

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht
Fach 116, Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz
daniel.thym@uni-konstanz.de

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des
Innenausschusses des Deutschen Bundestags
am Montag, den 11. Juni 2018 über den**

**a) Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des
Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten
(Familiennachzugsneuregelungsgesetz), [BR-Drs. 175/18](#) v. 11.5.2018;**

**b) Entwurf eines Gesetzes von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE zur
Änderung des Aufenthaltsgesetzes – Recht auf Familiennachzug zu subsidiär
Schutzberechtigten, [BT-Drs. 19/2515](#) v. 5.6.2018;**

**c) Entwurf eines Gesetzes von Abgeordneten und der Fraktion der FDP zur
Änderung des Aufenthaltsgesetzes, [BT-Drs. 19/2523](#) v. 5.6.2018;**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses. In einem ersten Schritt behandle ich in einer **Vorbemerkung** die Grundsatzfrage, ob eine Kontingentierung des Familiennachzugs, die um eine Härtefallklausel ergänzt wird, mit den Grundrechten übereinstimmt. Diese Vorbemerkung beruht auf meiner ausführlichen Stellungnahme zur Anhörung des Hauptausschusses am 29. Januar 2018. Im zweiten Schritt befasse ich mich in **drei Ab-**

schnitten mit den wesentlichen Inhalten des vorliegenden Gesetzesentwurfs der Bundesregierung. Auf die konkurrierenden Oppositionsentwürfe der Fraktionen DIE LINKE sowie der FDP werde ich verschiedentlich kurz eingehen.

I.	Vorbemerkung: Vereinbarkeit mit den Grundrechten	2
1.	Kein Grundrecht auf Familienzusammenführung	2
2.	Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung	4
3.	Regierungsentwurf: Kontingent mit Härtefallklausel	5
4.	Struktur der Härtefallklausel (§ 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG)	6
II.	Ausschluss von „Gefährdern“ (zu Art. 1 Nr. 2 Buchst. b; § 27 Abs. 3a AufenthG)	8
III.	Kriterien für das Nachzugskontingent (zu Art. 1 Nr. 6; § 36a AufenthG)	10
1.	Negativkriterien im Sinn eines Ausschlusses	10
2.	Positivkriterium der „humanitären Gründe“	11
a.	Dauer der Trennung und mögliche Zusammenführung im Ausland	12
b.	Kindeswohl und Alter der betroffenen Kinder	13
3.	Auswahlentscheidung nach Ermessen	14
a.	Sprachkenntnisse und sonstige Bindungen	16
b.	Lebensunterhaltssicherung	17
c.	Straftaten unterhalb der Ausschlusschwelle	17
4.	Begrenzte gerichtliche Überprüfbarkeit	17
IV.	Auswahl: Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung	18

I. Vorbemerkung: Vereinbarkeit mit den Grundrechten

Meine Stellungnahme zur Anhörung des Hauptausschusses vom 29. Januar 2018 beschäftigt sich ausführlich mit den Vorgaben der deutschen und europäischen Grundrechte und zeigte, dass diese dem Bundesgesetzgeber einen Spielraum gewähren, wie der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten ausgestaltet werden möchte.¹ Die damaligen Ausführungen gelten auch für die vorliegenden Gesetzentwürfe.

1. Kein Grundrecht auf Familienzusammenführung

Der Position der Gerichte nähert man sich am besten, indem man sich bewusst macht, dass der Schutz des „Familienlebens“ keinen individuellen Anspruch beinhaltet, eine „Familienzusammenführung“ in einem bestimmten Land zu ermöglichen. So beginnen die Urteile des **Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte** (EGMR) mit der standardisierten Formel, dass Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) „nicht so ausgelegt werden kann, dass die Vertragsstaaten der unbedingten Verpflichtung unterliegen, die

¹ Vgl. Daniel Thym, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestags am 29. Januar 2018 über den Gesetzentwurf zur Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, [Januar 2018](#) [ohne eigene Drucksachenummer].

freie Wahl des ehelichen Wohnsitzes anzuerkennen und hierfür einen Gebietszugang zu ermöglichen.“² Dem folgte der **Gerichtshof der Europäischen Union** (EuGH) in Luxemburg bei der Auslegung von Art. 7 der EU-Charta der Grundrechte (GRCh).³ Nichts Anderes gilt für das **Bundesverfassungsgericht** (BVerfG), wenn es in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1987 heißt, dass dem „besonderen Schutz“, der Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG zukommt, kein individuelles Nachzugsrecht zu entnehmen sei.⁴ Mittelbar bekräftigt wurde dies jüngst in mehreren Kammerentscheidungen, die Eilanträge allesamt zurückwiesen, weil nicht feststehe, dass der ausgesetzte Familiennachzug bei subsidiärem Schutz gegen das Grundgesetz verstoße.⁵ Schließlich gewährleistet auch die **Kinderrechtskonvention** (KRK), so wie sie von deutschen und europäischen Gerichte gehandhabt wird, keinen generellen Nachzugsanspruch.⁶

Hieraus folgt nicht, dass der Gesetzgeber frei wäre, den Familiennachzug dauerhaft und ausnahmslos einzuschränken. Im Gegenteil: Die Staaten müssen sich auch dann rechtfertigen, wenn die Grundrechte keinen generellen Nachzugsanspruch umfassen. Eine gemeinsame Linie der genannten Höchstgerichte besteht darin, aufgrund allgemeiner Kriterien **im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung die individuellen Interessen der betroffenen Personen mit staatlichen Steuerungsanliegen abzuwägen**, wobei sich das Ergebnis je nach „den besonderen Umständen der betroffenen Personen sowie den öffentlichen Interessen unterscheiden“ wird.⁷ Gleiches gilt für den EuGH⁸ und das BVerfG.⁹

Eine Schwierigkeit der menschenrechtlichen Bewertung besteht darin, dass der **genaue Umfang der obligatorischen Nachzugsrechte** abstrakt schwer bestimmt werden kann. Speziell der EGMR gewährte bislang nur in wenigen Fällen ein subjektives Nachzugsrecht.¹⁰ Dies liegt auch daran, dass die Einzelfallbetrachtung sich zwar an abstrakten Kriterien orientiert, deren Anwendung aber dennoch von den individuellen Umständen jedes Einzelfalls abhängt und deren relatives Verhältnis zueinander keinen festen Regeln folgt.¹¹ Insofern ge-

² EGMR, Urt. v. 28.5.1985, [Nr. 9214/80](#) u.a., *Abdulaziz u.a. gegen UK*, Ziff. 68, eigene Übersetzung; zuletzt etwa die Große Kammer gemäß EGMR, Urt. v. 3.10.2014, [Nr. 12738/10](#), *Jeunesse gegen Niederlande*, Rn. 100.

³ Siehe EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, [EU:C:2006:429](#), Rn. 59, 61-64, 103-107.

⁴ Siehe BVerfGE 76, 1 (46 ff.).

⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.2017, [2 BvR 1758/17](#), insb. Rn. 12; soweit ersichtlich zuletzt BVerfG, Beschl. v. 30.3.2018, [2 BvR 1266/17](#), Rn. 15.

⁶ Hierzu die Nachweise bei *Thym* (Fn. 1), S. 15-18.

⁷ Diese seit EGMR, Urt. v. 19.2.1996, [Nr. 23218/94](#), *Gül gegen die Schweiz*, Rn. 38 in Nachzugsfällen häufig gebrauchte Formulierung findet sich etwa in EGMR, Urt. v. 28.6.2011, [Nr. 55597/09](#), *Nunez gegen Norwegen*, Rn. 70, eigene Übersetzung.

⁸ Vgl. EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, [EU:C:2006:429](#), Rn. 61-64, 103-107.

⁹ Vgl. BVerfGE 76, 1 (46 ff.).

¹⁰ Näher *Angelika Nußberger*, Menschenrechtsschutz im Ausländerrecht, NVwZ 2013, 1305 (1310) und, speziell für Nachzugsfälle, *Pieter Boeles u.a.*, *European Migration Law*, 2. Aufl., 2014, S. 223-229.

¹¹ Siehe *Philip Czech*, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2017, 229 (231 ff.), *Daniel Thym*, Respect for Private and Family Life under Art. 8 ECHR in Immigration Cases, *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008), 87 (106-108), und *Thomas Spijkerboer*, Structural Instability. Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, *European Journal of Migration and Law* 11 (2009), 271 (283 ff.).

hört zu einer ehrlichen Bewertung, dass eine genaue Prognose gerade beim Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten schwerfällt, weil dieser bisher nicht im Zentrum der nationalen oder internationalen Grundrechtsjudikatur stand.

Allerdings bekräftigten mehrere Höchstgerichte aus Nachbarländern, dass ein ausgesetzter Familiennachzug bei subsidiärem Schutz mit den europäischen Grundrechten vereinbar sein und auch nach Ablauf der Wartefrist von materiellen Kriterien abhängig gemacht werden kann, etwa der Sicherung des Lebensunterhalts. In diesem Sinn entschieden die oberen **Gerichtshöfe der Schweiz**¹², **Österreichs**¹³, **des Vereinigten Königreichs**¹⁴ sowie **Dänemarks**¹⁵, teils unter Verweis auf eine notwendige Härtefallklausel. Hingegen beschränkte sich das jüngste EuGH-Aktuell zum Zeitpunkt der Antragstellung von unbegleiteten Minderjährigen auf eine Auslegung der Richtlinienbestimmungen und nahm keine eigene grundrechtliche Wertung vor.¹⁶

2. Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung

Aus dem Vorstehenden folgt, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen einen prinzipiellen Spielraum bei der Ausgestaltung des Familiennachzugs besitzt, den auch das BVerfG in der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1987 betonte.¹⁷ Es obliegt im demokratischen Rechtsstaat dem Parlament, diesen **grundrechtlichen Spielraum mit politischem Gestaltungswillen auszufüllen** und eine Neuregelung anzunehmen. Dieser parlamentarische Spielraum wird bei subsidiär Schutzberechtigten auch nicht durch die privilegierten Vorgaben der Artikel 9 ff. der Familiennachzug-Richtlinie 2003/86/EG eingeschränkt, die nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur für GFK-Flüchtlinge gelten.¹⁸

Hiernach ist der **Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE** aus der Perspektive eines juristischen Sachverständigen unproblematisch zulässig, zumal der neue Gesetzesentwurf in der Begründung durchaus differenziert argumentiert, wenn er die nur begrenzte grundrechtliche Vorprägung anerkennt, während ein früherer Entwurf in allgemeinen Worten noch so gelesen werden konnte, dass von Verfassungs wegen ein umfassender Familiennachzug zu gewährleisten sei.¹⁹ In der Sache würde der Gesetzentwurf die **privilegierte Rechtslage** eines

¹² Vgl. das Schweizer Bundesverwaltungsgericht, Urte. v. 6.12.2016, F-2186/2015, insb. Abschn. 6; und Urte. v. 9.7.2014, [E-4581/2013](#), insb. Abschn. 5.3; sowie das Schweizer Bundesgericht, Urte. v. 13.2.2013, [2C_639/2012](#), allerdings für Inhaber einer Daueraufenthaltserteilung.

