

### Beiträge zum Zuwanderungsgesetz

#### Die Härtefallregelung im neuen Zuwanderungsgesetz

Tim Schröder, Berlin

Die in den vergangenen Jahren häufig und zu Recht erhobene Forderung nach der Einführung einer bundesweiten Härtefallregelung wurde zuerst im – nicht in Kraft getretenen – Zuwanderungsgesetz 2002 durch den Gesetzgeber übernommen und nun mit einigen nicht unbedeutenden Änderungen in das Zuwanderungsgesetz 2004 im § 23 a AufenthG aufgenommen. Im folgenden Beitrag werden die Grundkonzeption und, soweit bereits ersichtlich, wesentliche auslegungsbedürftige Fragen dieser Härtefallregelung vorgestellt. Auf viele Streitfragen kann allerdings aus Platzgründen nur ansatzweise eingegangen werden.

Nach § 23 a AufenthG kann vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländern abweichend von den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn ein Härtefall vorliegt. Die Feststellung, dass ein Härtefall vorliegt, kann nur von einer Härtefallkommission im Sinne des Aufenthaltsgesetzes getroffen werden. Damit wird sich die Rolle der Härtefallkommissionen als gesellschaftliche Kontrollorgane ändern: Sie werden nicht länger reaktiv tätig sein und das Handeln bzw. Unterlassen der Verwaltung bei der Anwendung des geltenden Rechts überprüfen, sondern vielmehr aktiv und jenseits der »normalen« Vorschriften für die Erteilung von Aufenthaltstiteln die Initiative ergreifen können. Im Wesentlichen müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein, um zu einem Aufenthaltsrecht zu erlangen: Das Bundesland muss zunächst eine Härtefallkommission eingerichtet haben. Die Härtefallkommission muss einen Einzelfall als Härtefall einstufen und ein entsprechendes Ersuchen an die landesrechtlich zuständige Stelle richten. Diese Stelle muss sodann anordnen, dass ein Aufenthaltstitel erteilt wird. § 23 a AufenthG ist allerdings etwas unglücklich formuliert und vermischt die drei Voraussetzungen.

#### I. Anwendungsbereich

Bevor auf die Einzelheiten der Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach der neuen Härtefallregelung eingegangen wird, sind einige Fragen ihres persönlichen und zeitlichen Anwendungsbereichs zu erörtern, die sich aus ihrer Formulierung und wegen einer flankierenden Regelung des Zuwanderungsgesetzes ergeben.

Eine Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs der Härtefallregelung ergibt sich aus § 23 a Abs. 1 S. 1 AufenthG: Danach ist sie nur in Bezug auf solche Ausländer anwendbar, die vollziehbar ausreisepflichtig sind. Vollziehbar ausreisepflichtig ist im Prinzip jeder Ausländer, der keinen Aufenthaltstitel (mehr) hat (§§ 58 Abs. 2 i. V. m. § 50 Abs. 1 AufenthG), wobei wie im alten Recht die Duldung

kein Aufenthaltstitel ist (§ 60 a Abs. 3 AufenthG). Allerdings ist § 23 a Abs. 1 S. 1 AufenthG insofern nicht frei von Widersprüchen, als er nicht nur ein Abweichen von den Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels zulässt, sondern auch ein Abweichen von den Voraussetzungen für dessen Verlängerung. Dies kann wiederum nur sinnvoll sein, wenn (noch) ein Aufenthaltstitel vorhanden ist.

Etwas unklar ist, ob § 23 a AufenthG angewendet werden kann, wenn ein Ausländer zwar vollziehbar ausreisepflichtig ist, aber sicher oder möglicherweise nach anderen Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes ein Aufenthaltsrecht oder die Aussetzung der Abschiebung erreichen könnte. Der Wortlaut des § 23 a AufenthG gibt nichts her, um eine Subsidiarität dieser Vorschrift gegenüber anderen Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes anzunehmen. 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.

