

Härtefallkommissionen als letzter Ausweg aus einem prekären Aufenthalt?

1. Die Härten des Gesetzes

Unser Migrationsrecht bringt trotz der fast überperfektionistischen Regelungsdichte immer noch in vielen Fällen für die Betroffenen unzumutbare Härten mit sich. Im Aufenthaltsgesetz finden sich zahlreiche und höchst unterschiedliche „Härtegrade“ von der einfachen über die besondere bis zur außergewöhnlichen Härte.

So kann von der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung der „ausreichenden Kenntnisse der deutschen Sprache“ und den „Grundkenntnissen der Rechts- und Gesellschaftsordnung“ bei Erteilung einer Niederlassungserlaubnis (§ 9 Abs. 2 S. 2 AufenthG) oder einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG (§ 9a Abs. 2 S. 2 iVm. § 9a Abs. 2 S. 2 AufenthG) zur Vermeidung einer Härte abgesehen werden.

Eine Erlaubnis zum kurzfristigen Betreten des Bundesgebiets bei einem Einreiseverbot kann erteilt werden, wenn andernfalls die Versagung eine „unbillige Härte“ bedeuten würde (§ 11 Abs. 2 S. 1 AufenthG).

Besondere Härten finden wir beim Ehegattennachzug hinsichtlich des Mindestnachzugsalters von 18 Jahren in § 30 Abs. 2 AufenthG, beim eigenständigen Aufenthaltsrecht der Ehegatten nach § 31 Abs. 2 AufenthG, beim Kindernachzug nach § 31 Abs. 4 AufenthG, bei der Wiederkehroption nach § 37 Abs. 2 AufenthG, und bei der Altfallregelung in Fällen der „Sippenhaft“ bei Begehung von Straftaten nach § 104a Abs. 3 S. 4 AufenthG.

Aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis verlängert werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebiets eine „außergewöhnliche Härte“ bedeuten würde. „Außergewöhnlich“ muss die Härte auch beim Nachzug der Eltern oder sonstiger Familienangehöriger sein (§ 36 Abs. 2 AufenthG).

In § 23a AufenthG ist schließlich schlicht von „Härtefällen“ die Rede.

2. Entstehungsgeschichte und Struktur des § 23a AufenthG

Nach § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG darf die oberste Landesbehörde anordnen, dass einem Ausländer, *der vollziehbar ausreisepflichtig* ist (vgl. § 58 Abs. 2 AufenthG), abweichend von den im Aufenthaltsgesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel in Härtefällen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn eine von der Landesregierung durch Rechtsverordnung eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht (Härtefallersuchen). Begünstigt werden kann nur ein Ausländer, der sich bereits im Bundesgebiet aufhält.

Das Härtefallkommissionsverfahren ist aufgrund seiner Entstehungsgeschichte und seines Wesens eine Melange aus „säkularisiertem“ Kirchenasyl, einer besonderen Form subsidiären Schutzes, Gnadenrecht und einfachgesetzlichem Petitionsrecht. Mit § 23a AufenthG soll einer seit vielen Jahren von karitativen Organisationen, von Kirchen, Flüchtlingsverbänden, aber auch aus den Reihen der Länder erhobenen Forderung nach einer "Härtefallklausel" Rechnung getragen werden. In besonders gelagerten Härtefällen soll bei Vorliegen dringender humanitärer oder persönlicher Gründe, die im Rahmen des Systems der Aufenthaltsgewährung nicht gebührend berücksichtigen werden konnten, die Möglichkeit geschaffen werden, dass *vollziehbar ausreisepflichtigen* Ausländern abweichend von den im Aufenthaltsgesetz geregelten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für die Gewährung eines Aufenthaltsrechts ein Aufenthaltstitel erteilt wird.

Es muss aber von Anfang an vor überzogenen Hoffnungen gewarnt werden. Das Härtefallverfahren ist nicht dazu geeignet, alle Widrigkeiten und Ungerechtigkeiten des Lebens oder alle Härten des Gesetzes ausgleichen. Die Vorschrift ist darauf gerichtet, einen Einzelfall humanitär zu lösen, der bei der Anwendung des Gesetzes sonst nicht gerecht behandelt werden kann.¹ Daraus folgt, dass eine Härtefallkommission keine „Superrevisionsinstanz“ oder „letzte Instanz“ ist, die neben oder nach dem Verwaltungsverfahren und einem möglichen Gerichtsverfahren zum Einsatz kommt und faktisch verfassungs- und gesetzeskonforme Entscheidung annullieren soll². Vielmehr geht es darum, für die ausländerrechtliche Entscheidungspraxis einen Handlungsspielraum zugunsten der von besonders

¹*Der Verfasser ist Vorsitzender Richter am VG Gießen und Lehrbeauftragter; der Aufsatz beruht auf einem Vortrag des Verfassers anlässlich der ersten Herbsttagung des Netzwerkes Migrationsrecht vom 9.11.-11-11.2007 an der Katholischen Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart in Stuttgart Hohenheim.

Renner AuslR, 8.Aufl. § 23a Rdnr. 10

² So auch die krit. Kap. III.1.10 des Berichts der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ v. 4.7.2001, S. 168.

dringenden humanitären und persönlichen Härten betroffenen Ausländer zu schaffen. § 23a AufenthG stellt daher eine Regelung mit Ausnahmecharakter für besonders gelagerte und außerordentliche Einzelfälle dar („*Ultima-Ratio-Funktion*“).³

Allerdings sah der ursprüngliche Entwurf der Bundesregierung neben der Aufenthaltsgewährung durch die obersten Landesbehörden (§ 23 AufenthG), der Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz (§ 24 AufenthG i.V.m der RL 200155/EG) und dem Aufenthalt aus humanitären Gründen (§ 25 AufenthG) keine besondere Aufenthaltsgewährung in Härtefällen vor.⁴ Ihre Einführung beruht auf der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses.⁵

Der Gesetzgeber hat aber auf eine „*allgemeine Härteklause*l“ für die Erteilung eines Aufenthaltstitels verzichtet. Auch die Zuwanderungskommission kam zu dem Ergebnis, dass eine solche der Steuerungsfunktion von Zuwanderungsregelungen zuwiderlaufe und aus rechtspolitischen und rechtssystematischen Überlegungen sowie mit Blick auf die Empfehlungen zur Verbesserung der Rechtssituation geduldeter Ausländer nicht zu empfehlen sei.⁶

3. Kritik an der Einrichtung und Besetzung der Härtefallkommissionen

An der Einrichtung und Besetzung der Härtefallkommissionen werden im Schrifttum zum Teil massive Kritik geübt und verfassungsrechtliche Bedenken geäußert. Kritisiert wird, dass mit § 23a AufenthG ein „systemfremdes Rechtsinstitut“ geschaffen wurde, das weder mit dem strafrechtlichen Gnadenrecht noch mit dem Petitionsrecht zu vergleichen sei. Die Vorschrift ziele auf Akzeptanz des neuen Flüchtlingsrechts bei „Unterstützergruppen“ ab.⁷ Die Besetzung einer Härtefallkommission mit Angehörigen der „Unterstützungsgruppen“ stelle eine Erscheinung des „Outsourcing“ dar⁸, „die der Flucht in die organisierte Verantwortungslosigkeit Vorschub leiste und so das Demokratieprinzip lockere“⁹. Seine Voraussetzungen seien unbestimmt und das detaillierte Normprüfungsprogramm für die Vergabe humanitärer Aufenthaltsrechte werde partiell außer Kraft gesetzt. Die Aufenthaltsgewährung nach freiem Ermessen sei

³ Vgl. *Storr in: Storr u.a* (Hrsg.), Kommentar zum ZuwandG, § 23a Rdnr. 6; *Groß*, ZAR 2005, 65.

⁴ Vgl. BT-Drs. 15/420 v. 7.2.2003.

⁵ BT-Drs. 15/3479 v. 30.6.2004, Anlage, zu Art. 1 Nr. 18 und Art. 15 Nr. 4.

⁶ Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ v. 4.7.2001, S. 169.

⁷ So *Schönenbroicher* ZAR 2004, 353

⁸ *Gerster in: Fritz u.a.* (Hrsg.), *Im Geiste der Demokratie und des sozialen Verständnisses*, Köln 2007, S. 393 (403).

