



Erläuterungen und Beratungshinweise zum geplanten § 36a AufenthG: Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten

Stand: Juni 2018, gültig bis 31.07.2018

Autor: Robert Stuhr, Rechtsberater (Erding)

Einleitung

Der Gesetzgeber plant spätestens für den 01.08.2018 das Inkrafttreten eines Familiennachzugsneuregelungsgesetzes, das die bisherigen Regelungen für den Nachzug zu subsidiär Geschützten ersetzen soll. Der Bundestag hat dem Gesetzentwurf am 15.06.2018 zugestimmt. Alle Dokumente des Gesetzgebungsverfahrens finden Sie im Dokumentations- und Informationssystem des Bundestags (<http://dipbt.bundestag.de>), indem Sie in der Suche die Bundestagsdrucksache 175/18 eingeben.

Der Nachzug zu subsidiär Schutzberechtigten wird im neuen § 36a zusammenfassend und abschließend geregelt. Dazu werden die übrigen Vorschriften des Abschnitts so umformuliert, dass sie diese Schutzberechtigten nicht mehr erfassen. Die §§ 22, 23 bleiben unverändert, da es sich nicht um Familiennachzug handelt. Sie treten neben § 36a.

Die Regelung ist recht unübersichtlich. Nachfolgend wird sie absatzweise für die Beratungspraxis dargestellt und erläutert.

§ 36 a Absatz 1

Abs.1) Dem Ehegatten oder dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 2 Satz 1 zweite Alternative besitzt, kann aus humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Gleiches gilt für die Eltern eines minderjährigen Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 2 Satz 1 zweite Alternative besitzt, wenn sich kein personensorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet aufhält; § 5 Absatz 1 Nummer 1 und § 29 Absatz 1 Nummer 2 finden keine Anwendung. Ein Anspruch auf Familiennachzug besteht für den genannten Personenkreis nicht. Die §§ 22, 23 bleiben unberührt.

Der berechnete Personenkreis ist damit abschließend geregelt. Nur die Kernfamilie wird erfasst (Ehegatten, minderjährige Kinder, Eltern eines minderjährigen subsidiär Schutzberechtigten), alle anderen Familienmitglieder fallen heraus. Für sie bleibt allenfalls die Möglichkeit, ein Visum über § 22 Satz 1 zu beantragen.

Tatbestandlich ist bei allen Personengruppen ein humanitärer Grund für die Aufnahme erforderlich (siehe unten Abs. 2). Dieser kann sowohl bei der/dem in Deutschland lebenden Schutzberechtigten als auch bei den im Ausland befindlichen Familienangehörigen gegeben sein.

Wenn der Tatbestand gegeben ist, eröffnet sich das Ermessen („kann“), denn es besteht, wie § 36a Abs. 1 Satz 3 nochmals klarstellt, kein Anspruch auf Familiennachzug. Die Ermessensausübung wird voraussichtlich das eigentliche Problem in der Praxis sein. Das behördliche Ermessen darf durch die Gerichte nur sehr eingeschränkt überprüft werden (§ 113 VwGO). Das Gericht darf nicht seine eigene Auffassung an die Stelle der Behördenentscheidung setzen. Es kann nur die ermessensfehlerhafte Entscheidung aufheben und die Behörde auffordern, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen ist das Ermessen der Behörde so eingeengt, dass nur eine einzige Entscheidung rechtmäßig ist. In diesen Fällen spricht man von einer ‚Ermessensreduzierung auf Null‘ und das Gericht darf durchentscheiden. Diese ‚Ermessensreduzierung auf Null‘ wird von den Gerichten i.d.R. nur bei einem eklatanten Verstoß gegen höherrangiges Recht angenommen.

Das AA wird nach Inkrafttreten der Neuregelung ermessenslenkende Richtlinien erlassen, die dann als Anhaltspunkt herangezogen werden können. Auch das Urteil des [VG Berlin vom 07.11.2017](#) zur Anwendung der Regelung in § 22 AufenthG bietet für die Anforderungen an eine Ermessensreduzierung auf Null eine gute Übersicht.

Bezüglich ausreichendem Wohnraum und Lebensunterhaltssicherung bleibt es bei den nachziehenden Eltern des/der minderjährigen subsidiär Schutzberechtigten bei dem schon von § 36 Abs.1 her bekannten Voraussetzungen, die Eingang in den Wortlaut des § 36a Abs.1 gefunden haben. Gesicherter Lebensunterhalt und ausreichender Wohnraum dürfen nicht verlangt werden.

