

## MIGRATIONSSTEUERUNG IM RAHMEN DES FAMILIENNACHZUGS

*Zu den Aufenthaltszwecken des Aufenthaltsgesetzes gehört auch der Familiennachzug. Die Erteilung des Aufenthaltstitels ist grundsätzlich als Anspruch ausgestaltet und bei Vorliegen der Voraussetzungen zu erteilen. Im Zuge der fortdauernden Fluchtmigration ist der Familiennachzug in den Fokus der Debatten über Möglichkeiten der Begrenzung der Fluchtmigration geraten. Da sich aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG über den Schutz von Ehe und Familie zwar kein Anspruch auf Einreise ergibt, wohl dessen Schutzgehalt bei der Ausgestaltung von Vorschriften zum Familiennachzug zu berücksichtigen ist, sind die gesetzgeberischen Handlungsspielräume beschränkt. Der deutsche Gesetzgeber hat beschlossen, dass der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten beschränkt werden soll. Bei dem subsidiären Schutz handelt es sich um einen unionsrechtlich geprägten Schutztatbestand, der neben das nationale Asylrecht und den ebenfalls unionsrechtlich geprägten Flüchtlingsschutz tritt. Für all diese Schutztatbestände gelten jeweils unterschiedliche Voraussetzungen. Bei Anerkennung wird jeweils ein humanitärer Aufenthaltstitel erteilt, der sich je nach Schutzstatus von der Dauer her unterscheidet. Während im Falle der Anerkennung als Asylberechtigter oder der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft der Aufenthaltstitel zunächst für die Dauer eines Jahres erteilt wird, beträgt die Dauer im Falle des subsidiären Schutzes lediglich ein Jahr. In allen Fällen besteht die Möglichkeit der Verlängerung. Diese unterschiedliche Aufenthaltsdauer und die geringere Bleibeperspektive sind Anknüpfungspunkt der Beschränkung des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte in § 36a AufenthG. Familienangehörigen eines subsidiär Schutzberechtigten kann aus in der Vorschrift beispielhaft konkretisierten humanitären Gründen ein Aufenthaltstitel erteilt werden. Der Familiennachzug wird aus nun vom Vorliegen weiteren Voraussetzungen neben der familiären Bindung abhängig gemacht und ist zudem nicht als Anspruch, sondern als Ermessenvorschrift ausgestaltet. Zudem ist die Zahl der Visa auf 1000 monatlich begrenzt. Gegen diese Beschränkung des Familiennachzugs wurden aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie auf den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gestützte Bedenken erhoben. Hiervon ausgehend nimmt der nachfolgende Beitrag eine verfassungsrechtliche Analyse vor.*

**Stichwörter:** Migrationssteuerung, Fluchtmigration, Schutzes lediglich.



Dr. Sina Fontana, (MLE)  
Institut für Öffentliches  
Recht  
Georg-August-Universität  
Göttingen  
sina-vanessa.fontana@jura.uni-  
goettingen.de

## 1. Familiennachzug als migrationsrechtliches Steuerungsinstrument

Der Familiennachzug mit seinen verschiedenen Dimensionen ist immer wieder Gegenstand rechtlicher und rechtspolitischer Debatten. Als einer der wesentlichen Zuwanderungsgründe erlangt er erhebliche tatsächliche Bedeutung und ist auch deshalb ein wichtiges Instrument zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung<sup>1</sup>, die als Zielsetzung in § 1 Abs. 1 AufenthG normiert sind und auch die Migrationsgesetzgebung maßgeblich prägen. Inwieweit die Regelungen über den Familiennachzug tatsächlich Steuerungswirkung entfalten und zur Begrenzung der Zuwanderung beitragen können, hängt ganz wesentlich von den Vorgaben ab, die sich aus verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Bestimmungen ergeben.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sind Fragen des migrationsrechtlichen Familiennachzugs vor allem an Art. 6 Abs. 1 und 2 GG über den Schutz von Ehe und Familie zu messen. Daneben erlangt der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG an Bedeutung. Angesichts der weitreichenden unionsrechtlichen Überlagerung des Migrationsrechts und den völkerrechtlichen Bindungen muss darüber hinaus stets auch eine internationale Perspektive eingenommen werden, wenn nach migrationsrechtlichen Steuerungsmöglichkeiten gefragt wird. Hier ist zunächst zu konstatieren, dass das Migrationsrecht maßgeblich durch das Unionsrecht geprägt ist. So erfolgte gestützt auf die Kompetenz der EU zur Entwicklung einer gemeinsamen Asylpolitik aus Art. 78 Abs. 1 AEUV unter anderem eine Harmonisierung der humanitären Schutztatbestände im Wege der Qualifikationsrichtlinie<sup>2</sup>, womit insoweit der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers beschränkt ist. Auch Fragen des Familiennachzugs sind Gegenstand unionsrechtlicher Regelungen, insbesondere

<sup>1</sup>Thym, D. (2016). The effects of the Asylum Package II. *New magazine for administrative law*, no. 7, pp. 413 [Thym D. Die Auswirkungen des Asylpakets II. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2016. № 7. S. 409–416].

<sup>2</sup>Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates v, 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), Abl. L 337 S. 9.

der Familienzusammenführungsrichtlinie<sup>3</sup>. Diese nimmt allerdings subsidiäre Schutzformen von ihrem Anwendungsbereich aus (Art. 3 Abs. 2 lit. c) und eröffnet so Handlungsspielräume, welche im weiteren Verlauf der Betrachtung noch näher konkretisiert werden. Zudem sind auf völkerrechtlicher Ebene die menschenrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik zu beachten.

Durch diese verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Vorgaben wurden auch die jüngsten Gesetzgebungsprozesse maßgeblich geprägt. Ausgehend von den zahlreichen politischen Forderungen zeugten sie von einem Bemühen, die verbleibenden Gestaltungsspielräume auszumachen. Da das Asylrecht aus Art. 16a GG und die überwiegend unionsrechtlich determinierten Schutztatbestände als solche nicht angetastet werden sollten, gerieten vor allem der Familiennachzug und Möglichkeiten seiner Begrenzung in den Fokus. Steuerungspotential wurde hinsichtlich des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten ausgemacht, da gerade hier die unionsrechtlichen Vorgaben weniger eng sind. Der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten war deshalb in jüngster Zeit mehrfach Gegenstand von Gesetzesänderungen. Nachdem zuerst befristete Übergangsvorschriften ergingen, ist er nun in § 36a AufenthG detailliert geregelt. Die politisch immer wieder geforderte Obergrenze nahm schon mit der verlängerten Übergangsregelung in diesem Kontext erstmals in das Aufenthaltsgesetz Einzug. Auch aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken wird nach wie vor kontrovers über Fragen des migrationsrechtlichen Familiennachzugs diskutiert, insbesondere darüber, ob sich der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums bewegt. Die Wirkkraft dieser Debatten beschränkt sich nicht allein auf den Familiennachzug, weil die Regelungen über ihren unmittelbaren Regelungsgehalt auch Sinnbild für den Umgang des Gesetzgebers mit der fortgesetzten Fluchtmigration als solcher sind<sup>4</sup>. In diesem Kontext soll der migrationsrechtliche Familiennachzug nachfolgend auch unter dem Steuerungsaspekt beleuchtet werden.

