corona-Pandemie weitgehend geschlossen und erst im Sommer 2020 wieder geöffnet. Dies hatte einen drastischen Rückgang des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten zur Folge. So werden im **2. Quartal 2020** gerade einmal **48 Visa** erteilt. Doch auch nach einigen Lockerungen im Sommer 2020, stockt es im 3. Quartal sowohl bei der Versendung von Anträgen der Auslandsvertretungen an die Ausländerbehörden (1601 Anträge) als auch bei der Visaerteilung (1457 Visa).

Einen Ausgleich der **6.689 fehlenden Kontingentplätze in 2020** ist bisher von der Bundesregierung nicht vorgesehen¹⁹. Denn das Gesetz sieht keine Übertragbarkeit eines monatlichen Kontingents auf den Folgemonat vor. Auf Grundlage eines politischen Kompromisses von CDU/CSU und SPD sollte nur bis zum Jahresende 2018 ein Gesamtkontingent von maximal 5.000 Visa gelten, jedoch wurden auch in 2018 nur rund 2.600 von möglichen 5.000 Visa erteilt. Eine Übertragung der fehlenden Kontingente in 2018 wurde bereits damals abgelehnt.

Auffallend stark ist die Diskrepanz zwischen der Anzahl der weitergeleiteten Anträge der Auslandsvertretungen an die Ausländerbehörden in Höhe von 26.416 Anträgen und der Anzahl der Anträge, die die Ausländerbehörden im gleichen Zeitraum nach Prüfung an das Bundesverwaltungsamt weiterleitet (18.732 Anträge).

Die Anzahl der Entscheidungen durch das Bundesverwaltungsamt liegt in den meisten Fällen sehr nahe an der Anzahl der an sie weitergeleiteten Anträge, im Oktober 2019 stimmten die Zahlen gar überein. In den Monaten Februar bis Mai 2019, in denen dem Bundesverwaltungsamt mehr als 1.000 Anträge zur Prüfung vorgelegt wurden, wurden der Kontingentierung entsprechend exakt 1.000 Entscheidungen getroffen, auch wenn das Kontingent vorher immer unterschritten wurde. Im 4. Quartal 2020 wurde noch nicht einmal das 1.000er Kontingent erfüllt.

Folgende Zahlen werden statistisch nicht erfasst: die Zahl der monatlichen Antragszahlen bei den Auslandsvertretungen,²⁰ die von IOM nach Antragsannahme an die Botschaft weitergeleiteten Anträge,²¹ außerdem nicht die monatlichen Terminregistrierungen, sondern allenfalls wie viele Terminregistrierungen insgesamt aktuell vorliegen.²² Auch zu den Wartezeiten (unter I. 1b) liegen keine offiziellen Zahlen vor.

¹⁹ Antwort v. 13.01.2021, Fn.14.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 19/14640, Fn. 4, Frage 2.

²¹ Vgl. BT-Drs. 19/14661, Schriftliche Frage der Abgeordneten Luise Amtsberg (Bündnis 90/DIE GRÜNEN) und Antwort Staatsminister Michael Roth vom 24.10.2019, Frage 51, S. 30.

²² Vgl. BT-Drs. 19/21795, Fn. 7, Frage 8.

III. Ergebnis

Die dargestellten Zahlen zeigen auf, dass das bestehende Verfahren nicht dazu geeignet ist, eine vollumfängliche Ausschöpfung des ohnehin geringen Kontingents von 1.000 Visaerteilungen pro Monat zu erreichen. Zudem ist das Verfahren intransparent und schwer absehbar, wann ein Visum erteilt werden kann. Unter der Corona-Pandemie kommt das Verfahren faktisch zum Erliegen.

Zunächst ist festzustellen, dass bereits am Anfang des Verfahrens – d.h. bei den Auslandsvertretungen – keine adäquaten Strukturen für die Vielzahl der potenziellen Antragstellenden vorhanden sind. Die Zahl der durch die Auslandsvertretungen an die Ausländerbehörden versandten Anträge ist äußerst gering und liegt meist sogar unter dem Kontingent: Im Juni 2019 waren es nur 773, von Juli bis September 2019 jeweils nur wenig über 1.000 Anträge. Schon hier wird also ein Flaschenhals deutlich, der zahlreiche Menschen die Möglichkeit beraubt, überhaupt als Antragstellende in Erscheinung zu treten.

Eine mögliche Erklärung dafür könnte die Anzahl der dafür vorgesehenen Personalstellen bieten. Im Gesetzentwurf²³ war noch prognostiziert worden, dass es infolge der Neuregelung des § 36a AufenthG im Auswärtigen Amt 48 neue Stellen geben müsse (35 neue Planstellen, davon 28 im Ausland sowie 20 neue lokal Beschäftigte). Die Erhöhung der Personalstellen lag jedoch trotz des gestiegenen Verwaltungsaufwands unterhalb der Prognose und es wurden nur 19 bzw. 18 neue Stellen geschaffen: 2017 (92 Stellen vorhanden), 2018 (111 Stellen vorhanden), 2019 (110 Stellen vorhanden).²⁴ Eine Korrelation der Bearbeitungszeit mit dem gleichzeitigen Stagnieren der maßgeblichen Personalstellen im Jahr 2019 dementierte die Bundesregierung allerdings: Auch eine weitere Personalverstärkung würde nicht zu einer signifikant höheren Zahl an Visa führen würde, da sich bei einigen Ausländerbehörden bereits seit Monaten mehrere Tausend Anträge in Bearbeitung befänden.²⁵ Tatsächlich wird bei den Ausländerbehörden, wie oben beschrieben, eine weitere Verzögerung des Verfahrens sichtbar. Dies enthebt die Auslandsvertretungen jedoch nicht der Verantwortung, für eine zügige und umfassende Bearbeitung der Terminanfragen zu sorgen. Überdies muss in Betracht gezogen werden, dass die Anträge von den über 600 Ausländerbehörden aufgrund ihrer Personallage und internen Anwendungshinweisen unterschiedlich schnell geprüft werden. Es ist somit davon auszugehen, dass jene Ausländerbehörden, die über die entsprechenden Kapazitäten verfügen, mehr Anträge bearbeiten könnten, wenn die Auslandsvertretungen mehr Anträge übermitteln würden. Einfach gelagerte Fälle könnten so vorgezogen werden und die Notwendigkeit von Personaleinstellungen oder internen Umsetzungen würde deutlicher. Bei 11.400 vorliegenden noch nicht bearbeiteten Terminanfragen Ende Dezember 2020²⁶, liegt die Annahme nicht fern, dass ein erhöhter Personaleinsatz bei den

²³ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/2438, Fn. 8.

²⁴ Vgl. Plenarprotokoll 19/133 vom 11.12.2019, Antwort auf die Frage 31 der Abgeordneten Ulla Jelpke, S. 16653 f.

²⁵ Ebd.

²⁶ Vgl. Antwort auf aktuelle Frage der MdB Ulla Jelpke v. 13.01.2021, Fn. 10.

Auslandsvertretungen eine schnellere Bearbeitung der vorliegenden Terminanfragen und die Weiterleitung von deutlich mehr Anträgen an die Ausländerbehörden zur Folge hätte.

Darüber hinaus gestaltet sich die Beschaffung der erforderlichen Nachweise und Dokumente häufig langwierig und stellt in einigen Fällen die größte Hürde im Antragsprozess dar. Das gilt insbesondere für die Visumsverfahren in ostafrikanischen Ländern. Dieses Problem ist kein spezifisches des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, sondern zeigt sich auch beim Familiennachzug zu Personen mit einer Flüchtlingsanerkennung. Vor allem die Rolle der IOM ist hier kritisch zu sehen. Durch das Beharren auf nicht beschaffbare Dokumente wird das Verfahren oft übermäßig in die Länge gezogen.

Die Anzahl der an das Bundesverwaltungsamt übermittelten Fälle seit Mai 2019 (stets weniger als 1.000 pro Monat) macht zudem deutlich, dass die Prüfungen der Ausländerbehörden zu lang dauern beziehungsweise zu restriktiv erfolgen (vgl. I.3.b). Erschwerend kommt hinzu, dass neben der Prüfung humanitärer Gründe die Integrationsaspekte berücksichtigt werden sollen, wodurch das Verfahren weiter verkompliziert und verlangsamt wird. Die Prüfung von Integrationsaspekten stellt sich im Kontext getrennter Familien aber als sachfremd dar. Es entspricht schon der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Familientrennung auch die Integration erschwert und (erst) die Zusammenführung einer Familie den Integrationsprozess vorantreibt und befördert, z.B. schlicht dadurch, dass sich zwei Eltern besser als Alleinerziehende Arbeit und Sorge um die Kinder teilen können.²⁷ Hinzukommt, dass mit der Prüfung von Integrationsaspekten durch die Ausländerbehörden ein völlig neues, dem Familiennachzug fremdes Prüfverfahren eingeführt wurde, das es kritisch zu hinterfragen gilt.

Indem die Bundesregierung die Verzögerung vor allem den Ausländerbehörden anlastet und sie als Grund für die geringen Erteilungszahlen anführt, gibt sie die Verantwortung dafür an die jeweiligen Bundesländer ab, da diese für die Ausländerbehörden zuständig sind. Wenn die Bundesregierung aber ein derart diffiziles Verfahren vorgibt, das mit einem enormen Arbeits- und Zeitaufwand verbunden ist, dann hat sie auch dafür Sorge zu tragen, dass die jeweiligen Verwaltungsebenen effektiv arbeiten können. Dies könnte sich u.a. in einer Anweisung an die Bundesländer äußern, dass die vorzunehmende Prüfung vereinfacht erfolgen muss. Teilweise sind Bundesländer wie Niedersachsen²⁸ und Schleswig-Holstein selbst per Anweisungen an die Ausländerbehörden tätig geworden und haben die Ausländerbehörden angewiesen, die Prüfung auf Versagensgründe und Ausschlussstatbestände zu beschränken. Damit wollte man dem Umstand Rechnung tragen, dass nur wenige Visa seit August 2018 erteilt wurden und die 5.000 Visa aus 2018 nicht übertragen werden sollten. Man ging davon aus, 2019 in das normale Verfahren wieder einzusteigen weshalb die Anweisung befristet bis zum 31.12.2018

²⁷ U.a. Einschätzung der Sozialwissenschaftlerin Diana Schacht in: https://www.diw.de/de/diw_01.c.602164.de/lebenszufriedenheit_von_gefuechteten_in_deutschland_ist_deutlich_geringer_wenn_kinder_im_ausland_leben.html.

²⁸ Vgl. Erlass Niedersachsen vom 11.10.2018, abrufbar unter: https://www.mi.niedersachsen.de/startseite/themen/auslaenderangelegenheiten/zahlen_daten_fakten/niedersaechsische_erlasse/niedersaechsische-erlasse-seit-2014-139998.html.

erging. Im Januar 2019 verwies das BMI per Runderlass²⁹ die Länder wieder auf das ursprüngliche Prüfverfahren, sodass die Ausländerbehörden wieder das überfrachtete Prüfverfahren mit enormen Zeit- und Arbeitsaufwand übernehmen mussten.

Dadurch, dass sich die Bearbeitung der Anträge bei den Ausländerbehörden momentan so verzögert, entsteht ein Kuriosum, welches auf die mangelhafte Planung des Verfahrens hinweist. So ist das Bundesverwaltungsamt eigentlich mit der Aufgabe betraut worden, im Rahmen des aufgestellten Kontingents aus der Vielzahl der Antragstellenden die besonders dringlichen Fälle herauszusuchen und ihnen unter Berücksichtigung des Kindeswohls sowie humanitärer und integrationspolitischer Aspekte eine schnelle Einreise zu ermöglichen. Doch die bereits angesprochene Verwaltungsvereinbarung (unter I.4a), wonach erst ab einer Anzahl von 3000 priorisiert werden soll, hat zur Folge, dass das Bundesverwaltungsamt dieser Aufgabe in der Praxis nicht nachkommt. Eine Weitergabe der erhobenen Informationen an das Bundesverwaltungsamt ist aber zwecklos, wenn das Bundesverwaltungsamt sie nicht für Auswahlentscheidungen nutzt.