Letzteres gilt auch für die beiden anderen Gruppen (Ehegattennachzug und Nachzug der minderjährigen Kinder zum Elternteil), obwohl es nicht im Wortlaut erwähnt wird. Grundsätzlich bleiben die bisherigen Regelungen des Familiennachzugs anwendbar, wenn sie nicht ausdrücklich von § 36a ausgeschlossen sind. Daher gilt auch für subsidiär Schutzberechtigte nach wie vor § 29 Abs.2. Dieser wird durch § 36a Abs.5 nur dahingehend geändert, dass die dreimonatige Frist für den privilegierten Familiennachzug entfällt (§ 29 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1). Die anderen Regelungen bleiben bestehen.

Nach § 29 Abs.2 Satz 2 ist daher zwingend vom gesicherten Lebensunterhalt und Wohnraum abzu- sehen, sofern keine besonderen Bindungen an einen Drittstaat bestehen (§ 29 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 bleibt anwendbar!). Bestehen derartige Bindungen, gilt § 29 Abs. 2 Satz 1, wonach im Ermessenswege von den beiden Voraussetzungen abgesehen werden kann.

§ 36a Absatz 2

(2) Humanitäre Gründe liegen insbesondere vor, wenn

- 1. die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft seit langer Zeit nicht möglich ist,*
 - 2. ein minderjähriges lediges Kind betroffen ist,*
 - 3. Leib, Leben oder Freiheit des Ehegatten, des minderjährigen ledigen Kindes oder der Eltern eines minderjährigen Ausländers im Aufenthaltsstaat ernsthaft gefährdet sind oder*
 - 4. der Ausländer, der Ehegatte oder das minderjährige ledige Kind oder ein Elternteil eines minderjährigen Ausländers schwerwiegend erkrankt oder pflegebedürftig im Sinne schwerer Beeinträchtigungen der Selbstständigkeit oder der Fähigkeiten ist oder eine schwere Behinderung hat. Die Erkrankung, die Pflegebedürftigkeit oder die Behinderung sind durch eine qualifizierte Bescheinigung glaubhaft zu machen, es sei denn, es liegen anderweitige Anhaltspunkte für das Vorliegen der Erkrankung, der Pflegebedürftigkeit oder der Behinderung vor.*
- Monatlich können 1 000 nationale Visa für eine Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 1 Satz 1 und 2 erteilt werden. Das Kindeswohl ist besonders zu berücksichtigen. Bei Vorliegen von humanitären Gründen sind Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen.*

Abs. 2 enthält beispielhaft vier Fallgruppen für einen humanitären Grund. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Andere Gründe müssen nach Art und Schwere den Regelbeispielen gleichkommen. Weitere Erläuterungen zu den vier genannten Fallgruppen finden sich in der Gesetzesbegründung:

Aus der Gesetzesbegründung zu Nr. 1: Der humanitäre Grund resultiert aus der Dauer der Trennung, die im Rahmen des Art. 6 Abs.1 GG zu berücksichtigen ist. Angeknüpft wird an den Zeitpunkt der Asylantragstellung durch die/den im Bundesgebiet lebenden subsidiär Schutzberechtigte(n). Dabei soll auch geprüft werden, ob die Herstellung der Familieneinheit in einem Drittstaat möglich ist.

Aus der Gesetzesbegründung zu Nr. 2: Es gilt deutsches Recht. Das heißt, ein(e) Ausländer(in) ist minderjährig, solange er das 18. Lebensjahr nicht vollendet

hat. Das EuGH-Urteil zum Familiennachzug zu ehemals minderjährigen Flüchtlingen ([vom 12.04.2018, Rechtssache C-550/16](#)) bezieht sich ausschließlich auf den Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen und findet keine Anwendung.

Aus der Gesetzesbegründung zu Nr. 3: Leib, Leben oder Freiheit der Angehörigen muss ernsthaft gefährdet sein, beispielsweise durch drohende Gewalt, eine drohende Rekrutierung als Kindersoldat(in), drohendem Menschen- oder Kinderhandel oder drohender Zwangsheirat. Es sollte sich nicht nur um eine rein abstrakte Gefahr handeln.

Aus der Gesetzesbegründung zu Nr. 4: Die Schwere einer Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit darf nicht nur vorübergehender Natur und nicht im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland behandelbar sein. Eine Krankheit ist schwerwiegend, wenn sie lebensbedrohlich ist oder sie aufgrund der Schwere der verursachten Gesundheitsstörung die Lebensqualität auf Dauer nachhaltig beeinträchtigt. Pflegebedürftig sind Personen, die voraussichtlich für mindestens sechs Monate gesundheitlich bedingte Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten aufweisen und deshalb der Hilfe durch andere bedürfen.

