

Auch wenn die jeweiligen Nachteile der abzuwägenden Folgenkonstellationen einander in etwa gleichgewichtig gegenüberstehen, verbietet es die mit Blick auf die Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) notwendige Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts, das angegriffene Gesetz auszusetzen, bevor geklärt ist, ob es vor der Verfassung Bestand hat

(vgl. BVerfGE 104, 51 <60>; 106, 369 <376>; 108, 45 <51>; 140, 99 <107>).

Eine Suspendierung der gesetzlichen Regelung des § 104 Abs. 13 AufenthG würde den verbleibenden Zeitraum bis zum 16. März 2018 betreffen, für den sie Geltung beansprucht, da eine frühere Entscheidung in der Hauptsache nicht zu erwarten ist. Das Ziel des Gesetzgebers, »im Interesse der Integrationssysteme in Staat und Gesellschaft« (vgl. BTDrucks 18/7538 S. 1) Einreisen der Familienangehörigen von subsidiär Schutzberechtigten in diesem Zeitraum gerade nicht zu ermöglichen, würde dadurch insoweit vollständig vereitelt. [...]«

Einsenderin: RAin Sigrun Krause, Berlin

Anmerkung

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Aussetzung des Familiennachzugs

Von Adriana Kessler, LL.M. und RAin Sigrun Krause, Berlin*

I. Einleitung

Erstmalig hat sich das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einer Entscheidung vom 11. Oktober 2017 mit der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten befasst.¹ Durch das »Asylpaket II« wurde Anfang 2016 der Familiennachzug zu in Deutschland anerkannten subsidiär Schutzberechtigten pauschal bis März 2018 ausgesetzt.² Die Regelung wurde vielfach kritisiert,³ insbesondere da mit ihr eine Änderung der Entscheidungspraxis des BAMF einherging, Asylsuchenden aus Syrien nur noch subsidiären Schutz anstatt Flüchtlingsschutz zu

gewähren. Dies führte zu zahlreichen sogenannten Upgrade-Klagen, die weiterhin alle Ebenen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beschäftigten.⁴

Die Entscheidung des BVerfG ist gerade auch im Hinblick auf die aktuellen Diskussionen zu einer potenziellen Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs relevant. Das Verfahren wurde begleitet von JUMEN e. V.⁵ Konkret ging es um den Eilantrag eines 17-jährigen Syriers in Deutschland und seiner noch in Syrien lebenden Familie (Eltern und drei minderjährige Geschwister), welche die Erteilung von Visa zum Familiennachzug nach Deutschland beehrten. Der älteste Sohn der Familie war 2015 nach Deutschland eingereist und hatte im August 2016 den subsidiären Schutz erhalten. Seine »Upgrade-Klage« auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ist noch nicht entschieden. Das BVerfG entschied wenige Tage vor dem 18. Geburtstag des Betroffenen über den Eilantrag. Es versagte Prozesskostenhilfe und Eilrechtsschutz unter Vornahme einer sogenannten Folgenabwägung. Dabei stellte es jedoch klar, dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm noch offen und in einem Hauptsacheverfahren zu klären sei. Auch machte es in seinem Beschluss Ausführungen zur Prüfung sogenannter Härtefälle gemäß § 22 AufenthG, wonach u. a. in dringenden humanitären Fällen die Aufnahme aus dem Ausland möglich ist.

II. Verfahren vor den Fachgerichten

Die Familie hatte zunächst Anträge auf Visa zur Familienzusammenführung gestellt, die jedoch nicht beschieden wurden. Daraufhin wandten sie sich im Rahmen des Eilrechtsweges an die für Visaverfahren allein zuständigen Fachgerichte, das Verwaltungsgericht (VG) Berlin und das Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg. Ihre Rechtsmittel blieben erfolglos. Beide Gerichte sahen keinen dringenden Grund, dem Eilrechtsschutzantrag stattzugeben. Eine Vorwegnahme der Hauptsache sei nicht möglich. Der Anspruch sei kraft Gesetzes ausgeschlossen. Die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg erging erst, nachdem die Verfassungsbeschwerde bereits erhoben war.