Faktisch konkurrieren Bundesverwaltungsamt und Ausländerbehörden über die Hoheit der Auswahlentscheidung. Da die Vorprüfung der Ausländerbehörden über die sogenannten Integrationsaspekte (S. 9) im Moment wesentlich zur Verzögerung oder gar Verweigerung in den Verfahren beiträgt, ist daher in Erwägung zu ziehen, die Ausländerbehörden von der Vorsortierung zu befreien, um zumindest das Kontingent auszuschöpfen. Den Ausländerbehörden könnte in Härtefällen ein Sondervotum eingeräumt werden.

Gleichwohl wird erkennbar, dass das Verfahren in seinen Abläufen nicht funktioniert. Die Verzögerungen sind nicht allein mit den besonderen Situationen der Auslandsvertretungen in den Herkunftsländern zu begründen, sondern beruhen zumindest auch in den Vorgaben aus §36a AufenthG, den sich dadurch ergebenden Verfahrensabläufen sowie der restriktive Praxis. Um dem Abhilfe zu schaffen und weitere unzumutbare Verfahrensverzögerungen zu vermeiden, müsste ein deutliches Mehr an Personal sowohl bei den Auslandsvertretungen und den Ausländerbehörden und in der Folge wohl auch beim Bundesverwaltungsamt zur Verfügung gestellt werden. Ebenso müsste das Prüfverfahren extrem vereinfacht werden.

Denkt man das konsequent zu Ende, ist die Einführung eines solchen Sonderverfahrens neben dem regulären Familiennachzugsverfahrens für Geflüchtete in Frage zu stellen. Die Vereinfachung hätte zur Folge, dass das Verfahren in seiner jetzigen Form aufgegeben werden müsste. Es drängt sich auf, angesichts der hohen Grundrechtsrelevanz (unter B) die ursprüngliche Rechtslage von August 2018 für subsidiär Schutzberechtigte wieder herzustellen.

²⁹ Vgl. Rundschreiben BMI vom 08.01.2019 an die Länder Neuregelung zum Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, abrufbar unter <https://www.nds-fluerat.org/>.

B. Vereinbarkeit des § 36a AufenthG mit Grund- und Menschenrechten

Im Folgenden wird untersucht, ob die Neuregelung des Familiennachzuges zu subsidiär Schutzberechtigten durch § 36a AufenthG unter Zugrundelegung der zweijährigen Praxis mit Grund- und Menschenrechten vereinbar ist.

I. Recht auf Familie

1. Art. 6 Grundgesetz: Schutz der Familie

Gemäß Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz (GG) stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Damit wird für den Staat die Pflicht begründet, Familien zu schützen und zu fördern.

Es ist zwar anerkannt, dass Art. 6 GG keinen unmittelbaren, d.h. grundrechtlichen, Anspruch auf Familienzusammenführung gewährt, weder in seiner Ausprägung als Familienschutz (Abs. 1) noch als Recht (und Pflicht) der Eltern zur Pflege und Erziehung der Kinder (Abs. 2). Denn das Grundgesetz überantwortet die Steuerung der Zuwanderung weitgehend der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt. In dem von ihm gesteckten weiten Rahmen obliegt es damit der Entscheidung der Legislative und – in den von dieser zulässigerweise gezogenen Grenzen – der Exekutive, ob und in welchem Umfang die Zuwanderung von Ausländern ins Bundesgebiet geduldet, begrenzt oder gefördert wird.³⁰

a. Pflicht zur regelmäßigen Gewährung des Familiennachzugs

Art. 6 GG verpflichtet den Staat aber dazu, die familiären Belange in den Abwägungsentscheidungen über den Familiennachzug angemessen zu berücksichtigen. Dabei ist das öffentliche Interesse an einer Steuerung der Migration mit den privaten Belangen der betroffenen Familien abzuwägen und zu einem möglichst schonenden Ausgleich zu bringen. Trotz seines Gestaltungsspielraums im Migrationsrecht darf der Gesetzgeber somit den Schutz der Familien durch aufenthaltsrechtliche Regelungen nicht unangemessen einengen.³¹ Die gesetzgeberische Freiheit ist also durch den Familienschutz begrenzt, welchem das Grundgesetz große Bedeutung beimisst.³² Die betroffenen Grundrechtsträger haben ihrerseits

³⁰ Vgl. grundlegend BVerfGE 76, 1 (47); Badura, in: Maunz/Düring, GG, Art. 6 Rn. 66.

³¹ BVerfGE 76, 1 (52).

³² Insbesondere BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987, NJW 1988, 626: „Der Pflicht des Staates, Ehe und Familie zu schützen, entspricht ein Anspruch des Trägers der Grundrechte aus Art. 6 I und II 1 GG darauf, dass die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren (...) die bestehenden ehelichen und familiären Bindungen an im Bundesgebiet lebende Personen in einer Weise berücksichtigen, die der großen Bedeutung entspricht, welche das Grundgesetz dem Schutz von Ehe und Familie erkennbar beimisst.“

einen Anspruch darauf, dass die zuständigen Behörden und Gerichte ihre familiären Bindungen angemessen berücksichtigen.

Art. 6 GG verpflichtet den Staat somit zu einer Abwägung im Einzelfall, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren ist. Den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten prägen dabei typischerweise zwei Aspekte, die den Ausgang dieser Abwägungsentscheidung vorzeichnen.

Zum einen handelt es sich regelmäßig um Fälle, in denen die Familienmitglieder seit mehreren Jahren voneinander getrennt sind. Mit andauernder Trennung steigt das Gewicht des grundrechtlich geschützten Interesses an der Wiederherstellung der Familieneinheit unweigerlich. Ab einem gewissen Zeitpunkt werden deshalb entgegenstehende öffentliche Interessen in aller Regel nicht mehr genügen, um die Trennung der Familie weiter zu rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als für die Betroffenen zu keinem Zeitpunkt vorhersehbar war, wie lange die Trennung noch andauern würde.³³

Zum anderen kann in diesen Fällen die Familieneinheit typischerweise allein in Deutschland wiederhergestellt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange *regelmäßig* zurück, wenn die familiäre Lebensgemeinschaft nur in Deutschland gelebt werden kann.³⁴ Die Rechtsprechung überzeugt vor dem Hintergrund, dass das Grundgesetz mit Art. 6 die Wertentscheidung getroffen hat, dass Familien ein gemeinsames Leben möglich sein soll.³⁵ Das gemeinsame Familienleben muss sich nicht zwingend in Deutschland entfalten. Wenn hierfür aber kein anderer Staat in Betracht kommt, ist Deutschland grundsätzlich dazu verpflichtet, die Wiederherstellung der Familieneinheit hierzulande zu ermöglichen. Nur ausnahmsweise kann der Familiennachzug dann aus entgegenstehenden einwanderungspolitischen Belangen abgelehnt werden.

Bei subsidiär Schutzberechtigten steht durch Zuerkennung des internationalen Schutzes gerade fest, dass eine Rückkehr ins Herkunftsland nicht zumutbar ist.³⁶ So kann etwa von syrischen Geflüchteten, die in Deutschland häufig den subsidiären Schutz erhalten,³⁷

³³ Zur Bedeutung dieses Aspekts für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Wartezeiten für den Familiennachzug, siehe etwa *Bartolucci/Pelzer*, ZAR 2018, 133 (139 f.).

³⁴ *BVerfG*, Beschlüsse vom 5.6.2013, 2 BvR 586/13, Rn. 12 f.; 10.5.2008, 2 BvR 588/08, Rn. 14; 23.1.2006, 2 BvR 1935/05, Rn. 17; 30.1.2002, 2 BvR 231/00, Rn. 22; Beschluss vom 31. August 1999 - 2 BvR 1523/99, Rn. 7; 01.10.1992 - 2 BvR 1365/92.

³⁵ Hiervon geprägt etwa die Ausführungen des BVerwG in Urteil vom 30.07.2013 - 1 C 15.12, Rn. 18 ff.

³⁶ Vgl. auch 29.3.1.1 AVV-AufenthG: "Bei Ausländern, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 bis 3 besitzen, ist [...] anzunehmen, dass die Herstellung der familiären Einheit im Herkunftsstaat unmöglich ist. Ob die Herstellung in einem anderen als dem Herkunftsstaat möglich ist, bedarf nur der Prüfung, sofern ein Ehegatte oder ein Kind in einem Drittland ein Daueraufenthaltsrecht besitzt."

³⁷ Eine individuelle Verfolgung und damit der Flüchtlingsschutz werden oftmals abgelehnt vgl. etwa Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Das Bundesamt in Zahlen 2019 - Modul Asyl, S. 40, abrufbar unter: <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/BundesamtinZahlen/bundesamt-in-zahlen-2019-asyl.html;jsessionid=DD5F0D1807AE82FED67B81C257CF5709.internet532>.

ersichtlich nicht verlangt werden, dorthin zurückzukehren, um die Familieneinheit zu leben. Die Herstellung der Familieneinheit in einem anderen Staat ist mangels legaler Einreise- und Aufenthaltsmöglichkeiten meist ausgeschlossen.

Aus Art. 6 GG folgt mithin, dass subsidiär Schutzberechtigten in der Regel der Nachzug ihrer Familienangehörigen ermöglicht werden muss. Nur im Ausnahmefall kann es im Rahmen der vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu dem Ergebnis kommen, dass einwanderungspolitische Belange einem Nachzugsrecht entgegenstehen.

b. Verfassungswidrigkeit eines Kontingents

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1987 festgestellt, eine "Kontingentierung" des Ehegattennachzugs müsste Bedenken im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG begegnen.³⁸ Eine Behandlung von Nachzugswilligen nach dem "Warteschlangenprinzip" sei dem Schutz- und Förderungsgebot des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG schwerlich angemessen, weil eine hinreichende Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalles nicht gewährleistet sei und die Betroffenen der Gefahr langer Wartezeiten ausgesetzt seien, so das BVerfG.

Durch eine zahlenmäßige Begrenzung des Familiennachzugs können die familiären Interessen nach Ausschöpfung des Kontingents nicht mehr in die Entscheidung über das Nachzugsrecht einfließen. § 36a AufenthG sieht in Abs. 2 S. 2 jedoch gerade eine solche zahlenmäßige Obergrenze vor, die den zuständigen Behörden nach ihrer Ausschöpfung keinerlei Entscheidungsspielraum mehr überlässt und so die hinreichende Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalles verhindert.

Verfassungsrechtlich unmaßgeblich ist dabei, ob der Familiennachzug wegen Ausschöpfung des Kontingents durch rechtsmittelfähigen Bescheid abgelehnt oder der Antrag "nur" zurückgestellt und im nächsten Monat erneut in das Verfahren einbezogen würde, wie es die interne Verwaltungsvereinbarung zur Umsetzung des Gesetzes vorsieht. In beiden Fällen wird über den Antrag dergestalt entschieden, den Nachzug allein wegen des Kontingents zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu gewähren, ohne dass die familiären Belange angemessen berücksichtigt wurden. Dies wird der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 6 GG aber nicht gerecht und verletzt den Anspruch der Betroffenen auf Berücksichtigung der Umstände ihres Einzelfalles.³⁹

Die Kontingentierung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten verstößt somit gegen Art. 6 GG.

³⁸ BVerfGE 76, 1 (65), Rn. 134.