Die Bestimmungen des § 23 a AufenthG gelten nicht unbefristet. Nach Art. 15 Abs. 4 des Zuwanderungsgesetzes treten sowohl § 23 a AufenthG als auch die auf ihm beruhenden landesrechtlichen Rechtsverordnungen am 31. Dezember 2009 außer Kraft. Ein einleuchtender sachlicher Grund für diese zeitliche Befristung der Härtefallregelung des Aufenthaltsgesetzes erschließt sich allerdings nicht. Der Übergangscharakter, den § 23 a AufenthG dadurch erhält, kann darauf hindeuten, dass er vermeintlich nur der Abwicklung von Altfällen dienen soll. Da aber das Zuwanderungsgesetz keinen grundsätzlichen Wechsel in der Ausgestaltung des deutschen Ausländerrechts gebracht hat, dürfen auch in Zukunft noch neue Härtefälle auftreten, die wiederum mit den allgemeinen Vorschriften des Ausländerrechts nicht befriedigend gelöst werden können. Die zeitliche Befristung der Härtefallregelung des § 23 a AufenthG ist daher unsinnig.

#### II. Härtefallkommissionen

Aus der gesetzlichen Neuregelung in § 23 a AufenthG ergibt sich ohne Weiteres die entscheidende Rolle von Härtefallkommissionen bei der Erteilung von Aufenthaltstiteln in Härtefällen: Die Einrichtung einer Härtefallkommission in dem Bundesland, in dem sich ein ausreisepflichtiger Ausländer aufhalten muss, ist notwendige Voraussetzung für die Anwendung der Härtefallregelung. Eine weitere Voraussetzung ist, dass die Kommission gerade durch eine landesrechtliche Rechtsverordnung eingerichtet wurde. Dies ist für die bereits bestehenden Härtefallkommissionen von Bedeutung, für deren Tätigkeit eine solche Verordnung bislang nirgends vorhanden ist.

## 1. Einrichtung einer Härtefallkommission

Für die in § 25 Abs. 4 a AufenthG 2002 vorgesehenen Härtefallkommissionen wurde aufgrund der Formulierung der Vorschrift teilweise angenommen, dass alle Bundesländer zur Einrichtung einer solchen Kommission verpflichtet seien. Es ist abzusehen, dass eine entsprechende Diskussion auch zur neuen Härtefallregelung entstehen wird. Für eine Verpflichtung der Bundesländer zur Einrichtung von Härtefallkommissionen mag vielleicht sprechen, dass andernfalls eine gespaltene Rechtslage entstünde: Während Ausländer in einigen Bundesländern von dort existierenden Härtefallkommissionen profitieren könnten, hätten Ausländer in anderen Bundesländern eine solche Chance nicht. Ob diese absehbare Ungleichbehandlung allerdings einen verfassungswidrigen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) darstellt, ist auch wegen der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eher zweifelhaft: In einem föderalen Staat wie der Bundesrepublik herrscht in den einzelnen Gliedstaaten (Bundesländern) stets eine gewisse faktische und rechtliche Ungleichheit. Eher gegen eine Verpflichtung der Bundesländer spricht auch der Wortlaut des § 23 a Abs. 2 S. 1 AufenthG, wonach die Länder – bloß – ermächtigt und nicht auch verpflichtet werden, eine Härtefallkommission einzurichten. Im Ergebnis spricht daher wohl – leider – mehr dafür, nicht eine rechtliche Verpflichtung, sondern nur eine nicht erzwingbare politische Verpflichtung zur Einrichtung von Härtefallkommissionen anzunehmen.

Wird hingegen eine Härtefallkommission eingerichtet, macht § 23 a AufenthG den Bundesländern keine Vorgaben darüber, aus welchen Personen bzw. aus welchen Vertretern gesellschaftlicher und beruflicher Organisationen oder staatlicher Institutionen sich eine Härtefallkommission zusammensetzen muss. Die Regelung dieser Frage bleibt damit den einzelnen Bundesländern vorbehalten. Wenn aber der Zweck der Härtefallregelung nicht verfehlt werden soll, müssen Vertreter nichtstaatlicher Organisationen zumindest paritätisch beteiligt werden. Dies gilt sowohl für die Zusammensetzung als auch für die Ausübung der Stimmrechte.