¹³ Siehe österreichisches Bundesverwaltungsgericht, Entscheidung v. 24.10.2017, [W192 2152617-1](#), insb. Abschn. II.3.2.3.

¹⁴ So der britische Supreme Court, Urte. v. 22.2.2017, *MM (Lebanon) & Others v SSHD* [[2017](#)] [UKSC 10](#); siehe auch Urte. v. 22.2.2017, *Agyarko & Ikuga v SSHD* [[2017](#)] [UKSC 11](#).

¹⁵ Vgl. der dänische Supreme Court, Urte. v. 6.11.2017, [Nr. 107/2017](#), *A v. Udlændingenævnet*.

¹⁶ Vgl. EuGH, A & S, C-550/16, [EU:C:2018:248](#), Rn. 37 ff., wobei die Niederlande die Familiennachzugs-Richtlinie 2003/86/EG überobligatorisch auf subsidiär Schutzberechtigte erstreckten, was für Deutschland nicht zutrifft.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 76, 1 (47).

¹⁸ Siehe *Thym* (Fn. 1), S. 18 f.; und *Jürgen Bast*, Vom subsidiären Schutz zum europäischen Flüchtlingsbegriff, ZAR 2018, 41 (45), wobei auch eine eventuelle – und keineswegs feststehende – Geltung des „Standardregimes“ bedeutete, dass ein Nachzug u.a. von einer Lebensunterhaltssicherung abhinge.

¹⁹ Vgl. zum ersten Entwurf die, wenn auch allgemeinen, Ausführungen in der Begründung zum Gesetzentwurf gemäß [BT-Drs. 19/241](#) v. 12.12.2017.

nahezu unbedingten Familiennachzugs wiederherstellen, die vor der Aussetzung im Rahmen des sog. Asylpaket II im März 2016 für nicht einmal acht Monate gegolten hatte. Ob man dies unterstützen möchte, ist eine politische Entscheidung.

Der **Gesetzesentwurf der FDP** knüpft nicht an die Rechtslage an, die zwischen August 2015 und März 2016 gegolten hatte, sondern orientiert sich an der Grundstruktur des deutschen und europäischen Ausländerrechts, das die Einreise in vielen Fällen davon abhängig macht, dass der Lebensunterhalt gesichert ist.²⁰ Tatsächlich war auch der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten bis zum Sommer 2015 regelmäßig von einer Lebensunterhaltssicherung abhängig,²¹ an der der FDP-Entwurf grundsätzlich festhalten möchte. Dieser **Fokus auf die Lebensunterhaltssicherung** ruft in Erinnerung, dass ein Verzicht auf dieses Kriterium subsidiär Schutzberechtigte besser stellt als Deutsche und vor allem sonstige Ausländer, bei denen die Familie grundsätzlich nur nachziehen kann, wenn der Lebensunterhalt gesichert ist, weil keine Sozialleistungen beansprucht werden. Letzteres möchte der FDP-Entwurf auch beim subsidiären Schutz sicherstellen. Die ergänzenden Härtefallklauseln sowie Ausnahmen vom gesicherten Lebensunterhalt bei Integrationserfolgen sind im deutschen Ausländerrecht durchaus üblich.²² Insoweit fügt sich der FDP-Gesetz in den Regelungszusammenhang des geltenden Ausländerrechts.

Für die Ausgestaltung gesetzlicher Nachzugsregeln gilt, dass aus der Einzelfallorientierung der Grundrechtsprüfung nicht folgt, dass das einfache Gesetzesrecht dieselbe Struktur besitzen müsse. Im Gegenteil: Im Rechtsstaat sind klare Vorgaben eine Tugend und fördern die Rechtssicherheit. Der Gesetzgeber darf **typisierende Fallgruppen** bilden und für bestimmte Tatbestandsmerkmale eindeutige Rechtsfolgen anordnen. Dies ist, wie in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts, verfassungsrechtlich möglich und rechtsstaatlich im Grundsatz auch geboten. Nichtsdestotrotz steht es dem Gesetzgeber natürlich frei, bei der Ausgestaltung der Härtefallklauseln sich ganz oder teilweise an denselben Kriterien zu orientieren, die auch die Gerichte bei der Grundrechtsprüfung anwenden. Eben dies unternimmt der Regierungsentwurf in zentralen Passagen.

3. Regierungsentwurf: Kontingent mit Härtefallklausel

Aus der breiten öffentlichen Diskussion ist die Grundstruktur des Regierungsentwurfs bekannt, wenn dieser einen kontingentierten Nachzug von 1000 Personen pro Monat, der sich an humanitären Gründen und Integrationsaspekten orientiert (§ 36a), mit einer einzelfallbezogenen Härtefallklausel (§ 22 S. 1 AufenthG) kombiniert. Um Missverständnissen vorzubeugen, stellt § 36a Abs. 1 S. 4 deklaratorisch klar, dass die **Härtefallklausel neben dem**

²⁰ Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG sowie Art. 7 Abs. 1 Buchst. c RL 2003/86/EG; zum Nachzug zu Deutschen abgeschwächt § 28 Abs. 1 AufenthG; dagegen verzichtet der Entwurf auf ausreichenden Wohnraum, den § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG sowie Art. 7 Abs. 1 Buchst. a RL 2003/86/EG ansonsten einfordern.

²¹ Näher zu den mehrfachen Änderungen, bevor im August 2015 für kurze acht Monate ein privilegierter Nachzug generell ohne Lebensunterhaltssicherung eingeführt wurde bei *Thym* (Fn. 1), S. 3 f.

²² Vgl. zum Verzicht auf den Lebensunterhalt neben dem genannten § 25b insb. § 5 Abs. 3, § 29 Abs. 3 AufenthG.

Kontingent anwendbar bleibt. Ergänzend sind landesrechtliche Aufnahmeprogramme zulässig, die freilich von den Ländern nicht eigenständig angeordnet werden können, sondern dem Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern bedürfen.²³

Derartige **Aufnahmeprogramme der Bundesländer** im Einvernehmen mit dem BMI nach § 23 AufenthG könnten in der Sache auch davon abhängig gemacht werden, dass private Personen eine Verpflichtungserklärung abgeben, um für eine Dauer von fünf Jahren die Kosten zu übernehmen, die sich für die öffentlichen Haushalte aus der Aufnahme von Familienangehörigen ergeben, wenn der Lebensunterhalt nach der Einreise nicht gesichert ist. Allerdings sei vor einer vorschnellen Euphorie gegenüber „privaten Sponsorenprogrammen“ gewarnt, weil die Kosten speziell bei der Aufnahme aus humanitären Gründen, wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist, erheblich sein können.²⁴

Für die grundrechtliche Bewertung des Regierungsentwurfs ist die Fortgeltung der Härtefallklausel neben dem Kontingent zentral, denn sie erlaubt der Verwaltung und den Gerichten einen Nachzug im Einzelfall anzuordnen, wenn die grundrechtliche Güterabwägung dazu führt, dass die widerstreitenden Interessen für einen Nachzug plädieren (hierzu bereits I.1.). Insofern ist die fortgeltende Härtefallklausel kein „Geschenk“ des Gesetzgebers, sondern eine grundrechtlich gebotene Öffnungsklausel, deren Existenz das Fazit sichert, dass der **Regierungsentwurf mit den Grundrechten übereinstimmt**.²⁵ So bestätigte auch die für Visaverfahren ausschließlich zuständige Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit die bisherige Rechtslage als grundrechtskonform, weil im Zweifel ein Nachzugsvisum aufgrund der Härtefallklausel erteilt werden könne.²⁶ In mehreren Kammerbeschlüssen wies auch das BVerfG in den letzten Monaten darauf hin, dass bei künftigen Hauptsacheentscheidungen die Härtefallklausel des § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG näher zu bestimmen sein könnte.²⁷ Die Grundrechte stehen der vorgeschlagenen Neuregelung nicht entgegen, sondern sind im Wege der Auslegung in diese zu integrieren.

4. Struktur der Härtefallklausel (§ 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG)

In Zeiten, in denen das Gesetzesrecht immer komplexer wird und – nicht zuletzt aufgrund von EU-Vorgaben – viele Details gesondert regelt, haben sich die meisten Personen an lange und ausdifferenzierte Normen gewöhnt. Dies gilt mit Blick auf § 36a AufenthG auch für den Regierungsentwurf. Im Vergleich hierzu erscheint die Härtefallklausel beinahe als unter-

²³ § 36a Abs. 1 S. 4 verweist (deklaratorisch) auf § 23 Abs. 1 AufenthG.

²⁴ Die Kosten für Privatpersonen nach § 68 Abs. 1 AufenthG umfassen hierbei nicht einmal alle Kosten, weil etwa Beschulung oder Weiterbildung immer vom Staat finanziert werden; allgemein zum „private Sponsorship“ der Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration (SVR), Chancen in der Krise. Zur Zukunft der Flüchtlingspolitik in Deutschland und Europa, Jahresgutachten 2017, S. 50 f.