## **2. Rechtliche Grundlagen des Familiennachzugs**

Familiennachzug meint den Zuzug von Familienangehörigen zu einer Person, die sich bereits im Zielland aufhält oder gemeinsam mit den Familienangehörigen zuziehen will. Der Aufenthaltswitz, mit dem jeder Aufenthaltstitel verknüpft ist, liegt in der Herstellung oder Wahrung der Familieneinheit.

### **2.1. Allgemeine Voraussetzungen**

Allgemeine Voraussetzungen trifft zunächst § 27 AufenthG als Generalklausel für den Familiennachzug. Demnach wird auch zum Schutz von Art. 6 GG die Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet für ausländische Familienangehörige erteilt (§ 27 Abs. 1 AufenthG). Wie bereits die Bezugnahme in § 27 Abs. 1 AufenthG verdeutlicht, wird der Familiennachzug ganz

<sup>3</sup> Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, Abl. L 251 S. 12.

<sup>4</sup> Thym, D. (2018). Management of migration in harmony with human rights: comments on contemporary migration policy discourses. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 5-6, pp. 196 f [Thym D. Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten – Anmerkungen zu den migrationspolitischen Diskursen der Gegenwart. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 5-6. S. 193–210].

wesentlich durch Art. 6 Abs. 1 und 2 GG geprägt. Voraussetzung für die Entfaltung der Schutzwirkung und damit für die Erteilung des Aufenthaltstitels ist zunächst, dass die Ehe oder familiäre Lebensgemeinschaft vom Schutzgehalt erfasst ist<sup>5</sup> und weiterhin, dass tatsächlich ein Wille zum familiären Zusammenleben im Bundesgebiet besteht<sup>6</sup>. Neben den besonderen Voraussetzungen für den Familiennachzug gelten, sofern nicht ausdrücklich ausgenommen, immer auch die für alle Aufenthaltstitel maßgeblichen allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen aus § 5 AufenthG.

In Übereinstimmung mit dem von Art. 6 GG geschützten Personenkreis ist zunächst die Kernfamilie nachzugsberechtigt, also Ehegatten, minderjährige ledige Kinder sowie Eltern eines ledigen minderjährigen Kindes<sup>7</sup>. Neue Fragestellungen können sich daraus ergeben, dass auch das Aufenthaltsrecht zunehmend mit Familienkonstellationen konfrontiert wird, die im deutschen Rechtssystem nicht vorgesehen sind. Beispielhaft zu nennen sei in diesem Zusammenhang die Mehrehe. Art. 6 Abs. 1 GG liegt grundsätzlich die Vorstellung der Einehe zugrunde<sup>8</sup> und auch § 30 Abs. 4 AufenthG sieht vor, dass bei Vorliegen einer Mehrehe und einem Zusammenleben im Bundesgebiet einem weiteren Ehegatten keine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Ehegattennachzugs erteilt wird. Damit wird zwar ein Anspruch auf Titelerteilung aus § 30 AufenthG ausgeschlossen. Allerdings verbleibt die Möglichkeit, einem zweiten Ehegatten als sonstigem Familienangehörigen eine Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des als Ermessensvorschrift ausgestalteten § 36 Abs. 2 AufenthG zu erteilen, wenn dies zur Vermeidung einer besonderen Härte geboten erscheint<sup>9</sup>. Ganz in diesem Sinne wurde in jüngerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>10</sup> und des Bundesverwaltungsgerichts offen gelassen, ob die Mehrehe „in jeder Hinsicht außerhalb des Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 1 GG steht oder nicht“<sup>11</sup>. Jedenfalls kann Art. 6 GG aber über den Schutz der Familie auch für den zweiten Ehegatten Wirkung entfalten<sup>12</sup>, womit sich der

<sup>5</sup> Hailbronner, K. (2017). *Asylum and aliens law*. 4th ed. Stuttgart, Rn. 647 [Hailbronner K. Asyl- und Ausländerrecht. 4. Aufl. Stuttgart, 2017. 587 S.].

<sup>6</sup> Bergmann, J., Dienelt, K. (eds.) (2018). *Immigration law*. 12th ed. Munich: C.H. Beck, § 27 AufenthG Rn. 46 [Ausländerrecht / J. Bergmann, K. Dienelt (Hrsg.). 12. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2976 S.].

<sup>7</sup> Hailbronner, K. (2017). *Asylum and aliens law*. 4th ed. Stuttgart, Rn. 647 [Hailbronner K. Asyl- und Ausländerrecht. 4. Aufl. Stuttgart, 2017. 587 S.].

<sup>8</sup> BVerfGE 31, 58 (69); 29, 166 (176); 62, 323 (330).

Robbers, G. (1995). *Foreigners in constitutional law*. *Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. Handbook of constitutional law*. Vol. 1. 2nd ed. Berlin, § 11 Rn. 57 [Robbers G. Ausländer im Verfassungsrecht. *Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. Handbuch des Verfassungsrechts*. Bd. 1. 2. Auflage. Berlin, 1995. § 11 Rn. 57].

Sachs, M. (2018). *Basic law: GG*. 8th ed. Munich: C.H. Beck, Art. 6 Rn. 7 [Sachs M. Grundgesetz: GG. 8. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2820 S.].

<sup>9</sup> Kluth, W., Heusch, A. (2018). *BeckOK Immigration law*. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 30 Rn. 38 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 30 Rn. 38].

<sup>10</sup> BVerfGE 76, 1 (41 f.).

<sup>11</sup> BVerwGE 71, 228 (231).

<sup>12</sup> BVerwGE 71, 228 (231).

Robbers, G. (1995). *Foreigners in constitutional law*. *Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. Handbook of constitutional law*. Vol. 1. 2nd ed. Berlin, § 11 Rn. 57 [Robbers G. Ausländer im



migrationsrechtliche Familiennachzug für die Rechtssysteme von Zuwanderern öffnet. Ausdrücklich durch § 27 Abs. 1a № 2 AufenthG ausgenommen sind hingegen Zwangsehen, die auch nicht vom Schutz des Art. 6 GG erfasst sind<sup>13</sup>. Gleiches gilt gemäß § 29 Abs. 1a № 1 AufenthG für Scheinehen, die tatsächlich nicht auf Herstellung oder Wahrung der Familieneinheit ausgerichtet und damit nicht schützenswert sind<sup>14</sup>.

Ausgeschlossen ist der Familiennachzug, wenn die Voraussetzungen des § 27 Abs. 3a AufenthG vorliegen. Dieser Ausschlussstatbestand wurde im Zuge des Gesetzes zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten<sup>15</sup> eingefügt, vor allem um den Nachzug sog. Gefährder sowie Hassprediger und Leiter verbotener Vereine auszuschließen<sup>16</sup>. Durch die systematische Einordnung in § 27 AufenthG als Generalklausel bezieht dieser sich auf sämtliche Vorschriften zum Familiennachzug, schließt also bei Vorliegen der Voraussetzungen den Familiennachzug vollständig aus. Mithin wurde das Gesetz zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten auch genutzt, um Fragen der inneren Sicherheit noch stärker in die Regelungen zum Familiennachzug einfließen zu lassen. Wenngleich in der Gesetzesbegründung ausdrücklich benannt<sup>17</sup>, wurde der unscharfe Begriff des Gefährders nicht in den Gesetzestext aufgenommen. Vielmehr wird er in § 27 Abs. 3a № 1 AufenthG in Anlehnung an die in § 54 Abs. 1 № 2 bis 5 AufenthG normierten Ausweisungsgründe umschrieben.