Für die Erörterung der Nr.4 ist die [Anlage zu § 2 der Versorgungsmedizin-Verordnung](#) eine nützliche Hilfe. Die Verordnung regelt die Grundsätze für die medizinische Bewertung von Schädigungsfolgen und die Feststellung des Grades der Schädigungsfolgen für die Anerkennung einer Gesundheitsstörung und enthält Kriterien für die Bewertung der Hilflosigkeit und der Stufen der Pflegezulage nach dem Bundesversorgungsgesetz. Sie wird unter anderem vom AA im Rahmen der Prüfung einer außergewöhnlichen Härte im Sinne von § 36 Abs.2 genutzt.

Alle vier genannten Beispiele betreffen Rechtsgüter, die durch Verfassungs- und Völkerrecht besonders geschützt sind (Ehe, Familie, Kinderschutz, körperliche Unversehrtheit). Diese Rechtsgüter sind nicht neu, so dass in weitem Umfang auf Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.

Abs. 2 enthält ferner eine Obergrenze von monatlich 1000 nationalen Visa für alle Personengruppen des Abs.1. Für die Steuerung wird auf die durch die AV ausgestellten Visa abgestellt. Bei deren Vergabe der Visa sind das Kindeswohl und Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen.

Die besondere Berücksichtigung des Kindeswohls ist laut Gesetzesbegründung bei der Prüfung von besonderer Relevanz. Dies gilt umso mehr, je jünger ein Kind ist. Eine besondere Schutzwürdigkeit ist für Kinder un-

ter 14 Jahren anzunehmen. Bei der Prüfung ist weiter die Unterkunft-, Betreuungs- und Personensorgesituation zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob sich das Kind im Bundesgebiet oder im Ausland aufhält. Integrationsaspekte bei den nachziehenden Familienangehörigen sind z.B. Kenntnisse der deutschen Sprache und vergleichbare Faktoren. Zu den Integrationsaspekten des/der subsidiär Schutzberechtigten zählen insbesondere die eigenständige Sicherung von Lebensunterhalt und Wohnraum auch für die nachziehenden Familienangehörigen, besondere Fortschritte beim Erlernen der deutschen Sprache, gesellschaftliches Engagement, ehrenamtliche Tätigkeit, das nachhaltige Bemühen um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder einer Berufsausbildung.

Ob humanitäre Gründe vorliegen, stellt das Bundesverwaltungsamt (BVA) im Rahmen des Visumverfahrens durch Prüfung aller relevanten Aspekte des jeweiligen Einzelfalls verbindlich fest. Es sind nunmehr mit AA/AV, BVA und der örtlichen ABH gleich drei Ämter an dem Visumsverfahren beteiligt, noch dazu die Sicherheitsbehörden.

§ 36a Absatz 3 bis 5

Absatz 3 listet Fallgruppen auf, bei denen i.d.R. die Erteilung einer AE ausgeschlossen ist. Das ist der Fall, wenn die/der in Deutschland lebende Ausländer(in) bestimmte Straftaten begangen hat, oder sein Aufenthalt sich erkennbar dem Ende zuneigt. Ausgeschlossen ist aber in der Regel auch die Erteilung an eine(n) Ehepartner(in), wenn die Ehe nicht bereits vor der Flucht geschlossen wurde (Bestandsehe).

Nach Absatz 4 gelten § 30 Abs.1 Satz 1 Nr.1 (Mindestalter beim Ehegattennachzug), Abs. 2 Satz 1 (Abweichung vom Mindestalter beim Ehegattennachzug zur Vermeidung einer besonderen Härte) und Abs. 4 (keine AE für weitere Ehegatten, wenn die/der Ausländer(in) bereits mit einem Ehegatten in Deutschland lebt) sowie § 32 Abs. 3 (Sorgerechtsregelung beim Kindernachzug) entsprechend.

In Absatz 5 schließlich heißt es:

§ 27 Absatz 3 Satz 2 und § 29 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 finden keine Anwendung.

Demnach schließt ein bestehendes Ausweisungsinteresse (§ 27 Abs. 3 S. 2) die Erteilung einer AE aus. Weiterhin findet die Dreimonatsfrist für den privilegierten Nachzug (§ 29 Abs. 2 S. 2 Nr. 1) keine Anwendung, anders als beim Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen.