²⁵ So bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)511 D](#) v. 22.2.2016, S. 9-12.

²⁶ Siehe VG Berlin, Urt. v. 7.11.2017, VG 36 K 92.17 V.

²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.2017, [2 BvR 1758/17](#), insb. Rn. 12 nach einem Verweis unter anderem auf einen Aufsatz meinerseits, der die wesentlichen Aussagen meiner Stellungnahme zum sog. Asylpaket II enthielt.

entwickelt, wenn § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG in kurzen Worten einen Nachzug „**aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen**“ ermöglicht. Es wäre jedoch ein Fehler, derartige schlanke Regelungen allein wegen ihrer Kürze als unbedeutend abzutun. So umfassen zentrale Normen des Verwaltungsrechts, wie die polizeiliche Generalklausel, nur wenige prägnante Begriffe und auch die Grundrechte formulieren in zumeist wenigen Worten zentrale Aussagen mit weitreichenden Folgen.

Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, wie lang eine Härtefallklausel ist, sondern wie sie in der Praxis gehandhabt wird. Hier bestehen mit Blick auf die Grundrechtskonformität keine Zweifel, dass die Norm **eventuelle grundrechtliche Grenzfälle vollumfänglich abbilden kann**. So kann der Begriff der „völkerrechtlichen“ Gründe bereits so gelesen werden, dass von Gesetzes wegen der Tatbestand immer erfüllt ist, wenn die Grundrechte als Teil des Völkerrechts dies einfordern.²⁸ Ebenso erlaubt die Formel der „dringenden humanitären Gründe“ unproblematisch, eventuelle grundrechtliche Nachzugsrechte aufzunehmen. Ein Hindernis für die Anwendung des § 22 Abs. 1 S. 2 AufenthG ist auch nicht, dass das OVG Berlin die Norm mit nachvollziehbaren Argumenten nicht als generelle Härtefallklausel einstuft, die systematisch alle Familienangehörigen erfasse, die noch im Heimatland wohnen.²⁹ Im Zweifel greift die Bestimmung mit Blick auf den offenen Wortlaut und im Lichte der Grundrechte im Zweifel doch. Auch ein behördliches Ermessen, das § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG („kann“) für die Visumsvergabe vorgibt, widerspricht nicht den Grundrechten, weil diese eine Ermessensreduktion einfordern können.

Diese Ausführungen beziehen sich auf die Gesetzeslage, die der entscheidende Maßstab für eine eventuelle Kontrolle der Verfassungskonformität in Karlsruhe sein wird. Untergesetzliche Verwaltungsvorschriften bzw. -erlasse sind für die grundrechtliche Beurteilung von Gesetzesrecht grundsätzlich irrelevant, zumal sie die Gerichte ohnehin nicht binden, wenn diese das Gesetzesrecht auslegen und anwenden (etwa im Rahmen einer Klage, dass Familienangehörigen eines subsidiär Schutzberechtigten eine Aufenthaltserlaubnis nach § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG zu erteilen sei). Insofern ist es für die Rechtsprechung nicht entscheidend, dass die **Verwaltungsvorschriften zu § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG** inhaltliche Kriterien enthalten, die an § 36a AufenthG erinnern,³⁰ und auch eine Lebensurteilssicherung als ein Kriterium bei einer Gesamtbetrachtung berücksichtigen wollen.³¹ Für die Gerichte ist dies nicht bindend; sie werden im Zweifel das Gesetzesrecht bzw. die Grundrechte anwenden. Hierbei wird zu beachten sein, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Begriff der

²⁸ In diese Richtung, wenn auch mit (zu) weitreichenden Aussagen zur völkerrechtlichen Verpflichtung, *Andreas Zimmermann*, Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestages am 29. Januar 2018 zum Thema: „Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten“, Stellungnahme vom 28. Januar 2019, S. 17-19.

²⁹ Sinngemäß zur bisherigen Rechtslage einer generellen Aussetzung mit Härtefallklausel OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.10.2017, 3 S 84.17 u.a. und OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 8.1.2017, 3 S 109.17.

³⁰ Vgl. Nr. 22.1.1.2 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG v. 26.10.2009, GMBI. 2009, S. 878; großzügiger hingegen die Deutung der ähnlich gelagerten Tatbestandsmerkmale in § 29 Abs. 3 AufenthG.

³¹ Vgl. § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG sowie Nr. 22.1.4 der Verwaltungsvorschrift, ebd.; zur Einordnung *Kay Hailbronner*, AuslR-Kommentar, 42./94. EL, 2005/16, § 22 AufenthG Rn. 10, 12, § 29 AufenthG Rn. 14 ff.

„humanitären Gründe“ in verschiedenen Normen des Aufenthaltsgesetzes eine unterschiedliche Bedeutung haben kann und speziell die gesetzliche Konkretisierung des § 36a Abs. 2 S. 1 AufenthG nicht auf § 22 zu übertragen ist.³²

Eine verbreitete Kritik an der Härtefallklausel ist die (bislang) begrenzte Zahl an Nachzugsvisa, die erteilt wurden.³³ Zutreffend verweist diese Kritik auf tatsächliche Probleme bei der Verfahrensgestaltung mit schleppenden Visaverfahren mit langen Wartefristen,³⁴ vermag eine prinzipielle grundrechtliche Kritik aber nicht zu rechtfertigen. Wenn in einer größeren Anzahl von Fällen ein Nachzug aufgrund der Härtefallklausel grundrechtlich geboten gewesen wäre, hätten die Gerichte dies im Zweifel festgestellt.³⁵ Im Rechtsstaat entscheiden die Gerichte über die rechtliche Reichweite der Grundrechte, nicht der öffentliche Diskurs.³⁶ Dass hiernach im Einzelfall ein Nachzug angezeigt sein kann, zeigt die **Judikatur des Verwaltungsgerichts Berlin**, das bisher viele Nachzugsklagen ablehnte, im November 2017 jedoch erstmals annahm, dass im Einzelfall eine Ausnahme vorliege und daher ein Visum nach § 22 AufenthG zu erteilen sei.³⁷ Zu solchen Urteilen könnte es künftig vermehrt kommen, soweit Härtefälle nicht vorrangig von der Kontingentlösung erfasst werden und zudem zu erwarten steht, dass die grundrechtliche Güterabwägung mit fortlaufender Zeitdauer häufiger zugunsten der betroffenen Personen ausfällt, auch wenn die Grundrechte ganz gewiss nicht jeder Person ein Nachzugsrecht gewähren.

II. Ausschluss von „Gefährdern“ (zu Art. 1 Nr. 2 Buchst. b; § 27 Abs. 3a AufenthG)

In der öffentlichen Diskussion im Vorfeld des Gesetzentwurfs spielte der Nachzug von und zu sogenannten „Gefährdern“ eine größere Rolle. Der Begriff des „Gefährders“ ist kein feststehender Rechtsbegriff und doch fügt sich der Gesetzentwurf in die Regelungen des geltenden Rechts, wenn § 27 Abs. 3a ebenso wie § 5 Abs. 4 AufenthG den Familiennachzug ausschließen, wenn ein besonders schweres Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 1 Nr. 2-5 AufenthG vorliegt.³⁸ Hierbei ist zu differenzieren: Während **§ 27 Abs. 3a AufenthG** sich auf die **Person des „Sponsors“** des Familiennachzugs bezieht, also etwa einen subsidiär Schutzberechtigten, wird ein **Gefährdungspotenzial seitens der nachziehenden Familienmitglieder** durch die allgemeine Ausschlussregelung des **§ 5 Abs. 4 S. 1 AufenthG** abgedeckt, die durch den Regierungsentwurf (bisher) nicht geändert werden soll.³⁹ Der neu

³² Vgl. die Begründung gemäß [BR-Drs. 175/18](#) v. 11.5.2018, S. 16; redaktionell ist diese terminologische Überschneidung gleichwohl unglücklich.

³³ Siehe etwa den Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE, [BT-Drs. 19/2515](#) v. 5.6.2018, S. 7.

³⁴ Siehe *Thym* (Fn. 1), S. 17 f. mit Blick auf Art. 10 KRK.

³⁵ Vor Gericht kann grds. eine Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO erhoben werden, wenn die Behörden zu langsam entscheiden.

³⁶ Siehe auch *Daniel Thym*, Grenzen des Familiennachzugs, [Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 18.1.2018, S. 6](#).

³⁷ Siehe VG Berlin, Urt. v. 7.11.2017, VG 36 K 92.17 V.

³⁸ Die in § 27 Abs. 3a genannten Ausschlussgründe entsprechen denjenigen des § 54 Abs. 1 Nr. 2-5 AufenthG; man hätte also auch auf diese Normen verweisen können.

³⁹ Dass § 54 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nur von § 27 Abs. 3a AufenthG erfasst wird, gründet darauf, dass die Aufstachelung zum Hass gegen Teile der (deutschen) Bevölkerung üblicherweise einen Inlandsaufenthalt voraussetzt, auch wenn dies in Zeiten des Internet nicht mehr notwendig ist, man also § 5 Abs. 4 AufenthG ausweiten könnte.

eingeführte § 27 Abs. 3a AufenthG erfasst hierbei nicht nur die Situationen eines subsidiären Schutzes, sondern gilt – ebenso wie die anderen Vorgaben der Norm – für den Familiennachzug insgesamt, also beispielsweise auch für den Familiennachzug zu Deutschen oder Ausländern, die keinen subsidiären Schutz besitzen.