III. Zur Entscheidung

Vor dem BVerfG beantragten die Betroffenen, ihnen im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig Visa zu erteilen und hierfür Prozesskostenhilfe zu gewähren. Das

* Adriana Kessler ist Juristin, selbständig als Beraterin für Grund- und Menschenrechte in Deutschland tätig und Geschäftsführerin des gemeinnützigen Vereins JUMEN e. V. – Juristische Menschenrechtsarbeit in Deutschland (www.jumen.org). Sigrun Krause ist Rechtsanwältin in Berlin und arbeitet als Kooperationsanwältin für JUMEN e. V.

¹ BVerfG, Beschluss vom 11.10.2017 – 2 BvR 1758/17 – asyl.net: M25554, oben ausführlich zitiert.

² Vgl. § 104 Abs. 13 AufenthG, zu Einzelheiten siehe familie.asyl.net/ausserhalb-europas/begriffsbestimmungen/.

³ Zur Verfassungswidrigkeit der Aussetzung siehe Beitrag von Helene Heuser im Asylmagazin 4/2017, S. 125-131, abrufbar auf asyl.net unter Asylmagazin / Beiträge zum Aufenthaltsrecht / Themenschwerpunkt Familienzusammenführung.

⁴ Siehe dazu u. a. asyl.net Meldung vom 24.2.2017.

⁵ Juristische Menschenrechtsarbeit in Deutschland, JUMEN e. V. ist ein gemeinnütziger Verein, der sich auch durch strategische Prozessführung für den Schutz der Grund- und Menschenrechte in Deutschland einsetzt, siehe jumen.org.

BVerfG hatte, wie bei Eilverfahren gemäß § 32 BVerfGG üblich, eine Folgenabwägung vorzunehmen. Dabei betrachtete es einerseits die Nachteile, die eintreten würden, wenn es eine einstweilige Anordnung nicht erließe, die Verfassungsbeschwerde aber in der Hauptsache Erfolg hätte. Diesem Szenario stellte es andererseits die Folgen gegenüber, die eintreten würden, wenn es die einstweilige Anordnung erließe, die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber erfolglos bliebe (Rn. 9). In Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entscheidet das BVerfG grundsätzlich nicht über die Frage der Verfassungsmäßigkeit, es kann jedoch einen Zustand vorläufig regeln, wenn dies u. a. zur Abwehr schwerer Nachteile dringend geboten ist. Dabei setzt das BVerfG wegen der weittragenden Folgen regelmäßig einen strengen Maßstab an, der im vorliegenden Fall besonders hoch angesetzt wurde, weil es um die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes ging.

Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich des Elternnachzuges nach § 36 AufenthG für zulässig und nicht offensichtlich unbegründet. Denn:

»In der Hauptsache wäre voraussichtlich zu klären, ob die Regelung des § 104 Abs. 13 AufenthG, nach der ein Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten bis zum 16. März 2018 nicht gewährt wird, mit Art. 6 Abs. 1 GG in Einklang steht« (Rn. 12).

Soweit die Verfassungsbeschwerde sich auf einen Visumsanspruch zur humanitären Aufnahme nach § 22 AufenthG (sog. Härtefall) stützte, hielt das BVerfG sie für unzulässig bzw. offensichtlich unbegründet, da ein Härtefall nicht ausreichend dargelegt worden sei (Rn. 13).

III.1. Zu § 36 AufenthG (Visa zum Elternnachzug)

Das BVerfG stellte klar, dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten nach § 104 Abs. 13 AufenthG eine offene, noch zu klärende Frage ist. Dabei verwies es auf die Ausführungen von Daniel Thym⁶ einerseits und auf Helene Heuser⁷ andererseits. Für die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Aussetzung kann aus Sicht des BVerfG bedeutsam sein, inwieweit ein Härtefall nach § 22 Abs. 1 AufenthG berücksichtigt wurde, insbesondere wenn die Härte durch Umstände in der in Deutschland lebenden Person begründet ist (Rn. 13). Ob die derzeitige restriktive Anwendungspraxis zu § 22 AufenthG⁸ einer verfassungskonformen Auslegung von § 104 Abs. 13 AufenthG entgegensteht, ließ das BVerfG offen.

⁶ Daniel Thym, NVwZ 2016, S. 409, 414.

⁷ Helene Heuser, Asylmagazin 4/2017, a. a. O. (Fn. 3), S. 127.

⁸ Im Einzelnen hierzu siehe Beitrag von Anna Schmitt und Sebastian Muy im Asylmagazin 6/2017, S. 217-222.