Außerdem ergibt sich aus der Formulierung des Gesetzes, dass die Kommission zwingend aus mehreren Personen bestehen muss.

## 2. Verfahren vor der Härtefallkommission

Welche Verfahrensschritte eine Härtefallkommission bei der Befassung mit einem bestimmten Einzelfall im Einzelnen einzuhalten hat, bestimmt § 23 a AufenthG nicht. Die in § 23 a Abs. 1, 2 AufenthG enthaltenen Vorschriften lassen sich entweder bereits der Einleitung eines Verfahrens zuordnen oder betreffen erst die Entscheidung der Kommission. Damit können die Bundesländer, wie § 23 a Abs. 2 S. 1 AufenthG auch ausdrücklich bestätigt, das Verfahren zwischen Einleitung und Entscheidung weitgehend frei nach ihren eigenen Vorstellungen regeln.

## 3. Anrufung der Härtefallkommission

Nicht unwesentlich für die Praxis ist die Frage, wie Härtefallkommissionen von möglichen Härtefällen Kenntnis erlangen und wer verlangen kann, dass sich eine Härtefallkommission mit einem möglichen Härtefall befasst.

§ 23 a Abs. 2 S. 2 AufenthG legt fest, dass eine Härtefallkommission »ausschließlich« im Wege der Selbstbefassung tätig wird. § 23 a Abs. 2 S. 3 AufenthG ergänzt, dass Dritte die Befassung einer Kommission mit einem bestimmten Einzelfall nicht verlangen können. Diese Bestimmungen muss man wohl so verstehen, dass nur die Härtefallkommission selbst bestimmt, ob sie einen bestimmten Einzelfall im Hinblick auf das Vorliegen eines Härtefalls untersucht. Damit ergibt sich im Umkehrschluss, dass sämtliche außenstehenden Personen und Institutionen eine Härtefallkommission nicht dazu anhalten können, sich mit einem Einzelfall zu beschäftigen. Die Einführung dieses Grundsatzes der Selbstbefassung, der in der Härtefallregelung 2002 nicht enthalten war, dürfte wohl nur die bisherige Praxis der Härtefallkommissionen kodifizieren. Ob allerdings bereits das einzelne Mitglied einer Härtefallkommission die Befassung mit einem Einzelfall verlangen kann oder nur eine

**§ 23 a AufenthG Aufenthaltsgewährung in Härtefällen** (1) Die oberste Landesbehörde darf anordnen, dass einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von den in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn eine von der Landesregierung durch Rechtsverordnung eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht (Härtefallersuchen). Die Anordnung kann im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umstandes erfolgen, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 abgegeben wird. Die Annahme eines Härtefalls ist in der Regel ausgeschlossen, wenn der Ausländer Straftaten von erheblichem Gewicht begangen hat. Die Befugnis zur Aufenthaltsgewährung steht ausschließlich im öffentlichen Interesse und begründet keine eigenen Rechte des Ausländers.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung eine Härtefallkommission nach Absatz 1 einzurichten, das Verfahren, Ausschlussgründe und qualifizierte Anforderungen an eine Verpflichtungserklärung nach Absatz 1 Satz 2 einschließlich vom Verpflichtungsgeber zu erfüllender Voraussetzungen zu be-

stimmen sowie die Anordnungsbefugnis nach Absatz 1 Satz 1 auf andere Stellen zu übertragen. Die Härtefallkommissionen werden ausschließlich im Wege der Selbstbefassung tätig. Dritte können nicht verlangen, dass eine Härtefallkommission sich mit einem bestimmten Einzelfall befasst oder eine bestimmte Entscheidung trifft. Die Entscheidung für ein Härtefallersuchen setzt voraus, dass nach den Feststellungen der Härtefallkommission dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen.