In der vorliegenden Fassung wird der Familiennachzug von und zu sogenannten „Gefährdungen“ nicht generell verweigert, weil § 27 Abs. 3a S. 2 f. AufenthG im Einklang mit § 5 Abs. 4 S. 2 f. AufenthG eine einzelfallbezogene Ausnahme zulässt, wenn sich jemand den Behörden offenbart und glaubhaft vom sicherheitsgefährdenden Verhalten distanziert.⁴⁰ Diese **Rückausnahme für (ehemalige) „Gefährder“** besteht bei § 5 Abs. 4 zwar schon länger, ist jedoch **grundrechtlich in dieser Pauschalität nicht geboten**. Aufgrund der Grundrechte muss nach einer Distanzierung der Familiennachzug nur dann gestattet werden, wenn eine Abwägung der widerstreitenden Interessen dies im Einzelfall einfordert. Eben dies dürfte jedoch allenfalls in gesondert gelagerten Ausnahmesituationen der Fall sein. Es ist in der EGMR-Judikatur fest verankert, dass Straftaten und andere Sicherheitsgefährdungen unter Einschluss des Terrorismus(-verdachts) bei der Güterabwägung zulasten der betroffenen Personen zu berücksichtigen sind.⁴¹ Aus diesem Grund steht es dem Gesetzgeber frei, die Rückausnahme für (ehemalige) „Gefährder“ in § 27 Abs. 3a S. 2 f. sowie § 5 Abs. 4 S. 2 f. AufenthG zu streichen oder einzuschränken.

Dies gilt umso mehr, als die Grundtatbestände der § 27 Abs. 3a sowie § 5 Abs. 4 AufenthG auf ein gegenwartsbezogenes Verhalten verweisen, wenn § 27 Abs. 3a in der grammatikalischen Gegenwartsform verlangt, dass jemand die freiheitliche demokratische Grundordnung „gefährdet“ (Nr. 1),⁴² sich an Gewalttätigkeiten „beteiligt“ bzw. dazu öffentlich „aufruft“ oder „droht“ (Nr. 3) oder zum Hass gegen Teile der Bevölkerung „aufruft“ (Nr. 4). **Bei einer öffentlichen und glaubhaften Distanzierung müssten die Behörden und Gerichte also auch ohne Rückausnahme prüfen**, ob der Nachzug verweigert werden darf. Hiernach wäre etwa der Familiennachzug zu einem Deutschen, der sich im rechten, linken oder dschihadistischen Milieu radikalisiert hatte, inzwischen jedoch glaubhaft abwandte, bereits tatbestandlich nicht dauerhaft zu verweigern. Auch bei der Zugehörigkeit zu einem verbotenen Verein (Nr. 2) sind aufgrund einer systematischen und teleologischen Gesamtschau vergleichbare Betrachtungen angezeigt.⁴³ Gleiches gilt im Lichte des EU-Rechts für den

⁴⁰ Bei einer nachgewiesenen schweren Sicherheitsgefährdung wird nach Art. 12, 17, 24 der Qualifikationsrichtlinie 2011/85/EU bereits der internationale Schutz verweigert oder jdf. keine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG erteilt, ohne die ein Familiennachzug ausscheidet, wobei die Anforderungen für eine derartige Verweigerung nach EuGH, B., C-57/09 & 101/09, [EU:C:2010:661](#), Rn. 79 ff.; und EuGH, T., C-373/13, [EU:C:2015:413](#), Rn. 76-80 teilweise höher sind als für § 54 Abs. 1 Nr. 2-5 AufenthG.

⁴¹ Hierzu gibt es zahlreiche Urteile, exemplarisch EGMR, Urt. v. 28.6.2011, [Nr. 55597/09](#), *Nunez gegen Norwegen*, Rn. 70, auf das der Gerichtshof in Nachzugsfällen häufig verweist.

⁴² Im Lichte dieses ersten Halbsatzes dürfte die frühere und nicht mehr fortbestehende Zugehörigkeit zu einer Vereinigung nach dem nächsten Halbsatz den Tatbestand nicht automatisch erfüllen.

⁴³ Im Kontext des § 54 sowie des § 5 Abs. 4 AufenthG wird diese Frage, die mit Blick auf § 5 Abs. 4 S. 1 sowie § 27 Abs. 3a S. 1 AufenthG nach einer eventuellen Streichung der Rückausnahme relevant würde, bisher nicht thematisiert, weil bei der Güterabwägung nach § 53 bzw. nach § 5 Abs. 4 S. 2 f. ohnehin die gegenwärtige Situation zu berücksichtigen ist; vgl. *Steffen Tanneberger*, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hrsg.): BeckOK Ausländerrecht, 17. Edition August 2017 (C.H. Beck, 2017), § 54 AufenthG Rn. 44.

Nachzug zu GFK-Flüchtlingen.⁴⁴ Soweit die Grundrechte ausnahmsweise einen Nachzug zu (ehemaligen) „Gefährdern“ verlangen sollten, erlauben mithin § 27 Abs. 3a S. 1 und § 5 Abs. 4 S. 1 AufenthG, diese Bedenken aufzugreifen. Allerdings **verdeutlichte der Gesetzgeber durch eine gestrichene Rückausnahme, dass von und zu (ehemaligen) „Gefährdern“** im absoluten Regelfall kein Familiennachzug stattfindet.

III. Kriterien für das Nachzugskontingent (zu Art. 1 Nr. 6; § 36a AufenthG)

Entgegen einer teilweise geäußerten Kritik gibt der Regierungsentwurf für die Auswahl des Nachzugskontingents sehr wohl inhaltliche Kriterien vor. Die **inhaltlichen Kriterien für die Auswahlentscheidung** besitzen eine dreifache Struktur, wenn in einem ersten Schritt negative Ausschlussgründe normiert werden (nachfolgend II.1.), während sodann das **Positivkriterium „humanitäre Gründe“** darüber entscheidet, wer für einen Familiennachzug aufgrund der Kontingentklausel in Betracht kommt (II.2.). In einem dritten Schritt erfolgt schließlich eine Auswahlentscheidung, welchen Personen, die die tatbestandlichen Positiv- und Negativkriterien grundsätzlich erfüllen, ein Nachzugsvisum innerhalb des monatlichen Kontingents erteilt wird. Aufgrund der Normstruktur des § 36a Abs. 1 f. richtet sich diese **Auswahlentscheidung nach humanitären Gesichtspunkten, dem Kindeswohl, Integrationsaspekten sowie eventuellen weiteren Ermessenserwägungen** (II.3.). Gerichtlich ist das Ermessen allenfalls begrenzt überprüfbar, auch weil grundrechtliche Aspekte vorrangig bei der Härtefallklausel zu berücksichtigen sind (II.4).

1. Negativkriterien im Sinn eines Ausschlusses

Nach dem Willen des Regierungsentwurfs greift ein Negativkriterium im Sinn eines Ausschlusses nicht nur für „**Gefährder**“ (§ 27 Abs. 3a S. 1, § 5 Abs. 4 S. 1 AufenthG), sondern auch für **nach der Flucht geschlossene Ehen** (§ 36a Abs. 3 Nr. 1), **schwere Straftaten** seitens des „Sponsors“ mit subsidiärem Schutz, zu dem der Nachzug stattfinden soll, mit einem Fokus auf Sexual- und Drogendelikte (§ 36a Abs. 3 Nr. 2), eine absehbare **Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis** für den subsidiär Schutzberechtigten (§ 36a Abs. 3 Nr. 3), eine **beantragte Grenzübertrittsbescheinigung** als Indiz für eine geplante Ausreise, etwa zur freiwilligen Rückkehr (§ 36a Abs. 3 Nr. 4), **Ehen mit Minderjährigen** (§ 36a Abs. 4 i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nebst Härtefallklausel in Abs. 2 Nr. 1), oder **Mehrehen** (ebd. i.V.m. § 30 Abs. 4). Im Übrigen gilt allgemein, dass bei einem **Ausweisungsinteresse** beim Familienmitglied ein Nachzug regelmäßig zu verweigern ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m.

⁴⁴ Art. 6 Abs. 1, Art. 9 ff. RL 2003/86/EG verlangen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit, die nach der EuGH-Judikatur einen gewissen Gegenwartsbezug voraussetzt, ohne dass die Konturen und Grenzen des Gefährdungsbegriffs in der Abgrenzung der verschiedenen Sekundärrechtsakte bisher abschließend geklärt wären; vgl. EuGH, T., C-373/13, [EU:C:2015:413](#), Rn. 76-80; VGH Mannheim, Urt. v. 13.1.2016, 11 S 889/15; und Daniel Thym, Long Term Residents Directive 2003/109/EC, in: Kay Hailbronner/ders. (Hrsg.): EU Immigration and Asylum Law. Commentary, 2. Auflage (C.H. Beck/Hart, 2016), Art. 6 Rn. 2-13.

§ 36a Abs. 5 Var. 1). Gleiches gilt für die **fehlende Sicherung des Lebensunterhalts**, die ein Verweigerungsgrund sein kann (nicht: muss).⁴⁵

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die beiden Negativkriterien einer strafrechtlichen Verurteilung sowie eine anstehende Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis auch behördliche Verfahren erfassen, die noch nicht abgeschlossen sind (§ 79 Abs. 3 AufenthG). Hiernach ist etwa der Familiennachzug auszusetzen, wenn das **BAMF ein Verfahren einleitete, um den subsidiären Schutz zu widerrufen bzw. zurückzunehmen**, weil sich die Situation im Herkunftsland nachhaltig besserte oder aufgrund einer Identitätstäuschung nachträglich festgestellt wird, dass jemand nie hätte Schutz erhalten dürfen. Dies gilt auch für Fälle, in denen die Bremer Außenstelle des BAMF zu Unrecht einen Schutzstatus zusprach, der nun zurückgenommen bzw. widerrufen werden soll.

Mit den Grundrechten sind diese Ausschlussstatbestände unproblematisch vereinbar, weil ein **Rückgriff auf die Härtefallklausel** des § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG in all diesen Fällen möglich bleibt.⁴⁶ Damit ist freilich nicht gesagt, dass ein Nachzug aufgrund der Grundrechte zu gewähren wäre. Dies ist vielmehr, wie immer, eine Frage der Einzelfallabwägung, die bei den genannten Ausschlussgründen im Einklang mit der Grundrechtsjudikatur regelmäßig zulasten des Familiennachzugs ausgehen dürfte.