III.2. Zu § 22 Abs. 1 AufenthG (Visa aus humanitären Gründen)

Obwohl das BVerfG die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich eines sogenannten Härtefalles gemäß § 22 AufenthG für unzulässig bzw. unbegründet hielt, äußerte es sich ausführlich zu den maßgeblichen Kriterien für § 22 AufenthG. Dabei machte es deutlich, dass gerade auch die Situation der in Deutschland subsidiär schutzberechtigten Person mit zu berücksichtigen ist. Damit erteilte das BVerfG der bisherigen Praxis des Auswärtigen Amtes eine Absage, wonach zumeist auf das Einzelschicksal der nachziehenden Personen abgestellt wurde.

Konkret stellte das BVerfG auf folgende Kriterien bezüglich der in Deutschland schutzberechtigten Person ab (Rn. 13): Umstände der Ausreise aus dem Herkunftsland sowie der Einreise nach Deutschland, unter anderem, mit wem diese erfolgte; ihre Wohn- und Betreuungssituation, unter anderem Inobhutnahme, Zusammenwohnen und gelebter Kontakt mit Verwandten außerhalb der Kernfamilie (hier ein Onkel). Weiter spielte der Gesundheitszustand des in Deutschland lebenden Minderjährigen eine wichtige Rolle. So ging das Gericht auf eine geltend gemachte psychische Erkrankung ein und hielt z. B. aktuelle Angaben für erforderlich, um eine behauptete Verstärkung einer depressiven Symptomatik nachzuweisen.

Es ist kritisch zu bewerten, dass das BVerfG davon ausgeht, dass sich die Situation einer den Nachzug begehrenden Familie »maßgeblich von der Situation anderer Familien, die durch die Ausreise eines (noch) minderjährigen Kindes und dessen Aufnahme in die Bundesrepublik Deutschland getrennt sind« unterscheiden muss (Rn. 13). In Anbetracht dessen, dass es eine Vielzahl von Fällen geben dürfte, die die vom BVerfG genannten Kriterien für einen Härtefall erfüllen, wird es in der Praxis wohl darauf ankommen, wer in der Lage ist, die konkrete Situation der Familie gut darzulegen. So dürfte es z. B. wichtig sein, aktuelle Atteste zum Gesundheitszustand vorzulegen und Ausführungen zum weiteren Verlauf der Erkrankung vorzutragen.

Leider hat das BVerfG nicht die Gelegenheit genutzt, genauere Kriterien für eine verfassungs- und menschenrechtskonforme Auslegung von § 22 AufenthG aufzustellen. Ausführungen zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Beeinträchtigung des Kindeswohls im Sinne von Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) auszugehen ist, wären für die Beratungs- und Entscheidungspraxis wünschenswert gewesen. Das BVerfG hat die Chance verpasst, die Anforderungen an eine wohlwollende, humane und beschleunigte Bearbeitung von Anträgen auf Familienzusammenführung aufzuzeigen. Es führt dazu lediglich aus, dass fast volljährige Minderjährige weniger auf ihre Eltern angewiesen seien als jüngere Minderjährige und der Zeitraum kurz vor Volljährigkeit generell keine besondere Schutzbedürftigkeit begründe. Konkrete Umstände, die zu einer Schutzbedürftigkeit führen, werden nicht genannt (Rn. 17).

Auch ließ das BVerfG offen, ob die aktuelle Verfahrenspraxis der Härtefallprüfung überhaupt eine verfassungskonforme Auslegung der Aussetzung des Familiennachzuges ermöglichen kann. Dies ist zu bezweifeln. Der Einstieg in das Visumsverfahren wird derzeit über ein schwer zugängliches und wenig transparentes Vorprüfungsverfahren beim Auswärtigen Amt geregelt. Bisher wurden gerade einmal 23 Visa gemäß § 22 AufenthG erteilt.⁹

III.3. Zur Folgenabwägung

Im Ergebnis entschied das BVerfG, dass die (negativen) Folgen auf Seiten der Familie geringer wogen als das Interesse an dem Bestehen des Gesetzes, wenngleich es den Interessen der Familie ein hohes Gewicht zusprach.