⁹ *Hailbronner* AusIR, § 23a AufenthG Rdnr. 18.

weder mit dem Vorbehalt des Gesetzes noch mit dem Grundsatz der Gesetzesbindung aus Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar. Vereinzelt sah man sogar fast schon apokalyptisch den „Rechtstaat auf Abwegen“ und einen „Rückfall in Denkweisen und Mechanismen der Herrschaftsausübung des Absolutismus“.¹⁰

Die teilweise völlig überzogene Kritik und unsachliche Polemik verwundert umso mehr, als für die bereits seit langem bestehenden Härtefallkommissionen in den Ländern Berlin (seit 1990), Nordrhein-Westfalen (seit 1996)¹¹, Schleswig Holstein (seit 1996), Mecklenburg-Vorpommern (seit 1999) und Brandenburg (seit 2004)¹², deren Arbeit durchweg positiv bewertet wird¹³, mit § 23a AufenthG erstmals eine gesetzliche Grundlage für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aufgrund eines Ersuchens normiert wird. Damit wird gerade rechtstaatlichen Bedenken Rechnung getragen.

So hat der Vorsitzende der Härtefallkommission Nordrhein-Westfalen in der Anhörung des Bundesministeriums des Innern zur Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes hervorgehoben, dass an der Einrichtung von Härtefallkommissionen festgehalten werden sollte, da sie die Einbindung nicht staatlicher Organisationen in die schwierigen und gesellschaftlich umstrittenen ausländerrechtlichen Entscheidungen gewährleisten würden. Gleichzeitig würden sie den Dialog zwischen staatlichen und nicht staatlichen Stellen in der Umsetzung des Ausländerrechtes institutionalisieren.¹⁴ Es geht also ganz und gar nicht um eine „Privatisierung“ einer hoheitlichen Aufgabe oder das Abschieben von Verantwortung, sondern um die Einbindung von fachkundigen Bürgern aus unterschiedlichen gesellschaftlichen Bereichen und die erhöhte Akzeptanz hoheitlicher Entscheidungen.

Es ist auch fraglich, ob der verfassungsrechtliche Diskurs in der Sache entscheidend weiterführt. Das VG Münster hat zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Verfassungswidrigkeit des § 23a Abs. 1 AufenthG dem betroffenen Ausländern nicht weiterhelfen könnte, weil er sich dann auch und erst recht nicht auf die Vorschrift berufen könnte.¹⁵ Eine Liquidation der Regelung kann auch nicht im öffentlichen Interesse liegen,

¹⁰ *Schönenbroicher* ZAR 2004, 351.

¹¹ Zur Arbeit der Härtefallkommission Nordrhein-Westfalen, *Weber*, ZAR 2005, 203.

¹² Zur Praxis der Härtefallkommission in Brandenburg vgl. *Berger* in: *Barwig* u.a. (Hrsg.), *Perspektiven im Ausländerrecht?*, S. 520.

¹³ *Lüke* ZAR 2004, 397 (402); zur Praxis der Härtefallkommission in Brandenburg vgl. *Berger* in: *Barwig* u.a. (Hrsg.), *Perspektiven im Ausländerrecht?*, S. 520.

¹⁴ *Bundesministerium des Innern*, Bericht zur Evaluierung des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz), Juli 2006, Evaluierung, Anlagenband II, S. 119.

¹⁵ VG Münster, Beschl .v.18.8.2005 -L 683/05-.

weil - trotz der gesetzlichen Altfallregelung und einer sich bereits abzeichnenden engherzigen Auslegung im Hinblick auf die Lebensunterhaltssicherung und des Ausschlussgrundes der fehlenden Mitwirkung nach § 104a Abs. 1 Nr. 4 AufenthG- einige Geduldete voraussichtlich weiterhin in die Illegalität oder ins Kirchenasyl abgedrängt werden oder im günstigsten Fall ohne solide Lebensperspektive über Jahre kettengeduldet werden. Es besteht auch die Gefahr, dass ein Beschluss von allen Seiten nur zur Abschaffung des nicht obligatorischen Verfahrens in den Ländern führen könnte und damit ein zusätzlicher Rettungsanker für Flüchtlinge verloren ginge. Deshalb wird auch zu Recht ein zurückhaltender Umgang mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit angemahnt, zumal das Bedürfnis für eine Härtefallverfahren im Ausländerrecht als unstreitig bezeichnet werden könne.¹⁶

4. Immer neue Härten im Bereich des Aufenthalts aus humanitären Gründen

Es ist fast tragisch, dass der Gesetzgeber scheinbar alles daran setzt, im Migrationsrecht ständig neue Härten zu produzieren und danach versucht, sie durch Härtefall, Bleibe- und Altfallregelungen wieder auszugleichen. So wurde jüngst mit dem 2. Änderungsgesetz zum Zuwanderungsgesetz („Richtlinienumsetzungsgesetz“)¹⁷ durch die Altfallregelungen der §§ 104a und b AufenthG der Aktionsradius zur Gewährung humanitärer Bleiberechte nicht nur erweitert, sondern im Gegenzug die Option der Legalisierung des Aufenthalts aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 4 AufenthG weiter im Sinne einer restriktiven Handhabung eingeschränkt und in § 60a AufenthG die Ermessensduldung wieder eingeführt. Nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzentwurfs zum ZuwandG sollte die Duldung überhaupt abgeschafft und für einen Teil der Betroffenen die umstrittene Praxis der „Kettenduldung“ beendet werden.¹⁸ Im Laufe der parlamentarischen Beratungen ist aufgrund einer Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses § 60a AufenthG in den Gesetzentwurf eingefügt worden, ohne der Duldung eine damit über das bisherige Ausländerrecht hinausgehende Bedeutung beizumessen.¹⁹ Mit der Beibehaltung der Duldung in bestimmten Fällen sollte der generellen Tendenz des Regierungsentwurfs zu einer großzügigeren Gewährung von Aufenthaltsrechten an Ausreisepflichtige bis zu einem gewissen

¹⁶ Vgl. *Storr in: Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Zimmermann-Kreher*, Kommentar zum ZuwandG, 1. Aufl. 2005, § 23a AufenthG Rdnr. 18.

¹⁷ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. 8.2007 (BGBl. I S. 1970), vgl. hierzu *Huber NVwZ* 2007, 977.

¹⁸ BT-Drs. 15/420, S. 62, 64 u. 80.

¹⁹ Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 6.11.2005 -18 B 2801/04 -.

Grade entgegengewirkt werden.²⁰ An die Stelle der Ermessensduldung trat – allerdings nach Meinung des Bundesministeriums des Innern nur bei einem *rechtmäßigen* Aufenthalt- die Möglichkeit der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG.²¹ Mit einer großzügigen Anwendung des § 25 Abs. 4 AufenthG hätte dem Missbrauch der Duldung als „Pseudoaufenthaltstitel“ und dem Unwesen jahrelanger Kettenduldungen entgegengewirkt werden können. In zahlreichen Härtefällen wäre die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt in Betracht gekommen und hätte eine Entscheidung über eine Petition oder einen Antrag nach § 23a AufenthG oder eine generelle Altfall- bzw. Bleiberechtsregelung in vielen Fällen entbehrlich gemacht. Durch das „Richtlinienumsetzungsgesetz“ wurden in § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG die Worte „nicht vollziehbar Ausreisepflichtigen“ eingefügt. Nach der Intention des Gesetzgebers soll damit klargestellt werden, dass die Vorschrift –im Gegensatz zu § 25 Abs. 5 AufenthG- einen *rechtmäßigen Aufenthalt* voraussetzt. Vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer können somit nur noch nach den Regelungen des § 25 Abs. 4a und 5, § 23a AufenthG oder § 104a AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erhalten. Die Änderung erfolgte, da sowohl in Literatur²² und Rechtsprechung²³ als auch nach einigen Ländererlassen²⁴ die Vorschrift auch auf vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer zur Anwendung kommen sollte, um einen Leerlauf der Vorschrift zu vermeiden. Gleichzeitig wurde mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz in § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG die alte Ermessensduldung wieder eingefügt. Danach kann einem Ausländer eine Duldung erteilt werden, „wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehend weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.“ Damit wäre wieder alles beim Alten. Ein wunderbares Beispiel parlamentarischer Selbstbeschäftigungstherapie.

§ 23a AufenthG ist eine Regelung mit Verfallsdatum. Die Chance auf „Gnade vor Recht“ soll nur übergangsweise gewährt werden. Nach Art. 15 Abs. 4 ZuwandG

²⁰ Vgl. Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 15/955, S. 26

²¹ Vgl. *Funke-Kaiser* GK-AufenthG, § 60a Rdnr. 1 bis 3.