2. Positivkriterium der „humanitären Gründe“

Als zentrale tatbestandliche „Hürde“ für den Familiennachzug gibt § 36a Abs. 1 S. 1 das Kriterium der „humanitären Gründe“ vor. Rechtswissenschaftlich ist dieser Verweis auf „**humanitäre Gründe**“ ein **unbestimmter Rechtsbegriff**, der – wie alle unbestimmten Rechtsbegriffe – anfangs eine unscharfe Kontur besitzen mag, in der Rechtspraxis sodann freilich eine Konkretisierung und Stabilisierung durch die Verwaltungspraxis und hieran anschließende Gerichtsentscheidungen erhalten wird. Auch gilt die Leitlinie des BVerfG, dass die Auslegungsbedürftigkeit der Normbestimmtheit nicht entgegensteht, soweit sich „aus Wortlaut, Zweck und Zusammenhang objektive Kriterien gewinnen lassen, die einen verlässlichen, an begrenzende Handlungsmaßstäbe gebundenen Vollzug gewährleisten.“⁴⁷ Es gilt insofern das oben zur Härtefallklausel Gesagte entsprechend (vorstehend I.4). Die zunehmende Detailtreue speziell des Migrationsrechts darf nicht vergessen lassen, dass das Verwaltungsrecht – paradigmatisch in der polizeilichen Generalklausel – traditionell viele unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet und dies zulässig ist.

Im Fall des § 36a AufenthG wird die notwendige **Konkretisierung vom Gesetzgeber selbst angeleitet**, wenn § 36a Abs. 2 S. 1 eine tatbestandliche Konkretisierung vornimmt

⁴⁵ Dies ergibt sich aus § 27 Abs. 3 S. 1, der durch § 36a Abs. 4 f. nicht ausgeschlossen wird und mithin gesetzesystematisch und nach der Gesetzesbegründung, S. 15 f., weiterhin anzuwenden ist – mit Ausnahme des Elternnachzug zu unbegleiteten Minderjährigen aufgrund § 36a Abs. 1 S. 2 HS 2; ergänzend ist die Erwerbstätigkeit bei den Integrationsaspekten nach § 36a Abs. 2 S. 4 AufenthG zu berücksichtigen.

⁴⁶ Nach § 5 Abs. 3 AufenthG greifen hier weniger strenge Ausschlussstatbestände.

⁴⁷ BVerfGE 113, 348 (375 f.).

und die Gesetzesbegründung weitere Hinweise tätigt. Darüber hinaus wird die gleichförmige Anwendung des Begriffs „humanitäre Gründe“ in der Verwaltungspraxis durch die zentralisierte Zuständigkeit des Bundesverwaltungsamts sowie der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit gefördert werden (hierzu IV.). Hierbei zeigt der Gesetzeswortlaut (§ 36a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 f., 4), dass die humanitären Gründe sowohl in der Person des subsidiär Schutzberechtigten als auch des Familienangehörigen vorliegen können.

Aus dem Gesetzeswortlaut („insbesondere“) und der Gesetzesbegründung (S. 16) geht eindeutig hervor, dass die in § 36a Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 genannten **Fallgruppen keine Legaldefinition** darstellen und auch keine Regelbeispiele bilden, sondern vielmehr exemplarisch ausdrücken, welche Gesichtspunkte bei der Beurteilung heranzuziehen sind, ob humanitäre Gründe vorliegen. Alle genannten Kriterien finden sich auch in der Grundrechtsjudikatur zum Familiennachzug, sodass sich Behörden und Gerichte an den diesbezüglichen Urteilen auch dann orientieren können, wenn man die einfachgesetzliche Nachzugsoption nach § 36a nicht mit einer Grundrechtsprüfung gleichsetzen darf. Nach § 36a Abs. 1 f. AufenthG können „humanitäre Gründe“ auch dann vorliegen, wenn *kein* individueller Nachzugsanspruch aufgrund der Grundrechte besteht. Aufgrund der strengen Grundrechtsjudikatur dürfte dies regelmäßig der Fall sein, sprich: über § 36a erhalten Personen eine Nachzugsoption, die diese über die Grundrechte nicht einklagen könnten.

In der gebotenen Kürze sei auf zwei Gesichtspunkte näher eingegangen, die nach § 36a Abs. 2 S. 1 humanitäre Gründe darstellen und in der Grundrechtsjudikatur aufscheinen.

a. Dauer der Trennung und mögliche Zusammenführung im Ausland

Explizit verweist § 36a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 auf die Trennungsdauer.⁴⁸ Freilich sollte diese nicht formalistisch angewandt werden. So umfasst schon der Gesetzeswortlaut nur solche Trennungen, die seit langer Zeit „nicht möglich“ sind, was Situationen ausschließt, in denen die Familieneinheit andernorts realisiert werden könnte, etwa im Herkunfts- oder Aufenthaltsstaat der Familienmitglieder. Dies entspricht der Grundrechtsjudikatur, die darauf abstellt, dass eine Familie grundsätzlich nicht frei wählen kann, in welchem Staat das Familienleben gelebt wird.⁴⁹ Ob hiernach eine **Ausreise in einen Drittstaat** erwartet werden kann, soll sich für die Zwecke des § 36a AufenthG danach richten, ob diese rechtlich und tatsächlich möglich ist, im Zielstaat angemessene Lebensumstände herrschen und eine Erwerbstätigkeit möglich ist.⁵⁰ Wenn diese Fragen zu verneinen sind, liegen „humanitäre Gründe“ im Sinn des § 36a Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1 Nr. 1 vor. Damit ist der Gesetzgeber großzügiger als der EGMR, der keineswegs verlangt, dass eine Familie immer irgendwo zusammenleben können muss. Dies befand der EGMR schon früh im

⁴⁸ Nach der Gesetzesbegründung, S. 16 soll für die Berechnung des Trennungsbeginns der Zeitpunkt der Anerkennung im deutschen Asylverfahren relevant sein.

⁴⁹ Hierbei verlangt der EGMR keineswegs, dass die Familieneinheit immer irgendwo gelebt werden können muss; so aber die frühere Interpretation von *Cynthia Anderfuhren-Wayne*, *Family Unity in Immigration and Refugee Matters*, *International Journal of Refugee Law* 8 (1996), 347 (360-367); und heutzutage *Hendrik Cremer*, *Das Recht auf Familie für unbegleitete Minderjährige*, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2017, 312 (313 f.); und *Helene Heuser*, *Aussetzung des Familiennachzugs*, *Asylmagazin* 2017, 125 (128).

⁵⁰ So die Gesetzesbegründung, S. 16.

Fall eines Asylbewerbers mit einer humanitären Aufenthaltserlaubnis, die strukturell mit dem subsidiären Schutz vergleichbar ist, dessen Sohn nachziehen wollte.⁵¹

Vom Gesetzeswortlaut nicht explizit angesprochen ist die Frage, ob eine **bewusste Aufgabe der Familieneinheit** der Annahme von humanitären Gründen entgegensteht, weil etwa ein Familienmitglied sich allein auf den Weg nach Europa machte. Der Wortlaut ließe eine solche Deutung durchaus zu, weil in diesem Fall eine Herstellung im Sinn der Nichtaufgabe sehr wohl möglich war. Doch selbst wenn man dies für die Zwecke des § 36a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG anders sehen wollte, wäre damit nur gesagt, dass auch im Fall einer bewussten Trennung humanitäre Gründe vorliegen, sodass man die Gründe der Trennung sehr wohl bei einer finalen Auswahlentscheidung (hierzu III.3.) berücksichtigen können wird. Auch vom EGMR wird das Kriterium standardmäßig angesprochen, vor allem in Situationen, in denen eine Familieneinheit andernorts nachträglich nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen hergestellt werden kann.⁵² Dies gilt, wie ich in meiner Stellungnahme vom Januar 2018 ausführte, prinzipiell auch für Flüchtlinge, auch wenn hierzu keine stabilisierte Rechtsprechung vorliegt.⁵³

b. Kindeswohl und Alter der betroffenen Kinder

Nach dem Willen des Gesetzgebers liegt immer ein humanitärer Grund vor, wenn minderjährige ledige Kinder betroffen sind (§ 36a Abs. 2 S. 1 Nr. 2), wobei das Kriterium des Kindeswohls auch bei der Auswahlentscheidung besonders zu berücksichtigen ist.⁵⁴ Für die Auswahlentscheidung (hierzu III.3.) und für die grundrechtliche Beurteilung wird man hierbei nach dem **Alter der Kinder sowie den Gründen für eine eventuelle Trennung** unterscheiden müssen, weil diese den humanitären Gründen je nach Sachverhaltskonstellation ein unterschiedliches Gewicht geben. So prägen Ausmaß und Intensität der familiären Bindung viele EGMR-Entscheidungen.⁵⁵ Auch im Gesetzesrecht ist das Kindesalter vielfach relevant, wenn etwa der Nachzug älterer Kinder erschwert ist (§ 30 Abs. 2 AufenthG) und der EuGH betont, dass bei Kindern, die älter als zwölf Jahre sind, ein verweigerter Nachzug mit den Grundrechten vereinbar sein kann.⁵⁶ Allerdings muss nicht jede Trennung von minderjährigen Kindern von ihren Eltern ein Grundrechtsverstoß bedeuten, denn auch der EGMR betonte zuletzt wiederholt, dass **Familien dauerhaft getrennt werden können**,⁵⁷ wobei ein großzügiger Maßstab gilt, wenn deutsche Staatsangehörige betroffen sind.⁵⁸ Gleiches gilt, wie ich in meiner Stellungnahme vom Januar 2018 ausführte, für das **Kindeswohl nach der Kinderrechtskonvention** sowie Art. 24 GRCh.⁵⁹

⁵¹ Siehe EGMR, Urt. v. 19.2.1996, [Nr. 23218/94](#), *Gül gegen die Schweiz*, und die grds. Kritik von *Marie-Bénédicte Dembour*, *When Humans Become Migrants* (OUP, 2015), Kap. 4.

⁵² Siehe EGMR, Urt. v. 21.12.2001, [Nr. 31465/96](#), *Şen die Niederlande*, Rn. 39.

