

Liga der Freien Wohlfahrtspflege in Hessen e. V.

Liga der Freien Wohlfahrtspflege in Hessen e.V. • Luisenstraße 26 • 65185 Wiesbaden

Gutachten

im Auftrag der Liga der Freien Wohlfahrtspflege in Hessen e. V.

zur Vereinbarkeit von Bundes- und Landesrecht
im Hinblick auf die Umsetzung der Ersuchen
der Härtefallkommission des Landes Hessen

Prof. Dr. jur. Holger Hoffmann
Fachhochschule Bielefeld
Fachbereich Sozialwesen

04. April 2011

Bielefeld



Diakonie 



Liga der
Freien Wohlfahrtspflege
in Hessen e. V.

Luisenstraße 26
65185 Wiesbaden

Fon: 0611/30814-34

Fax: 0611/30814-74

info@liga-hessen.de

www.liga-hessen.de

Konto-Nr. 41067101
BLZ 51091500
Rheingauer Volksbank eG
Geisenheim

Gutachten

im Auftrag der Liga der Freien Wohlfahrtspflege in Hessen e. V.

zur Vereinbarkeit von Bundes- und Landesrecht im Hinblick auf die Umsetzung der Ersuchen der Härtefallkommission des Landes Hessen

Gutachtenauftrag

Das Gutachten soll klären,

ob die landesrechtliche Vorschrift des § 8 a HFKG (Härtefallkommissionsgesetz) die bundesrechtliche Vorgabe in § 23 a AufenthG zutreffend und vollständig umsetzt.

I. Die hessische Regelung

Gemäß § 23 a Abs. 1 Satz 1 AufenthG darf die oberste Landesbehörde anordnen, dass einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von den im Aufenthaltsgesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn eine von der Landesregierung durch Rechtsverordnung eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht (Härtefallersuchen). Diese Regelung gilt seit in Kraft treten des Aufenthaltsgesetzes im Januar 2005 bundesweit.

Hessen hat zunächst durch eine Härtefallkommissionsverordnung vom 22.02.2005 und anschließend durch Gesetz vom 30.09.2008 eine Härtefallkommission in Vollzug der bundesrechtlichen Vorgabe eingerichtet¹. § 8 HFKG regelt die verfahrensmäßige Umsetzung von Ersuchen der Härtefallkommission und lautet:

¹ GVBl. I, S. 842 - verkündet am 06. Oktober 2008, in Kraft getreten am 15. Oktober 2008

„(1) Die Geschäftsstelle setzt unverzüglich die betroffene Person oder ihre Vertreterin oder ihren Vertreter, die zuständige Ausländerbehörde und das Ministerium nach § 1 über die Beschlussfassung in Kenntnis. Sie leitet ein Ersuchen nach § 7 Abs. 4 unverzüglich an das Ministerium nach § 1 weiter.

(2) Das Ministerium nach § 1 entscheidet über die Verlängerung oder Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Entspricht es dem Ersuchen der Härtefallkommission, ordnet es die Verlängerung oder Erteilung an. Will das Ministerium nach § 1 dem Ersuchen der Härtefallkommission nicht entsprechen, hat es vor einer abschließenden Entscheidung die Härtefallkommission über die Gründe für diese abweichende Entscheidung zu informieren. Die Geschäftsstelle unterrichtet die Mitglieder der Härtefallkommission.“

Am 09.06.2009 wurde von den Fraktionen der CDU und der FDP der Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Härtefallkommissionsgesetzes in den hessischen Landtag eingebracht². In Artikel 1, Ziff. 4 wurde vorgeschlagen, nach dem oben zitierten § 8 HFKG einen § 8 a HFKG mit folgendem Text in das Gesetz einzufügen:

„§ 8 a - Ausschluss der Anordnung

(1) Eine Anordnung nach § 8 Abs. 2 Satz 2 ist ausgeschlossen, wenn

1. Ausschlussgründe nach § 6 a Abs. 2 vorliegen oder
2. die Ausländerin oder der Ausländer nicht in der Lage ist, den Lebensunterhalt einschließlich des ausreichenden Krankenversicherungsschutzes zu sichern; dabei bleiben Kindergeld und Erziehungsgeld sowie öffentliche Mittel, die auf Beitragsleistungen beruhen oder die gewährt werden, um den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, außer Betracht.