³⁹ BVerfGE 76, 1 (65), Rn. 163; siehe auch Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 8.10.2003, G 119/03.

c. Keine Verfassungsmäßigkeit durch § 22 AufenthG

Etwas anderes würde nur gelten, wenn sich § 36a AufenthG in eine Regelungssystematik einfügt, welche unabhängig von der Ausschöpfung des Kontingents garantiert, dass die familiären Belange bei der Entscheidung über das Nachzugsrecht angemessene Berücksichtigung finden. Die Entscheidung kann, wie oben dargestellt, nur dann verfassungsgemäß sein, wenn sie Ergebnis einer offenen Abwägung der widerstreitenden grundrechtlichen Interessen ist. Nur wenn eine solche offene Abwägung in jedem Fall vorgesehen ist, wäre eine Kontingentierung des Familiennachzugs nicht verfassungswidrig.

Als gesetzlicher Anknüpfungspunkt für eine solche Abwägungsentscheidung kommt § 22 S. 1 AufenthG in Betracht, auf welchen § 36a Abs. 1 S. 4 AufenthG auch ausdrücklich verweist. Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Bedeutung des § 22 AufenthG für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Aussetzungsregelung betont, insbesondere wenn die besondere Härte durch Umstände in der Person des subsidiär Schutzberechtigten begründet wird.⁴⁰

Dessen Anwendungspraxis wird den grundrechtlichen Vorgaben aber nicht gerecht. Eine Aufnahme nach § 22 S. 1 AufenthG kommt nach den Verwaltungsvorschriften allein in Fällen einer humanitären Notlage in Betracht, die sich von den Lebensumständen im Aufenthaltsland deutlich abhebt und aus der eine dringende Gefahr für Leib und Leben des Betroffenen folgt. Die konkrete Situation der aufzunehmenden Person muss sich danach als „singuläres Einzelschicksal“ darstellen, das sich von vergleichbaren Situationen durch die Intensität und den Grad der Gefährdung unterscheidet.⁴¹ Entsprechend wurden seit der Aussetzung im März 2016 bis Januar 2019 gerade einmal 278 Visa auf dieser Grundlage erteilt.

Zu einer gerichtlichen Überprüfung dieser Verwaltungspraxis ist es (bisher) nur in einem Bruchteil der Verfahren gekommen. Dies verwundert auch nicht, denn oftmals erging während der Aussetzung des Familiennachzuges von März 2016 bis August 2018 lediglich in einer sogenannten Vorprüfung des Auswärtigen Amtes in Berlin eine negative Entscheidung zu § 22 S. 1 AufenthG, welche den Betroffenen ohne Rechtsmittelbelehrung per E-Mail übersandt wurde. Einen Anspruch auf Familiennachzug nach § 22 S. 1 AufenthG bejahende Entscheidungen des Verwaltungsgerichts sind daher vereinzelt geblieben. Zwar sah das Verwaltungsgericht Berlin in seiner viel beachteten Entscheidung von November 2017 das Ermessen im Rahmen des § 22 S. 1 AufenthG auf Null reduziert, da die Herstellung der Familieneinheit in Deutschland aus dringenden humanitären und völkerrechtlichen Gründen geboten sei.⁴² Dabei betonte es die besonderen Umstände des Einzelfalls, aus der sich die besondere Härte ergäbe, insbesondere die psychische Belastung des in Deutschland lebenden

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 2017 – 2 BvR 1758/17, Rn. 12 zu § 104 XIII AufenthG a. F., mit Anmerkung Kessler/Krause in Asylmagazin 12/2017, 461; vgl. auch Kluth, ZAR 2018, 375 (378).

⁴¹ 22.0.1.2 AVV-AufenthG; siehe auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17.10.2017, 3 S 84.17, Rn. 10.

⁴² VG Berlin, Urteil vom 7. November 2017, 36 K 92.17 V, Asylmagazin 3/18, 94, mit Anmerkung Kessler/Krause (96).

Kindes. Auch angesichts des damit angelegten strengen Maßstabs sind die auf dieser Grundlage stattgebenden Entscheidungen vereinzelt geblieben.

Der oben dargestellte Auslegungsansatz zu § 22 S. 1 AufenthG bedeutet, dass der Eingriff in Art. 6 GG noch so gravierend sein kann, der Familiennachzug wird nicht gewährt, solange die Situation der Familie nicht aus der Vergleichsgruppe herausragt. Angesichts der katastrophalen Situation vieler zurückgebliebener Familienangehörigen, etwa in Kriegsgebieten, wird ein solches singuläres Einzelschicksal nur selten anerkannt. Die familiären Belange werden anders als von Art. 6 GG gefordert aber gerade nicht angemessen berücksichtigt, wenn sie allein mit dem Argument abgetan werden, andere seien genauso stark betroffen.⁴³

Fraglich ist, ob § 22 S. 1 AufenthG verfassungskonform so ausgelegt werden kann, dass eine angemessene Berücksichtigung familiärer Belange in jedem Fall gewährleistet ist. Eine verfassungskonforme Auslegung kommt dann zur Anwendung, wenn bei der Auslegung eines einfachen Gesetzes mehrere Deutungen möglich sind. Dann ist die Deutung heranzuziehen, die mit der Verfassung vereinbar ist. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen allerdings dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde.⁴⁴ Insbesondere darf die verfassungskonforme Auslegung das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen.⁴⁵

Das klare Ziel des Gesetzgebers bei der Kontingentierung lag darin, den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten auf höchstens 1.000 Fälle pro Monat zu begrenzen. Nur in extremen Ausnahmefällen sollte darüber hinaus ein Nachzug von Familienangehörigen subsidiär Schutzberechtigter nach § 22 S. 1 AufenthG möglich sein. Dies ergibt sich eindeutig aus der Regelungssystematik sowie dem vom Gesetzgeber intendierten Regelungszweck. Die Gesetzesbegründung nimmt die bisherige Auslegungspraxis des § 22 S. 1 AufenthG ausdrücklich in Bezug und macht deutlich, dass die Vorschrift nur „in Einzelfällen“ Anwendung finden soll; etwa bei „einer erheblichen und unausweichlichen Gefahr für Leib und Leben des Familienangehörigen im Ausland“.⁴⁶ Eine verfassungskonforme Auslegung des § 22 S. 1 AufenthG hätte nach den vorangegangenen Ausführungen zu Art. 6 GG aber zur Folge, dass der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten trotz Ausschöpfung des Kontingents regelmäßig zu gewähren ist, weil die Familieneinheit nur in Deutschland wiederhergestellt werden kann. Dies würde das gesetzlich intendierte Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren

⁴³ So auch *Hoffmann*, Im Dialog 2/2019, 173 (181) und *Bartolucci/Pelzer*, ZAR 2018, 133 (139 f.).

⁴⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 09.02.1982, Az.: 1 BvR 845/79 und BVerfG, Urteil vom 04.06.1985, Az.: 1 BvL 7/85 sowie BVerfG, Beschluss vom 16.12.2014, Az.: 1 BvR 2142/11.

⁴⁵ BVerfGE 8, 28 (34).

⁴⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, BT-Drs. 19/2438, S. 3, 22.,

und dem Ziel und Zweck der Kontingentierung zuwiderhandeln. § 36a Abs. 1 AufenthG kann somit nicht i.V.m. § 22 S. 1 AufenthG verfassungskonform ausgelegt werden.⁴⁷

§ 22 S. 1 AufenthG ist nicht geeignet, die Verfassungsmäßigkeit der Kontingentierung herzustellen.

d. Ausschöpfen des Kontingentes und Wartezeit

Solange das Kontingent weiter in Kraft bleibt, ist dem grundrechtlich gebotenen Familienschutz zumindest durch Ad-Hoc-Maßnahmen so weit wie möglich Rechnung zu tragen. Da beim Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten die familiären Belange im Rahmen der grundrechtlich gebotenen Abwägungsentscheidung regelmäßig überwiegen, ist § 36a AufenthG bis zum Erreichen des Kontingents in der Regel so auszulegen, dass der Nachzug ermöglicht wird. Das Ermessen der Behörden ist dann auf Null reduziert, da allein die Gestattung des Familiennachzugs mit der Verfassung vereinbar ist.⁴⁸ Daraus folgt weiterhin, dass das Kontingent auch ausgeschöpft werden muss, soweit eine entsprechende Zahl von Anträgen auf Familiennachzug vorliegt, die nach dem zuvor Gesagten zum Schutz der Familien zu bewilligen sind.⁴⁹ Davon ist derzeit aufgrund der hohen Anzahl ausstehender Terminanfragen auszugehen.

Art. 6 GG verlangt auch, dass die vorhandenen Kontingentplätze jedenfalls nicht willkürlich oder chronologisch vergeben werden, sondern orientiert an dem jeweiligen Gewicht der familiären Belange der Betroffenen. Die in der internen Verwaltungsvereinbarung enthaltene Regelung, wonach eine Priorisierung erst ab 3.000 Anträge vorgenommen werden soll, ist damit nicht vereinbar. In Anbetracht der Tatsache, dass der Nachzug nach § 36a AufenthG äußerst schleppend verläuft und deshalb durch das Bundesverwaltungsamt bisher keine Priorisierung erfolgt, sondern die Visa ausschließlich nach dem Warteschlangenprinzip chronologisch vergeben werden (unter A), ist nicht davon auszugehen, dass die aktuelle Praxis den Vorgaben des BVerfG zu Art. 6 GG entspricht. Dabei ist unerheblich, dass die Wartezeiten aktuell nicht direkt beim Bundesverwaltungsamt zu entstehen scheinen – konkrete Zahlen zur Bearbeitungszeit existieren nicht – sondern der Flaschenhals bereits bei den Auslandsvertretungen liegt. Hier bestehen aktuell Wartezeiten von 12-18 Monaten. Bedenklich ist auch, dass regelmäßig schon nicht viel mehr als 1.000 Anträge von den Auslandsvertretungen an die Ausländerbehörden weitergeleitet werden. Daraus kann nur geschlussfolgert werden, dass monatlich auch nicht viel mehr Anträge entgegengenommen werden und bereits hier die Weichen für das Einhalten des Kontingents gestellt werden, ohne dass die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Denn auch die Antragsannahme erfolgt bis auf wenige Ausnahmen rein chronologisch. Eine solche in Kauf genommene

⁴⁷ a.A. *Thym*, NVwZ 2018, 1340, 1343 f.; für eine weite Auslegung bereits im Rahmen der Aussetzung des Familiennachzugs *Cremer*, Asylmagazin 3/2018, 65, 69 f.

⁴⁸ Vgl. bereits *Heuser*, Aussetzung des Familiennachzugs ein Verstoß gegen das Grundgesetz, Asylmagazin, 4/2017, S. 125ff.

⁴⁹ Jedenfalls eine objektiv-rechtliche Pflicht anerkennend *Kluth*, ZAR 2018, 375 (380).

Verzögerung der Verfahren wird jedoch dem staatlichen Auftrag des Familienschutzes nicht gerecht. Gerade angesichts des großen Rückstaus nach der Aussetzung des Familiennachzugs und der noch offenen Terminsregistrierungen (11.729, Stand Juli 2020)⁵⁰, ist eine zügige Abarbeitung dringend geboten (auch unter d).

Die mangelnde Ausschöpfung der Kontingente sowie die unterlassene Priorisierung sind ebenso mit dem Schutz des Familienlebens aus Art. 6 GG nicht vereinbar.