⁵³ Siehe *Thym* (Fn. 1), S. 12-14.

⁵⁴ Dem Wortlaut nach gilt § 36a Abs. 2 S. 3 – anders als S. 4 – nicht nur für die Auswahlentscheidung, sondern auch für die Bestimmung „humanitärer Gründe“, ohne dass klar wäre, was hieraus folgte, weil die Betroffenheit eines minderjährigen Kindes nach S. 1 Nr. 2 automatisch einen humanitären Grund darstellt.

⁵⁵ Siehe etwa EGMR, Urt. v. 30.7.2013, [Nr. 948/12](#), *Berisha gegen die Schweiz*, Rn. 56.

⁵⁶ Siehe mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86/EG der EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, [EU:C:2006:429](#), Rn. 61-64 einschl. eventueller Ausnahmen im Einzelfall.

⁵⁷ Exemplarisch EGMR, Beschl. v. 8.3.2016, [Nr. 25960/13](#), *I.A.A. u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Rn. 42 ff. und EGMR, Urt. v. 8.11.2016, [Nr. 56971/10](#), *El Ghatet gegen die Schweiz*, Rn. 43-47.

⁵⁸ Siehe BVerwGE 144, 141; und BVerwG, Urt. v. 13.6.2013, [10 C 16.12](#).

⁵⁹ Siehe *Thym* (Fn. 1), S. 15-18.

3. Auswahlentscheidung nach Ermessen

Soweit die Negativkriterien einem Familiennachzug nicht entgegenstehen und das Positivkriterium der humanitären Gründe erfüllt ist, erfolgt in einem dritten Schritt eine Ermessensentscheidung, die nach der gesetzlichen Regulationsstruktur darauf ausgerichtet ist, darüber zu befinden, welche Personen, bei denen humanitäre Gründe i.S.d. § 36a Abs. 1 S. 1 f., Abs. 2 S. 1 AufenthG vorliegen, innerhalb des Kontingents ein Nachzugsvisum erhalten. Es geht also um eine **Priorisierung der Nachzugsbegehren, die nach dem Willen des Gesetzgebers prinzipiell für einen Nachzug in Betracht kommen**. § 36a Abs. 1 S. 1 begründet hierbei ein Verwaltungsermessen („kann“), das nach allgemeinen Regeln gemäß dem Zweck der Ermächtigung und innerhalb der gesetzlichen Grenzen auszuüben (§ 40 VwVfG) und nur begrenzt richterlich überprüfbar ist (§ 112 VwGO).

Allerdings gibt der Regierungsentwurf der Verwaltung keine freie Hand, sondern verpflichtet diese durch ermessenslenkende Vorgaben, ihre Entscheidung an drei Gesichtspunkten auszurichten: **humanitäre Gesichtspunkte** als zentrales Auswahlkriterium; das **Kindeswohl** nach § 36a Abs. 2 S. 3; sowie **Integrationsaspekte** nach § 36a Abs. 2 S. 4 AufenthG. Ergänzend können nach allgemeinen Regeln sonstige sachliche Erwägungen in die Zweckmäßigkeitentscheidung einfließen, die eine jede Ermessensbetätigung darstellt. Aufgrund dieser Kriterien muss die Verwaltung sodann eine inhaltliche Bewertung und Gewichtung vornehmen, welches Nachzugsbegehren ein größeres Gewicht besitzt. Es geht bei dieser Auswahlentscheidung also darum, eine Priorisierung vorzunehmen, die sich am relativen Gewicht der verschiedenen humanitären Gründe orientiert, indem man etwa nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen nach dem Alter der betroffenen Kinder oder den Gründen für die Familientrennung abstuft (siehe III.2.a, b). Entsprechendes gilt für die Integrationsaspekte, die nach Maßgabe der nachfolgenden Gedanken ebenfalls aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung zu gewichten sind.

Verwaltungsrechtlich normiert der Gesetzgeber damit ermessenslenkende Vorgaben an die Verwaltung, die diese eigenständig auszufüllen hat. Im gewaltenteilenden Verfassungsstaat ist eine solche **Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung** üblich und legitim (hierzu III.4.). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man verfassungsrechtlich zu dem Ergebnis käme, dass der Gesetzgeber aufgrund der sog. Wesentlichkeitstheorie (Parlamentarvorbehalt)⁶⁰ die Auswahlkriterien selber vorgeben muss. So entschied das **BVerfG im Dezember 2017**, dass die Hochschulzulassung neu geregelt werden muss, weil die Auswahlkriterien nicht mit hinreichender Präzision vorgegeben waren.⁶¹ Direkt kann man diese Entscheidung auf den Familiennachzug freilich schon deshalb nicht übertragen, weil sie un-

⁶⁰ Der Parlamentarvorbehalt, der nur ausnahmsweise greift, ist nicht mit dem Gesetzesvorbehalt zu verwechseln, wonach jede belastende Maßnahme eine gesetzliche Grundlage braucht, die vorliegend mit dem Familiennachzugsneuregelungsgesetz eindeutig geschaffen wird.

⁶¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 19.12.2017, [1 BvL 3/14](#) & 1 BvL 4/14, insb. Rn. 115-120.

ter anderem die große Handlungsfreiheit der Hochschulen kritisierte, die unterschiedlich gehandhabt wurde, sodass einzelne Universitäten neue, gesetzlich nicht vorgesehene Auswahlkriterien einführten, während § 36a AufenthG aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe eine einheitliche Vorgabe tätigt, die noch dazu durch die vorrangige Verantwortung des Bundesverwaltungsamts uniform angewandt werden wird.

Tatsächlich gibt es durchaus **Vorläufer für die aktuelle Regelung**. So wurde der nachgelagerte **Familiennachzug zu Spätaussiedlern** in den frühen 1990er Jahren kontingentiert, wobei die Auswahlentscheidung dem Bundesverwaltungsamt übertragen wurde, ohne dass hierfür inhaltliche Kriterien festgelegt worden wären (die Quote wurde nie erreicht, sodass es wohl keine Verwaltungspraxis zur Auswahlentscheidung gab/gibt).⁶² Auch wurde nach dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetz die **jüdische Einwanderung aus der ehemaligen Sowjetunion** durch einen schlichten IMK-Beschluss auf Grundlage des § 23 AufenthG neu geregelt, der dem BAMF die Aufgabe übertrug, die, wenn auch ohne Kontingentierung, verschiedene Integrationsaspekte ganz im Sinn der vorliegende Neuregelung gewichtete und hiernach eine Auswahlentscheidung traf.⁶³

Hiernach gibt es gute Gründe, dass der vorliegende Gesetzentwurf den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Wesentlichkeit entspricht, wobei man eventuelle Zweifel auch dadurch beseitigen könnte, dass man den **unbestimmten Rechtsbegriff der „Integrationsaspekte“ durch Verweis auf §§ 25a/b AufenthG näher fasst**, der auch im FDP-Entwurf aufgegriffen wird, um inhaltliche Kriterien zu bezeichnen, unter denen aus Sicht der FDP auf den zentralen Integrationsgesichtspunkt des gesicherten Lebensunterhalts verzichtet werden kann. Doch auch ohne nähere Konkretisierung lässt sich der Begriff der „Integrationsaspekte“, ebenso wie derjenige der „humanitären Gründe“ (hierzu bereits III.2.), nach allgemeinen Regeln mehr bestimmen. So ergibt sich aus § 43 Abs. 1 AufenthG, dass es um wirtschaftliche, soziale und kulturelle Erwägungen geht – und im Übrigen kann sich das Bundesverwaltungsamt auch ohne expliziten Verweis an den gesetzlichen Vorgaben nach § 5, §§ 25a/b AufenthG orientieren, die gesetzliche Typisierungen eines übergreifenden migrationsrechtlichen Integrationsbegriffs darstellen.⁶⁴

Doch selbst wenn das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis käme, dass der vorliegende Gesetzentwurf die Kriterien für die Auswahlentscheidung – anders als im Normalfall des Verwaltungsrechts – nicht der Verwaltung überlassen darf, weil es um eine besonders grundrechtssensible Materie geht, hätte dies „nur“ zur Folge, dass der Gesetzgeber die § 36a Abs. 2 S. 3 f. AufenthG konkreter fassen müsste. Hierbei könnte er sich zum Beispiel

⁶² Vgl. § 27 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 BVFG; sowie *Thomas Herzog/Dietrich Westphal*, BVFG-Kommentar, 2. Auflage (Nomos, 2014), § 27 Rn. 74; das geringe Interesse lag auch daran, dass die Kontingentierung nur den nachgelagerten Familiennachzug betraf, nachdem ein Spätaussiedler bereits im Bundesgebiet lebte, nicht jedoch die anfängliche Begleitung, die privilegiert möglich war.

⁶³ Vgl. den IMK-Umlaufbeschluss v. 18.11.2005 zur Aufnahme jüdischer Zuwanderer aus der ehemaligen Sowjetunion – mit Ausnahme der baltischen Staaten, [ZAR 2006. 117-120](#).

⁶⁴ Ausführlich *Johannes Eichenhofer*, Begriff und Konzept der Integration im AufenthG (Nomos, 2013), S. 109-148.

am **ersten Entwurf des Zuwanderungsgesetzes** orientieren, das für das damals vorgeschlagene Punktesystem zur Erwerbsmigration bestimmte Auswahlkriterien gesetzlich vorgab, die die Verwaltung sodann im Wege der exekutiven Normsetzung durch eine Rechtsverordnung konkretisierte.⁶⁵ Auf diesem Wege könnte man, auch im Lichte der gesammelten Erfahrungen, die Auswahlentscheidung für den Familiennachzug konkreter fassen, ohne die im gewaltenteilenden Verfassungsstaat wünschenswerte Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung aufzugeben.