(3) Verzieht ein sozialhilfebedürftiger Ausländer, dem eine Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 1 erteilt wurde, in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Leistungsträgers, ist der Träger der Sozialhilfe, in dessen Zuständigkeitsbereich eine Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis erteilt hat, längstens für die Dauer von drei Jahren ab Erteilung der Aufenthaltserlaubnis dem nunmehr zuständigen örtlichen Träger der Sozialhilfe zur Kostenerstattung verpflichtet. Dies gilt entsprechend für die in § 6 Nr. 2 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch genannten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts.

Gruppe von Mitgliedern, dürften ebenso die Bundesländer entscheiden können wie ggf. die an diese Gruppe zu stellenden Anforderungen (etwa Mindestquorum, Einrichtung eines Vorprüfungsausschusses etc.).

In der Praxis kann eine Härtefallkommission aber nicht ohne externe Anstöße sinnvoll arbeiten: Kenntnis von bestimmten Einzelfällen wird sie vielfach nur erlangen, wenn sich die betroffenen Ausländer oder ihre Vertreter an die Kommission wenden. Von Antragsrechten wird man zwar nicht sprechen können, sondern nur von Anregungen, aber dies war auch schon in der bisherigen Praxis nicht anders. In jedem Fall sollten die Bundesländer aber in den zu erlassenden Rechtsverordnungen zwei Punkte ausdrücklich regeln. Zum einen muss sichergestellt werden, dass jeder betroffene Ausländer überhaupt eine realistische Chance hat, sich an die Härtefallkommission zu wenden. Dies setzt die Einrichtung einer Geschäftsstelle o. ä. voraus und gewährleistet, dass nicht wie in der bisherigen Berliner Praxis persönliche Beziehungen zu Mitgliedern der Kommission maßgeblich sind. Zum anderen sollte geregelt werden, wer außer den betroffenen Personen selbst und ihren gesetzlich oder rechtsgeschäftlich bestimmten Vertretern eine Befassung der jeweiligen Härtefallkommission mit einem bestimmten Einzelfall anregen kann.

### III. Härtefälle

Ist eine Härtefallkommission in einem Bundesland eingerichtet, ist weitere Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach der Härtefallregelung, dass die Kommission nach der Befassung mit einem bestimmten Einzelfall ein im Gesetz ausdrücklich so bezeichnetes Härtefallersuchen an die nach Landesrecht zuständige Stelle richtet (§ 23 a Abs. 1 S. 1 AufenthG).

#### 1. Feststellungen der Härtefallkommission

Ein Härtefallersuchen wird eine Härtefallkommission nur abgeben, wenn sie zuvor Tatsachen festgestellt hat, nach denen der untersuchte Einzelfall einen Härtefall darstellt. Dies soll der Fall sein, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen (§ 23 a Abs. 2 S. 4 AufenthG). Dabei können nach § 23 a Abs. 2 S. 3 AufenthG Dritte eine bestimmte Entscheidung der Kommission nicht verlangen. Daraus ergibt sich zwanglos, dass die Kommission bei ihrer Tätigkeit unabhängig agiert und insbesondere politischen Weisungen nicht Folge leisten darf. Ob sich die Unabhängigkeit auch auf das Abstimmungsverhalten der einzelnen Kommissionsmitglieder erstreckt, die wohl zum Teil ex officio als Behördenmitarbeiter in der Kommission entsandt werden, ist fraglich.

§ 23 a Abs. 2 S. 4 AufenthG unterscheidet zwischen humanitären und persönlichen Gründen. Dabei reicht nach dem Wortlaut der Vorschrift aus, dass nur einer der beiden Gründe vorliegt. 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). Der Begriff des persönlichen Grundes ist aus dem Ausländergesetz bislang nicht bekannt, im Aufenthaltsgesetz wird er nur noch in § 25 Abs. 4 verwendet. Welcher Bedeutungsunterschied allerdings zwischen humanitären und persönlichen Gründen bestehen soll, ist unklar: Ein Härtefall wird nur aus Gründen angenommen werden können, die sich gerade auf den betroffenen Ausländer beziehen. Gleichzeitig wird man nicht annehmen können, dass alle nur irgendwie mit der Person des betroffenen Ausländers zusammenhängenden – also persönlichen – Gründe bei der Prüfung eines Härtefalls erheblich sind. Es spricht daher auch angesichts der insgesamt nicht besonders sorgfältigen Formulierung des § 23 a AufenthG nicht viel dafür, hier von einer bewusst durch den Gesetzgeber vorgenommenen Differenzierung auszugehen. Vielmehr sind humanitäre und persönliche Gründe nur verschiedene Aspekte einer Bewertung des Einzelfalls, die daher im Wege einer Gesamtbetrachtung ermittelt und berücksichtigt werden sollten. Eine Differenzierung zwischen inlandsbezogenen und zielstaatsbezogenen Gründen nimmt § 23 a AufenthG dabei aus guten Gründen nicht vor, sie darf daher auch nicht durch die Bundesländer eingeführt werden.