## 2.2. Systematisierende Betrachtung

Systematisch wird im Aufenthaltsgesetz zwischen Familiennachzug zu Deutschen (§ 28 AufenthG) und zu Ausländern unterschieden (§ 29 ff. AufenthG). Diese ist auch verfassungsrechtlich bedingt. Denn Deutsche haben ein umfassendes Recht auf Zugang und Verbleib im Bundesgebiet, an dem auch die ausländischen Familienangehörigen über Art. 6 Abs. 1 und 2 GG mittelbar teilhaben<sup>18</sup>. Ihr Wunsch, die familiäre Gemeinschaft in der Bundesrepublik führen müssen, ist verfassungsrechtlich geschützt<sup>19</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründet

---

Verfassungsrecht. Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. *Handbuch des Verfassungsrechts*. Bd. 1. 2. Auflage. Berlin, 1995. § 11 Rn. 57].

<sup>13</sup> Sachs, M. (2018). Basic law: GG. 8th ed. Munich: C.H. Beck, Art. 6 Rn. 8 [Sachs M. Grundgesetz: GG. 8. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2820 S.].

Göbel-Zimmermann, R., Born, M. (2007). Forced marriage: integrative overall concept for the protection of those affected. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, no. 27, pp. 55 [Göbel-Zimmermann R., Born M. Zwangsverheiratung – Integratives Gesamtkonzept zum Schutz Betroffener. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2007. № 27. S. 54–60].

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ-Beil. 2003, 73 (73).

Bergmann, J., Dienelt, K. (eds.) (2018). Immigration law. 12th ed. Munich: C.H. Beck, § 27 Rn. 39 [Ausländerrecht / J. Bergmann, K. Dienelt (Hrsg.). 12. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2976 S.].

<sup>15</sup> Gesetz zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten Familiennachzugsneuregelungsgesetz vom 12.07.2018, BGBl. I, S. 1147.

<sup>16</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 20.

<sup>17</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 20.

<sup>18</sup> Bergmann, J., Dienelt, K. (eds.) (2018). Immigration law. 12th ed. Munich: C.H. Beck, § 28 Rn. 3 [Ausländerrecht / J. Bergmann, K. Dienelt (Hrsg.). 12. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2976 S.].

<sup>19</sup> BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*. 1980, 514 (515).

Art. 6 Abs. 1 und 2 GG für Ehegatten oder Familienangehörige keinen Anspruch auf Nachzug zu ihren berechtigterweise in Deutschland lebenden ausländischen Ehegatten oder Familienangehörigen<sup>20</sup>. Vielmehr überlasse das Grundgesetz es der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt, Zahl und Voraussetzungen für den Zugang Fremder zum Bundesgebiet festzulegen, wobei es weder eine großzügige Zulassung von Fremden ausschließe noch eine solche Praxis gebiete<sup>21</sup>. Gleiches gilt für den ebenfalls relevanten Art. 8 EMRK. Auch der EGMR verneint einen Anspruch auf Familiennachzug und räumt dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum ein<sup>22</sup>.

Wenngleich sich aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 8 EMRK kein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ergeben kann, sind die Vorgaben bei der Entscheidung über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu berücksichtigen<sup>23</sup>. Daraus ergibt sich das Erfordernis einer Abwägung zwischen dem individuellen Nachzugsinteresse einerseits und dem staatlichen Steuerungsinteresse andererseits<sup>24</sup>. Die individuellen Belange erlangen umso mehr an Bedeutung, wenn die Lebensgemeinschaft etwa aus humanitären Gründen weder in einem Heimatstaat noch in einem Drittstaat gelebt werden kann. Wie sich aus den Anerkennungs Voraussetzungen ergibt, ist dies bei Asylberechtigten, anerkannten Flüchtlingen und subsidiäre Schutzberechtigten der Fall<sup>25</sup>.

Zum besseren Verständnis auch der nachfolgenden Ausführungen sind die Anerkennungs Voraussetzungen für die verschiedenen Schutztatbestände an dieser Stelle kurz in den Blick zu nehmen. Im nationalen Recht schützt das Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG den Einzelnen vor politischer Verfolgung. In Anlehnung an den Flüchtlingsbegriff aus Art. 1 A № 2 der völkerrechtlichen Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)<sup>26</sup> kann sich derjenige auf das Asylgrundrecht berufen, der wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Überzeugung Verfolgungsmaßnahmen mit Gefahr für Leib oder Leben oder Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit ausgesetzt ist<sup>27</sup>. Allerdings hat das Asylgrundrecht in Abs. 2 erhebliche Einschränkungen erfahren und wird zudem überwiegend unionsrechtlich

<sup>20</sup> BVerfGE Band 76, 1 Ls. 1.

<sup>21</sup> BVerfGE 76, 1 (47); 111, 160 (174 f.); 111, 176 (185); 132, 72 (83 f.).

<sup>22</sup> EGMR, Urteil vom 03.10.2014 – 12738/10 Rn. 100 (Jeunesse gegen Niederlande).

Nußberger, A. (2013). Protection of human rights in immigration law. *New magazine for administrative law*, issue 20, pp. 1310 [Nußberger A. Menschenrechtsschutz im Ausländerrecht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2013. Heft 20. S. 1305–1311].

<sup>23</sup> BVerfGE 76, 1 (49 f.).

Hailbronner, K. (2017). *Asylum and aliens law*. 4th ed. Stuttgart, Rn. 648 [Hailbronner K. *Asyl- und Ausländerrecht*. 4. Aufl. Stuttgart, 2017. 587 S.].

<sup>24</sup> Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1341 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

<sup>25</sup> Vgl. § 2, § 3 und § 4 AsylG.

<sup>26</sup> Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.07.1951 (GFK), BGBl. II 1953, S. 559.

<sup>27</sup> BVerfGE 54, 341 (358 f.) 75, 143 (157).

überlagert<sup>28</sup>. Nach der unionsrechtlichen Qualifikationsrichtlinie, umgesetzt in § 3 AsylG, wird politisch Verfolgten die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt. Die Zuerkennung des Status als subsidiär Schutzberechtigter erfolgt unter anderem dann, wenn keine individuelle Verfolgung vorliegt, sondern jemand im Rahmen eines Krieges oder Bürgerkrieges von einer ernsthaften individuellen Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit betroffen ist (§ 4 Abs. 1 № 3 AsylG). Hinzu treten die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe oder Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung (§ 4 Abs. 1 № 1 und 2 AsylG) als individuelle Verfolgungsgründe. Zurück geht der subsidiäre Schutz auf Art. 15 und 17 der Qualifikationsrichtlinie, der mit § 4 AsylG in das nationale Recht umgesetzt wurde. Stets wird ein Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erteilt (§ 25 Abs. 1 und 2 AufenthG), für Asylberechtigte und Flüchtlinge für eine Dauer von drei Jahren (§ 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG), für subsidiär Schutzberechtigte für zunächst lediglich ein Jahr mit der Möglichkeit einer Verlängerung für zwei weitere Jahre (§ 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG). Auch hinsichtlich der Erlangung einer Niederlassungserlaubnis sind nur Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge privilegiert (§ 26 Abs. 3 AufenthG).