Gesetzlich geregelt ist eine **Höchstgrenze von „monatlich“ 1000 nationalen Visa**, ohne dass klar gesagt würde, ob für die Berechnung auf den Erteilungszeitpunkt (in jedem Kalendermonat dürfen 1000 Visa ausgestellt werden) oder die Erteilungsgesamtzahl (pro Kalendermonat dürfen unabhängig vom Erteilungszeitpunkt insg. 1000 Visa erteilt werden) abgestellt wird. Man wird der Verwaltung insofern einen gewissen Spielraum zubilligen müssen, der sinnvollerweise zwischen zuständigen Ministerien abgestimmt werden sollte (AA für die Konsulate, BMI für das Bundesverwaltungsamt).

Erneut sei in der gebotenen Kürze auf drei Gesichtspunkte eingegangen, die bei der Gewichtung von Integrationsaspekten nach § 36a Abs. 2 S. 4 berücksichtigt werden können, zumal sie auch bei der Grundrechtsjudikatur regelmäßig aufgegriffen werden. Ich konzentriere mich hierbei auf drei Kriterien, die den Vorzug besitzen, den **abstrakten Begriff der „Integrationsaspekte“ in messbare Kriterien zu übersetzen**, die bei standardisierten Verwaltungsentscheidungen einen verlässlichen Vollzug fördern und auch aus diesem Grund im AufenthG wiederholt aufgegriffen werden.

a. Sprachkenntnisse und sonstige Bindungen

Seit mehreren Jahren erhebt der Gesetzgeber die Sprachkenntnisse zu einem zentralen Kriterium, um die Integration in die deutsche Gesellschaft zu messen.⁶⁶ Sprachanforderungen durchziehen das AufenthG als rote Linie. Dies gilt in erster Linie für den „Sponsor“, doch auch bei den Familienmitgliedern darf **Existenz und Ausmaß deutscher Sprachkenntnisse** bei der Auswahl berücksichtigt werden. Dies gilt auch für die Grundrechte, wenn der EGMR in seiner jüngeren Judikatur ganz allgemein die wirtschaftliche, soziale, kulturelle und sprachliche Integration in die Aufnahmegesellschaft akzentuiert.⁶⁷ So anerkannte der EGMR, dass Deutschland bei der Ausweisung von Ausländern einen schlechten Spracherwerb zulasten der betroffenen Person berücksichtigen durfte.⁶⁸ Zudem betont der EuGH beim Familiennachzug zu Türiken, dass fehlende Integrationsleistungen negativ berücksichtigt werden können.⁶⁹

⁶⁵ Vgl. § 20 AufenthG i.d.F. des Entwurfs gemäß [BT-Drs. 14/7387](#) vom 8.11.2001.

⁶⁶ siehe *Daniel Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Mohr Siebeck, 2010), S. 296 ff.

⁶⁷ Nachweise bei *Daniel Thym*, Residence as *de facto* Citizenship?, in: Ruth Rubio Marín (Hrsg.): Human Rights and Immigration, 2014, S. 106 (138-144); siehe auch *ders.*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)269 G](#) v. 23.5.2015.

⁶⁸ EGMR, Urteil vom 23.4.2015, [Nr. 38030/12](#), *Khan gegen Deutschland*, Rn. 50 f.

⁶⁹ Vgl. EuGH, *Genc*, C-561/14, [EU:C:2016:247](#), Rn. 55 f., wenn auch in einer dogmatisch anders gelagerten Konstellation mit Blick auf Art. 13 ARB 1/80, d.h. nicht im Rahmen der Grundrechte.

b. Lebensunterhaltssicherung

Ebenso wichtig (und noch weiter verbreitet) als Sprachanforderungen ist die wirtschaftliche Integration durch einen **gesicherten Lebensunterhalt**, die verhindern soll, dass der Steuerzahler den Großteil der Folgekosten einer Einwanderung tragen muss. Zweifellos umfasst der Begriff „Integrationsaspekte“ diesen Gesichtspunkt, zumal § 43 Abs. 1 AufenthG von der „wirtschaftlichen“ Teilhabe spricht und der Gesetzeszweck nach § 1 Abs. 1 S. 2 AufenthG die wirtschaftlichen Interessen der Bundesrepublik akzentuiert. Ergänzend kommt hinzu, dass § 27 Abs. 3 S. 1 AufenthG eine generelle Verweigerung des Nachzugs erlaubt, wenn die Familie von sozialen Transferleistungen abhinge. Damit ist nicht gesagt, dass dies Kriterium das einzige sein soll oder muss, wohl aber Teil einer Gesamtbetrachtung, die bei jüngeren Personen nach der Wertung des § 25a Abs. 1 AufenthG eine fehlende Lebensunterhaltssicherung durch eine erfolgreiche schulische Integration oder Berufsausbildung ersetzen kann.

c. Straftaten unterhalb der Ausschlusschwelle

Nach § 36a Abs. 3 Nr. 2 AufenthG greift bei schweren Straftaten das negative Ausschlusskriterium mit der Folge, dass ein Familiennachzug generell verweigert werden muss. Unterhalb dieser Schwelle ist ein Familiennachzug prinzipiell möglich, soweit das Positivkriterium der humanitären Gründe erfüllt ist – und dennoch können „leichtere“ Straftaten **bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt** werden, denn der Begriff der „Integrationsaspekte“ umfasst unproblematisch auch strafrechtlich auffälliges Verhalten unterhalb der Schwelle eines generellen Ausschlusses. Die weiteren Einzelheiten überantwortet der Gesetzgeber der Verwaltung zur eigenständigen Entscheidung.

4. Begrenzte gerichtliche Überprüfbarkeit

Nach allgemeinen Regeln können Ermessensentscheidungen von den Gerichten nur begrenzt überprüft werden (§ 112 VwGO). Hieraus folgt, dass die Verwaltungsgerichte bei Klagen auf einen Familiennachzug die Entscheidung darauf überprüfen werden, dass **keine sachfremden Erwägungen** berücksichtigt wurden und sich die **Auswahlkriterien an den gesetzlichen Vorgaben** orientieren.⁷⁰ Über die relative Gewichtung und Anwendung der verschiedenen Gesichtspunkte entscheidet die Verwaltung nach Zweckmäßigkeitserwägungen. Sie muss hierbei freilich auf eine **Gleichförmigkeit der Verwaltungspraxis** achten, was dadurch gefördert würde, dass man „messbare“ Kriterien anlegt, die sich an vorstehenden Ausführungen orientieren können.

Darüber hinaus formuliert § 36a Abs. 1 S. 3 AufenthG, dass **kein „Anspruch“ auf Familiennachzug** besteht. Dies scheint zuerst einmal eine Selbstverständlichkeit auszudrücken, weil ein Anspruch im Sinn eines einklagbaren Familiennachzugs bei einem Verwaltungsermessen prinzipiell nie besteht. Insofern könnte man die Bestimmung als deklaratorische Bestätigung einer Selbstverständlichkeit lesen. Doch eine weitergehende Lesart ist möglich. So

⁷⁰ Die Klage wird gegen das Auswärtige Amt zu richten sein, weil die „Entscheidung“ des Bundesverwaltungsamts dogmatisch ein unselbständige, verwaltungsinterne Beteiligung darstellt.

könnte man die Formulierung trotz des anderen Wortlauts in Anlehnung an § 23a Abs. 1 S. 4 AufenthG so deuten, dass die Norm keine subjektiven Rechte begründet (ganz ähnlich wie das von der damaligen rot-grünen Bundesregierung vorgeschlagene Punktesystem im ersten Entwurf für das Zuwanderungsgesetz⁷¹). Hiernach diene das Nachzugskontingent dem öffentlichen Interesse und Klagen könnten allenfalls auf den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG gestützt werden. Eine solche **Begrenzung des Gerichtszugangs wäre mit den Grundrechten vereinbar**, denn Art. 19 Abs. 4 GG setzt ein subjektives öffentliches Recht voraus und schafft dieses nicht. Das grundrechtlich geschützte Interesse an einem Familiennachzug wäre nach dem Willen des Gesetzgebers vorrangig über die Härtefallklausel abgedeckt.⁷² Subjektive Rechte könnten hiernach im Rahmen des § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG entstehen, nicht jedoch nach § 36a AufenthG.

IV. Auswahl: Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung

Das Grundgesetz normiert die vollziehende Gewalt als eigenständigen Träger von Hoheitsgewalt, der nach der „Gewaltenteilung“ mit der Gesetzgebung und der Rechtsprechung interagiert (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Es geht nach dem BVerfG um eine „**funktionsgerechte Zuordnung hoheitlicher Befugnisse zu unterschiedlichen, jeweils aufgabenspezifisch ausgeformten Trägern öffentlicher Gewalt**“. Die Zweige der Staatsgewalt sind aufeinander bezogen und miteinander verschränkt, dürfen aber ihrer jeweiligen Eigenheit und ihrer spezifischen Aufgaben und Zuständigkeiten nicht beraubt werden.“⁷³ Hierbei hat die Verwaltung aufgrund der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) die gesetzlichen Vorgaben streng zu beachten, besitzt verfassungsrechtlich im Rahmen der Gesetze aber dennoch einen eigenen Handlungsauftrag. Es geht mit den Worten des wohl bekanntesten deutschen Verwaltungsrechtswissenschaftlers darum, den „Doppelauftrag“ des Verwaltungsrechts zwischen disziplinierter und effektuierter Aufgabenwahrnehmung anzuerkennen.⁷⁴ Der Gesetzgeber gibt die Leitlinien vor, deren eigenständige Anwendung sodann der Verwaltung im Rahmen der Wesentlichkeitsjudikatur obliegt (hierzu III.3.). Wer meint, der Gesetzgeber könne oder solle alles alleine regeln, verkennt die Gewaltenteilung nach dem Grundgesetz und bewirkt im Zweifel suboptimale Ergebnisse.

Man hätte sich gewünscht, dass der Normenkontrollrat sich dieser Grundlagen vergewissert hätte, um sodann eine fundierte sachverständige Stellungnahme abzugeben. In der vorliegenden Fassung jedoch erscheint die **Stellungnahme des Normenkontrollrats als ober-**

⁷¹ § 20 AufenthG i.d.F. des Entwurfs gemäß [BT-Drs. 14/7387](#) vom 8.11.2001 enthielt hierzu keine direkte Formulierung, allerdings deutete die Begründung, ebd., S. 70 die Bestimmung so, dass keine privaten Interessen bedient würden und also kein Klagerecht bestünde.