2. Art. 8 EMRK: Recht auf Achtung des Familienlebens

Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verbürgt das Recht auf Achtung des Familienlebens.⁵¹ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dienen die Gewährleistungen der EMRK sowie die Rechtsprechung des EGMR den deutschen Gerichten, Behörden und letztlich auch dem Gesetzgeber als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.⁵²

a. Pflicht zur regelmäßigen Gewährung des Familiennachzugs

Wie Art. 6 GG begründet Art. 8 EMRK keinen unmittelbaren Nachzugsanspruch. Ob eine Verletzung von Art. 8 EMRK vorliegt, hängt vielmehr von einer umfassenden Abwägung zwischen den Allgemeininteressen und den Interessen des Betroffenen an der Herstellung des Familienlebens unter Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalls ab.⁵³ Aus der Rechtsprechung des EGMR ergibt sich hierfür eine Reihe von Kriterien, wovon zwei im Mittelpunkt stehen.⁵⁴

Zum einen ist maßgeblich, ob die Trennung der Familie freiwillig war. Dies ist bei subsidiär Schutzberechtigten meist nicht der Fall, da mit der Schutzanerkennung in der Regel feststeht, dass die Flucht der Referenzperson und damit die Familientrennung durch die Umstände im Herkunftsstaat erzwungen war.⁵⁵ Selbst wenn im Einzelfall eine freiwillige Trennung anzunehmen ist, spricht dies nicht zwingend gegen ein Nachzugsrecht.⁵⁶

Zum anderen stellt der EGMR darauf ab, ob unüberwindbare Hindernisse für ein Familienleben an einem anderen Ort bestehen. Wie das BVerfG sieht auch der EGMR hierin das zentrale

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 19/21795, Fn. 7, Frage 8.

⁵¹ Art. 7 der EU-Grundrechtecharta gewährt entsprechenden Schutz, vgl. Art. 52 Abs. 3 GRC.

⁵² BVerfGE 111, 307 (324).

⁵³ EGMR, Urteil v. 21.12.2001, Nr. 31465/96, Sen. ./.. Niederlande, § 32; EGMR, Urteil v. 19.2.1996, Nr. 23218/94, Gül. ./.. Schweiz, § 38; EGMR, Urteil v. 28.11.1996, Nr. 21702/93, Ahmut. ./.. Niederlande, § 67; vgl. *Walter*, Familienzusammenführung in Europa, 2009, S. 72 (74); *Nußberger*, NJW 2013, 1305 (1309); *Bartolucci/Pelzer*, ZAR 2018, 133 (136).

⁵⁴ Zum Folgenden *Motz*, Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz – Rechtsrahmen und strategische Überlegungen, Oktober 2017, S. 21 ff., abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2018/03/Familiennachzug-f%C3%BCr-Fl%C3%BCchtlinge-in-der-Schweiz.pdf>.

⁵⁵ *Bergmann/Dienelt*, § 36a, Rn. 21; *Bartolucci/Pelzer*, ZAR 2018, 133, 136.

⁵⁶ *Motz*, ebd, 23 unter Verweis auf EGMR, Urteil v. 21.12.2001, Nr. 31465/96, Sen. ./.. Niederlande.

Kriterium für die Abwägungsentscheidung. Jedenfalls implizit ergibt sich aus seiner Rechtsprechung, dass der Nachzug regelmäßig zu gewähren ist, wenn die Herstellung der Familieneinheit in einem anderen Staat nicht möglich ist.⁵⁷ Da dies für die meisten subsidiär Schutzberechtigten der Fall ist, verdichtet sich Art. 8 EMRK hier im Regelfall zu einem Nachzugsrecht. Dem wird unter Verweis auf die Rechtssache *Gül gegen die Schweiz* entgegengehalten, dass der EGMR in seiner Rechtsprechung auch eine dauerhafte Trennung von Familien in Kauf nähme.⁵⁸ Allerdings stand in diesem Fall gerade nicht fest, dass das Familienleben nicht auch im Herkunftsstaat wieder aufgenommen werden konnte.⁵⁹ Selbst wenn man annähme, die EMRK würde insofern einen geringeren Schutz bieten, hätte dies nach dem Günstigkeitsprinzip des Art. 53 EMRK kein Absenken des Schutzniveaus des Art. 6 GG zur Folge.

Auch Art. 8 EMRK verpflichtet Deutschland somit in der Regel dazu, den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten zu gewähren.

b. Konventionsverstoß durch Kontingentregelung

Die in § 36a Abs. 2 S. 2 AufenthG vorgesehene Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten ist mit Art. 8 EMRK nicht vereinbar, da die gebotene umfassende Einzelfallabwägung nach Ausschöpfung des Kontingents ausgeschlossen ist. Entsprechend hat der Österreichische Verfassungsgerichtshof schon 2003 eine Regelung für verfassungswidrig erklärt, nach der ein Familiennachzug für bestimmte Ausländer nur dann möglich war, wenn ein so genannter "Quotenplatz" vorhanden war.⁶⁰ Eine solche Regelung widerspreche Art. 8 EMRK, da die unbedingte Quotenpflicht dazu führe, dass die Behörde keine Möglichkeit hat, den Familiennachzug zu ermöglichen, selbst wenn dieser im Einzelfall im Sinne von Art. 8 EMRK geboten ist, also ausnahmsweise ein aus Art. 8 EMRK abzuleitender Anspruch auf Familiennachzug besteht.

Auch hier kann, ebenso wie oben zu Art. 6 GG ausgeführt, § 22 S. 1 AufenthG keine Abhilfe schaffen, da diese Vorschrift nicht entgegen dem klaren Willen des Gesetzgebers so ausgelegt werden kann, dass sie den Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten den Vorgaben des Art. 8 EMRK entsprechend regelmäßig gewährt.

⁵⁷ *Cremer*, Asylmagazin 2018, 65, 67 unter Verweis auf *Czech*, EuGRZ 2017, 229, insbesondere S. 231 ff., S. 236; der EGMR entschied in der Sache, *Tanda-Muzinga gegen Frankreich*, (10.07.2014, InfAuslR 2014, S. 407 ff.), dass Art. 8 EMRK in der Regel verletzt ist, wenn der Nachzug nicht gewährt wird, obwohl die Trennung der Familie nicht vorwerfbar und der Nachzug das einzige Mittel ist, um das Familienleben wieder aufzunehmen.

⁵⁸ *Bergmann/Dienelt*, § 36a, Rn. 18; *Thym*, NVwZ 2018, 1340, 1340, 1342.

⁵⁹ EGMR, Urteil v. 19.2.1996, Nr. 23218/94, *Gül ./. Schweiz*, § 42: "In view of the length of time Mr and Mrs Gül have lived in Switzerland, it would admittedly not be easy for them to return to Turkey, but there are, strictly speaking, no obstacles preventing them from developing family life in Turkey."

⁶⁰ Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 8.10.2003, G 119/03., RIS Datenbank.

II. Diskriminierungsverbote

1. Art. 3 Abs. 1 GG: Allgemeiner Gleichheitssatz

Nach Art. 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Dieser allgemeine Gleichheitssatz gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dies verwehrt dem Gesetzgeber nicht jede Unterscheidung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit reichen können.⁶¹

Bei der Kontingentierung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten handelt es sich um eine Ungleichbehandlung gegenüber der Gruppe der GFK-Flüchtlinge, die im Wesentlichen aber "gleich" ist: Anerkannte Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte sind vergleichbar schutzbedürftig.⁶² Bei beiden Gruppen steht fest, dass ihnen in ihrem Herkunftsstaat mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit die Verletzung bedeutsamer Rechtsgüter droht. Der Schutzstatus unterscheidet sich lediglich dadurch, dass bei anerkannten Flüchtlingen hinzukommt, dass die drohende Rechtsgutsverletzung an ein geschütztes Merkmal im Sinne des § 3b AsylG anknüpft. Dies rechtfertigt aber keine Ungleichbehandlung hinsichtlich des Familiennachzugs.

Der subsidiäre Schutz ist auch kein temporärer Schutz bzw. jedenfalls nicht in anderer Weise temporär oder permanent als der Flüchtlingsschutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention.⁶³ Beide sind insofern auf Dauer angelegt, als der Schutzstatus so lange fortbesteht, wie die Gefahr der Menschenrechtsverletzung bzw. der Verfolgung im Herkunftsstaat fortbesteht, und insofern temporär, als bei einer grundlegenden Veränderung der Umstände im Herkunftsland der Schutzbedarf wegfallen und damit der Schutzstatus aufgehoben werden kann. Die unterschiedliche Gültigkeitsdauer der befristeten Aufenthaltstitel ist insofern ein rein formaler Unterschied. Auch das BVerfG hat wiederholt entschieden, dass der Besitz eines humanitären Aufenthaltstitels nicht automatisch die Prognose darüber zulasse, inwieweit ein Aufenthalt auf Dauer ausgerichtet ist, da bei fast allen solchen Aufenthaltstiteln eine Verlängerung in Betracht komme, die uneingeschränkt wiederholbar sei und in eine Niederlassungserlaubnis übergehen könne.⁶⁴ Hinzu kommt auf unionsrechtlicher Ebene, dass die Daueraufenthalts-RL für beide Varianten des internationalen Schutzes innerhalb der gleichen Frist und unter den gleichen Voraussetzungen die Gewährung eines dauerhaften Aufenthaltsrechts vorsieht. Schließlich weicht auch die tatsächliche Aufenthaltsdauer

⁶¹ BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2018 - 1 BvR 1675/16, Rn 64 ff.

⁶² Vgl. auch Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats, BR-Drs. 175/1/18, S. 2; *Bartolucci/Pelzer*, ZAR 2018, 133, 140.

⁶³ *Bast*, ZAR 2018, 41, 44.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 6.7.2004, 1 BvR 2515/95; Beschl. v. 10.7.2012, 1 BvL 2/10, u.a.

anerkannter GFK-Flüchtlinge und subsidiär Geschützter in Deutschland nicht erkennbar voneinander ab.⁶⁵

Zwischen den beiden Schutzformen des internationalen Schutzes bestehen somit keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Dies gilt umso mehr, als es sich um eine höchst grundrechtsrelevante Ungleichbehandlung handelt und die Zugehörigkeit zu der jeweiligen Gruppe für die Betroffenen nicht beeinflussbar ist, so dass ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist.

Die Ungleichbehandlung von subsidiär Geschützten gegenüber GFK-Flüchtlingen ist ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Sie kann nicht mit Verweis auf vermeintliche Unterschiede hinsichtlich Qualität und Dauerhaftigkeit der Schutzbedarfe gerechtfertigt werden.

Dem wird entgegengehalten, dass sich die Privilegierung des Familiennachzugs zu anerkannten Flüchtlingen im Gegensatz zu subsidiären Schutzberechtigten aus den unterschiedlichen unionsrechtlich bedingten Verpflichtungen Deutschlands rechtfertige.⁶⁶ Denn der Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen werde wesentlich durch die Familienzusammenführungs-RL determiniert und Art. 3 GG sei auf die Regelungen unterschiedlicher Normgeber nicht anwendbar.⁶⁷ Allerdings wurde dieser Grundsatz im Verhältnis des Bundes zu den Ländern entwickelt und es ist zumindest umstritten, ob er sich auf das Verhältnis zum Unionsrecht übertragen lässt.⁶⁸ Hinsichtlich des Familiennachzugs wird die Ungleichbehandlung hier unmittelbar durch ein- und denselben Gesetzgeber, nämlich den deutschen, hervorgerufen, indem er im AufenthG jeweils unterschiedliche Regelungen trifft. Zudem hat der deutsche Gesetzgeber Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen und muss folglich auch für daraus resultierende Ungleichbehandlungen eintreten.

Zudem greift das Argument der unterschiedlichen Normgeber jedenfalls nicht hinsichtlich der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber der Gruppe der Inhaber*innen von Aufenthaltstiteln nach § 25 Abs. 3 AufenthG. Obwohl diese „nur“ durch ein nationales Abschiebungsverbot geschützt sind, bleibt für sie gemäß § 29 Abs. 3 S. 1 AufenthG der Familiennachzug nach den §§ 27 ff. AufenthG aus „humanitären Gründen“ möglich. Diese sind stets anzunehmen, wenn die Familieneinheit auf absehbare Zeit nur in Deutschland hergestellt werden kann.⁶⁹ Genau dieses Kriterium trifft aber regelmäßig auf subsidiär Schutzberechtigte zu, denen der Familiennachzug nach Erreichen des Kontingents jedoch verwehrt bleibt – auch diese Ungleichbehandlung ist durch nichts gerechtfertigt.