(2) In den Fällen des Abs. 1 Nr. 2 kann dennoch eine Anordnung erlassen werden, wenn

1. Behörden, die Leistungen im Sinne des Abs. 1 Nr. 2 erbringen müssen, ihr Einvernehmen zu einem Härtefallersuchen erteilen oder
2. eine Verpflichtungserklärung nach § 68 Abs. 1 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes abgegeben wird, die den Lebensunterhalt einschließlich des ausreichenden Krankenversicherungsschutzes für die Dauer des Aufenthaltes sichern kann.

² Drucksache 18/775 vom 09.06.2009

Im Falle des Satzes 1 Nr. 2 muss die sich verpflichtende Person glaubhaft machen, dass ihr ausreichende Mittel zur Erfüllung der Verpflichtung zur Verfügung stehen.“

In der Begründung zu diesem Ergänzungsvorschlag wird ausgeführt³:

„Nach § 23 a AufenthG steht die Anordnung der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis im Ermessen der obersten Landesbehörde, sofern die HFKG ein Ersuchen an diese richtet. Es hatte sich vor Erlass des Härtefallkommissionsgesetzes bewährt, dieses Ermessen zu binden. Dies gilt zum einen für die Fälle, in denen das Ersuchen der Kommission einen Ausschlussgrund ignorieren sollte. Daher ist in diesen Fällen die Anordnung auszuschließen.

Die Sicherung des Lebensunterhaltes spielt in vielen Fällen eine entscheidende Rolle. Es trägt zur sachgerechten Entscheidung bei, wenn entweder ein Dritter eine Verpflichtungserklärung abgibt oder die Kommune oder andere Leistungsträger ihr Einvernehmen zu der Anordnung geben. Dies macht die erfolgte Integration in besonderem Maße deutlich“.

Der Ergänzungsvorschlag wurde mit demselben Wortlaut durch Gesetz vom 14.12.2009 als § 8 a in das HFKG eingefügt⁴.

II. Vergleich der hessischen Regelung mit den Regelungen der anderen Bundesländer

Außer Hessen hat nur Hamburg die Einrichtung einer Härtefallkommission sowie deren Befugnisse und Verfahrensweisen durch Landesgesetz geregelt. Alle anderen Bundesländer haben - entsprechend der bundesrechtlichen Vorgabe in § 23 a AufenthG - eine Rechtsverordnung erlassen.

Grundsätzlich ist es zulässig, landesrechtlich ein ordnungsvertretendes Gesetz zu erlassen. Art. 80 Abs. 4 GG ermöglicht einen solchen Austausch der Rechtsformen. Er befreit jedoch die gesetzliche Regelung nicht von den Erfordernissen, welche

³ Drucksache 18/775 vom 09.06.2009 - S. 6

⁴ GVBl. I, S. 642 - in Kraft seit 23.12.2009

auch für die Rechtsverordnung gelten⁵. Es muss sich aus dem Gesetz ermitteln lassen, welches vom (Bundes-)Gesetzgeber vorgesehene Programm durch die landesgesetzliche Regelung, die eine Rechtsverordnung vertritt, umgesetzt werden soll („Programmformel“)⁶. Das Gesetz muss sich im Rahmen der (bundes-) gesetzlichen Ermächtigung halten. Ein Gestaltungsspielraum für den Verordnungsgeber besteht nur innerhalb der Grenzen der Ermächtigungsnormen (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Verordnungsvertretende Gesetze müssen diesen Anforderungen genügen⁷.

Der Bundesgesetzgeber hat mit § 23 a AufenthG ermöglicht, über die übrigen im Aufenthaltsgesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen hinaus in Einzelfällen, die sich durch besondere tatsächliche Gegebenheiten von anderen abheben, eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen zu erteilen. Diesen Regelungszweck müssen landesrechtliche Verordnungen oder -Gesetze beachten. § 23 a AufenthG ist insofern die Rahmenvorschrift für landesrechtlich auszuformende Härtefallverfahren. Vorrangiges Kriterium der Auslegung für die Bestimmung der Ermächtigung an den Landesgesetzgeber ist der (bundesrechtliche) Zweck der Regelung⁸. Er besteht im vorliegenden Fall darin, in einem besonderen Verfahren Entscheidungen zu ermöglichen, die zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis führen.

Vier Bundesländer benennen als eine der Voraussetzungen, die in der Regel die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus Härtegründen ausschließen, die fehlende konkrete Aussicht, den Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu sichern.