Im § 104 Absatz 13 wird klargestellt, dass die Vorschriften von Kapitel 2 Abschnitt 6 des AufenthG in der bis zum 31. Juli 2018 geltenden Fassung weiter Anwendung finden auf den Familiennachzug zu Ausländer(inne)n, denen bis zum 17. März 2016 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 S. 1 2. Alternative erteilt worden ist, wenn der Antrag auf erstmalige Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Zwecke des Familiennachzugs bis zum 31. Juli 2018 gestellt worden ist.

Beratungshinweise

Erst mit Inkrafttreten der endgültigen Fassung des § 36a können klare Ratschläge für die Praxis gegeben werden. Insbesondere die Ermessensausübung in den Nachzugsverfahren wird durch noch zu erlassende Richtlinien des AA konkretisiert werden. Dennoch muss man die Änderung bereits jetzt in der Beratung berücksichtigen und kann sogar vorarbeiten.

Die Zeit bis zum 01.08.2018 nutzen Sie für die Prüfung, ob visierfähige Pässe und Personenstandsunterlagen vorhanden sind. Wenn nicht, unterstützen Sie Ihre Klient(innen) bei der Beschaffung dieser. Damit sind Ihre Klient(innen) auf alle Umstände vorbereitet und vermeiden, dass ein Familiennachzug – sollten die Angehörigen unter ein frühes Kontingent fallen – aufgrund fehlender Identitätsklärung oder Pässe scheitert. Vor dem 01.08.2018 kann allenfalls online ein Vorsprachetermin gebucht werden, wenn sämtliche Papiere und visierfähige Pässe vorhanden sind und der gebuchte Termin nicht vor dem Stichtag liegt. Daneben empfiehlt sich die Prüfung, ob ein Antrag auf ein Visum nach § 22 AufenthG in Betracht kommt.

Sofern auch ein Antrag auf ein Visum nach § 22 in Betracht kommt, können die Anträge nach §§ 22 und 36a parallel betrieben werden. Der Antrag auf ein Visum nach § 22 kann sofort, der Antrag auf ein Visum nach § 36a ab Inkrafttreten der Neuregelung gestellt werden. Die Sachverhaltssammlung im Rahmen des § 22 Satz 1 lässt sich problemlos für den späteren Antrag nach § 36a übernehmen. Dabei ist unabhängig vom gestellten Antrag ein humanitärer Grund darzulegen, wobei auf eine scharfe Trennung zwischen dem dringenden humanitären Grund des § 22 Satz 1 und dem humanitären des § 36a Abs.1 verzichtet werden kann. Im Zweifel lesen die Mitarbeitenden der Behörden ohnehin den ganzen Schriftsatz, sodass zumindest im Hinterkopf alles in die Entscheidung mit einfließt (selbst wenn es nicht ausdrücklich erwähnt wird).

Dabei liegt der Schwerpunkt der Ausführungen nicht auf der rechtlichen Problematik, die man sinnvollerweise den Rechtswält(inn)en überlässt, sondern auf der Sachverhaltsermittlung. Dies ist die Grundlage für den Antrag selbst, sowie gegebenenfalls für die spätere anwaltliche Argumentation im Rechtsmittelverfahren. Wichtig ist daher, sich auf die konkrete Lage der Familie zu konzentrieren und darzulegen, warum sich deren Lage signifikant von der anderer Flüchtlinge im gleichen Gebiet unterscheidet. Die übliche Lage der Flüchtlinge im Herkunftsgebiet reicht zur Begründung nicht aus. Allgemeine Informationen zur Situation (z.B. aufgrund von Internetrecherchen) können die konkreten Angaben der Familie bestätigen, aber nicht ersetzen.

Da es sich bei dem § 36a um eine Ermessensvorschrift handelt, muss versucht werden, die Anforderungen der ermessenslenkenden Richtlinien zu erfüllen oder eine „Ermessensreduzierung auf Null“ zu erreichen. Man ist aus den bereits geschilderten Gründen im Ergebnis von den Behörden abhängig, weil eine erfolgreiche gerichtliche Überprüfung nur bei einer „Ermessensreduzierung auf Null“ zu erreichen ist. Diese wird aber von den Gerichten nur in sehr wenigen Fällen angenommen.

Eine Haftung für Aktualität, Korrektheit oder Vollständigkeit der bereitgestellten Informationen wird nicht übernommen. Die Beratungshinweise sind explizit nur bis zum 31.07.2018 zu verwenden.



Herausgegeben von
Deutschen Caritasverband e.V.
Karlsstr. 40, 79104 Freiburg i.Br.
Telefon 0761-200-0
Fax 0761-200-211
E-Mail: migration.integration@caritas.de
Internet: www.caritas.de

Redaktion: Sophia Stockmann
Kontakt: sophia.stockmann@caritas.de

Stand 06/2018