Nach § 23 a Abs. 2 S. 4 AufenthG müssen die humanitären oder persönlichen Gründe auch dringend sein. Sinnvoll erscheint, für eine Definition zunächst auf die Folgen einer Aufenthaltsbeendigung abzustellen: Der Ausländer muss bei einer Aufenthaltsbeendigung besonders schwerwiegende Nachteile zu befürchten haben. Dies allein wird aber eine Dringlichkeit wohl nicht begründen können, wenn dem Ausländer noch andere rechtliche Wege als die Anrufung einer Härtefallkommission offenstehen. Hier kommt ein Antrag auf Erteilung einer Duldung ebenso in Betracht wie ein Antrag nach § 25 Abs. 5 AufenthG oder die Stellung eines – erfolgversprechenden – Asylersuchens bzw. Folgeantrags. Fraglich ist auch, ob humanitäre oder persönliche Gründe auch dann gerade als dringende Gründe berücksichtigt werden können, wenn sie z. B. im Rahmen eines Asylverfahrens entweder bereits von einer Behörde oder einem Gericht inhaltlich geprüft wurden oder zwar vorgetragen wurden, aber wegen verspäteter Beibringung nicht geprüft, sondern präkludiert wurden. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Härtefallregelung von den allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels gerade abgewichen werden darf. Ein Härtefallersuchen ist also weder durch andere rechtliche Möglichkeiten des Betroffenen noch durch vorhergehende asyl- oder ausländerrechtliche Entscheidungen ausgeschlossen.

#### 2. Ausschlussgründe

§ 23 a Abs. 1 S. 3 AufenthG enthält einen Ausschlussgrund für die Anwendung der Härtefallregelung. Danach soll die Annahme eines Härtefalls in der Regel ausgeschlossen sein,

wenn der Ausländer »Straftaten von erheblichem Gewicht« begangen hat. Diese Entscheidung des Gesetzgebers wird man wohl als solche akzeptieren müssen, doch bedarf sie in verschiedener Hinsicht einer einschränkenden Auslegung. Zunächst können nur rechtskräftige Verurteilungen entscheidend sein und nicht mehr oder weniger konkretisierte Verdachtsumstände. Daneben müssen stets mehrere Straftaten vorliegen. Weiterhin müssen alle Straftaten auch »erheblich« gewesen sein, was bloße Vergehen etwa ausländischer Art ausschließen dürfte. Schließlich darf auch das Vorliegen solcher erheblicher Straftaten nicht zu einer verkürzten Prüfung des Härtefalls führen: Da die Annahme eines Härtefalls nur »in der Regel« ausgeschlossen ist, können Ausnahmefälle vorliegen, bei denen trotz erheblicher Straftaten ein Ersuchen der Härtefallkommission erfolgen sollte. Die daher gebotene Abwägung kann sinnvoll nur vorgenommen werden, wenn auch die für ein Ersuchen sprechenden Umstände ermittelt und gewürdigt worden sind. Weitere Ausschlussgründe sind in § 23 a AufenthG nicht enthalten. Eine Anwendung anderer im Aufenthaltsgesetz enthaltener Versagungs- oder Ausschlussgründe ist zwar nach dem Wortlaut des § 23 a Abs. 1 S. 1 AufenthG nicht ausgeschlossen: Er erlaubt ein Abweichen von Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen des Gesetzes, nicht ein Abweichen von Versagungs- und Ausschlussgründen (etwa § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG). Doch sind Versagungs- und Ausschlussgründe stets auch negative Erteilungs-voraussetzungen und stehen somit der Anwendung des § 23 a AufenthG nicht im Wege.