Subsidiär Schutzberechtigte sind also zwar anders als Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge nicht notwendig individuell politisch verfolgt, aber aufgrund einer ernsthaften Bedrohung ihres Lebens oder ihrer körperlichen Unversehrtheit dennoch schutzbedürftig. Auch sie erhalten einen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen, der sich lediglich hinsichtlich der Dauer von den anderen Schutztatbeständen unterscheidet. Hiervon ausgehend sieht § 29 Abs. 2 AufenthG für Asylberechtigte, anerkannte Flüchtlinge und auch für subsidiär Schutzberechtigte gleichermaßen die erleichterte Möglichkeit eines Familiennachzugs vor. Zunächst waren von der Privilegierung nur Asylberechtigte und auch zur Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie anerkannte Flüchtlinge erfasst. Erst mit Gesetz vom Juli 2015<sup>29</sup> wurden subsidiär Schutzberechtigte diesen gleichgestellt mit der Begründung, dass auch in diesem Fall die Herstellung der Familieneinheit im Herkunftsstaat nicht möglich sei<sup>30</sup>. Deshalb ist es besonders bemerkenswert, dass der Familiennachzug bereits kurz darauf erhebliche Einschränkungen erfahren hat.

### 3. Neuerungen im migrationsrechtlichen Familiennachzug

Seit der fortgesetzten Fluchtmigration ist die Migrationsgesetzgebung immer mehr von der Maßgabe geprägt, dass Migration entsprechend der Zielsetzung in

<sup>28</sup> Dreier, H. (ed.) (2013). Basic Law Comment: GG. Volume I: Preamble, Articles 1–19. 3rd ed. Tübingen, Art. 16 a Rn. 3 [Grundgesetz Kommentar: GG. Band I: Präambel, Artikel 1–19 / H. Dreier (Hrsg.). 3. Aufl. Tübingen, 2013. 1937 S.].

Dörig, H., Langenfeld, C. (2016). Full harmonization of refugee law in Europe: mass influx requires EU responsibility for asylum procedures. *New legal weekly*, no. 1, pp. 2 [Dörig H., Langenfeld C. Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa – Massenzustrom erfordert EU-Zuständigkeit für Asylverfahren. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2016. № 1. S. 1–8].

Thym, D. (2015). Faster and stricter asylum procedures: the future of the right to asylum under the Acceleration Act. *New magazine for administrative law*, issue 34, pp. 1628 [Thym D. Schnellere und strengere Asylverfahren: Die Zukunft des Asylrechts nach dem Beschleunigungsgesetz. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2015. Heft 34. S. 1625–1633].

<sup>29</sup> Gesetz zur Neubestimmung zur Neubestimmung des Bleiberechts und zur Aufenthaltsbeendigung vom 27.07.2015, BGBl. I, S. 1386.

<sup>30</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4097, 46.

§ 1 Abs. 1 S. 1 AufenthG gesteuert und begrenzt werden soll. Gleichzeitig besteht das Bekenntnis zu den humanitären Verpflichtungen uneingeschränkt fort<sup>31</sup>, sodass das Asylrecht sowie die weiteren, ohnehin unionsrechtlich determinierten Schutztatbestände unangetastet bleiben sollen. Der Familiennachzug stellte sich dabei als eine Möglichkeit heraus, Beschränkungen vorzunehmen, die sich – so jedenfalls die nicht unumstrittene Auffassung des Gesetzgebers – in Einklang mit den verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben sowie den internationalen Verpflichtungen bewegen.

### 3.1. Unionsrechtliche Direktiven

Da auf unionsrechtlicher Ebene die Familienzusammenführungsrichtlinie für Asylberechtigte und Flüchtlinge klare Vorgaben für die Familienzusammenführung macht und damit den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers beschränkt, wurden die subsidiär Schutzberechtigten in den Blick genommen. Hinsichtlich dieser war lange Zeit umstritten, ob die Familienzusammenführungsrichtlinie Vorgaben für den Familiennachzug aufstellt. Nach Art. 3 Abs. 1 der Familiennachzugsrichtlinie besteht das Recht auf Familienzusammenführung, wenn der Zusammenführende in Besitz eines Aufenthaltstitels von mindestens einem Jahr Gültigkeit ist. Das trifft nach der durch die Qualifikationsrichtlinie geprägten deutschen Rechtslage auch auf subsidiär Schutzberechtigte zu, da die gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 AufenthG einen Aufenthaltstitel für ein Jahr mit der Möglichkeit der Verlängerung erhalten. In Art. 3 Abs. 2 lit c der Richtlinie heißt es aber weiter, dass diese keine Anwendung findet, wenn dem Zusammenführenden der Aufenthalt aufgrund subsidiärer Schutzformen gemäß internationalen Verpflichtungen, einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Praktiken der Mitgliedstaaten genehmigt wurde. Damit wird zwar subsidiärer Schutz ausdrücklich erwähnt und vom Anwendungsbereich ausgenommen. Allerdings erwähnt die Richtlinie lediglich internationalen und nationalen subsidiären Schutz, nicht aber den unionsrechtlichen. Aus der Nichterwähnung wurde zum Teil geschlossen, dass der unionsrechtliche Schutz nicht unter Art. 3 Abs. 2 lit c fallen und ebenfalls ein Recht zum Familiennachzug begründen soll<sup>32</sup>.

Der Gesetzgeber ging hingegen von Handlungsspielräumen aus. Hierfür spricht neben dem Wortlaut<sup>33</sup>, dass die fehlende Erwähnung des unionsrechtlichen

<sup>31</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 104; Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 2.

<sup>32</sup> Bartolucci, B., Pelzer, M. (2018). Continued limitation of family reunification to those entitled to subsidiary protection in the light of higher-ranking law. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 4, pp. 135 [Bartolucci B., Pelzer M. Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 4. S. 133–140].

Hruschka, C. (2018). No “aging out”: the right to reverse family reunification after the new decision of the ECJ. *New magazine for administrative law*, no. 18, pp. 1453 [Hruschka C. Kein „aging out“ – Das Recht auf umgekehrten Familiennachzug nach der neuen Entscheidung des EuGH. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. № 18. S. 1451–1453].

<sup>33</sup> Berlit, U.-D. (2018). Migration and its consequences – how can law control immigration and integration in society, labor market and social order? (Part 1). *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 9-10, pp. 238 [Berlit U.-D. Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? (Teil 1). *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 9-10. S. 229–240].

subsidiären Schutzes darauf zurück zu führen ist, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Familienzusammenführungsrichtlinie im Jahr 2003 noch kein unionsrechtlicher subsidiärer Schutz bestand, sondern erst mit der Qualifikationsrichtlinie aus dem Jahr 2004 anerkannt wurde, sodass der Unionsgesetzgeber diesen gar nicht aufnehmen konnte. In diesem Sinne hat nun der EuGH ausdrücklich entschieden, dass auch der unionsrechtliche subsidiäre Schutz unter Art. 3 Abs. 2 lit c der Familienzusammenführungsrichtlinie fällt und daher von ihrem Anwendungsbereich nicht erfasst ist<sup>34</sup>. Da auch die weiteren Rechtsakte keine Vorgaben machen, ergeben sich aus unionsrechtlicher Perspektive hinsichtlich des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten also tatsächlich Gestaltungsmöglichkeiten zur Entfaltung der migrationsrechtlichen Steuerungswirkung<sup>35</sup>.