Zunächst berücksichtigte das BVerfG, dass der Anspruch auf Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft in Deutschland ohne eine einstweilige Anordnung endgültig vereitelt würde (Rn. 15). Gleichwohl betonte es, dass das Recht auf Elternnachzug nur bis zur Volljährigkeit des Kindes, also im vorliegenden Fall nur noch wenige Tage bestehe (Rn. 16). Dabei verwies das BVerfG auf die gesetzliche Ausgestaltung des Aufenthaltsrechts und das momentane Verständnis der Fachgerichte, wonach es bei der Volljährigkeit auf den Zeitpunkt der Einreise der nachziehenden Familienmitglieder ankommt.¹⁰ Der Hinweis, dass dieses Verständnis von den Beschwerdeführenden nicht angegriffen wurde, könnte durchaus so verstanden werden, dass das Abstellen auf den Zeitpunkt der Einreise der nachziehenden Eltern verfassungsrechtlich angreifbar ist.

Laut BVerfG könne ferner nicht berücksichtigt werden, dass der Familie eine Rückkehr nach Ablauf des Rechts auf Elternnachzug aufgrund des Bürgerkrieges unzumutbar sei, da der Schutzzweck der Vorschriften zum Familiennachzug dies nicht erfasse. Dabei bezog sich das BVerfG auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach die Erteilung von Visa zur Stellung von Asylanträgen im Unionsrecht nicht möglich sei.¹¹

Problematisch erscheint, dass das BVerfG bei der Folgenabwägung darauf abstellt, dass das Visum im vorliegenden Fall erst wenige Monate vor der Volljährigkeit des in Deutschland schutzberechtigten beantragt wurde (Rn. 17). Damit verkennt es die Schwierigkeiten beim Zugang zum Visumsverfahren, die seit der Aussetzung des Familiennachzuges ab März 2016 bestanden. Denn bis zur Einführung des Vorprüfungsverfahrens im Januar 2017 gab es faktisch keine Möglichkeit für eine Antrag-

stellung.¹² Die Visaanträge der betroffenen Familie wurden im Februar 2017 gestellt.

Den Interessen auf Seiten der Familie stellt das BVerfG schließlich gegenüber, dass eine einstweilige Anordnung – die allein mit verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Regelung des § 104 Abs. 13 AufenthG begründet werden könnte – »für alle anderen Fälle des Familiennachzugs zu minderjährigen unbegleiteten Flüchtlingen mit subsidiärem Schutzstatus ebenso gelten [müsste], was im Ergebnis der Aussetzung des Vollzugs der gesetzlichen Regelung gleichkäme« (Rn. 18).

Da dies einen erheblichen Eingriff in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers darstelle, seien die Hürden hierfür sehr hoch und im vorliegenden Fall mit Blick auf die Gewaltenteilung nicht überwindbar. Dennoch hebt das BVerfG hervor, dass die jeweiligen Nachteile für beide Seiten – also endgültige Vereitelung der Wiederherstellung der familiären Lebensgemeinschaft versus Außer Vollzugsetzung der gesetzlichen Aussetzung des Familiennachzugs – sich in etwa gleichwertig gegenüberstehen. Damit betont es den hohen Stellenwert des Rechts auf Familie nach Artikel 6 Abs. 1 GG.

IV. Bedeutung für die Praxis

Für die Beratungspraxis folgt aus dem Beschluss, dass Anträge für sogenannte Härtefälle gemäß § 22 AufenthG insbesondere auch mit der Situation der in Deutschland lebenden subsidiär schutzberechtigten Person begründet werden sollten (vor allem, wenn es sich um unbegleitete Minderjährige handelt). Insbesondere sollten Ausführungen zu den Umständen ihrer Ausreise aus dem Herkunftsland, Einreise nach Deutschland, zur Betreuungs- und Wohnsituation sowie zur (psychischen) Gesundheit erfolgen. Die Anforderungen an die Darlegung bleiben dabei leider sehr hoch.

⁹ Vgl. BT Drucksache 18/13581 vom 15.9.2017, Antwort auf Frage Nr. 7 von Ulla Jelpke, S. 11, online abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/135/1813581.pdf>

¹⁰ BVerwGE 146, 189 <194 ff.>

¹¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 7.3.2017 – C-638/16 PPU X. und X. gg. Belgien – asyl.net: M24792, NJW 2017, S. 1293.

¹² Vgl. Fachinformationen des DRK Suchdienstes von November 2016 und März 2017, abrufbar auf familie.asyl.net/checklisten-merkblaetter/.