Fraglich ist allerdings, ob landesrechtlich zusätzliche Ausschlussgründe eingeführt werden dürfen. § 23 a Abs. 2 S. 1 AufenthG ermächtigt die Landesregierungen insoweit dazu, »Ausschlussgründe« zu bestimmen. Allerdings geht aus der Systematik der Regelung hervor, dass die Einführung zusätzlicher Ausschlussgründe nur dann zulässig sein kann, wenn diese Ausschlussgründe nicht bereits an anderer Stelle im Aufenthaltsgesetz vorhanden sind: Nach § 23 a Abs. 1 S. 3 AufenthG schließt ein Ausschlussgrund bereits die Annahme eines Härtefalls aus, andererseits erlaubt § 23 a Abs. 1 S. 1 AufenthG erst bei Annahme eines Härtefalls das Abweichen von den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes. Ein Abstellen auf allgemeine Ausschlussgründe würde damit die gesetzlich festgelegte Kompetenzverteilung zwischen Härtefallkommission und der die Erteilung des Aufenthaltstitels anordnende Landesstelle unterlaufen. Für die Einführung zusätzlicher landesrechtlicher Ausschlussgründe bleiben somit nur einige verfahrensrechtliche Aspekte, etwa das Verhältnis zur Anrufung eines Petitionsausschusses oder die wiederholte Antragstellung vor einer Härtefallkommission.

### 3. Ersuchen der Härtefallkommission

Ist eine Härtefallkommission – nach dem landesrechtlich festgelegten Verfahren – zu dem Ergebnis gekommen, dass ein bestimmter Einzelfall als Härtefall einzustufen ist, stellt

sich die Frage, ob sie dann in jedem Fall verpflichtet ist, ein entsprechendes Härtefallersuchen an die landesrechtlich bestimmte Stelle zu richten. Der Wortlaut des § 23 a AufenthG lässt dies offen. Allerdings dürfte die Frage kaum praxisrelevant werden, da eine Härtefallkommission, wenn sie kein Ersuchen an die landesrechtlich bestimmte Stelle richten will, auch keinen Härtefall angenommen haben wird.

### 4. Rechtsschutz gegen die Härtefallkommission

Wenn eine Härtefallkommission entweder nach der Befassung mit einem Einzelfall nicht vom Vorliegen eines Härtefalls ausgeht oder bereits die Befassung ablehnt, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes. Die in diesem Zusammenhang gelegentlich erwähnte Vorschrift des § 23 a Abs. 1 S. 4 AufenthG ist hier nicht einschlägig, da sie nur den Rechtsschutz gegen den Empfänger eines Härtefallersuchens betrifft, nicht den Rechtsschutz gegen die Härtefallkommission selbst. Einschlägig ist vielmehr § 23 a Abs. 2 S. 3 AufenthG, wonach Dritte keine Befassung mit einem bestimmten Einzelfall und auch keine bestimmte Entscheidung der Härtefallkommission verlangen können. Diese Formulierung bedeutet indes wohl nicht, dass gerichtlicher Rechtsschutz ausgeschlossen wäre. Das Verfahren vor der Härtefallkommission ist nämlich – weil § 23 a Abs. 1 S. 4 AufenthG nicht einschlägig ist – offensichtlich auf den Schutz der individuellen Interessen der einzelnen Antragsteller ausgerichtet. Diese haben daher zumindest ein Recht auf Prüfung, ob die Härtefallkommission sich mit dem Einzelfall befassen will und ggf. auch auf Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Annahme eines Härtefalls vorliegen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass das Ersuchen der Kommission nur einen Zwischenschritt hin zur Erteilung eines Aufenthaltstitels darstellt. Ohne ein positives Ersuchen kann nämlich der Aufenthaltstitel in keinem Fall erteilt werden. Sollte eine Härtefallkommission daher kein Ersuchen an die landesrechtlich zuständige Stelle richten wollen, darf diese Stelle überhaupt nicht tätig werden, kann also ihre Untätigkeit auch nicht gerichtlich angegriffen werden. Das bedeutet, dass in solchen Fällen wenigstens die negative Entscheidung der Härtefallkommission angreifbar sein muss. Wenn man dem folgen will und eine grundsätzliche gerichtliche Überprüfbarkeit der Tätigkeit von Härtefallkommissionen annimmt, stellt sich die Frage nach dem Prüfungsmaßstab. § 23 a Abs. 2 S. 3 AufenthG legt nahe, dass nur eine eingeschränkte Überprüfung möglich ist. In diese Richtung weist auch § 23 a Abs. 2 S. 4 AufenthG, wonach die Entscheidung für ein Härtefallersuchen die Feststellung dringender humanitärer oder persönlicher Gründe (lediglich) voraussetzt. Nach dieser Formulierung muss wohl die Feststellung solcher Gründe nicht zwingend auch zu einer Entscheidung für ein Härtefallersuchen führen. Ob der Härtefallkommission Ermessen eingeräumt ist oder es sich um einen Beurteilungsspielraum handelt, ist unklar, kann aber offen bleiben: In beiden Fällen können vor Gericht wohl nur solche Fehler der Härtefall-