### 3.2. Dynamisierung des Gesetzgebungsprozesses

Von den aufgezeigten Handlungsmöglichkeiten hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht und den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten besonders geregelt. Für alle anderen Schutztatbestände blieben die gesetzlichen Regelungen zum Familiennachzug hingegen unberührt. Der Gesetzgebungsprozess ist wie auch die anderen zur Bewältigung der fortgesetzten Fluchtmigration ergangenen gesetzgeberischen Maßnahmen durch eine enorme Dynamik geprägt. Wie bereits angesprochen war erst im Jahr 2015 durch eine Änderung des § 25 Abs. 2 AufenthG eine Gleichstellung von subsidiär Schutzberechtigten mit Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen hinsichtlich des Familiennachzugs erfolgt, begründet mit der gleichen Schutzbedürftigkeit. Bereits im März 2016 wurde sodann im Zuge des Asylpaktes 2<sup>36</sup> die Aussetzung des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte beschlossen. Die Aussetzung wurde ursprünglich als Übergangsvorschrift in § 104 Abs. 13 AufenthG geschaffen und war bis zum 16.03.2018 befristet. Nach Ablauf der Frist sollte die allgemeine Regelung – Gleichsetzung von subsidiär Schutzberechtigten, Flüchtlingen und Asylberechtigten – wieder aufleben. Diese Regelung war hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit umstritten, wurde aber im Ergebnis angesichts der kurzen Geltungsdauer überwiegend als verfassungskonform angesehen<sup>37</sup>.

---

Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1343 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

<sup>34</sup> EuGH, Urteil vom 17.11.2018, ECLI:EU:C:2018:877, Rn. 33.

<sup>35</sup> Berlit, U.-D. (2018). Migration and its consequences – how can law control immigration and integration in society, labor market and social order? (Part 1). *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 9-10, pp. 238 [Berlit U.-D. Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? (Teil 1). *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 9-10. S. 229–240].

Thym, D. (2016). The effects of the Asylum Package II. *New magazine for administrative law*, no. 7, pp. 413 [Thym D. Die Auswirkungen des Asylpakets II. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2016. № 7. S. 409–416].

<sup>36</sup> Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren vom 11. März 2016, BGBl. I, S. 390.

<sup>37</sup> Kluth, W. (2016). The Asylum Package II – legislation in the area of conflict between political promises and legal-administrative reality. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 33, pp. 127 [Kluth W. Das Asylpaket II – eine Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen



Wie im Koalitionsvertrag vorgesehen<sup>38</sup>, wurde die Frist dann aber durch Gesetz von März 2018<sup>39</sup> bis zum 31.07.2018 verlängert und zugleich aufgenommen, dass Kontingente in Höhe von 1000 je Monat für die Gewährung des Familiennachzugs vorgesehen werden. Für die Einzelheiten wurde auf ein noch zu schaffendes Bundesgesetz verwiesen. Dieses erging am 12. Juli 2018 als Familiennachzugsneuregelungsgesetz und bewirkte die Einführung einer nicht mehr befristeten Spezialregelung in § 36a AufenthG. In Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal „humanitäre Gründe“ normiert § 36a AufenthG nun detaillierte Voraussetzungen für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. Die in der Übergangsregelung festgesetzten Kontingente von 1000 Visa je Monat bestehen fort, womit die politisch immer wieder diskutierte Obergrenze nun langfristig in das Migrationsrecht Einzug gefunden hat.

### **3.3. Neuregelung des § 36a AufenthG**

Die Neureglung in § 36a AufenthG ist ihrer Zielsetzung nach darauf ausgelegt, die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter von Ehe und Familie auf der einen Seite und die Integrations- und Aufnahmefähigkeit des Staates und der Gesellschaft und das daraus folgende legitime Interesse an einem gesteuerten und geordneten Zuzug von Ausländern auf der anderen Seite zu berücksichtigen<sup>40</sup>. Der Familiennachzug ist nun für subsidiär Schutzberechtigte nicht mehr ausgesetzt, aber vom Vorliegen humanitärer Gründe abhängig. Eine Gleichstellung mit Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen wie noch im Jahr 2015 bewirkt wurde und nach Ablauf der Frist wieder aufleben sollte, besteht nun nicht mehr.

#### **3.3.1. Kernfamilie als Nachzugsberechtigte**

Nimmt man die Regelung genauer in den Blick sind nachzugsberechtigt gemäß § 36a Abs. 1 AufenthG Ehepartner, Eltern minderjähriger Ausländer und minderjährige ledige Ausländer als von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG geschützte Kernfamilie<sup>41</sup>. Für Ehegatten wird durch den Verweis auf § 30 Abs. 4 AufenthG ausdrücklich klargestellt, dass im Falle einer Mehrehe und einem Zusammenleben im Bundesgebiet keinem weiteren Ehegatten eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (§ 36a Abs. 4 S. 1 AufenthG). Auch ohne den Verweis finden, sofern nicht durch § 36a Abs. 5 AufenthG ausdrücklich ausgenommen, die weiteren Vorschriften zum Familiennachzug Anwendung, sodass auch Schein- und Zwangsehen ausgenommen sind (vgl. § 27 Abs. 1a № 1 und 2 AufenthG).

#### **3.3.2. Humanitäre Gründe als Tatbestandsvoraussetzung**

Tatbestandsvoraussetzung des § 36a AufenthG ist das Vorliegen humanitärer Gründe (Abs. 1 S. 1). Was unter dem Begriff humanitäre Gründe zu verstehen ist, wird in der nicht abschließenden („insbesondere“) Aufzählung in § 36a Abs. 2 AufenthG konkretisiert. Benannt werden die Umstände, dass die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft seit langer Zeit nicht möglich ist (№ 1), dass ein minderjähriges lediges Kind betroffen

---

politischen Versprechen und rechtlich-administrativer Wirklichkeit. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2016. Heft 33. S. 121–131].

<sup>38</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 104.

<sup>39</sup> Gesetz zur Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs vom 03.03.2018, BGBl. I, S. 342.

<sup>40</sup> BT-Drs. 19/2438, S. 22.

<sup>41</sup> Dazu bereits 2.1.



ist (№ 2), die ernsthafte Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit des Ehegatten, des minderjährigen ledigen Kindes oder der Eltern eines minderjährigen Ausländers im Aufenthaltsstaat (№ 3) sowie die schwerwiegende Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit der Ausländer, des Ehegatten oder des minderjährigen ledigen Kindes oder eines Elternteils eines minderjährigen Ausländers, wobei diese mit einer qualifizierten Bescheinigung geltend zu machen ist (№ 4).

### 3.3.3. *Ausgestaltung als Ermessenvorschrift*

Die Vorschrift stellt ausdrücklich klar, dass sie keinen Anspruch begründet (§ 36a Abs. 1 S. 3 AufenthG). Vielmehr steht die Entscheidung im Ermessen der Behörde. Insoweit unterscheidet sich die Regelung zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten von den Regelungen zur Familienzusammenführung von Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen, die als individueller Anspruch und als gebundene Entscheidung ausgestaltet sind<sup>42</sup>. So besteht weniger Rechtssicherheit über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, was durch die begrenzten Kontingente zusätzlich verstärkt wird. Das Kontingent liegt bei 1000 Visa je Monat (§ 36a Abs. 2 S. 2 AufenthG), wobei auf die durch die Auslandsvertretungen ausgestellten Visa abgestellt wird<sup>43</sup>. Die Zahl 1000 wurde dem Koalitionsvertrag übernommen<sup>44</sup> und war bereits in der zweiten Übergangsregelung von März 2018 vorgesehen. Näher begründet wird sie nicht. Sie soll aber nachvollziehbar und damit unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums aus verfassungsrechtlicher Perspektive ausreichend sein<sup>45</sup>.