²² Vgl. *Göbel-Zimmermann* in: *Barwig* u.a. (Hrsg.), *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, S. 474 (478); *ders.* ZAR 2005, 278; *Benassi* InfAuslR 2005, 357 (358); *Renner* AuslR, 8. Aufl., § 25 AufenthG Rdnr. 58.

²³ OVG Lüneburg, AuAS 2005, 349 und NVwZ-RR 2006, 572.

²⁴ Nr. 3.2 des Erlasses des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004 und Nr. 3 der Auslegungshinweise zur Aufenthaltsgewährung aus humanitären Gründen des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 27.7.2005.

treten sowohl § 23a AufenthG als auch die auf ihm beruhenden landesrechtlichen Rechtsverordnungen am 31.12.2009 außer Kraft.

Der Übergangscharakter könnte darauf hindeuten, dass der Gesetzgeber nur die Abwicklung von Altfällen im Auge hatte. Dagegen spricht allerdings, dass mit den §§ 104a und 104b AufenthG nunmehr *zusätzlich* gesetzliche Altfallregelungen geschaffen wurden, nachdem die Umsetzung der durch die Innenministerkonferenz am 17. November 2006 beschlossenen Bleiberechtsregelung nicht zu dem erwünschten Erfolg geführt hat.²⁵ Eine andere Frage wird sein, ob im Hinblick auf diese Regelungen bei der Entscheidung des Gesetzgebers über eine eventuelle Verlängerung über die Geltungsdauer hinaus noch ein Bedürfnis für ein Härtefallverfahren besteht. Dies wird auch entscheidend davon abhängen, wie wohlwollend die Ausländerbehörden mit den Altfallregelungen umgehen werden.

Wie viele vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer von der Einrichtung der Härtefallkommissionen profitieren, hängt unter anderem davon ab, wie viele Fälle von den Kommissionen, die nur im Wege der Selbstbefassung – überwiegend auf Antrag eines Mitglieds – tätig werden können, überhaupt zur Beratung angenommen werden, welche mehr oder weniger strengen formellen (etwa Mindestquorum, Einrichtung eines Vorprüfungsausschusses etc.) oder materiellen Voraussetzungen an die Annahme eines Härtefalles geknüpft werden bzw. welche Ausschluss- bzw. Versagungsgründe vorgesehen sind und wie willig die Landesinnenministerien sind, dem Ersuchen der jeweiligen Härtefallkommission Folge zu leisten.

Im Rahmen der Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes durch das Bundesministerium des Innern wurde die Einführung der gesetzlichen Härtefallregelung weitgehend positiv beurteilt.²⁶ Nach dem Evaluierungsbericht vom Juli 2006 seien laut Ausländerzentralregister (Stand: 31.5.2006) in 1.283 Fällen Aufenthaltserlaubnisse nach § 23a AufenthG erteilt worden.¹²⁶ Das Bundesministerium des Innern wies allerdings darauf hin, dass die tatsächliche Zahl weitaus höher liegen dürfte, da die Nachmeldung einiger Länder für 2005 noch nicht abgeschlossen gewesen sei.

²⁵ Vgl. zu den Ergebnissen der IMK-Bleiberechtsregelung Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Petra Pau u.a. und der Fraktion Die Linke BT-Drs. 16/6832.

²⁶ *Bundesministerium des Innern*, Evaluierungsbericht, Fn. 14, S. 84 unter Bezugnahme auf die Stellungnahmen der Länder, Anlagenband II, jeweils zur Frage I. 6. i; auch amnesty international, Deutscher Caritasverband, Deutsches Rotes Kreuz und Diakonie begrüßten die Einführung der Härtefallregelung, s. Stellungnahmen jeweils zu § 23a AufenthG, Anlagenband II.

Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge hat zum Stichtag 23.5.2007 eine Auswertung der von den Härtefallkommissionen der Länder übersandten Tätigkeitsberichte 2006 vorgelegt.²⁷ Der Bericht der hessischen Härtefallkommission wurde nachgereicht.²⁸ Allerdings klagte das Bundesamt über die Heterogenität der Tätigkeitsberichte mit ihren unterschiedlich gewählten Berichtszeiträumen, unterschiedlichen Statistiken, unterschiedlichen Geschäftsordnungen, unterschiedlichen Verfahrensabläufen und unterschiedlich verwendeten Begriffbestimmungen, sodass eine Vergleichbarkeit nur eingeschränkt möglich sei. Aufgrund der von den Ländern zur Verfügung gestellten Zahlen ergibt sich, dass in den Jahren 2005-2006 mehr als 2000 Personen aufgrund eines Härtefallkommissionsverfahrens einen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erlangen konnten. Die höchste Quote an positiven Härtefallersuchen, bezogen auf die in einer Härtefallkommission behandelten Fälle, verzeichnetet Bremen mit ca. 80 % gefolgt von Berlin, Brandenburg, Hamburg, Saarland und Sachsen mit jeweils über 60 %. Die niedrigste Quote diesbezüglich wies Nordrhein-Westfalen mit 18,9 % auf. Die zweithöchste Quote diesbezüglich verzeichnen Berlin und Saarland mit je ca. 39 % Nichtstattgaben durch die Innenbehörde. Die Innenministerien der Länder Bremen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz gaben den Ersuchen jeweils zu 100 % statt, Sachsen-Anhalt zu 94%.

5. Bestimmung der Härtefallkommissionen durch Landesverordnung

Die Anwendbarkeit des § 23a AufenthG setzt voraus, dass die jeweilige Landesregierung durch Rechtsverordnung die in § 23a Abs. 1 AufenthG genannte Stelle als Härtefallkommission bestimmt hat. Hierzu sind die Landesregierungen durch § 23a Abs. 2 AufenthG ermächtigt, aber nicht verpflichtet. Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung auch bestimmen, dass andere als oberste Landesbehörden die Anordnung über die Aufenthaltsgewährung in Härtefällen treffen. Dies ist in Nordrhein-Westfalen der Fall, wonach den Ausländerbehörden diese Aufgabe übertragen wurde, was sich ausweislich der Statistik geradezu als kontraproduktiv erwiesen hat. Dies verwundert kaum, da die Sache in vielen Fällen just bei der Behörde landet, die in vielen Fällen mit einer

²⁷http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/Newsletter_Anhaenge/126/2007-06-23_Auswertung_Taetigkeitsberichte_2006.pdf.

²⁸ Bericht über die Tätigkeit der Härtefallkommission beim Hessischen Minister des Innern und für Sport 2005/2006, Berichtszeitraum: 21.5.2005 (Konstituierung) bis 31.12. 2006 1.Tätigkeitsbericht

negativen Entscheidung „den Stein ins Rollen gebracht hat“ und deshalb wenig geneigt sein dürfte, ihre ursprüngliche Entscheidung zu revidieren.

Durch Rechtsverordnung wird auch die Zusammensetzung der Härtefallkommission bestimmt. Bestimmte gesetzliche Vorgaben bestehen insoweit nicht. Dies gilt auch für eine mögliche Geschäfts- oder Verfahrensordnung.

Härtefallkommissionen wurden eingerichtet durch entsprechende Rechtsverordnungen der Landesregierungen in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen.²⁹ Die „Petitionsausschusslösung“ (nur Landtagsabgeordnete) wurde gewählt in Hamburg und Hessen.³⁰

Interessant sind auch die Geschäftsordnungsregeln hinsichtlich des Verhältnisses des Härtefallkommissions- zum Petitionsverfahren.

So gilt in Bayern der Vorrang des Petitionsverfahrens. War oder ist ein Fall bereits im Petitionsausschuss anhängig, so kann sich die Härtefallkommission damit nur befassen, wenn der Petitionsausschuss dies ausdrücklich vorschlägt.³¹ Der Petitionsausschuss kann aber immer angerufen werden, auch wenn sich die Härtefallkommission bereits mit dem Fall befasst hat. Nach der Geschäftsordnung der hessischen Härtefallkommission sind Anträge nur in den Fällen zulässig, in denen eine Petition beim Hessischen Landtag abgeschlossen wurde. In Baden-Württemberg und Sachsen darf in gleicher Sache kein Petitionsverfahren anhängig sein.