⁶⁵ Vgl. zur alten Rechtslage: 9. Bericht der Beauftragten für Migration, Flüchtlinge und Integration, Juni 2012, Kap. XIII.2.3.2., S. 280, Fn. 1122.

⁶⁶ VG Berlin, Urteil vom 21.01.2020, 38 K 429.19 V, S. 14.

⁶⁷ Thym, NVwZ 2018, 1340, 1340, 1343.

⁶⁸ Siehe etwa Riese/Noll, NVwZ 2007, 516, 520 f.

⁶⁹ siehe nur Bergmann/Dienelt, § 29 AufenthG, Rn. 37.

2. Art. 14 i.V.m. 8 EMRK: Diskriminierungsverbot

Der gesetzliche Ausschluss des Familiennachzugs für die Mehrzahl der subsidiär Schutzberechtigten durch eine Kontingentierung verstößt nicht nur gegen das nationale Gleichbehandlungsgebot, sondern auch gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.

Nach Art. 14 EMRK ist der Genuss der in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten. Die Aussetzung des Familiennachzuges zu subsidiär Schutzberechtigten fällt in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift, weil sie eine diskriminierende Schlechterbehandlung in Form der Verhinderung der Ausübung des Rechts auf Achtung des Familienlebens in Art. 8 EMRK darstellt.

So urteilte der EGMR im Fall *Hode und Abdi*, dass es eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK darstellt, wenn ein Staat – per Gesetz – das Recht auf Familiennachzug von Flüchtlingen, die nach dem Asylantrag geheiratet haben, im Vergleich mit dem Recht auf Familiennachzug von ausländischen Studierenden und Flüchtlingen, die vor dem Asylantrag geheiratet haben, ohne legitime Gründe für eine Differenzierung zwischen diesen Gruppen beschränkt.⁷⁰ Der EGMR stellte fest, dass dort, wo ein Konventionsstaat freiwillig zusätzliche Rechte, die in den Anwendungsbereich der EMRK fallen, garantiert, diese Rechte auf einer diskriminierungsfreien Grundlage gewährleistet werden müssen. Einer Verletzung von Art. 8 EMRK bedürfe es dabei nicht, damit ein Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK in Betracht kommt.

Die unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten hinsichtlich des Familiennachzugs nach dem deutschen AufenthG steht demnach auch mit der EMRK nicht im Einklang. Denn aus der Vergleichbarkeit beider Gruppen (siehe dazu bereits oben) folgt, dass ein Anspruch auf Gleichbehandlung besteht.⁷¹ Der EGMR hat zudem entschieden, dass allein die unterschiedliche Dauer der Aufenthaltstitel keinen hinreichenden Grund zur Rechtfertigung aufenthaltsrechtlicher Statusdifferenzierungen darstellt.⁷²

Die unterschiedliche Behandlung von anerkannten Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten hinsichtlich des Familiennachzugs stellt somit eine ungerechtfertigte diskriminierende Behandlung dar und verstößt gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.

⁷⁰ EGMR, Urteil vom 6.11.2012, Rs. 22341/09 - Hode and Abdi, Rn. 43 ff.

⁷¹ Siehe auch *Czech*, A right to family reunification for persons granted international protection? The Strasbourg case-law, state sovereignty and EU harmonisation, EU migration law blog, 17.6.2016, abrufbar unter: <http://eumigrationlawblog.eu/a-right-to-family-reunification-for-persons-under-international-protection-the-strasbourg-case-law-state-sovereignty-and-eu-harmonisation-2/>.

⁷² EGMR, Urt. v. 25.10.05, 59140/00 – Okpiz v. Deutschland, Nr. 34.

3. Art. 21 EU-Grundrechte-Charta (GRC): Diskriminierungsverbot

Die Ungleichbehandlung von anerkannten Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten beim Familiennachzug verstößt ferner gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GRC. Der EuGH hat zwar noch keine Entscheidung zu Art. 7 und 21 GRC getroffen, allerdings lässt sich seiner Rechtsprechung entnehmen, dass Statusdifferenzierungen entlang von aufenthaltsrechtlichen Kategorien legitimen Zwecken dienen und verhältnismäßig sein müssen.⁷³ Wie bei den Ausführungen zu Art. 3 GG und Art. 14 EMRK gesehen, lässt sich die Statusdifferenzierung zwischen anerkannten Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten hinsichtlich ihres Rechts auf Familiennachzug gerade nicht rechtfertigen.

III. Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheitsgebot

Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verpflichtet den parlamentarischen Gesetzgeber, wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen. Danach muss der allein demokratisch legitimierte Gesetzgeber die für eine grundrechtsrelevante Auswahlentscheidung wesentlichen Kriterien selbst vorgeben, wobei er der Verwaltung Spielräume für die Konkretisierung dieser Kriterien einräumen darf.⁷⁴ Dem wird die Umsetzung und Praxis der Kontingentregelung nicht gerecht. Der Gesetzgeber hat weder das Verfahren an sich noch die Auswahlentscheidung des Bundesverwaltungsamts ausreichend geregelt.

Es dürfte kaum zweifelhaft sein, dass es sich bei der Vergabe der 1.000 Kontingentplätze um eine Entscheidung von hoher Grundrechtsrelevanz, insbesondere hinsichtlich der Verwirklichung von Art. 6 GG, für die Betroffenen handelt,⁷⁵ und somit strenge Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit zu stellen sind. Das Gesetz schreibt insoweit lediglich vor, dass das Kindeswohl und Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen sind, ohne diese näher zu konkretisieren.⁷⁶ Laut der Gesetzesbegründung bestimmt das Bundesverwaltungsamt aufgrund der von Auslandsvertretungen und Ausländerbehörden beigebrachten Informationen zu den zu berücksichtigenden Aspekten, welche Familienangehörigen zu den monatlich bis zu 1.000 Nachzugsberechtigten gehören. Ob eine qualitative Gewichtung der

⁷³ EuGH, Alo u. a., Rs. C-443/14 und C- 444/14.

⁷⁴ BVerfGE 147, 253 (311), Rn. 120 zu den notwendigen gesetzlichen Vorgaben bei der Vergabe von Studienplätzen.

⁷⁵ Soweit dies wohl mit der Begründung verneint wird, die Regelung sei keine bloße "Grundrechtsressourcenverteilung" ist dies wenig überzeugend vor dem Hintergrund, dass die Beschränkung des Familiennachzugs mit der begrenzten Aufnahmefähigkeit der Bundesrepublik begründet wird, so aber *Hailbronner*, Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat vom 11.6.2018, S. 5 f., wie hier *Kluth*, ZAR 2018, 375 (378).

⁷⁶ Eine mangelnde Bestimmtheit der Neuregelung in dieser Hinsicht verneint nicht einmal *Thym*, NVwZ 2018, 1340 (1345).

verschiedenen Belange erfolgen oder rein chronologisch vorgegangen werden soll („Windhundprinzip“), bleibt dabei jedoch offen.

Der Normenkontrollrat bemängelte die praktische Umsetzung der Neuregelung bereits vor deren Erlass als weitgehend unklar.⁷⁷ Auch eine nähere Bestimmung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Integrationsaspekte im Gesetz würde keine ausreichende Klarheit schaffen. Denn die weiteren für das Recht auf Familie erheblichen Umstände wie die Dauer der Trennung werden vom Gesetzgeber gar nicht als erhebliches Kriterium für die Auswahlentscheidung durch das Bundesverwaltungsamt vorgesehen. Die gesetzliche Festlegung der Kriterien ist auch für einen effektiven Rechtsschutz im Rahmen gerichtlicher Überprüfung erforderlich (Art. 19 Abs. 4 GG). Die Auswahlentscheidung bleibt mangels gesetzlich vorgegebener Auswahlkriterien somit im Wesentlichen in der Hand der Verwaltung, was dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes nicht genügt.

Die Schwierigkeit, die Auswahl für die Verwaltung etwa anhand eines Kriterienkatalogs vorzugeben, verdeutlicht die Problematik der Kontingentierung. Selbst wenn die Auflistung der erheblichen Kriterien gelänge, müssten diese dann gewichtet und die Nachzugsbegehren priorisiert werden. Bei der Bestimmung einer Rangfolge treten jedoch zwangsläufig die Belange der Personen zurück, die für das aktuelle Kontingent nicht berücksichtigt werden. Damit führt die Limitierung wie gesehen unumgänglich dazu, dass grundrechtliche Interessen unberücksichtigt bleiben.

Überdies hat der Gesetzgeber das Verfahren nicht ausreichend klar geregelt. Auch das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) fließende Bestimmtheitsgebot schreibt vor, dass staatliches Handeln für die Betroffenen vorhersehbar sein muss. Angesichts der erheblichen Grundrechtsrelevanz reicht hierfür die interne Verwaltungsvereinbarung zur Umsetzung der Neuregelung zwischen Auswärtigem Amt und BMI nicht aus. Erforderlich wäre vielmehr eine Regelung als Rechtsverordnung mit entsprechender gesetzlicher Grundlage.⁷⁸

Dabei müssen sowohl die einzelnen Verfahrensschritte als auch die zu erwartende Verfahrensdauer hinreichend bestimmt sein. So hat vergleichsweise der Österreichische Verfassungsgerichtshof entschieden, dass es für die Betroffenen vorhersehbar sein muss, wann sie mit einer Familienzusammenführung rechnen können.⁷⁹ Der Gerichtshof hielt die österreichische Rechtslage für zu unbestimmt und dem Rechtsstaatsprinzip widersprechend, weil nicht im Voraus festgelegt war, wie die freien Quotenplätze auf die offenen Anträge zu verteilen sind und hierüber keine Entscheidung durch Bescheid erfolgte. Für die Betroffenen

⁷⁷ Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates zum Gesetzentwurf für die Regelung des Familiennachzugs subsidiär Schutzberechtigter vom 14. Mai 2018, abrufbar unter: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/nkr-de/stellungnahmen/entwurf-eines-gesetzes-fuer-die-regelung-des-familiennachzugs-subsidiaer-schutzberechtigter-1007690>.

⁷⁸ So auch *Kluth*, ZAR 2018, 375 (378).

⁷⁹ *Österreichischer Verfassungsgerichtshof*, Entscheidung vom 8.10.2003, G 119/03.

sei es deshalb unvorhersehbar, wie lange sie auf den Familiennachzug warten müssen bzw. wie die nachziehenden Angehörigen in eine Rangliste eingereiht werden.

Auch der EuGH betont, dass bei der Frage des Familiennachzugs der allgemeine Unionsgrundsatz der Rechtssicherheit zu wahren ist. Es könne nicht sein, dass es für einen unbegleiteten Minderjährigen, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, völlig unvorhersehbar ist, ob er das Recht auf Familienzusammenführung mit seinen Eltern in Anspruch nehmen können wird, was die Rechtssicherheit beeinträchtigen kann.⁸⁰

Die aktuelle Praxis des Familiennachzugs lässt die Betroffenen nach der Terminregistrierung zunächst über Monate im Unklaren darüber, ob und wann sie mit einem Vorsprachetermin rechnen können. Auch über den Bearbeitungsstand ihres Antrags werden sie in der Regel nicht informiert. Die Betroffenen wissen oft nicht einmal, welche der beteiligten Behörden diesen aktuell bearbeitet. Die Dauer der Bearbeitung ist vollkommen unvorhersehbar. Dies ist mit den grundgesetzlichen Anforderungen an das behördliche Verfahren nicht zu vereinbaren. Die Betroffenen müssten zumindest über das Verfahren auf dem Laufenden gehalten und die Dauer der weiteren Bearbeitung mitgeteilt werden.