Für die Ausübung des Ermessens finden sich in § 36a Abs. 2 S. 3 und 4 nähere Vorgaben. Danach sind das Kindeswohl und Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen. Darüber hinaus können weitere Erwägungen in die Ermessenentscheidung einfließen<sup>46</sup>. Mit der Bezugnahme auf das Kindeswohl soll Art. 10 der Kinderrechtskonvention<sup>47</sup> Rechnung getragen werden<sup>48</sup>. Dieser sieht vor, dass von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet werden. Ein Anspruch auf umfassenden Kindernachzug soll sich daraus nicht ergeben, ebenso kein zwingender Vorrang des Kindeswohles<sup>49</sup>. Damit steht die Kinderrechtskonvention der Beschränkung des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte nicht grundsätzlich entgegen, sofern die Belange

<sup>42</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009, 29 Zu § 29 – Familiennachzug zu Ausländer, № 29.4.2.

<sup>43</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 23.

<sup>44</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 104.

<sup>45</sup> Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 36a Rn. 36 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 36a Rn. 36].

<sup>46</sup> Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1345 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

<sup>47</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, BGBl 1992 II, S. 121, 990.

<sup>48</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 23.

<sup>49</sup> BVerwG, InfAuslR 2013, 364.

des Kindes hinreichend Berücksichtigung finden. Letzterem kann das Abstellen auf humanitäre Gründe im Zusammenspiel mit der Einbeziehung des Kindeswohls in die Ermessenentscheidung gerecht werden.

Gerade in jüngerer Zeit nimmt neben der Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung die schon im Titel des Aufenthaltsgesetzes<sup>50</sup> erwähnte Integration als weitere Zielsetzung in die Migrationsgesetzgebung Einzug und beeinflusste auch die Ausgestaltung der Vorschriften zum Familiennachzug. Auch hierbei geht es darum, die Steuerungswirkung des Migrationsrechts zu entfalten, und zwar mit dem Ziel der Integrationsförderung. Die Aufnahme der Integrationsaspekte in die Ermessensprüfung setzt diese Entwicklung fort. Was unter Integrationsaspekten zu verstehen ist, wird im Gesetzestext selbst nicht näher konkretisiert, wohl aber in der Gesetzesbegründung. Dort benannt werden Kenntnisse der deutschen Sprache oder anderweitige Aspekte, die für eine positive Prognose einer gelingenden Integration sprechen, die eigenständige Sicherung von Lebensunterhalt und Wohnraum auch für den nachziehenden Familienangehörigen, besondere Fortschritte beim Erlernen der deutschen Sprache, gesellschaftliches Engagement, ehrenamtliche Tätigkeit, das nachhaltige Bemühen um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder die Absolvierung einer Berufsausbildung sowie das Fehlen von Straftaten unterhalb der Ausschlussschwelle des § 36a Abs. 3 AufenthG<sup>51</sup>. Weiterhin lässt sich der Begriff aus einer Gesamtschau des Aufenthaltsgesetzes konkretisieren, sodass dem Bestimmtheitsgebot hinreichend Rechnung getragen wird<sup>52</sup>.

#### **3.3.4. Ausschlussgründe**

Ausschlussstatbestände für den Nachzug sind in § 36a Abs. 3 AufenthG vorgesehen. Diese treten neben die allgemeinen Ausschlussstatbestände aus § 27 Abs. 3a AufenthG<sup>53</sup>. Nach § 36a Abs. 3 ist der Familiennachzug ausgeschlossen, wenn die Ehe nicht bereits vor der Flucht geschlossen wurde (№ 1), wenn derjenige, zu dem der Familiennachzug erfolgen soll, wegen einer schwerwiegenden Straftat verurteilt worden ist (№ 2) und wenn hinsichtlich des Ausländers, zu dem der Familiennachzug stattfinden soll, von einem baldigen Verlassen des Bundesgebietes ausgegangen wird (№ 3 und № 4).

#### **3.3.5. Verhältnis zu anderen Vorschriften**

Wie § 36a Abs. 1 S. 4 AufenthG ausdrücklich klar stellt, bleibt die Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 22, § 23 AufenthG zu erteilen, unberührt. Nach § 22 S. 1 kann einem Ausländer für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Sie zielt vor allem auf die Aufnahme von Einzelpersonen, während Gruppenaufnahmen § 23 AufenthG unterfallen<sup>54</sup>. Danach kann die oberste Landesbehörde aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen

---

<sup>50</sup> Bezeichnet als Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet vom 30.07.2004, BGBl.

<sup>51</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 24.

<sup>52</sup> Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1346 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

<sup>53</sup> Dazu 2.1.

<sup>54</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/420, S. 77.

der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (Abs. 1 S. 1). Wengleich als besondere Ausnahmeregelungen gedacht, ermöglichen die Vorschriften und hierbei insbesondere § 22, dass in Fällen, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen speziellerer Vorschriften wie des § 36a AufenthG nicht vorliegen, dennoch eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann.

### **3.4. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht**

Schon mit der erstmaligen Einschränkung des Familiennachzugs durch das Asylpaket 2 ist die Debatte um die verfassungs- und unionsrechtliche Vereinbarkeit entfacht. Was die unionsrechtliche Kritik angeht, wird man seit der jüngsten Entscheidung des EuGH zur Familienzusammenführungsrichtlinie von der Vereinbarkeit ausgehen müssen<sup>55</sup>. Die verfassungsrechtlichen Fragen sind allerdings nicht abschließend geklärt. Im Folgenden wird der Versuch einer Annäherung vorgenommen, wobei auch völkerrechtliche Überlegungen in die Betrachtung einzug finden.

#### **3.4.1. Schutz von Ehe und Familie**

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist die Neureglung an Art. 6 Abs. 1 und 2 GG zu messen. Wie bereits einführend dargestellt<sup>56</sup>, begründet dieser nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen grundrechtlichen Anspruch von ausländischen Ehegatten oder Familienangehörigen auf Nachzug zu ihren berechtigterweise in Deutschland lebenden Familienangehörigen. Auf der anderen Seite muss Art. 6 Abs. 1 und 2 GG als wertenscheidende Grundsatznorm in die Entscheidung über die Titelerteilung Einfluss nehmen. Hieran gemessen sind Beschränkungen des Familiennachzugs vor allem dann problematisch, wenn sie das familiäre Zusammenleben faktisch unmöglich machen oder eine überlange Wartezeit mit sich bringen. Auf der völkerrechtlichen Ebene hat der Menschenrechtsausschuss als Überwachungsorgan des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)<sup>57</sup> festgestellt, dass eine überlange Wartezeit unter dem Aspekt des Schutzes von Ehe und Familie in Art. 23 IPbPR als problematisch angesehen werden kann<sup>58</sup>.

Die Gefahr, dass das Familienleben gänzlich oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum ausgeschlossen ist, besteht vor allem dann, wenn der Familie nicht zugemutet werden kann, ihr Familienleben außerhalb des Bundesgebiets zu führen, sie also für die Herstellung der Familieneinheit auf den Familiennachzug angewiesen ist. Das trifft auf den Familiennachzug zu Deutschen zu<sup>59</sup>, aber auch zu Asylberechtigten, anerkannten Flüchtlingen sowie subsidiär Schutzberechtigten, die bei Vorliegen der asylrechtlichen Anerkennungsvoraussetzungen ihr Familienleben weder im Herkunftsstaat noch in einem Drittstaat führen können. Die Neuregelung in § 36a AufenthG führt aber auch für subsidiär Schutzberechtigte gerade nicht zu einem vollständigen Ausschluss des

<sup>55</sup> Dazu 3.1.