Aufgrund der Personenidentität ist die Kommission faktisch ein Unterausschuss des Petitionsausschusses mit 19 Landtagsabgeordneten, die auf Vorschlag des Landtages vom Minister des Innern und für Sport für die Dauer der Legislaturperiode

²⁹ Baden-Württemberg VO v. 28.6.2005 (GBl. S. 455), Bayern VO v. 8.8.2006 (GVBl. S. 436), Berlin VO v. 3.1.2005 (GVBl. S. 11), Brandenburg VO v. 17.1.2005 (GVBl. II S. 46), geändert durch VO v. 20.9.2006, Bremen VO v. 12.12.2005 (GBl. 2006 S. 29), Mecklenburg-Vorpommern VO v. 25.2.2005 (GVBl. S. 84), Niedersachsen VO v. 6.8.2006 (GVBl. S. 426), Nordrhein-Westfalen VO v. 14.12.2004 (GVBl. S. 820), Rheinland-Pfalz VO v. 18.3.2005 (GVBl. S. 92), Saarland VO v. 14.12.2004 (ABl. S. 2659), Sachsen VO v. 30.7.2005 (GBl. S. 184), Sachsen-Anhalt VO v. 9.3.2005 (GVBl. S. 136), Schleswig-Holstein VO v. 11.1.2005 (GVBl. S. 101), geändert durch VO v. 11.1.2005 (GVBl. S. 9), Thüringen VO v. 5.1.2005 (GVBl. S. 1); vgl. die Übersicht sämtlicher HFK *Schwantner* –amnesty international- Internet-Hinweise zu den Härtefall-Kommissionen, http://www.fluechtlingsinfo-Berlin.de/fr/pdf/HFK_Laenderuebersicht.pdf und in *asyl-info* 11/2007, 7.

³⁰ Hamburg Gesetz v. 4.5.2005 (GVBl. S. 190), Hessen VO v. 22.2.2005 (GVBl. I S. 105).

³¹ § 3 Abs. 2 HFKomV

mit jeweils einem festgelegten Stellvertreter berufen werden. Geschäftsstelle der Härtefallkommission ist die Kanzlei des Hessischen Landtags (Petitionsreferat)³². Die Durchführung eines Petitionsverfahrens bleibt aber aufgrund verfassungsrechtlicher Verbürgung (vgl. Art. 16 Verfassung des Landes Hessen) unberührt.

Die „Petitionsausschusslösung“ mit ausschließlich Abgeordneten als Mitglieder ist weniger geeignet, die erforderliche gesellschaftliche Akzeptanz der Entscheidungen herzustellen. Die Härtefallkommission sollte aus einem möglichst breiten Spektrum von Menschen aus verschiedenen Organisationen bestehen, die sich in ihrer Arbeit mit dem Schicksal von Migranten beschäftigen und daher die erforderliche Fachkompetenz und eventuell auch das erforderliche Basiswissen hinsichtlich der komplizierten aufenthaltsrechtlichen Regelungen mitbringen. Der medizinische Sachverstand von Ärzten sollte genauso mit einbezogen werden, wie die kommunalen Körperschaften, die im Zweifel die Kosten für den Lebensunterhalt tragen müssen.

So sind in den Härtefallkommissionen der anderen Länder neben Beamten der Innen- und Sozialministerien sowie der Integrationsbeauftragten, Vertreter der katholischen und evangelischen Kirche, der kommunalen Spitzenverbände, der Flüchtlingsräte, der Ausländerbeiräte, des DGB, der Arbeitgeberverbände, amnesty international, PRO ASYL, der Landesärztekammern und der Liga der Wohlfahrtsverbände einbezogen.

Gegen die „Petitionsausschusslösung“ bestehen zudem nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Die Berufung eines Parlamentsausschusses als exekutives Empfehlungsgremium durch eine Rechtsverordnung der Hessischen Landesregierung³³ widerspricht dem Gewaltenteilungsprinzip.³⁴ § 23a Abs. 2 S. 1 AufenthG sieht ausdrücklich vor, dass *die Landesregierungen* die Härtefallkommission durch eine *Rechtsverordnung* einrichtet. Problematisch ist, dass indirekt aufgrund einer bundesrechtlichen Rechtsverordnungsermächtigung ein Gremium *des Landtags* verpflichtet wird. Die Alternative wäre der Erlass eines Gesetzes gewesen (vgl. Art. 80 Abs. 4 GG).³⁵ Es ist auch bedenklich, dass ein Organ

³² § 11 der Geschäftsordnung der Hess. Härtefallkommission vom 21.4.2005, geändert durch Beschl. der Härtefallkommission vom 28.4.2005, geändert durch Beschl. der Härtefallkommission vom 15.9.2006.

³³ Hessen: GVBl. I S. 205 –GVBl. II 310-103-.

³⁴ So auch *Groß ZAR* 2005, 61 (65).

³⁵ Krit. insoweit *Gerster* in: *Fritz* u.a. (Hrsg.), *Im Geiste der Demokratie und des sozialen Verständnisses*, Köln 2007, S. 393 (401); siehe auch Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen für ein Gesetz zur Errichtung einer Härtefallkommission)Härtefallkommissionsgesetz –

der Exekutive einem Teilorgan der Legislative eine Verwaltungsaufgabe überträgt. Ausschüsse dienen der Aufgabenerfüllung des Gesamtparlaments und können dementsprechend nur von diesem beauftragt werden. Im Übrigen verwendet das Gesetz den Begriff „Härtefallkommission“, der bereits in einigen Ländern existierte, um eigenständige Gremien zur Behandlung ausländerrechtlicher Problemfälle zu bezeichnen. Sinn und Zweck der Regelung sprechen ebenfalls dafür, ein spezialisiertes Gremium einzusetzen, da sich seine Mitglieder mit den bekanntermaßen sehr komplizierten Normen des Ausländer- und Asylrechtes auskennen sollten, um beurteilen zu können, ob ein Härtefall vorliegt.³⁶

6. Tätigkeit im Wege der Selbstbefassung (§ 23a Abs. 2 S. 2 AufenthG)

§ 23a Abs. 2 S. 2 AufenthG kann eine Härtefallkommission innerhalb ihres räumlichen Zuständigkeitsbereichs ausschließlich im Wege der Selbstbefassung tätig werden. Dies bedeutet, dass generell nur die Mitglieder der Kommission selbst einen konkreten Einzelfall in die Härtefallkommission einbringen können. Auch die Betroffenen selbst haben keinen Anspruch auf Befassung der Kommission bzw. kein Antragsrecht. Die Härtefallkommission kann aber Hinweisen nachgehen.³⁷ In § 23a Abs. 2 S. 3 AufenthG wird zusätzlich hervorgehoben, dass die Kommission nicht von Dritten dazu veranlasst werden kann, sich mit einem bestimmten Einzelfall zu befassen oder eine bestimmte Entscheidung zu treffen. Damit wird zum einen verdeutlicht, dass die Befassung der Härtefallkommission kein Rechtsbehelf ist. Zum anderen wird die Stellung der Härtefallkommission als die eines behördenunabhängigen und weisungsungebundenen Gremiums betont. Durch die explizite gesetzliche Klarstellung sollte aber wohl letztlich auch vermieden werden, die Entscheidungen der Härtefallkommissionen justiziabel zu machen.

7. Subsidiarität des Härtefallverfahrens

Die Entscheidung einer Härtefallkommission ersetzt nicht die gewissenhafte Prüfung einer Aufenthaltsgewährung durch die Ausländerbehörde.³⁸ Es ist deshalb von den

HFKG), LT-Drs. 16/2687 v. 21.9.2004.

³⁶ So *Groß* in: *Barwig* u.a. (Hrsg.), *Perspektiven im Ausländerrecht?*, S.126; vgl. Hess. Landtag, LT-Drs. 16/2688 u. 16/2760; krit. die SPD-Landtagsfraktion, LT-Drs. 16/3318.

³⁷ Nr. 23a.1.2 VAH-AufenthG.

³⁸ Auslegungshinweise des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 27.7.2005 – Az.: II 610 – 1300.1 –.

Ausländerbehörden vordringlich sorgfältig zu prüfen, ob im Ermessenswege selbst ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen, insbesondere nach § 24 Abs. 4 S. 1 oder § 25 Abs. 5 AufenthG, gewährt werden kann.³⁹ Auch sollte die gesetzliche Härtefallregelung des § 104a AufenthG wohlwollend ausgelegt und hinsichtlich der Ausschlussgründe nicht „in den Krümeln gesucht“ werden.