Weiterhin ist das Verfahren für die Betroffenen nicht hinreichend nachvollziehbar gestaltet. Wenn die Betroffenen im Ungewissen bleiben, bei welcher Behörde ihr Antrag derzeit liegt, was eine Auskunft über den Stand des Verfahrens erheblich erschwert, widerspricht dies auch dem Grundsatz der Transparenz der öffentlichen Verwaltung, die Grundlage demokratischer Legitimation ist.

IV. Kinderrechte

Auch die Gewährleistungen der von Deutschland ratifizierten UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) finden unmittelbar Anwendung und sind damit sowohl vom Gesetzgeber als auch den Behörden bei der Auslegung nationaler Normen zu berücksichtigen.⁸¹

Art. 3 Abs. 1 UN-KRK verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen („Kindeswohlprinzip“). Zwar lässt sich auch hieraus nach bisheriger Auffassung kein genereller Anspruch auf einen

⁸⁰ EuGH, Urteil A. und S. v. 12.4.2018, C-550/16, Rn. 59; zwar bezieht sich die Entscheidung auf den Nachzug zu GFK-Flüchtlingen, der Grundsatz muss jedoch gleichsam Anwendung finden, zumal der EuGH den Antrag auf „internationalen Schutz“ behandelt, wovon auch der subsidiäre Schutz erfasst ist, vgl. PRO ASYL, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten am 11. Juni 2018, abrufbar unter: https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2015/12/2018-06-07-PRO-ASYL_Stellungnahme-zum-GE-Familiennachzugsneuregelungsgesetz.pdf.

⁸¹ Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2., überarb. Aufl. Berlin 2012.

voraussetzungslosen Kinder- bzw. Elternnachzug ableiten.⁸² Auch einen absoluten Vorrang des Kindeswohls vor entgegenstehenden öffentlichen Interessen verneint die Rechtsprechung.⁸³ Es verbleibt aber bei einem grundsätzlichen Vorrang, der nur im Einzelfall bei überwiegenden öffentlichen Belangen zurücktreten muss.⁸⁴

Das Kindeswohl muss insbesondere bei Entscheidungen über die Einreise und die Familieneinheit betreffend ein vorrangiger Gesichtspunkt sein; ihm muss damit hohe Priorität zukommen.⁸⁵ Es muss dabei nicht nur in den Entscheidungsprozess einfließen, sondern sich auch in der Gesetzes- oder Entscheidungsbegründung niederschlagen.⁸⁶ Insbesondere im Rahmen des gesetzlich eingeräumten Ermessens kommt dem Kindeswohl entscheidende Bedeutung zu. Bei der Rechtsanwendung ist dafür Sorge zu tragen, dass der Vorrang des Kindeswohls im innerstaatlichen Recht tatsächlich durchgesetzt wird.⁸⁷ Eine unzureichende Berücksichtigung stellt mithin eine fehlerhafte Interessenabwägung dar.⁸⁸

Das Recht des Kindes auf sein Familienleben wird durch die Kinderrechtskonvention ausdrücklich unter besonderen Schutz gestellt (Art. 16 KRK).⁸⁹ Konkretisierend schreibt Art. 10 Abs. 1 UN-KRK vor, dass Anträge auf Familienzusammenführung von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet werden.⁹⁰ Auch danach ist eine Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalls zwingend. So darf die Familie nicht auf eine Rückkehr in das Herkunftsland zur Herstellung der Familieneinheit verwiesen werden, wenn dies die Sicherheit des Kindes gefährdet.⁹¹ Auch die Integration des Kindes ist zu berücksichtigen. Das

⁸² Vgl. Schmahl, Kinderrechtskonvention, Kommentar, 2017, Art. 3, Rn. 21; BVerwG, Urteil vom 13. Juni 2013, 10 C 16.12, Rn. 24.

⁸³ BVerwG, Beschluss vom 10.02.2011 - 1 B 22.10, Rn. 4.

⁸⁴ Was nach Hoffmann (a.a.O., S. 175) in der deutschen obergerichtlichen Rechtsprechung bisher nicht festgestellt werden kann, siehe Benassi, DVBl 2016, 617 (619).

⁸⁵ Vgl. Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3 UN-Wanderarbeitnehmerrechts-Ausschuss und Nr. 22 UN-Kinderrechtsausschuss, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16.11.2017, Rn. 29; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, CRC/C/GC/14, 29.05.2013, Rn. 60, 66.

⁸⁶ Vgl. Schmahl, a.a.O., Art. 3, Rn. 5, 6; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, CRC/C/GC/14, a.a.O.; Deutsches Institut für Menschenrechte, „Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am Montag, dem 20. März 2017, 13:30 Uhr im Innenausschuss des BT“, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/498370/457a37cf8bd8035e49efeb30acb2d1ff/18-4-807-D-data.pdf>, S. 11; Wissenschaftliche Dienste des BT, a.a.O., S. 11.

⁸⁷ Kessler/Krause, Kinderrechtliche Aspekte zum Thema „Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten nach § 104 Abs. 13 AufenthG“, abrufbar unter: <https://shop.dkhw.de/de/fachpublikationen/129-gutachten-familiennachzug.html>.

⁸⁸ Cremer, Asylmagazin 3/2018, 65 (69).

⁸⁹ Cremer, Asylmagazin 3/2018, 65 (67).

⁹⁰ Laut Hoffmann (a.a.O., S. 175) bezweckt die Vorschrift, die Familieneinheit auch für die übrigen Kinder der Familie zu gewährleisten, sodass es mit der KRK nicht vereinbar sei, zwar den Eltern die Einreise zu ihrem unbegleiteten minderjährigen Kind zu gestatten, nicht aber den minderjährigen Geschwistern, die dann ohne ihre Eltern zurückbleiben müssten, zur Problematik des Geschwisternachzugs vgl. näher Save the Children, Die vergessenen Kinder: Gutachten zum Geschwisternachzug, abrufbar unter: <https://www.savethechildren.de/news/die-vergessenen-kinder/>.

⁹¹ Vgl. Schmahl, a.a.O., Art. 10, Rn. 9; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, a.a.O., Rn. 82.

staatliche Interesse an einer Steuerung der Migration kann das Interesse des Kindes an der Familieneinheit regelmäßig nicht überwiegen. Wirtschaftlichen Erwägungen der Verwaltung kommt ebenfalls geringes Gewicht zu.⁹²

Art. 24 des Internationalen Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte (UN-Zivilpakt) gewährt überdies jedem Kind das Recht auf die staatlichen Schutzmaßnahmen, die seine Rechtsstellung als Minderjährige erfordern. Der UN-Menschenrechtsausschuss sah den Pakt durch eine dänische Regelung verletzt, die eine generelle Wartezeit für den Familiennachzug zu Personen mit temporärem Schutzstatus von drei Jahren vorsah, wobei die Entscheidung unter dem Vorbehalt völkerrechtlicher Verpflichtungen stand (vergleichbar mit § 22 AufenthG).⁹³ Der Ausschuss rief Dänemark dazu auf, die Wartezeit zu reduzieren. Dies verdeutlicht, dass die jedenfalls faktisch nicht absehbare Wartezeit durch das mit § 36a AufenthG eingeführte Kontingent mit dieser Verpflichtung aus dem UN-Zivilpakt nicht zu vereinbaren ist.⁹⁴

Zwar verpflichtet § 36a Abs. 2 S. 3 AufenthG die Verwaltung, das Kindeswohl bei der Entscheidung besonders zu berücksichtigen. Auch hebt die Gesetzesbegründung die besondere Relevanz der Kindeswohlinteressen bei der Prüfung, ob Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten gewährt wird, hervor.⁹⁵ Die Einschränkung der besonderen Schutzbedürftigkeit auf Kinder unter 14 Jahren ist dabei jedoch systemwidrig und lässt sich mit den Vorgaben der UN-KRK nicht vereinbaren.⁹⁶

Vollkommen unklar bleibt zudem weiterhin, was dies für die praktische Umsetzung bedeutet und wie bzw. ob die Verwaltung dieser Vorgabe tatsächlich zu Wirksamkeit verhilft. Auch aus der Verwaltungsvereinbarung zur Umsetzung der Neuregelung zwischen Auswärtigem Amt und BMI ergeben sich hierzu keinerlei praxistauglichen Hinweise.⁹⁷ Im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren ist jedenfalls klarzustellen, dass unter Beachtung von Art. 3 UN-KRK das Kindeswohl *vorrangige* Berücksichtigung finden muss. Bei angemessener Umsetzung würde

⁹² Vgl. Schmahl, a.a.O., Art. 10, Rn. 9 m.w.N..

⁹³ UN-Menschenrechtsausschuss, Abschließende Bemerkungen zum 6. Staatenbericht Dänemarks vom 7. Juli 2016, UN- Dok. CCPR/C/DNK/CO/6 vom 15. August 2016, Nr. 35 f., vgl. dazu Zimmermann, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestages zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten am 28. Januar 2018, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw05-pa-hauptausschuss-538698>.

⁹⁴ Hoffmann, a.a.O., S. 176.

⁹⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung über den Familiennachzug für subsidiär Schutzberechtigte (a.a.O.), S. 23.

⁹⁶ Der Verweis auf § 7 Abs. 1 SGB VIII widerspricht der für das Kindeswohl hier maßgeblichen Definition der Minderjährigkeit in Art. 1 UN-KRK, die 18 Jahre nennt, vgl. PRO ASYL, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten am 11. Juni 2018, Fn.74.

⁹⁷ Lediglich im Rahmen der Auswahlentscheidung durch das Bundesverwaltungsamt wird auf die besondere Berücksichtigung des Kindeswohls hingewiesen, was hinter der von Art. 3 UN-KRK vorgeschriebenen vorrangigen Berücksichtigung zurückbleibt, vgl. Hoffmann, a.a.O., S. 179 f.

dies regelmäßig zur Gewährung des Familiennachzugs bei Trennung von Kindern und ihren Eltern führen.

Die aktuelle Praxis wird diesen Vorgaben nicht gerecht. Angesichts der erteilten Visa, mit der regelmäßig das Kontingent nicht ausgeschöpft wird, kann von einer beschleunigten und wohlwollenden Prüfung keine Rede sein. Selbst wenn das Kontingent in Zukunft ausgeschöpft würde, würde die Bearbeitung allein dieser bereits gestellten Anträge schon zwei Jahre dauern. Die Kontingentierung führt mithin dazu, dass die von der Aussetzung betroffenen Familien, nun noch länger auf einen Termin warten müssen. Ab Erreichung des Kontingents wird auch das Kindeswohl schließlich gar nicht mehr berücksichtigt, sodass spätestens dann ein Verstoß gegen die Vorgaben der UN-KRK vorliegt.

V. Ergebnis

Die vorangegangenen Betrachtungen machen deutlich: § 36a AufenthG verstößt durch die Einführung eines Kontingents für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten in seiner derzeitigen Form gegen verschiedene Grund- und Menschenrechte.

Die Kontingentierung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten ist mit dem Recht auf Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK nicht vereinbar. Auch § 22 S. 1 AufenthG schafft als „Härtefallregelung“ keinen verfassungs- und völkerrechtskonformen Zustand. Subsidiär Schutzberechtigten steht in der Regel ein Anspruch auf Nachzug ihrer Familienangehörigen aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zu. Bis zum Erreichen des Kontingents wird sich das Ermessen der Behörde regelmäßig auf einen Anspruch der Betroffenen verdichten. Den vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen zu erteilender Visa zum Familiennachzug haben die Behörden bei entsprechender Antragslage jedenfalls auszuschöpfen.