<sup>56</sup> Dazu 2.2.

<sup>57</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1534.

<sup>58</sup> Human Rights Committee, Concluding observations on the sixth periodic report of Denmark, CCPR/C/DNK/CO/6, para 35.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfG. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1980, 514 (515).

Nachzugs und trifft Vorkehrungen zur Vermeidung einer überlangen Wartezeit. So wurde der Umstand, dass die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft seit langer Zeit nicht möglich ist, ausdrücklich als humanitärer Grund in § 36a Abs. 1 S. 1 № 1 AufenthG aufgenommen<sup>60</sup>. Hiervon soll gerade auch der Fall erfasst sein, dass dem subsidiär Schutzberechtigten die legale Einreise in den Drittstaat nicht möglich oder aus anderen Gründen unzumutbar ist<sup>61</sup>, er also auf Familiennachzug angewiesen ist. Mit der ausdifferenzierten Regelung wird mithin den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 6 Abs. 1 und 2 AufenthG Rechnung getragen.

Allerdings können die Tatbestandsvoraussetzung nur im Zusammenhang mit der Kontingentierung gesehen. Diese ist problematisch, da sie in Abhängigkeit von der Anzahl der Anträge auch zu einem langfristigen, wenn nicht sogar zu einem dauerhaften Ausschluss führen kann. In seinem Beschluss zu Wartefristen aus dem Jahr 1987<sup>62</sup> äußerte das Bundesverfassungsgericht in Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 S. 1 GG ausdrücklich verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber Kontingentierung des Ehegattennachzugs, allerdings unter der Prämisse, dass die Nachzugswilligen nach dem „Warteschlagenprinzip“ behandelt würden, sodass eine hinreichen Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalles nicht gewährleistet wäre und die Betroffenen der Gefahr langer Wartezeiten ausgesetzt wären<sup>63</sup>. Von einer solchen Behandlung unterscheidet sich aber § 36a AufenthG. Die Nachzugswilligen werden nicht nach dem „Warteschlagenprinzip“ behandelt, sondern es erfolgt eine Prüfung des Vorliegens humanitärer Gründe, wobei diese durch detaillierte und zugleich nicht abschließende Kriterien konkretisiert sind. Die vom Bundesverfassungsgericht geäußerten Bedenken lassen sich folglich nicht ohne weiteres auf § 36a AufenthG übertragen.

Trotz der sehr differenzierten Prüfung kann es je nach Zahl der Anträge auch bei Vorliegen der Voraussetzungen bei Erschöpfung der Kapazitätsgrenze durchaus zu langen Wartezeiten kommen. In dem erwähnten Beschluss sah das Bundesverfassungsgericht eine Wartfrist von drei Jahren als verfassungswidrig an und auch jüngst<sup>64</sup> wurde wieder auf die drei Jahre Bezug genommen. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte und dem Umstand, dass die Feststellung im Wege einer Abwägungsentscheidung erfolgt, ginge es zu weit, der Judikatur eine starre Obergrenze von drei Jahren zu entnehmen<sup>65</sup>. Losgelöst von dieser konkreten Zahl lässt sich den Entscheidungen für die verfassungsrechtliche Bewertung der Neuregelung jedenfalls die Aussage entnehmen, dass eine dauerhafte, aber auch eine überlange Trennung der Familie in Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 AufenthG Bedenken hervorruft.

<sup>60</sup> Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 36a Rn. 3 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 36a Rn. 3].

<sup>61</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 22.

<sup>62</sup> BVerfGE 76, 1.

<sup>63</sup> BVerfGE 76, 1 (65).

<sup>64</sup> BVerfG, Beschluss vom 20.03.2018 – 2 BvR 1266/17, Rn. 16.

<sup>65</sup> Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1343 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

Insoweit ist aber überdies zu berücksichtigen, dass auch bei Erschöpfung der Kontingente die Möglichkeit offen bleibt, einen auf § 22 und § 23 AufenthG gestützten Aufenthaltstitel zu erteilen. Auf diese Vorschriften nimmt § 36a Abs. 4 AufenthG ausdrücklich Bezug, wenn auch ohne die Erschöpfung der Kontingente zu erwähnen. Zwar handelt es sich bei den § 22, § 23 AufenthG um Ausnahmeregelungen. Dies ändert aber nichts daran, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen von diesem Gebrauch gemacht wird, gerade auch im Anwendungsbereich von § 36a AufenthG<sup>66</sup>. Tatbestandlich setzt § 22 S. 1 AufenthG für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis dringende humanitäre Gründe voraus, die man bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 36a Abs. 1 AufenthG und einer verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigenden überlangen Wartezeit annehmen können wird. Im Zusammenspiel mit § 23, § 23 AufenthG bietet § 36a AufenthG damit hinreichend Spielraum, um einer an Art. 6 Abs. 1 und 2 GG zu messenden verfassungsrechtlichen Prüfung Stand zu halten<sup>67</sup>. Auch den Vorgaben des IPbPR wird so Rechnung getragen.

### 3.4.2. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz

Darüber hinaus ist in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten, dass eine Ungleichbehandlung von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten erfolgt. Da sowohl Asylberechtigte und Flüchtlinge als auch subsidiär Schutzberechtigte die Familieneinheit weder im Herkunftsland noch in einem Drittstaat verwirklichen können, unterscheiden sich die beiden Gruppen allenfalls in Hinblick auf die voraussichtliche Aufenthaltsdauer. So wird, wie bereits dargelegt<sup>68</sup>, Asylberechtigten und Flüchtlingen iSd § 3 AsylG eine Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre (§ 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG) erteilt, wohingegen subsidiär Schutzberechtigten iSd § 4 AsylG eine Aufenthaltserlaubnis für zunächst lediglich ein Jahr mit der Möglichkeit der Verlängerung um ein weiteres Jahr erhalten (§ 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG). Im Falle der subsidiär Schutzberechtigten wird also durch die Statuserteilung grundsätzlich von einer kürzeren Aufenthaltsdauer im Bundesgebiet und damit zugleich von einer kürzeren Trennung von der im Herkunftsland verbliebenen Familie ausgegangen.

<sup>66</sup> Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 104 Rn. 29 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 104 Rn. 29].

<sup>67</sup> Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1343 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 104 Rn. 29 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 104 Rn. 29].

Bartolucci, B., Pelzer, M. (2018). Continued limitation of family reunification to those entitled to subsidiary protection in the light of higher-ranking law. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 4, pp. 140 [Bartolucci B., Pelzer M. Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 4. S. 133–140].

<sup>68</sup> Dazu 2.2.