Der Wortlaut des § 23a AufenthG gibt andererseits nichts für die Annahme einer Subsidiarität dieser Vorschrift *gegenüber anderen Bestimmungen* des Aufenthaltsgesetzes her. Im Gegenteil ist es nach dem Wortlaut gerade unerheblich, ob der Ausländer die Ausreisepflicht auch ohne die Anwendung der Härtefallregelung abwenden könnte, solange er nur in dem Zeitpunkt, in dem er sich an eine Härtefallkommission wendet, vollziehbar ausreisepflichtig ist. Eine andere Frage ist allerdings, ob in solchen Fällen ein Härtefall vorliegen wird.

8. Abweichung von den allgemeinen Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen (§ 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG)

Ausschließlich auf den Gesetzeswortlaut fixiert bestimmt Nr. 23a 1.3 VAH-AufenthG, dass nur von den im AufenthG festgelegten allgemeinen Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel abgewichen werden könnte (§ 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG), nicht aber von Versagungsgründen nach § 5 Abs. 4 AufenthG oder Erteilungsverboten nach § 10 Abs. 3 S. 2, § 11 Abs. 1 oder § 29 Abs. 3 AufenthG.

Entgegengesetzt argumentiert das Bundesministeriums des Innern in seinem Evaluierungsbericht:zum Zuwanderungsgesetz: „Nach Auffassung des Bundesministeriums des Innern ist ein Abweichen von Vorschriften wie § 10 Abs. 3 Satz 2, § 11 Abs. 1 oder § 29 Abs. 3 AufenthG bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23a AufenthG grundsätzlich möglich, um besonders gelagerten humanitären Fallgestaltungen gerecht werden zu können. Es ist in die Entscheidung der Länder gestellt, ob sie diese Vorschriften als Ausschlussgründe in die Rechtsverordnung zur Einrichtung einer Härtefallkommission aufnehmen. Ein Abweichen von § 5 Abs. 4 AufenthG ist allerdings nicht zulässig.“⁴⁰

Auch die Länder vertreten unterschiedliche Rechtsauffassungen, insbesondere zu der Frage, ob eine Aufenthaltserlaubnis aufgrund der Härtefallregelung auch erteilt

³⁹ So ausdrücklich Nr. 4 des Erlasses des rheinland-pfälzischen Innenministeriums v. 17.12.2004 zum Vollzug des Aufenthaltsgesetzes – Az.: 19 300 –7.3160 –.

⁴⁰ Evaluierungsbericht, Fn. 14, S. 88

werden kann, wenn der Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde (§ 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG).

Eine Anwendung der im Aufenthaltsgesetz enthaltenen Versagungs- oder Ausschlussgründe ist zwar nach dem Wortlaut des § 23a I 1 AufenthG nicht ausgeschlossen. Doch sind Versagungs- und Ausschlussgründe stets auch negative Erteilungsvoraussetzungen (dies zeigt z.B. § 5 Abs. 4 AufenthG) und stehen somit der Anwendung des § 23a AufenthG nicht im Wege. Nach § 10 Abs. 3 AufenthG wären alle ehemaligen Asylbewerber, die gem. § 30 Abs. 3 AsylVfG als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden sind, generell von der Härtefallregelung ausgeschlossen. Auch dass die Anwendung der Härtefallregelung in den Fällen § 11 Abs. 1 AufenthG – also wenn ein Ausländer ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist – ausgeschlossen sein soll, ist nicht gerechtfertigt. Die Klarstellung in § 23a Abs. 1 S. 3 AufenthG wäre im Übrigen entbehrlich gewesen, wenn z. B. bereits jeder Ausweisungsgrund zum Ausschluss von der Härtefallregelung ausreichen würde. Die Einschränkung in den VAH-AufenthG widerspricht auch dem Sinn und Zweck des Verfahrens. So hebt der rheinland-pfälzische Erlass⁴¹ ausdrücklich hervor, dass die Bedeutung der Aufenthaltsgewährung nach § 23a AufenthG gerade darin liegt, dass auch besonders gelagerte Fallgestaltungen gelöst werden können, bei denen die Ausländerbehörden aus rechtlichen Gründen (z. B. wegen der §§ 8, 10 oder 11 AufenthG) gehindert sind, selbst ein Bleiberecht aus humanitären Gründen zu erteilen.

9. Ausschluss- und Versagungsgründe

Ein Ausschluss von der Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist in § 23a Abs. 1 S. 3 AufenthG „in der Regel“ z. B. im Falle der Begehung von „*Straftaten von erheblichem Gewicht*“ vorgesehen. Eine solche Formulierung ist dem Strafprozessrecht fremd. Vielmehr wird in der StPO bei verschiedenen, insbesondere verdeckten Ermittlungsmethoden und der Überwachung der Telekommunikation, auf das Tatbestandsmerkmal „Straftaten von erheblicher Bedeutung“⁴² Bezug genommen, was auch in § 25 Abs. 3 AufenthG verwendet wird. Insoweit sollte auch im Rahmen des § 23a Abs. 1 S. 3 AufenthG hierauf zurückgegriffen werden. Entscheidende Merkmale für „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ sind das

⁴¹ Erlass des rheinland-pfälzischen Innenministeriums v. 17.12.2004.

⁴² Vgl. § 98a Abs. 1, § 100c Abs. 1, § 100 h Abs. 2, § 100i Abs. 2, § 110a Abs. 1, § 131 Abs. 3, § 131a Abs. 3, § 163e Abs. 1 StPO.

Gewicht der Tat, ihre Auswirkungen und die Art der Ausführung, die Gefährlichkeit und die Gefahr der Wiederholung.⁴³ Es muss sich bei Straftaten von *erheblicher Bedeutung* jedenfalls im Hinblick auf die Wertigkeit der anderen Ausschlussgründe um Taten handeln, die mindestens dem mittleren Kriminalitätsbereich zuzurechnen sind, den Rechtsfrieden empfindlich stören oder geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.⁴⁴

Durch Landesverordnung können weitere Ausschlussgründe und qualifizierte Anforderungen an eine Verpflichtungserklärung zur Tragung der Kosten des Lebensunterhalts des Betroffenen gem. § 68 AufenthG nach Absatz 1 Satz 2 einschließlich vom Verpflichtungsgeber zu erfüllender Voraussetzungen bestimmt werden (§ 23a Abs. 2 S. 1 AufenthG).

Hinsichtlich der Ausschluss- und Versagungsgründe scheinen der Phantasie keine Grenzen gesetzt zu sein. In den verschiedenen Länderverordnungen sind diesbezüglich folgende Gründe zu finden: Aufenthalt entgegen einem Einreise- oder Aufenthaltsverbot, keine zielstaatsbezogenen Gründe, nur Gründe, die nicht bereits in einem Gerichts- oder Petitionsverfahren überprüft wurden, ausschließlich asylverfahrensrelevante Gründe, Ausreisehindernisse selbst verschuldet, nicht zur Fahndung ausgeschrieben, Termin für Rückführung steht fest, nicht vollziehbar ausreisepflichtig, keine Änderung der Sach- und Rechtslage, Ausweisung gem. §§ 53, 54 AufenthG bzw. bereits bei einer Verurteilung zu 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagesätzen in den letzten 3 Jahren oder Versagungsgrund des § 5 Abs. 4 AufenthG, Vorstrafen, die in das Führungszeugnis aufzunehmen sind, wiederholter oder gröblicher Verstoß gegen Mitwirkungspflichten oder Aufenthaltsbeendigung vorsätzlich hinausgezögert oder behindert oder Täuschung über aufenthaltsrechtlich bedeutsame Umstände, Abschiebungstermin angekündigt oder Abschiebungshaft angeordnet, die fehlende konkrete Aussicht, den Lebensunterhalt zu sichern, frühere Befassung der Härtefallkommission, in gleicher Sache Petitionsverfahren anhängig oder noch nicht durchgeführt..

Problematisch ist, dass nach den VAH-AufenthG der Ausschluss vom Familiennachzug nach § 29 Abs. 3 AufenthG auf die Härtefälle übertragen werden soll.⁴⁵ Die Vorschrift des § 23a AufenthG wird in § 29 Abs. 3 AufenthG aber gerade

⁴³ Vgl. hierzu im Einzelnen *Rieß* GA 2004, 623.

⁴⁴ So auch *Meyer-Goßner* StPO, 46 Aufl., § 98a Rdnr. 5.