So enthält § 6 baden-württembergische HFKom-VO folgende Regelausschlussgründe:

Nr. 11 bisheriger Lebensunterhalt mit öffentlichen Mitteln bestritten, obwohl arbeitsfähig;

Nr. 12 zu erwarten, dass zukünftig auf öffentliche Mittel angewiesen sein wird⁹.

⁵ Vgl. Mann in Sachs - Hrsg., Grundgesetzkommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 80, Rn 64; Jarass/Pieroth, Grundgesetzkommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 80, Rn 7 a

⁶ Jarass/Pieroth, Grundsatzkommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 80, Rn 11 (unter Verweis auf BVerfGE 5, 71 (77); 8, 274 (307 ff.); 58, 257 (277))

⁷ Art. 80 Abs. 4 GG

⁸ Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl. 2009, Art. 80, Rn 12

⁹ HFKomVO vom 28.06.2005 –GBL Baden-Württemberg Nr. 10 S. 455

Die bayerische Regelung in § 5 HFKomV benennt als Regelausschlussgrund Nr. 5 die fehlende konkrete Aussicht, den Lebensunterhalt zu sichern (d. h. kein ausreichendes Arbeitseinkommen und Bezug von Sozialhilfe innerhalb der letzten 2 Jahre)¹⁰.

Eine ähnliche Regelung enthält die niedersächsische NHärteKVO in § 6. Dort gilt der Bezug von Sozialleistungen als ein Regelausschlussgrund¹¹.

Auch in Sachsen gilt es als Regelausschlussgrund gem. § 3 Nr. 11 SächsHFKVO, wenn die ersuchende Person „nicht in der Lage (ist), den Lebensunterhalt zu sichern“¹².

Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen haben in ihren jeweiligen landesrechtlichen Regelungen die Sicherung des Lebensunterhaltes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel als Ausschlussgrund nicht vorgesehen. Zu beachten ist, dass eine Aufenthaltserlaubnis „aus Härtegründen“ jeweils als ministerielle oder senatorische Anordnung ergeht, nachdem die Kommission als beratendes Gremium der jeweiligen obersten Landesbehörde den Beschluss gefasst hat, diese darum zu ersuchen.

Bereits aus einem Vergleich des Wortlauts der hessischen Regelung mit denen jener vier Bundesländer, die ebenfalls in ihren Verordnungen die Sicherung des Lebensunterhaltes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel als (Regel-) Erteilungsvoraussetzung für eine „Härtefall-Aufenthaltserlaubnis“ vorsehen, ergibt sich der wesentliche Unterschied: Während jene Länder die bundesrechtliche Vorgabe ungebundener Ermessensausübung der obersten Landesbehörde in § 23 a Abs.1 Satz 2. AufenthG in der Weise beachten, dass die Möglichkeit zur Ermessensausübung in entsprechend gelagerten Einzelfällen grundsätzlich erhalten bleibt (als „Regelvoraussetzung“, die Ausnahmen zulässt), wird in § 8 a HFKG dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt: Die Regelung bindet in § 8 a Abs. 1 Nr.2 HFKG das Ermessen im Sinne eines Ausschlusses und eröffnet die Möglichkeit zur Ermessensausübung nur dann, wenn die eng gefassten Ausnahmetatbestände des § 8 a Abs. 2 Nr. 1 oder 2 HFKG vorliegen.

¹⁰ HFKomVO vom 08.08.2006 – GVBL Bayern Nr. 15, S. 436

¹¹ NHärteKVO vom 06.08.2006 – Nds GVBl. Nr. 21, S. 426

¹² SächsHFKVO vom 11.07.2005 GO vom 15.09.05–geändert am 11.12.09, weiter geändert am 06.07.2010

Keine der anderen landesrechtlichen Normen, die zur Umsetzung des § 23 a AufenthG erlassen wurden, enthält eine der hessischen Regelung vergleichbare Ermessensbindung. Im Weiteren wird daher zu prüfen sein, ob die Regelungstechnik einer Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses im HFKG mit den bundesrechtlichen Vorgaben in Einklang steht.

III. Die bundesrechtliche Vorgabe

Bundesrechtlich gilt: Gem. § 23 a Abs. 1 Satz 2 AufenthG kann die Anordnung der obersten Landesbehörde, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umstandes erfolgen, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG abgegeben wird.