Allerdings kann sich, wie bereits in § 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG angelegt, je nach Situation im Herkunftsstaat auch bei subsidiär Schutzberechtigten der Aufenthalt verlängern. Der formale Schutzstatus lässt damit keine pauschale Aussage über die tatsächliche Bleibeperspektive zu. Mithin stellt sich betreffend den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz die Frage, ob die verschiedenen Gruppen, Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge einerseits sowie subsidiär Schutzberechtigte andererseits, als gleich oder ungleich anzusehen sind. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht im Kontext von Sozialleistungen entschieden, dass allein der formale Aufenthaltsstatus nicht zur Rechtfertigung einer Differenzierung herangezogen werden kann<sup>69</sup>. Allerdings lassen sich die Aussagen nicht ohne weiteres auf die Erteilung von Aufenthaltstiteln übertragen. Denn im Sozialrecht besteht eine weitergehende Tendenz zur umfangreichen Gleichbehandlung, während das Aufenthaltsrecht gerade hinsichtlich der zum Gebietszugang berechtigenden Titelerteilung stark ausdifferenziert ist<sup>70</sup>. Die unionsrechtlich geprägte klare statusrechtliche Differenzierung zwischen Flüchtlingsstatus und subsidiärem Schutz, die Flüchtlinge gegenüber subsidiär Schutzberechtigten in mehrfacher Hinsicht und nach der Familienzusammenführungsrichtlinie gerade auch in Hinblick auf den Familiennachzug privilegiert, zeigt dies besonders anschaulich. Folglich wird man von einem sachlichen Differenzierungsgrund und einer Vereinbarkeit der differenzierten Behandlung der unterschiedlichen Statusgruppen mit Art. 3 Abs. 1 GG ausgehen können<sup>71</sup>.

### 3.4.3. Vertrauensschutz

Zuletzt ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive der Vertrauensschutz in den Blick zu nehmen. Diesbezüglich wurde gegen die Verlängerung der Frist eingewandt, angesichts der ursprünglichen Befristung sei ein schutzwürdiges Vertrauen an ihrem Wegfall und dem

<sup>69</sup> BVerfGE 111, 176 (185); 111, 160 (174f.); 132, 72 (83f.).

Britz, G. (2014). Constitutional limits to the unequal treatment of migrant families in the area of family benefits. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 2, pp. 60 [Britz G. Verfassungsrechtliche Grenzen der Ungleichbehandlung von Migrantenfamilien im Bereich der Familienleistungen. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2014. Heft 2. S. 56–62].

<sup>70</sup> Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1345 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

<sup>71</sup> Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1345 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 104 Rn. 29 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 104 Rn. 29].

Bartolucci, B., Pelzer, M. (2018). Continued limitation of family reunification to those entitled to subsidiary protection in the light of higher-ranking law. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 4, pp. 139 f. [Bartolucci B., Pelzer M. Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 4. S. 133–140].



Wiederaufleben mit der Folge der gleichberechtigten Nachzugsmöglichkeit entstanden<sup>72</sup>. Ein Wiederaufleben der Gleichstellung ist aber nicht geschehen, auch nicht im Zuge der Neuregelung. Schon hinsichtlich der Fristverlängerung lässt sich gegen die Einwände anführen, dass allein die Befristung einer Regelung nicht zu einer verfassungsrechtlich geschützten Erwartung führen kann, dass eine Verlängerung nicht stattfinden wird<sup>73</sup>. Nichts anderes kann für die Neuregelung in § 36a AufenthG gelten. Die im Vorfeld, vor allem aber auch nach der erstmaligen Regelungen vehement geführten Debatten sprechen vielmehr gegen Vertrauensschutz. Denn sie gaben zur der Annahme Anlass, dass die Frage des Familiennachzugs mit dem befristeten § 104 Abs. 3 AufenthG keineswegs abschließend geklärt ist und erneut Gegenstand rechtlicher Regelung sein wird.

#### 4. Fazit

Hinsichtlich des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte eröffnen sich gesetzgeberische Handlungsspielräume innerhalb des weitgehend unionsrechtlich determinierten Migrationsrechts. Der Gesetzgeber hat diese Spielräume genutzt und mit § 36a AufenthG eine Sonderregelung für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten geschaffen, welche die Erteilung des Aufenthaltstitels vom Vorliegen humanitärer Gründe abhängig macht und auf ein Kontingent von 1000 Visa je Monat beschränkt, womit erstmals eine Obergrenze in das Migrationsrecht Einzug nimmt. Die Kontingentierung kann zu einem in Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG problematischen Ausschluss des Familiennachzugs oder jedenfalls zu überlangen Wartezeiten führen. Im Zusammenspiel mit § 22 AufenthG hält sie dennoch einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand.

Über ihren unmittelbaren Regelungsgehalt hinaus bilden die Vorschrift und der ihr vorausgehende Gesetzgebungsprozess auch die übergreifenden migrationsrechtlichen Entwicklungen ab. Diese sind geprägt durch eine Dynamisierung des Gesetzgebungsprozesses, die bisweilen plötzliche Wandlungen mit sich bringen kann, so wie die befristete Aussetzung und die nachfolgende Beschränkung des Familiennachzugs bereits kurz nach der erwirkten Gleichstellung. Auch zeigt sich die akzentuierte Zielsetzung der Migrationsgesetzgebung, die sich zwischen dem Bekenntnis zu den humanitären Verpflichtungen bei gleichzeitiger Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung bewegt und zunehmend auch Integrationsaspekte einbezieht.

---

<sup>72</sup> Bartolucci, B., Pelzer, M. (2018). Continued limitation of family reunification to those entitled to subsidiary protection in the light of higher-ranking law. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 4, pp. 140 [Bartolucci B., Pelzer M. Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 4. S. 133–140].

<sup>73</sup> Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 36a Rn. 3 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 36a Rn. 3].

## MIGRATION MANAGEMENT WITHIN FAMILY REUNIFICATION

Dr. **Sina Fontana**, (MLE)

*Institute for Public Law*

*Georg-August-University Goettingen*

*sina-vanessa.fontana@jura.uni-goettingen.de*

*Family reunification is one of the purposes of stay within the Residence Act. The granting of the residence permit is fundamentally designed as a claim and must be granted if the requirements are met. In the course of ongoing forced migration, family reunification has become the focus of debates for ways to limit refugee migration. Since Article 6, Paragraphs 1 and 2 of the German Basic Law on the protection of marriage and family do not give rise to a right to entry, although its scope of protection must be taken into account when designing regulations on family reunification, the legislative scope for action is limited. The German legislature has decided that family reunification should be limited for persons with subsidiary protection status. Subsidiary protection is an element of protection that is shaped by EU law, which occurs alongside national asylum law and refugee protection, which is also shaped by EU law. Different requirements apply to these protective elements. Upon recognition, a humanitarian residence permit is issued, which differs in length depending on the protection status. While in the case of recognition as a person entitled to asylum or refugee status, the residence permit is initially issued for a period of one year, the duration in the case of subsidiary protection is only one year. In all cases there is the possibility of an extension. This different length of stay and the lower prospect of staying are the starting point for the restriction of family reunification for persons entitled to subsidiary protection in Section 36a of the Residence Act. As specified in the regulation as an example, family members of a person with subsidiary protection status can be granted a residence permit for the humanitarian reasons. The family reunification is now made dependent on the existence of further prerequisites in addition to family ties and is also designed not as a right but as a discretionary clause. In addition, the number of visas is limited to 1000 per month.*

*Concerns about this restriction of family reunification were raised, in terms of possible violation of Article 6 Paragraphs 1 and 2 and Article 3 Paragraph 1 (Equality before the law) of the German Basic Law. Based on this, the following article carries out a constitutional analysis.*

**Key words:** migration control, refugee migration, subsidiary protection.