⁴⁵ Nr. 23a.1.3 VAH-AufenthG.

nicht zitiert.

10. Härtefall aufgrund dringender humanitärer oder persönlicher Gründe

Zunächst ist festzuhalten, dass alle Härtefallkommissionen darauf verzichtet haben, einen „Punktecatalog“ oder eine „Checkliste“ zu entwickeln, mit deren Hilfe im Sinne eines transparenten Verfahrens schematisch über Härtefalleingaben hätte entschieden werden können. Eine rein schematische Betrachtungsweise verbietet sich allein wegen der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte, die den Eingaben zugrunde liegen. „Das Spektrum dringender humanitärer oder persönlicher Gründe für einen Verbleib in Deutschland ist deshalb bewusst weit angelegt. Solche Gründe können sich aus einer unglücklichen Konstellation oder Entwicklung des persönlichen Schicksals ergeben, die unter andere Vorschriften nicht subsumiert werden können, weil sie von den dort erfassten Sachverhalten abweichen. Sie können durch eine ungewöhnlich lange Aufenthaltsdauer ohne gesicherten Status verstärkt werden. Schließlich können sie auf einem ungünstigen Zusammenwirken von persönlichen und wirtschaftlichen Faktoren beruhen, die trotz langen Aufenthalts eine Inanspruchnahme ministerieller Altfallregelungen nach § 23 Abs.1 oder einen Abschiebungsstopperlass nach § 60a Abs. 1 AufenthG unmöglich gemacht haben.“⁴⁶

Nach § 23a Abs. 2 S. 4 AufenthG müssen „*dringende humanitäre oder persönliche Gründe*“ die „weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen“. Im Gegensatz zu § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG und § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG werden daneben „*erhebliche öffentliche Interessen*“ nicht als Gründe anerkannt.

Die beiden Merkmale stehen etwas im Widerspruch zu § 23a Abs. 1 S. 4 AufenthG, wonach die Befugnis zur Aufenthaltsgewährung „ausschließlich im öffentlichen Interesse“ besteht und keine eigenen Rechte des Ausländers begründet. Allerdings kann auch an der Erfüllung humanitärer Verpflichtungen ein öffentliches Interesse bestehen, was auch dem Gesetzeszweck nach § 1 Abs. 1 S. 2 AufenthG entnommen werden kann. Mit der Alternativformulierung, dass neben „dringenden humanitären Gründen“ auch „persönliche“ zu berücksichtigen sind, wird zwar eine flexiblere Grundlage für Entscheidungen in einem Härtefallverfahren geschaffen. Für die Annahme eines Härtefalls iSd. § 23a AufenthG müssen aber ganz besondere, herausragende Gründe vorliegen, die von den unter die übrigen Gesetzesvorschriften subsumierbaren

⁴⁶ Renner AufenthG 8. Aufl., § 23a AufenthG Rdnr. 10 .

Sachverhalten abweichen und unter Zugrundelegung von außerrechtlichen Maßstäben die Aufenthaltsgewährung in Extremfällen rechtfertigen können.

Humanitäre und persönliche Gründe sind aber immer nur verschiedene Aspekte, die im Wege einer Gesamtschau aller für und gegen eine Aufenthaltsgewährung sprechenden Gründe ermittelt und berücksichtigt werden sollten. Dabei nimmt § 23 a AufenthG eine Differenzierung zwischen inlandsbezogenen und zielstaatsbezogenen Gründen aus guten Gründen nicht vor, sodass diese auch nicht durch die Länder eingeführt werden darf.⁴⁷

Der Begriff des „*humanitären Grundes*“ wird im Aufenthaltsgesetz nicht definiert, obwohl er auch an anderen Stellen verwendet wird (§ 6 Abs. 1, § 22, § 23 Abs. 1, § 25 Abs. 4, § 29 Abs. 3, § 60 a Abs. 1 AufenthG). *Humanitäre Gründe* sind solche Umstände, die wegen ihrer Eigenart und ihres Gewichts die (sofortige) Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen als unmenschlich erscheinen lassen. Jedoch erlangt nicht jede menschliche Schwierigkeit oder Härte bereits das Gewicht eines humanitären Grundes. Dieser muss vielmehr die vorübergehende oder dauerhafte Eigenschaft einer Person oder ein ihre Lebenssituation oder -umstände im Sinne eines persönlichkeitsbezogenen Merkmals unmittelbar prägen.⁴⁸

Der Begriff des *persönlichen Grundes* war in § 55 Abs. 3 AuslG 1990 enthalten. Neben § 25 Abs. 4 AufenthG wird der Begriff seit Wiedereinführung der Ermessensduldung durch das Richtlinienumsetzungsgesetz auch in § 60 Abs. 3 S. 3 AufenthG verwendet. *Dringende persönliche Gründe* sind nach der Rechtsprechung zu § 55 Abs. 3 AuslG 1990 und § 25 Abs. 4 AufenthG u.a. die Durchführung einer Operation oder Abschluss einer ärztlichen Behandlung, die im Herkunftsland mangels personeller oder technischer Mittel nicht oder nicht in ausreichendem Maße durchgeführt werden kann, die vorübergehende Betreuung eines schwer kranken Familienangehörigen, der Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung oder eine unmittelbar bevorstehende Heirat mit einem Deutschen oder einem Ausländer, der einen Aufenthaltstitel besitzt.⁴⁹ Daneben dürften dringende humanitäre oder persönliche Gründe unter Umständen auch bei

⁴⁷ Schröder Asylmagazin 6/2004.

⁴⁸ BVerwG, NVwZ 2004, 491; VG Greifswald, Urt. v. 14.0.2005 -5 A 2032/04-.

⁴⁹ Vgl. auch Begr. zu § 25 Abs. 5 AufenthG, BT-Drs. 15/420, S. 80 und Nr. 25.4.1.3 VAH-AufenthG sowie Nr. 55.3.2 AuslG-VwV .

Krankheit, Schwangerschaft oder beim Abschluss eines sonstigen Schuljahres, wenn dieses nur noch wenige Wochen dauert⁵⁰ bzw. ein Abbruch der im Bundesgebiet begonnen Schulausbildung nicht zumutbar ist⁵¹, bei einer unmittelbar bevorstehenden Eheschließung mit einem Deutschen oder einem Ausländer mit einem Aufenthaltstitel⁵² oder zum Zwecke der Entscheidung über eine Petition vorliegen.

Die meisten Länder haben *offiziell* weder einen "Punktecatalog" noch eine "Checkliste", nach welchen sich die „persönliche Härte“ feststellen ließe. Lediglich Schleswig-Holstein hat Verfahrensgrundsätze entwickelt, die auch Kriterien für das Vorliegen dringender humanitärer oder persönlicher Gründe enthalten (wie z.B. schwerste gesundheitliche Problematiken, die im Herkunftsland nicht adäquat behandelt werden können, Kindeswohl, Trennung von engen Verwandten). Im Mittelpunkt der Entscheidung standen in allen Ländern überwiegend Fragen einer erfolgreichen Integration und Sozialisation (lange Aufenthaltszeit, Sprachkenntnisse, Ausbildung der Kinder, längerfristiges ehrenamtliches Engagement, familiäre Bindungen zu bleibeberechtigten Ausländern sowie Unzumutbarkeit der Rückkehr wegen fehlender Bindungen zum Herkunftsland, ggf. wirtschaftliche Integration durch eigene Erwerbstätigkeit oder die begründete Aussicht darauf nach erteilter Aufenthaltserlaubnis, besondere persönliche Umstände wie schwere Erkrankung, Behinderung, Opfer eines fremdenfeindlichen Überfalls).⁵³

So führte die Baden-Württembergische Härtefallkommission in ihrem Tätigkeitsbericht aus, dass sie „im Zerreißen von langjährig gewachsenen und vielfach auch erarbeiteten beruflichen und sozialen Beziehungen eine besondere persönliche Härte nicht nur für die Antragsteller, sondern auch für ihre Arbeitskollegen, Verwandte, Freunde und Nachbarn“ sieht.⁵⁴

Auch Hessen führte in seinem Tätigkeitsbericht aus, das im Mittelpunkt der Bewertung meist die Frage nach der Integration bzw. Sozialisation gestanden habe. „In vielen Fällen haben insbesondere die Kinder und Jugendlichen einen erheblichen Teil ihres Lebens in Deutschland verbracht, wurden häufig sogar hier geboren. Von

⁵⁰ Vgl. zur alten Rechtslage Nr. 55.3.2.5 AusIG-VwV.