## Beiträge zum Zuwanderungsgesetz

kommission gerügt werden, die den Verfahrensablauf betreffen. Dies betrifft etwa sachfremde Erwägungen oder eine oberflächliche, nicht sorgfältige Ermittlung und Bewertung individueller Umstände des Einzelfalls.

### IV. Anordnungsbefugnis

Kommt eine Härtefallkommission zu dem Ergebnis, dass in einem Einzelfall eine bestehende Ausreisepflicht einen Härtefall im Sinne des § 23 a AufenthG konstituiert, wird sie ein entsprechendes Härtefallersuchen an die oberste Landesbehörde des betreffenden Bundeslands (§ 23 a Abs. 1 S. 1 AufenthG, in der Regel wohl das jeweilige Innenministerium) bzw. an die von der Landesregierung bestimmte andere Stelle(n) (§ 23 a Abs. 2 S. 1 AufenthG) richten. Diese Stelle darf dann – und nur dann – anordnen, dass dem betreffenden Ausländer ein Aufenthaltstitel erteilt wird. Der Empfänger einer solchen Anordnung wird im Gesetz nicht genannt, es dürfte sich dabei aber um die zuständige Ausländerbehörde handeln. Diese hat keinerlei Prüfungsspielraum, sondern muss der Anordnung Folge leisten.

#### 1. Entscheidungskriterien

Die zuständige Stelle *darf* nach dem Wortlaut des § 23 a Abs. 1 S. 1 AufenthG anordnen, dass einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Diese Formulierung begründet ein Ermessen der zuständigen Stelle, das sie nach dem Zweck der Vorschrift und ohne sachfremde Erwägungen ausüben muss. Dabei hat sie die für und gegen die Anordnung sprechenden öffentlichen und privaten Interessen zu berücksichtigen und abzuwägen, nicht dagegen die Feststellungen der Härtefallkommission inhaltlich zu überprüfen. Allerdings wird man sich fragen müssen, ob denn überhaupt noch öffentlichen Interessen gegen eine Anordnung sprechen können, wenn zuvor schon die Härtefallkommission dringende humanitäre oder persönliche Gründe für gegeben erachtet hat, die einen weiteren Aufenthalt des Ausländers in Deutschland rechtfertigen. Gefahren für die öffentliche Sicherheit können es jedenfalls kaum sein, weil ihr Vorliegen wegen § 23 a Abs. 1 S. 3 AufenthG wohl meist schon das Vorliegen eines Härtefalls ausschließen wird. Ein möglicherweise entgegenstehendes öffentliches Interesse nennt § 23 a Abs. 1 S. 2 AufenthG in Form der Unterhaltssicherung. Sollte diese Ausnahme nicht einschlägig sein, wird das Ermessen der zuständigen Stelle wohl im Regelfall »auf Null« reduziert sein und nur noch eine rechtmäßige Entscheidung in Betracht kommen, nämlich die Anordnung der Erteilung eines Aufenthaltstitels.