Das aktuelle Verfahren wird aufgrund der zu langen Wartezeiten auf einen Termin sowie aufgrund der weiteren oft intransparenten Verzögerungen im Verfahren und der fehlenden Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls durch ein rein chronologisches Abarbeiten der Anträge nicht dem staatlichen Schutzauftrag von Familie aus Art. 6 GG als auch Art. 8 EMRK gerecht.

Die unterschiedliche Behandlung von anerkannten Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten beim Familiennachzug stellt eine Ungleichbehandlung dar, die nicht mit Verweis auf vermeintliche Unterschiede hinsichtlich Qualität und Dauerhaftigkeit der Schutzbedarfe gerechtfertigt werden kann, und somit gegen Art. 3 GG sowie Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstößt.

Der Gesetzgeber hat weder das Verfahren noch die Auswahlentscheidung des Bundesverwaltungsamts ausreichend bestimmt geregelt und genügt somit nicht dem Vorbehalt des Gesetzes. Die Verwaltungsvorgänge sind für die Betroffenen zudem weder ausreichend nachvollziehbar noch vorhersehbar.

Auch berücksichtigt die Regelung die Kinderrechte und entsprechenden menschenrechtlichen Gewährleistungen nur unzureichend. Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls im Rahmen des Verfahrens wird praktisch nicht gewährleistet.

C. Rechtsprechungsübersicht zu § 36a AufenthG

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick zur bisher ergangenen Rechtsprechung zu § 36a AufenthG gegeben werden.⁹⁸ Alle Gerichtsverfahren zur Regelung des § 36a AufenthG werden ausschließlich vor der 38. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin verhandelt. Dies liegt daran, dass Beklagte in allen Visumsverfahren das Auswärtige Amt mit Sitz in Berlin ist. Um der Besonderheit des Verfahrens aufgrund der Kontingentierung gerecht zu werden, ist bisher nur eine Kammer für die Klageverfahren zum Familiennachzug zu subsidiären Schutzberechtigten zuständig. Dabei können Entscheidungen durch den oder die Einzelrichter*in getroffen werden, wenn sie keine Besonderheit aufweisen. In allen anderen Fällen muss die Kammer mit 3 Richter*innen und 2 Schöffen verhandeln. Tatsächlich sind viele Rechtsfragen wegen der neuen Rechtsgrundlage von grundsätzlicher Bedeutung.

Der **Elternnachzug** ist die bisher am meisten verhandelte Konstellation vor der 38. Kammer.⁹⁹ Die Fälle sind deshalb so umstritten, weil durch die lange Dauer des Nachzugsverfahrens viele subsidiär Schutzberechtigte währenddessen volljährig werden und dann der Nachzug ihrer Eltern unter Verweis hierauf verweigert wird. In vielen von der Kammer bisher entschiedenen Fällen reisten die später subsidiär Schutzberechtigten bereits im Jahr 2015 ein und waren von der vollständigen Aussetzung des Familiennachzugs bis August 2018 betroffen. Oft verweigerte die Ausländerbehörde ihre Zustimmung, sodass die Einreise der Eltern vor dem 18. Geburtstag scheiterte. In Fällen, in denen die Volljährigkeit kurz bevorsteht, verweist die 38. Kammer inzwischen auf die Möglichkeit des Eilrechtsschutz gem. § 123 VwGO.¹⁰⁰ Dass bei subsidiär Schutzberechtigten der Elternnachzug auch nach Volljährigkeit zu gewähren ist, wie es auch bei Flüchtlingen nach dem EuGH-Urteil „A. und S.“ von April 2018¹⁰¹ diskutiert wird, verneint die 38. Kammer¹⁰² und verweist auf die inzwischen ergangene Rechtsprechung des EuGH¹⁰³ zur Anwendbarkeit der FamZ-RL auf subsidiär Schutzberechtigte und bejaht die Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit Grund- und Menschenrechten. Berufung und Sprungrevision wurden zugelassen; bisher sind Verfahren nur beim OVG Berlin-Brandenburg anhängig.

⁹⁸ Eine ausführliche Darstellung findet sich bei Krause, Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten - Eine Rechtsprechungsübersicht zu § 36a AufenthG, Asylmagazin Heft 6/7 2020, S 198-204.

⁹⁹ VG Berlin, Urteil vom 29.3.2019 - 38 K 27.18 V - Asylmagazin 6-7/2019, S. 260 ff., gleichlautend: Az. 38 K 26.18 V, VG 38 K 41.19 V - asyl.net: M27329; Urteil vom 21.1.2020 - VG 38 K 429 19 V - weitestgehend gleichlautend VG 38 K 19.19.V, VG 38 K 51.19 V, VG 38 K 52.19 V – asyl.net: M28472; Beschluss vom 26.11.2019 - 38 L 442.19 V - asyl.net: M27886; Beschluss vom 08.01.2020 - 38 L 106/20 V - asyl.net: M28017; Beschluss vom 16.01.2020 - 38 L 502.19 V - asyl.net: M28018.; OVG Berlin Brandenburg, Urteil v. 22.09.2020, OVG 3 B 38.19, Rechtsprechungsdatenbank Berlin-Brandenburg.

¹⁰⁰ VG Berlin, Beschluss vom 26.11.2019, a.a.O. (Fn. 93); Beschluss vom 08.01.2020, a.a.O. (Fn. 93); Beschluss vom 16.01.2020, a.a.O. (Fn. 93).

¹⁰¹ EuGH, Urteil vom 12.4.2018 - C-550/16 A. und S. gg. Niederlande - Asylmagazin 5/2018, S. 176 ff.- asyl.net: M26143; Heiko Habbe, Anmerkung zum EuGH-Urteil „A. und S.“, Asylmagazin 5/2018, S. 149-153; Sigrun Krause, Familiennachzug zu volljährig gewordenen Personen, Asylmagazin 6-7/2019, S. 222-229

¹⁰² VG Berlin, Urteil v. 21.1.2020, a.a.O. (Fn. 90)

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 7.11.2018 - C-380/17 K und B gg. Niederlande- asyl.net: M26724.

Auch den **Kindernachzug** hat die 38. Kammer in den Fällen ausgeschlossen, in denen diese im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens von §36a AufenthG bereits volljährig waren und der Antrag während der Aussetzung des Familiennachzuges gem. § 104 Abs. 13 AufenthG a.F. gestellt wurde.¹⁰⁴ In Fällen, in denen die Kinder nach Inkrafttreten von 36a AufenthG volljährig wurden, scheint die 38. Kammer aber den Nachzug zu gewähren.¹⁰⁵ Danach ist, wie beim Kindernachzug bisher üblich, auch bei § 36a AufenthG in Bezug auf die Minderjährigkeit auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen.¹⁰⁶

Eine weitere strittige Fallkonstellation ist der **Ehegattennachzug**, wenn die Ehe gem. § 36a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AufenthG nicht „vor der Flucht geschlossen wurde. Danach werden auch Ehen ausgeschlossen, die beispielsweise während der Flucht“ geschlossen wurden. Diese Auslegung ist jedoch lebensfern und wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren kritisiert. Die 38. Kammer hielt den Ausschluss bisher für vereinbar mit Grund- und Menschenrechten.¹⁰⁷ Das Bundesverwaltungsgericht hob die Entscheidung auf: Der Ehegattennachzug könne auch ausnahmsweise ermöglicht werden, wenn die Ehe nicht bereits vor der Flucht geschlossen wurde, insbesondere spielen die Dauer der Trennung, die Unmöglichkeit, in einem anderen Staat zusammenzuleben, und das Wohl der Kinder eine Rolle¹⁰⁸.

Als weiterer Ausschlussgrund wurde bisher der aus § 36a Abs. 3 Nr. 2d AufenthG wegen **Straftaten** nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG verhandelt. Die 38. Kammer gab in einer Konstellation dem Kindeswohl den Vorrang und führte aus, dass eine Ausnahme vom gesetzlichen Ausschluss vorliege.¹⁰⁹

Es kann davon ausgegangen werden, dass bisher weniger Verfahren zu § 36a AufenthG bei Gericht anhängig sind (Stand 26.02.2021:170), als vielleicht anfänglich erwartet. Das liegt vor allem daran, dass die Wenigsten einen ablehnenden Bescheid erhalten, sondern in dem Verfahren in der „Warteschlange“ hängen. Es ist aber davon auszugehen, dass mit zunehmender Wartezeit auf oder in dem Verfahren mit einer höheren Anzahl von Klagen vor dem Verwaltungsgericht zu rechnen ist.

Aufgrund der wenigen erteilten Visa im Monat, ergingen bisher keine Ablehnungen aufgrund des Kontingentes.

¹⁰⁴ VG Berlin, Urteil vom 26.08.2019, VG 38 K 7.18 V, asyl.net: M28473., inzwischen auch OVG BB, U. v. 23.11.2020, OVG 6 B 6.19, Entscheidungsdatenbank Berlin Brandenburg; Pressemitteilung v. 23.11.2020, Vorübergehende Aussetzung des Familiennachzuges zu subsidiär Schutzberechtigten nicht zu beanstanden – Nr. 43/20., Pressemitteilung JUMEN v. 30.11.2020, https://jumen.org/wp-content/uploads/2020/11/Pressemitteilung-2020-11-30-JUMEN-OVG-BB-Kindernachzug_FIN.pdf

¹⁰⁵ VG Berlin, Beschluss vom 18.12.2019 - 38 L 474.19 V - asyl.net: M28023.

¹⁰⁶ Ebenda, S. 6.

¹⁰⁷ VG Berlin, Urteil vom 28.6.2019 38 K 43.19 V, asyl.net: M 27718, Rn24. BVerwG, Urteil vom 17.12.2020, BVerwG 1 C 30.19, juris; Pressemitteilung JUMEN v. 18.12.2020, https://jumen.org/wp-content/uploads/2020/12/PM-BVerwG_Familiennachzug_zu_subsidi%C3%A4r_Schutzberechtigten-18-12-2020.pdf.

¹⁰⁹ VG Berlin, Urteil vom 05.03.2020 - 38 K 71.19 V - asyl.net: M28491.

D. Fazit

Zwei Jahre nach Einführung des Familiennachzuges zu subsidiär Schutzberechtigten ist festzustellen, dass das neu eingeführte Verfahren nach § 36a AufenthG wie befürchtet zu erheblichen Wartezeiten und Verzögerungen für die betroffenen Familien führt. Die Trennungszeit beträgt inzwischen nicht selten drei bis fünf Jahre. Das Antragsverfahren ist zu umfangreich, mit der Folge, dass das geringe Kontingent von 1.000 Visaerteilungen pro Monat in den letzten zwei Jahren kaum vollumfänglich ausgeschöpft wurde. Die Probleme in der praktischen Umsetzung machen die Schwächen der gesetzlichen Regelung deutlich und führen im Ergebnis zu einer sogar über das Kontingent hinausgehenden verfassungs- und völkerrechtswidrigen Einschränkung des Familiennachzugs.

Warum dies so ist, wird an mehreren Stellen im Verfahren sichtbar: Es beginnt bereits bei den Registrierungen durch IOM, die nicht alle willigen Antragsteller*innen zeitnah erreichen können oder die an die Kapazitäten der Auslandsvertretungen gebunden sind. Weiter geht es bei den Auslandsvertretungen, die weniger Anträge an die Ausländerbehörden weiterleiten, als das Kontingent erlaubt, und so etliche inhaltliche Antragsprüfungen von vornherein verhindern. Die Ausländerbehörden ihrerseits bearbeiten bei Weitem nicht alle Anträge, die sie erreichen, zeitnah, sondern arbeiten die verschiedenen Vorgaben des Gesetzgebers ab und sortieren dabei einzelne Anträge auch aufgrund von Gründen (z.B. fehlende Integrationsleistungen) aus, obwohl diese lediglich der Priorisierung durch das Bundesverwaltungsamt dienen sollen. Das Bundesverwaltungsamt, dem eigentlich die Aufgabe obliegen soll, die dringlichsten Fälle nach den vorgelegten Informationen herauszusuchen, hat so bereits keine sinnvolle Funktion mehr. Der Gesetzgeber hat also ein aufgeblähtes Verfahren mit intensiven und offensichtlich doppelt vergebenen Prüfaufträgen geschaffen, welches dazu führt, dass am Ende von mehreren Zehntausenden potenziellen Anspruchsberechtigten nicht einmal ein 1.000-Personen Kontingent im Monat übrigbleibt.