Die allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz¹³ führt für den hier interessierenden Zusammenhang Folgendes aus¹⁴:

„Ziff. 23 a Punkt 1.1.3

Die **oberste Landesbehörde oder die durch Rechtsverordnung bestimmte Stelle entscheidet nach Ermessen**, ob aufgrund des Härtefallersuchens die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis angeordnet wird. Sie wird insbesondere dann nicht dem Ersuchen folgen, wenn dieses 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. **Ausschlussgründe können insbesondere** vorliegen, wenn

- nicht zu erwarten ist, dass der Ausländer seinen Lebensunterhalt zukünftig ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann,
- der Ausländer seinen Lebensunterhalt in der Vergangenheit überwiegend durch öffentliche Mittel bestritten hat, obwohl er zur Aufnahme einer Beschäftigung berechtigt und zumutbar in der Lage war.

¹³ Bundesrat, Drucksache 669/09 vom 27.07.2009

¹⁴ BR-Drucksache 669/09, S. 190 – Hervorhebungen gefettet vom Unterzeichner

Ziff. 23 a, Punkt 1.2

Sofern die oberste Landesbehörde oder die durch Rechtsverordnung bestimmte Stelle dem Härtefallersuchen entsprechen will, hat sie zu entscheiden, ob die Anordnung der Aufenthaltsgewährung von der **Sicherung des Lebensunterhalts oder der Abgabe einer Verpflichtungserklärung** abhängig gemacht wird oder ob die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel unschädlich sein soll. **Dabei wird zu berücksichtigen sein**, ob der Ausländer in der Vergangenheit auf zumutbare Weise zum eigenen Lebensunterhalt beigetragen hatte und ob zu erwarten ist, dass er auch in Zukunft seinen Lebensunterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit sichern kann. Ordnet sie die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an, ist diese von der zuständigen Ausländerbehörde zu erteilen“.

Eindeutig ist damit, dass nach der bundesrechtlichen Vorgabe in § 23 a AufenthG die jeweils in einem Bundesland zuständige Stelle ermächtigt sind im Ermessenswege Ausschlussgründe und qualifizierte Anforderungen an eine Verpflichtungserklärung nach Abs. 1 Satz 2 einschließlich vom Verpflichtungsgeber zu erfüllender Voraussetzungen zu bestimmen (§ 23 Abs. 2 Satz 1 AufenthG) und die Anordnung im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umstandes erfolgen kann, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG abgegeben wird.

Der Bezug von Sozialhilfeleistungen hindert aber nach der bundesgesetzlichen Formulierung nicht die Befassung einer Härtefallkommission mit einem Fall oder die positive Beurteilung eines Ersuchens. Sozialhilfebezug soll vielmehr nur für die Entscheidung über das Ersuchen bedeutsam sein¹⁵. Der Gesetzeswortlaut und die zitierte Verwaltungsvorschrift, die beide von einer Ermessensregelung ausgehen, machen vielmehr deutlich, dass die Unabhängigkeit von öffentlichen Mitteln keine zwingende Voraussetzung für die aufgrund der Feststellung eines Härtefalls angeordnete Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist. Die Abhängigkeit von Sozialhilfebezug oder die Frage, ob die Sicherung des Lebensunterhaltes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel erfolgt, soll nur bei der Entscheidung der zuständigen Stelle über das Ersuchen mitberücksichtigt werden¹⁶. Ihm kommt aber nicht von vornherein die entscheidende (und damit ggf. die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausschließende) Bedeutung zu.

¹⁵ Keßler in Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, § 23 a AufenthG, Rn 14

¹⁶ Keßler wie vor;

Dies gilt zunächst für die Tätigkeit der Härtefallkommission, die nach der bundesrechtlichen Vorgabe nicht bereits ein Härtefallersuchen ablehnen muss, weil der/die Betroffene(n) seinen/ihren Lebensunterhalt nicht ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann. Nach der gesetzlichen Formulierung ist aber die oberste Landesbehörde (d. h. in der Regel das Innenministerium) an das Ersuchen der Kommission nicht gebunden. Sie trifft vielmehr eine eigene Ermessensentscheidung. Das Härtefallersuchen der Kommission ist seinem Rechtscharakter nach lediglich eine Empfehlung wertender Art durch ein weisungsfreies Gremium¹⁷. Bei der Frage, ob der Lebensunterhalt eines Ausländers/einer Ausländerin ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG vorliegt, handelt es sich also nach den ausdrücklichen Vorgaben der bundesrechtlichen Norm und der dazu ergangenen Verwaltungsvorschrift nicht um zwingende Ausschlussgründe, sondern um Entscheidungsgesichtspunkte neben anderen im Rahmen einer gesamten Ermessensabwägung.