#### 2. Berücksichtigung der Unterhaltssicherung

Nach § 23 a Abs. 1 S. 2 AufenthG kann die zuständige Stelle bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen, ob der Lebensunterhalt des betroffenen Ausländers gesichert ist. Eine solche Unterhaltssicherung kann zum einen durch eigene

Mittel des Ausländers gewährleistet sein. Zum anderen kann sich eine andere Person oder Institution bereit erklären, alle aus dem weiteren Aufenthalt des Ausländers entstehenden Kosten der öffentlichen Hand zu übernehmen (§ 68 AufenthG). Hier wird allerdings zu berücksichtigen sein, dass eine Unterhaltssicherung nach beiden Varianten nicht willkürlich und »nur im Einzelfall« verlangt werden darf, also nicht in jedem Fall, in dem der Ausländer seinen Unterhalt nicht selbst oder mit Hilfe durch Dritte bestreiten kann.

### 3. Rechtsschutz gegen unterlassene Anordnungen

Die letzte Frage ist, ob für den Fall, dass die für die Anordnung zuständige Stelle keine Anordnung ausspricht, eine gerichtliche Überprüfung und Korrektur dieses Ergebnisses möglich ist. Nach § 23 a Abs. 1 S. 4 AufenthG steht die Befugnis (der zuständigen Stelle) zur Aufenthaltsgewährung ausschließlich im öffentlichen Interesse und begründet keine eigenen Rechte des Ausländers. Hintergrund dieser Formulierung ist der letztlich in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Grundsatz, dass gerichtlicher Rechtsschutz gegen den Staat nur möglich ist, wenn nicht nur Individualinteressen einzelner Personen betroffen sind, sondern gerade auch subjektive Rechte. Subjektive Rechte wiederum werden vom Staat in Gesetzen gewährt – oder eben nicht. Will man daher gegen die Entscheidung der zuständigen Stelle vor Gericht ziehen, muss man gegen den Wortlaut von § 23 a AufenthG argumentieren, dass die Vorschrift subjektive Rechte der faktisch betroffenen Personen begründet. Dann nämlich wäre Rechtsschutz wegen Art. 19 Abs. 4 GG möglich. Eine solche Argumentation kann zum einen auf eine gängige Definition des Begriffs des »subjektiven Rechts« abstellen. Nach dieser Definition begründet eine Rechtsvorschrift ein subjektives Recht, wenn sie dem Einzelnen faktische Vorteile bringt und diese Vorteile auch gesetzlich gewollt sind. Es dürfte unbestritten sein, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen Ausländer vorteilhaft ist. Dieser Vorteil ist wohl auch gesetzlich gewollt, denn sonst hätte der Gesetzgeber keine Härtefallregelung verabschiedet: Es profitiert ja gerade außer den betroffenen Ausländern niemand von der Härtefallregelung, insbesondere nicht das mysteriöse »öffentliche Interesse«. Begründet somit § 23 a AufenthG ein subjektives Recht, ist auch der Rechtsschutz gegen die zuständige Stelle möglich. Daneben spricht aber auch eine systematische Interpretation von § 23 a AufenthG sehr deutlich für die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes: Eine gerichtliche Klage gegen ein unterlassenes Härtefallersuchen ist ohne Weiteres möglich (s. o.). Wenn aber bereits dieser verfahrensrechtliche Zwischenschritt justitiabel ist, muss auch der Verfahrensabschluss – nämlich die unterlassene Anordnung durch die zuständige Stelle – gerichtlich angefochten werden können. Andernfalls wäre gerichtlicher Rechtsschutz gegen die Härtefallkommission zwar möglich, aber völlig sinnlos. Man wird dem Gesetzgeber wohl kaum unterstellen können, er habe sinnlose Regeln schaffen wollen.