Das Ergebnis der vorliegenden Studie ist eindeutig: Die vor zwei Jahren erfolgte Einschränkung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten durch § 36a AufenthG bleibt in ihrer derzeitigen Form in mehrfacher Hinsicht mit Grund- und Menschenrechten nicht vereinbar.

So bleibt die Regelung vor allem mit dem Recht auf Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK nicht vereinbar. Beide Vorschriften verlangen eine Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Belange und eine Abwägung im Einzelfall. Der grundgesetzliche Schutz von Ehe und Familie gebietet, dass der Familiennachzug der Angehörigen subsidiär Schutzberechtigter regelmäßig gewährt wird. Entscheidend hierfür sind zwei Aspekte: a) die langjährige Trennung der Familien und b) die Tatsache, dass die Familieneinheit typischerweise nur in Deutschland hergestellt werden kann. Nur im Ausnahmefall kann es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu dem Ergebnis kommen, dass einwanderungspolitische Belange einem Nachzugsrecht entgegenstehen. Auch die zentralen Kriterien des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) – Unfreiwilligkeit der Familientrennung und

Unmöglichkeit, die Familieneinheit in einem anderen Staat herzustellen – führen dazu, dass Deutschland nach der EMRK dazu verpflichtet ist, subsidiär Schutzberechtigten den Familiennachzug regelmäßig zu ermöglichen.

Die Festlegung eines Kontingents ist mit dem Grundgesetz und der EMRK nicht vereinbar, da nach Ausschöpfen des Kontingents die hinreichende Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalls verhindert wird und die Betroffenen langen Wartezeiten ausgesetzt werden. Die unabsehbaren Verzögerungen durch die Kontingentierung des Familiennachzugs werden den grundrechtlichen Schutzpflichten bereits nicht gerecht. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1987 erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine „Warteschlange“ beim Familiennachzug geäußert.

Auch die Existenz von § 22 S. 1 AufenthG, als „Härtefallregelung“ vom Gesetzgeber zur Legitimation der Kontingentregelung angeführt, schafft keinen verfassungs- und völkerrechtskonformen Zustand. Er kann aufgrund seiner restriktiven Anwendungspraxis und der klaren gesetzgeberischen Vorgaben, die ein aus der Vergleichsgruppe herausragendes Einzelschicksal verlangen, die Verfassungsmäßigkeit der Kontingentierung nicht „retten“, denn subsidiär Schutzberechtigten steht in der Regel ein Anspruch auf Nachzug ihrer Familienangehörigen aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zu.

Gleichermaßen verstößt die aktuelle Praxis, die Kontingente nicht auszuschöpfen und die mangels Priorisierung faktisch bestehende Unmöglichkeit, dringende Fälle vorzuziehen, gegen das Recht auf Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK, soweit weiterhin eine entsprechende Zahl von Anfragen und Anträgen auf Familiennachzug vorliegen.

Nicht nur verstößt die Regelung des § 36a AufenthG gegen zentrale Bestimmungen von Grundgesetz und EMRK zum Schutz der Familie, sie hat darüber hinaus einen diskriminierenden Charakter: Die Gruppe der anerkannten GFK-Flüchtlinge, die das so genannte „privilegierte“ Familiennachzugsrecht genießen, stehen den subsidiär Geschützten hinsichtlich Qualität und Dauerhaftigkeit ihres Aufenthalts weitgehend gleich. Die drastische Einschränkung des Familiennachzugsrechts für subsidiär Schutzberechtigte stellt deshalb eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dar, die im Widerspruch zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG steht. Aus der Vergleichbarkeit beider Gruppen ergibt sich zudem ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK. Die unterschiedliche Behandlung von anerkannten GFK-Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten hinsichtlich des Familiennachzugs stellt außerdem eine Ungleichbehandlung dar, die dem Gesetzgeber nur allzu bewusst sein dürfte: Schließlich hat er die Gleichstellung der beiden Flüchtlingsgruppen in Sachen Familiennachzug 2015 selbst vollzogen. Das immer wieder vorgetragene Argument, es handele sich beim subsidiären Schutz um einen „nachrangigen“ oder nur „vorübergehenden“ Schutz ist auch mit Blick auf den andauernden Bürgerkrieg in Syrien und der lebensbedrohlichen Lage vor Ort nicht haltbar.

Schließlich zeigt sich, dass § 36a AufenthG auch gegen fundamentale Kinderrechte verstößt: So wird das nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK vorrangig zu beachtende Kindeswohlprinzip nicht ausreichend berücksichtigt, wenn keine Priorisierung vorgenommen wird und die Verfahren nach dem Warteschlangenprinzip abgearbeitet werden ungeachtet davon, ob Kinder betroffen sind. Ab Erreichung des Kontingents wird das Kindeswohl schließlich gar nicht mehr berücksichtigt, sodass spätestens dann ein Verstoß gegen die Vorgaben der UN-KRK vorliegt.

Die aktuelle Praxis – lange Wartezeiten, Unterschreitung des Kontingents, keine Priorisierung – sind klare Verstöße gegen Art. 10 Abs. 1 UN-KRK, wonach Anträge auf Familienzusammenführung von den Vertragsstaaten „wohlwollend, human und beschleunigt“ bearbeitet werden müssen.

Eine Korrektur der gesetzeswidrigen Praxis durch die Rechtsprechung steht in vieler Hinsicht noch aus: Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Kontingentregelung stellen sich bei Gericht nicht, weil aktuell die Betroffenen vor dem Problem stehen, dass die monatlichen Kontingente schon im Vorfeld der Entscheidung gar nicht erst ausgeschöpft werden.

Durch die Verzögerungen wird eine gerichtliche Kontrolle von § 36a AufenthG de facto verhindert. Hier sollte zukünftig geprüft werden, ob eine Untätigkeitsklage gemäß §75 VwGO erhoben werden kann. Der Nachweis, dass die Behörde die Verzögerung ohne zureichenden Grund verschuldet, ist gerade bei einem so intransparenten Verfahren schwierig zu führen. Hier bieten die Ausführungen in Teil A einen guten Begründungsansatz.

Die Erörterung der praktischen Änderungsmöglichkeiten hat ergeben, dass eine verfassungskonforme Reformierung von § 36a AufenthG nicht nur sehr aufwändig wäre, sondern auch zu keinem anderen Ergebnis führen würde, da in der Regel der Familiennachzug trotzdem zu gewähren ist, etwa weil die Dauer der Trennung zu lang oder ein Familienleben im Herkunftsland unmöglich ist. Soweit man die grundrechtlich erforderliche Einzelfallprüfung durch eine Öffnung des Kontingentes, etwa über § 22 AufenthG, berücksichtigen will, widerspricht das jedoch dem Konzept des Kontingentes selbst und macht es letztendlich hinfällig. Eine Korrektur der Rechtslage ist damit dringend geboten.

E. Folgerungen und Anforderungen an die Politik

I. Notwendige Gesetzesänderung: Familiennachzug nach §§ 30, 32, 36 I AufenthG für subsidiär Geschützte

Wie oben ausgeführt, ist die Frage nach einer „Reform“ von § 36a AufenthG nicht zielführend. Subsidiär Schutzberechtigte haben regelmäßig einen Anspruch auf den Nachzug ihrer Familie, so dass eine Kontingentierung im Ergebnis leerlaufen würde. Stattdessen ist der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten wieder an den zu Personen mit Flüchtlingsanerkennung anzugleichen, wie es 2015 bereits der Fall war. Nur so kann die gebotene Gleichbehandlung dieser Gruppen gewährleistet werden.

§ 36a AufenthG ist aufzuheben, die Verweise in den Vorschriften §§ 29 ff. AufenthG sind zu streichen. In den §§ 30, 32 und 36 AufenthG sind die Beschränkungen auf die Flüchtlingsanerkennung („§ 25 Abs. 2 Satz 1 erste Alternative“) zu streichen und auf den subsidiären Schutz wieder zu erweitern („§ 25 Abs. 2“).

Damit lebt die Rechtslage für subsidiär Schutzberechtigte, Stand 15.08.2015 wieder auf, welche die gleichen Rechte für Anerkannte nach der GFK und subsidiär Schutzberechtigte vorsah. Im Zuge der Novellierung wurde nie eine Streichung des subsidiären Schutzes in der Privilegierung in § 29 Abs.2 S. 1 2 Alternative AufenthG oder in § 29 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 AufenthG vorgenommen, obwohl eine Antragstellung 3 Monate nach Bescheidung beim subsidiären Schutz nicht vorgesehen ist. Vielmehr wurde diese durch die Spezialregelung in § 36a AufenthG „überschrieben“.

II. Schnelle Hilfe: AD-HOC-MASSNAHMEN

Unbeschadet der Forderung an den Gesetzgeber, die subsidiär Schutzberechtigten den GFK-Flüchtlings beim Familiennachzug wieder gleichzustellen, verweist die Analyse der Praxis auf Probleme, die unterhalb der Schwelle eines Gesetzgebungsprozesses zügig beseitigt werden könnten, um die Situation akut zu verbessern. Einige dieser Ad-hoc-Maßnahmen dürften sich nicht nur auf die Praxis des § 36a AufenthG, sondern allgemein auch auf andere Familiennachzugsverfahren positiv auswirken:

➤ **Ausschöpfung des Kontingents**

Den vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen der zu erteilenden Visa zum Familiennachzug haben die Behörden bei entsprechender Antragslage auszuschöpfen. Um dies sicherzustellen, ist es unabdingbar, dass an allen Verfahrensstellen alle Kapazitäten genutzt werden, um Aufträge zu bearbeiten und weiterzuleiten.

➤ **Personalaufstockung**

Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, muss insbesondere in den deutschen Auslandsvertretungen kurzfristig mehr Personal eingestellt werden. Auch in den Ausländerbehörden, in denen sich die Anträge stauen, muss eine Aufstockung der Personalkapazitäten für diese Aufgabe vorgenommen werden.

➤ **Übertragung der Kontingente**

Die in den Vormonaten nicht ausgeschöpften Kontingente sollten durch Übertragung im Nachhinein gefüllt werden, indem die Restplätze übertragen werden. Das gilt vor allem mit Blick auf die aktuell auf Null zurückgegangenen Zahlen während der anhaltenden Corona-Pandemie.

➤ **Vereinfachung des Verfahrens**

Die Prüfung von positiven und negativen Integrationsaspekten neben den humanitären Gründen ist dem Familiennachzugsverfahren systemfremd und die Erwartung an die Integration angesichts der Tatsache der Familientrennung auch wenig durchdacht. Die Prüfung der Ausländerbehörden sollte den Rechtsstatus der Betroffenen und die Dauer der Familientrennung als dringlichen Handlungsbedarf im Blick haben und sich ansonsten auf Ausschlussstatbestände beschränken.

➤ **Vereinfachter Nachweis von Dokumenten**

Ein wesentlicher Grund für monate- und jahrelange Verzögerungen im ersten Stadium des Verfahrens sind überzogene Anforderungen an die Vorlage von Dokumenten. Sowohl die Nachweise von Erkrankungen durch die Vorlage von Attesten sind zu vereinfachen, als auch die Anforderungen an die Vorlage von ID-Dokumenten oder den Nachweis der Familienzugehörigkeit auf das Zumutbare zu senken. Dabei sind die jeweiligen Besonderheiten vor Ort zu berücksichtigen.