⁷² Man kann § 36a AufenthG insofern als repressives Verbot mit Dispensvorbehalt deuten, soweit man diese dogmatische Figur verwenden möchte.

⁷³ BVerfGE 143, 101, Beschl. v. 13.10.2016, [2 BvE 2/15](#), Rn. 118.

⁷⁴ Näher *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (Springer, 2004), 1 (179 ff.); siehe auch *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (C.H. Beck, 2012), § 1 insb. Rn. 15 ff.

flächliche Einschätzung, deren Annahmen nicht substantiiert oder sachverständig begründet werden und in der Sache die verfassungsrechtliche Bedeutung der Gewaltenteilung sowie des verwaltungsrechtswissenschaftlichen Forschungsstandes verkennen. Damit ist nicht gesagt, dass man einzelne Aussagen nicht differenziert hätte behandeln können, allein dies unterlässt die vorliegende Fassung.

Richtig ist an der Kritik zweifellos, dass das neue Verwaltungsverfahren administrative Ressourcen beansprucht und in der Durchführung hohe Anforderungen an die Verwaltung stellt. Dies gilt umso mehr, als die Kontingentlösung kein „einfaches“ Gesetzesprogramm vorgibt, das anhand (mehr oder weniger) klar bestimmbarer Tatbestandsmerkmale eine konditionale Verwaltungsentscheidung in jedem Einzelfall ermöglicht. Dies gilt nur für die ersten beiden Schritte der negativen Ausschlusskriterien sowie des Positivkriteriums der humanitären Gründe (hierzu III.1, 2). Auf der dritten Stufe des Auswahlermessens müssen sodann freilich verschiedene Gesichtspunkte gewichtet und zueinander in Bezug gesetzt werden. Dies ist komplex und anspruchsvoll – und gerade deshalb erscheint es **gesetzgebungstechnisch als kluge Entscheidung, der Verwaltung bei der Gewichtung einen Spielraum einzuräumen** (ebenso wie der erste Entwurf des Zuwanderungsgesetzes für ein Punktesystem). Dies erlaubt der Verwaltung ein flexibles Vorgehen, das Praxiserfahrungen aufgreift und das Auswahlssystem ggfls. kurzfristig anpasst.

Bei der näheren Bestimmung der Auswahlkriterien liegt nahe, **vorrangig „messbare“ Gesichtspunkte anzuwenden, die eine standardisierte und dem Gleichheitssatz entsprechende Verwaltungspraxis ermöglichen.** So könnte man nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen exemplarisch auf das Alter der betroffenen Kinder, die Existenz und das Niveau von Sprachkenntnissen, das Ausmaß der Lebensunterhaltssicherung oder von Bildungserfolgen sowie die Trennungsdauer abstellen (siehe III.2.a, b und III.3.a-c). Einzelheiten wird das BMI aufgrund seiner Ressortverantwortung für das Bundesverwaltungsamt vermutlich in Absprache mit dem AA wegen dessen Zuständigkeit für die Konsulate entscheiden. Ob man hierzu einen **abgestimmten Diensterlass**, eine interministerielle Vereinbarung oder ein anderes Instrument der verwaltungsrechtlichen Binnenprogrammierung nutzt, ist gesetzlich nicht vorgegeben. Angesichts der politischen Sensibilität des Themas ist es freilich ratsam, wenn die Verwaltung gegenüber dem Gesetzgeber sowie ggfls. auch der Öffentlichkeit in voller Transparenz agiert.

Wenn der Normenkontrollrat in seiner Stellungnahme ein Losverfahren aus dem Hut zaubert, widerspräche dies eindeutig dem vorliegenden Gesetzentwurf, weil dieser der Verwaltung ermessenslenkende Kriterien auf den Weg gibt (siehe III.3.), die die Verwaltung nicht einfach ignorieren darf. Einen Zufallsentscheid könnte man allenfalls dann anwenden, wenn die wertende Gesamtbetrachtung bei mehreren Anträgen ein gleiches Gewicht ergibt, jedoch nicht ausreichend Plätze zur Verfügung stehen, alle Anträge zeitgleich positiv zu bescheiden. Soweit man die Stellungnahme des Normenkontrollrats so verstehen möchte,

dass er § 36a Abs. 2 S. 3 f. durch einen Zufallsentscheid ersetzen wollte, wäre ein solches **Losverfahren verfassungsrechtlich bedenklich**, weil ein Familiennachzug nach dem Modell der samstäglichen Lotto-Ziehung wohl kaum mit dem Menschenbild des Grundgesetzes vereinbar sein dürfte. Wenn man schon abstrakt darüber spekuliert, wie man mit komplexen verwaltungsrechtlichen Wertungsentscheidungen umgeht, hätte man alternativ über finanzielle Lenkungsinstrumente nachdenken können, die in der interdisziplinären Migrationswissenschaft häufiger diskutiert werden.⁷⁵

Auch die Forderung des Normenkontrollrats nach einem Einwanderungsgesetzbuch ist in der vorliegenden Form entkontextualisiert und überzeugt nicht. Rechtsvereinfachung im Dienste einer einfacheren Administrierbarkeit würde ein solches Einwanderungsgesetzbuch nämlich nur am Rande bewirken.⁷⁶ Etwas anderes behauptet auch nicht der Sachverständigenrat, dem ich angehöre und den der Normenkontrollrat zitiert, in seinem jüngsten Jahresgutachten, wo die Grenzen der Steuerung *im* Recht ausdrücklich thematisiert werden.⁷⁷ Viel wichtiger als Vereinfachungen ist die **Signalwirkung eines Einwanderungsgesetzbuchs nach Innen und Außen**, wenn ein solches Gesetz allein durch den Titel das deutsche Selbstbild und Image verändern kann, das die Einstellung der eigenen Bevölkerung zu Migrationsgeschehen ebenso beeinflusst wie die Zuwanderungsentscheidung von (hoch)qualifizierten Fachkräften.⁷⁸ Darüber hinaus besteht durchaus ein Vereinfachungspotenzial, das freilich voraussetzt, dass die Politik frühere politische Kompromisse erneut öffnet und neu entscheidet.⁷⁹ Wer den Gesetzgeber auffordert, mit dem aktuellen Gesetzentwurf zur Rechtsentschlackung beizutragen, könnte ebenso dafür plädieren, die überkomplizierten Regeln für die Residenzpflicht oder die Behandlung unbegleiteter Minderjähriger zu vereinfachen, die sehr viele Ressourcen beanspruchen.

Ohnehin ist das Kontingentmodell nicht nur ein Risiko, das Ressourcen verbraucht, sondern zugleich eine **Chance für eine regelungstechnische Innovationen, wenn bei der Umsetzung der Kontingentlösung ein Auswahlmodell entwickelt wird, das man künftig auch in anderen Bereichen des Migrationsrechts nutzen könnte**. So wird eine zentrale Frage bei der Fachkräfteeinwanderung sein, wie man diejenigen Personen auswählt, die in nicht-reglementierten Berufen, für die im Herkunftsland keine Berufsausbildung existiert, nach Deutschland einwandern dürfen. Hier kann man, mit einem Vorschlag des Sachverständigenrats, verschiedene Kriterien zusätzlich zu einem Arbeitsplatz berücksichtigen und – ganz

⁷⁵ Siehe etwa die Beiträge zu *Jagdish Bhagwati/Martin Partington* (Hrsg.): *Taxing the Brain Drain. A Proposal* (North Holland Publishing, 1977).

⁷⁶ Und dann auch nur nach einem gewissen Zeitablauf, weil neue Regelungen für die Verwaltung zuerst einmal immer einen Mehraufwand bedeuten; instruktiv die ethnographische Studie zum Zuwanderungsgesetz von *Tobias G. Eule*, *Inside Immigration Law* (Ashgate, 2014), S. 51-56.

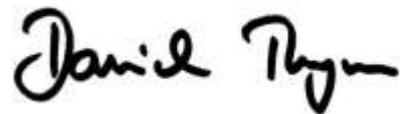
⁷⁷ SVR, Steuern, was zu steuern ist. Was können Einwanderungs- und Integrationsgesetze leisten?, Jahresgutachten 2018, Kap. B.2.

⁷⁸ Siehe *Daniel Thym*, *Einwanderungsgesetzgebung: Chancen und Illusionen* (Teil 1), *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2017, 297 (298-302); und SVR, ebd., Kap. B.1 (Grenzen des Rechts).

⁷⁹ Näher *Daniel Thym*, *Einwanderungsgesetzgebung: Chancen und Illusionen* (Teil 2), *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2017, 361 (362-364).

im Sinn des vorliegenden Gesetzentwurfs – eine gewichtende Gesamtentscheidung vornehmen.⁸⁰ Hierbei wären ebenfalls Informationen aus inländischen (Ausländerbehörden, Berufs-anerkennung, etc.) und ausländischen Quellen (Konsulate) zueinander in Bezug zu setzen und könnten erneut vom Bundesverwaltungsamt einer Auswahl zugeführt werden. Es ist gewiss misslich, dass dies Modell nunmehr unter hohem Zeitdruck und bei größter politischer Sensibilität entwickelt wird. Dennoch könnte das Migrationsrecht von einer derartigen Innovation auf Dauer auch in anderen Bereichen profitieren.

Konstanz, den 8. Juni 2018

The image shows a handwritten signature in black ink. The signature is written in a cursive, flowing style and reads "Daniel Thym". The first name "Daniel" is written in a larger, more prominent script, while "Thym" is written in a slightly smaller, more compact script. The signature is centered horizontally on the page.

⁸⁰ Zum „2+1-Modell“ siehe SVR, Steuern, was zu steuern ist. Was können Einwanderungs- und Integrationsgesetze leisten?, Jahresgutachten 2018, Kap. B.5; siehe auch *Thym*, ebd., 364 f.