⁵¹ Vgl. VG Braunschweig, Beschl. v. 14.3.2005 -5 B 16/05-; VG Bremen, Beschl. v. 18.1.2005 -4 V 2519/04-.

⁵² Vgl. zur alten Rechtslage Nr. 55.3.2.2 AusIG-VwV.

⁵³ *Schwantner* Fn.28; siehe auch Bericht der Härtefallkommission beim Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein, Januar 2007.

⁵⁴ Erster Tätigkeitsbericht der Härtefallkommission beim Innenministerium Baden-Württemberg Berichtszeitraum: 19.9.2005 (Konstituierung) bis 30.9.2006, S. 12.

der Härtefallkommission war neben der Länge des Aufenthalts im Bundesgebiet, der Bindungen zum Herkunftsland besonders die persönliche Lebenssituation der Betroffenen, die berufliche und soziale Integration in die deutsche Gesellschaft und der Integrationswille zu bewerten.⁵⁵

Verwundert reibt man sich die Augen und fragt sich, ob diese Fälle nicht auch im Hinblick auf die sog. Verwurzelungsproblematik aufgrund des Rechts auf Privatheit aus Art. 8 EMRK allein durch eine großzügige Handhabung des § 25 Abs. 5 AufenthG gelöst werden könnten.⁵⁶

Ist die Härtefallkommission der Auffassung, dass dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit eines Ausländers in Deutschland rechtfertigen, kann sie ein Härtefallersuchen an die oberste Landesbehörde (üblicherweise das Landesinnenministerium) oder die landesrechtlich zuständige Stelle richten. Ein positives Härtefallersuchen einer Härtefallkommission hat allerdings nur *empfehlender* Charakter, die abschließende Entscheidung wird von der obersten Landesbehörde getroffen.

Zur Sicherung des Härtefallverfahrens ist es jedoch – wie bei einem laufenden Petitionsverfahren - angezeigt, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen während der Prüfung, ob eine außerordentliches Aufenthaltsrecht gewährt werden soll, durch Verlängerung der Ausreisefrist zurückgestellt werden.⁵⁷ Nach der Geschäftsordnung der hessischen Härtefallkommission ist das zuständige Ministerium gehalten, während der Beratung eines Falles in der Härtefallkommission, die Abschiebung des Ausländers *im Rahmen des geltenden Rechts* auszusetzen, was auch immer dies heißen mag.

11. Anordnung durch die oberste Landesbehörde

Die oberste Landesbehörde entscheidet *nach Ermessen*, ob aufgrund des Härtefallersuchens die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis angeordnet wird. Hierbei handelt es sich um ein grundsätzlich „politisch-humanitäres“ Ermessen.⁵⁸ Bei der

⁵⁵ 1. Tätigkeitsbericht über die Tätigkeit der Härtefallkommission beim Hessischen Minister des Innern und für Sport 2005/2006 Berichtszeitraum: 21.4.2005 (Konstituierung) bis 31.12.2006.

⁵⁶ Zur „Verwurzelung“ von Ausländern vgl. u.a. *Hoppe*, ZAR 2006, 125; *Marx*, ZAR 2006, 261 (267); *Thym* EuGRZ 2006, 541 (542 ff.); *ders* InfAuslR 2007, 133 (135); *Bergmann* ZAR 2007, 131; VG Stuttgart, Urt. v. 26.10.2006 – 4 K 1753/06 – juris; VG Braunschweig, Urt. v. 19.9.2006 – 6 A 474/04 –, juris; OVG Magdeburg, Beschl. v. 17.7.2006 – 2 M 182/06 – juris; VGH Kassel, Urt. v. 7.7.2006 – 7 UE 509/06 – juris.

⁵⁷ Vgl. *Groß* InfAuslR, 2005, 299 (301); a.M. Nr. 23a.1.5 VAH-AufenthG.

⁵⁸ Vgl. *Hailbronner* AuslR, Stand : 8/2005, § 23a AufenthG Rdnr. 4.

Ermessensausübung sind die für und gegen die Anordnung sprechenden öffentlichen und privaten Interessen zu berücksichtigen und abzuwägen. Ob allerdings der Ermessensspielraum so weit geht, wie das Bundesministerium des Innern ihn unter Nr. 23a1.3 VAH-AufenthG versteht, ist fraglich. So führt das Bundesministerium des Innern aus, dass die oberste Landesbehörde „dem Ersuchen nicht folgen (wird), wenn das Ersuchen auf eine fehlerhafte Tatsachengrundlage gestützt, der strenge Maßstab für ein Härtefallersuchen nicht eingehalten wird, der Ausländer Straftaten von erheblichem Gewicht begangen hat oder ein in der Rechtsverordnung der Landesregierung vorgesehener Ausschlussgrund vorliegt. Für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis kann von den im Aufenthaltsgesetz festgelegten allgemeinen Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel abgewichen werden. Ein Abweichen von Versagungsgründen (§ 5 Abs. 4 AufenthG) oder Erteilungsverboten (§ 10 Abs. 3 S. 2, § 11 Abs. 1, § 29 Abs. 3 AufenthG) ist hingegen nicht zulässig.“

Eine Einschränkung der außerordentlichen Befugnis der Behörde findet sich lediglich in § 23a Abs. 1 S. 2 AufenthG, wonach die Annahme eines Härtefalls im Sinne der Vorschrift in der Regel ausgeschlossen ist, wenn der Ausländer Straftaten *von erheblichem Gewicht* begangen hat. Bei der Ermessensentscheidung *kann* nach § 23 a Abs. 1 S. 2 AufenthG auch im Einzelfall berücksichtigt werden, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung einer andere Person oder Institution nach § 68 AufenthG abgegeben wird.⁵⁹ Eine Unterhaltssicherung darf aber "nur im Einzelfall" verlangt werden. Dass der Bezug von Leistungen nach dem SGB II oder XII nicht generell schädlich ist, kann auch aus § 23a Abs. 3 AufenthG geschlossen werden.

Die oberste Landesbehörde kann sodann gegenüber der Ausländerbehörde anordnen, dass dem Ausländer ein Aufenthaltstitel erteilt wird.

Aufgrund der Zweckfreiheit des nach § 23a AufenthG gewährten Aufenthaltsrechts, das „abweichend von in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen“ erfolgt, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien über ihre weitere Wirksamkeit, insbesondere ihre Verlängerung, zu entscheiden ist.

12. Kein Anspruch des Betroffenen auf Befassung oder gerichtlichen Rechtsschutz

⁵⁹ So z.B. § 6 Abs. 2 HärtefallVO Berlin; s.a. Nr. 23a1.4 VAH-AufenthG.

Aus dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut sowie der Systematik und Zielsetzung der Vorschrift (§23a Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 2 und 3 AufenthG) geht hervor, dass das Härtefallverfahren nach § 23a AufenthG *ausschließlich im öffentlichen Interesse* erfolgt und dem Ausländer keine anspruchsbegründenden subjektiv-öffentlichen Rechte vermittelt werden sollen. Nach Ansicht des Bundesministeriums des Innern stellt das Verfahren „in dem Gesamtsystem humanitärer Schutzansprüche eine Zusatzleistung“ des Gesetzgebers dar, die im Hinblick darauf eine Einräumung subjektiver Ansprüche nicht erfordert und damit lediglich als faktische Begünstigung zu qualifizieren ist. Im Rahmen des Härtefallverfahrens können somit auch Abwägungsfehler nicht rechtsschutzrelevant werden. Das Verfahren vor der Härtefallkommission ist keine Ausübung hoheitlicher Gewalt gegenüber dem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer. Deswegen sind weder die Nichtbefassung der Kommission mit einem Einzelfall noch das wegen Nichtvorliegens eines Härtefalls unterlassene Härtefallersuchen gegenüber der zuständigen Landesbehörde einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich.

Nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur soll auch der negativen Entscheidung der zuständigen Landesbehörde trotz positivem Härtefallersuchen der Kommission eine die Justiziabilität begründende Außenwirkung nicht zukommen.⁶⁰ Das Verfahren sei ein bloßes Verwaltungsinternum, das unter Umständen in eine fachaufsichtliche Weisung der obersten Landesbehörde an die zuständige Ausländerbehörde münden könne. Folglich werde auch keine förmliche Ablehnungsbescheidung gegenüber dem ausreisepflichtigen Ausländer ergehen, dessen weiteren Aufenthalt die Härtefallkommission im Wege der Selbstbefassung zum Gegenstand der Beratung gemacht hat.

Der Ausschluss jeglichen Rechtsschutzes wird in der Literatur zum Teil als bedenklich im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG bewertet. So diene die Aufenthaltsgewährung nicht einem öffentlichen Interesse an der Vervollständigung des Systems von Schutzrechten oder an der Verhinderung von Unrecht oder einem Schaden für das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung aufgrund einer unbilligen Härte in einem Einzelfall, soweit andere abstrakte Normen versagen, sondern der Not eines ausreisepflichtigen Ausländers.⁶¹

⁶⁰Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 26.9. 2005 - 18 B 1476/05-; OVG Schleswig, Beschl. v. 27. 7. 2005 - 4 MB 72/05-; Storr in Storr u..a. (Hrsg.), ZuwandG, § 23a Rdnr. 10.m.w.H; Hailbronner AuslR, Stand : 8/2005, § 23a AufenthG Rdnr. 13 ff..

⁶¹ So Renner AuslR, 8. Aufl., § 24 AufenthG Rdnr. 14.

Die Rechtswegegarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eröffnet den Rechtsweg aber nur demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt *in seinen Rechten* verletzt ist. Welche Rechte der Betroffene geltend machen kann, bestimmt sich dabei - von den Fällen der Grundrechte und sonstiger verfassungsmäßiger Rechte abgesehen - nach den Regelungen des einfachen Rechts. Der Gesetzgeber befindet darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zustehen und welchen Inhalt es haben soll.⁶² Nicht ausreichend ist die Verletzung von Rechtssätzen, in denen der Einzelne nur aus Gründen des Interesses der Allgemeinheit begünstigt wird, die also reine Reflexwirkungen haben.⁶³ Vielmehr müssen die Normen den Schutz der Interessen des einzelnen Betroffenen zu dienen bestimmt sein, d.h. final auf diesen Schutz zielen, was jeweils durch Auslegung zu ermitteln ist.⁶⁴ Zwar dürfte der Wunsch des Betroffenen nach einem Bleiberecht regelmäßig vordringlich dessen subjektives Interesse und weniger das öffentliche Interesse betreffen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass auch im Gesetzgebungsverfahren Einigkeit bei allen Parteien bestand, dass durch die Anrufung der Härtefallkommission kein neuer bzw. weiterer Rechtsweg eröffnet werden sollte, da der betroffene Ausländer seine subjektiven Rechte bereits hinreichend unter Einschluss gerichtlichen Rechtsschutzes geltend machen konnte.⁶⁵ Die Garantie des Rechtswegs und effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG und das Rechtsstaatsprinzip garantieren bekanntlich keinen unbegrenzten Instanzenzug. Die Justiziabilität von Gnadenentscheidungen ist auf Entscheidungen der Härtefallkommission nicht übertragbar. Im Gegensatz zur Ausübung des Begnadigungsrechtes, das *unmittelbare* Außenwirkung für den Verurteilten hat und deshalb gleichheitssatzrelevant ist, wird der Aufenthaltsstatus ausschließlich durch die zuständige Ausländerbehörde geregelt.⁶⁶

Selbst wenn man von der Zulässigkeit gerichtlichen Rechtsschutzes ausgehen würde, bestünde in der Sache wenig Aussicht auf Erfolg. Die Härtefallkommission als ein weisungsunabhängiges, sachkundiges, pluralistisch zusammengesetztes Gremium hat einen Beurteilungsspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar wäre.⁶⁷ Die Überprüfung müsste sich auf Verfahrensfehler, sachfremde (willkürlichen) Erwägungen oder eine oberflächliche, nicht sorgfältige Ermittlung und

⁶² BVerfGE 78, 214 (226)= NJW 1989, 666; BVerfGE 83, 184 (194 f.); BVerfGE 84, 34 (49).

⁶³ BVerfGE 31, 33; BVerfGE 83, 182 (192); *Maunz-Dürig* Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 35 und 36.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 31, 33 (39 ff.).

⁶⁵ So *Storr* in: *Storr* u.a. (Hrsg.), *ZuwandG*, § 23a Rdnr. 10.

⁶⁶ Vgl. Schleswig-Holsteinisches VG, *Beschl. v. 21.06.2005 -2 B 68/05-*.

⁶⁷ Vgl. z.B. zur Prüfstelle für jugendgefährdende Schriften BVerwGE 77, 75.

Bewertung individueller Umstände des Einzelfalls beschränken.⁶⁸ Eine gerichtliche Kontrolle würde sich auch schwierig gestalten. So tagt z.B. die hessische Härtefallkommission in nicht-öffentlicher Sitzung.⁶⁹ Es werden weder das Abstimmungsverhalten der einzelnen Mitglieder noch die Gründe, die zu der Entscheidung führten, dokumentiert. Über die Verhandlungen der Härtefallkommission wird lediglich ein Beschlussprotokoll geführt⁷⁰, sodass eine Begründung für eine negative Entscheidung nicht vorliegt. Nur im Falle eines Härtefallersuchens übermittelt die Härtefallkommission dem für das Aufenthaltsrecht zuständigen Ministerium schriftlich die Gründe für ihre Feststellung, dass dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen.⁷¹

Etwas anderes könnte in den Fällen gelten, in denen eine negative Entscheidung der zuständigen Landesregierung auf Aufenthaltsgewährung trotz positivem Votum der Härtefallkommission erfolgt. Aber auch hier gilt nach § 23a Abs. 2 S. 3 AufenthG, dass „die Aufenthaltsgewährung“ ausschließlich im öffentlichen Interesse liegt und keine eigenen Rechte des Ausländers begründet. Nach § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG besteht auch keine Verpflichtung der Landesregierung, einen Aufenthaltstitel zu erteilen („darf anordnen“).

13. Fazit

Wir sollten auf dem Feld des Migrationsrechts unsere Energien sinnvoll einsetzen und nicht damit vergeuden, engstirnig Härten zu produzieren, die wir danach wieder mit großem Organisations- und Begründungsaufwand auszubügeln versuchen. Die Leichtigkeit des Seins ist uns Deutschen meist unerträglich und es scheint tief im Innern unseres deutschen Wesens verwurzelt, uns das Leben schwer zu machen. Dies spiegelt sich auch im Migrationsrecht. Wir sollten die Leichtigkeit entdecken, tatsächlich Kettenduldungen durch eine großzügige Anwendung der §§ 25 Abs. 4 und 5 AufenthG vermeiden, die neue gesetzliche Bleiberechtsregelung nach § 104a

⁶⁸ Schröder Asylmagazin 10/2004.

⁶⁹ § 6 der Geschäftsordnung der Hess. Härtefallkommission Fn. 32.

⁷⁰ § 10 Abs. 4 der Geschäftsordnung der Hess. Härtefallkommission Fn.32.

⁷¹ § 15 der Geschäftsordnung der Hess. Härtefallkommission Fn. 32.

AufenthG nicht engherzig auszulegen, das Flüchtlingsrecht wohlwollend im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention und der Qualifikationsrichtlinie zur Anwendung bringen, das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge dazu zu bewegen, von einer teilweise paradoxen Widerrufspraxis Abstand zu nehmen⁷² und auch im Interesse der ökonomischen und demografischen Entwicklung unseres Landes über vernünftige Zuwanderungs- und Integrationspfade nachdenken.⁷³ In diesem Sinne sollten wir alle fleißig daran arbeiten, Härtefallverfahren überflüssig zu machen.

⁷² Zur Kritik der Widerrufspraxis und zur Auslegung und Inhalt des Art. 1 C (5) GFK vgl. *Hruschka/Salomons* ZAR 2004, 386 und ZAR 2005, 1.

⁷³ Vgl. hierzu u.a. *Davy*, Einwanderung und Integrationspfade ZAR 2004, 231; *Göbel-Zimmermann/Masuch*, Regelungsbedarf für eine Einwanderungsgesetzgebung, ZRP 1998, 435; dies. Integrationspolitik im Reformstau, ZAR 1998, 250; *Göbel-Zimmermann*, Plädoyer für eine Gesamtkonzeption der Migrationspolitik, in *Barwig* u.a. (Hrsg.), Vom Ausländer zum Bürger: Problemanzeigen im Ausländer-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht 1994, 72; Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ v. 4.7.2001 – Zuwanderung gestalten, Integration fördern.-