Auch die Kostenerstattungsvorschrift § 23 a Abs. 3 AufenthG unterstreicht dies: Sie geht davon aus, dass trotz Sozialhilfeabhängigkeit einer Ausländerin/einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann. Die Vorschrift lautet: „Verzieht ein sozialhilfebedürftiger Ausländer, dem eine Aufenthaltserlaubnis nach Abs. 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 3 Jahren ab Erteilung der Aufenthaltserlaubnis dem nunmehr zuständigen örtlichen Träger der Sozialhilfe zur Kostenerstattung verpflichtet. Dies gilt entsprechend für die in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des 2. Buches Sozialgesetzbuch genannten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts.“

Damit gilt sowohl die Zahlung von Sozialhilfeleistungen als auch für den Zuständigkeitswechsel von Trägern der Grundsicherung für Arbeitssuchende, dass eine Aufenthaltserlaubnis als Härtefallregelung erteilt werden kann. Mit der Regelung in § 23 a Abs. 3 AufenthG soll nur erreicht werden, dass das Bundesland, das von der Gewährung der Aufenthaltserlaubnis im Rahmen der Härtefallregelung Gebrauch

¹⁷ Gurr in Gemeinschaftskommentar Aufenthaltsgesetz, Stand: August 2010 (Kommentierung Stand: Juni 2007), § 23 a, Rn 15

gemacht hat, auch für die finanziellen Folgen dieser Entscheidung verantwortlich bleibt, sofern öffentliche Mittel bezogen werden¹⁸.

Allerdings spielt durchgängig die Frage der Lebensunterhaltsicherung eine erhebliche Rolle in der Praxis der Tätigkeit von Härtefallkommissionen auch jenen Bundesländern, deren Verordnungen eine Sicherung des Lebensunterhaltes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel nicht zur (Regel-) Voraussetzung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis machen. Häufig wird in der Praxis dann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt unter der Auflage, die Sicherung des Lebensunterhaltes eigenständig und ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel innerhalb einer bestimmten Frist nach Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nachzuweisen.

Entscheidend für die Beurteilung der Gutachtenfrage ist, ob die Formulierung in § 23 a Abs. 1 Satz 2 AufenthG „die Anordnung kann im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umstandes erfolgen, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG abgegeben wird“ eine bundesrechtliche Vorgabe für die landesrechtliche Vorschrift beinhaltet, welche der hessische Landesgesetzgeber in nicht zureichender Weise umgesetzt hat.

Ein solches Defizit könnte darin zu sehen sein, dass ausdrücklich bereits nach der Begründung des Gesetzgebungsvorschlages vom 09.06.2009 Ermessensausübung zwingend „gebunden“ werden soll dadurch, dass eine Anordnung nach § 8 Abs. 2 Satz 2 HFKG ausgeschlossen ist, wenn die Ausländerin oder der Ausländer nicht in der Lage ist, den Lebensunterhalt einschließlich des ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu sichern.

Das Aufenthaltsgesetz stellt häufig und in verschiedenen Vorschriften ausdrücklich auf „den Einzelfall“ ab¹⁹. Die für den hier vorliegenden Zusammenhang besonders interessanten, weil vergleichbaren Vorschriften befinden sich in § 25 Abs. 4 Satz 2, § 32 Abs. 4 Satz 1 AufenthG. Gem. § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis entsprechend von § 8 Abs. 1 Satz 2 AufenthG verlängert werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebiets für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde. Gem. § 32 Abs. 4 Satz 1 AufenthG kann dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers

¹⁸ Burr in GK-AufenthG - Kommentierung (Stand Juni 2007); Hailbronner: Kommentar § 23 a, Rn 16, (Stand August 2005); Keßler in Hofmann/Hoffmann: Ausländerrecht § 23 a, Rn 23

¹⁹ Vgl. z. B. § 5 Abs. 2 Satz 2, § 11 Abs. 1 Satz 6, § 18 Abs. 4 Satz 2, § 25 Abs. 4 Satz 2, § 32 Abs. 4 Satz 1, § 44 a Abs. 1 Satz 5, § 79 Abs. 1 Satz 2, § 86 Satz 2, § 90 Abs. 1

eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn es aufgrund der Umstände des Einzelfalls zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist.

Deutlich wird, dass der Gesetzgeber in diesen Fällen es ausschließlich der Ausländerbehörde überlassen will, im Rahmen ihrer Ermessensprüfung und Abwägung aller einschlägigen Gesichtspunkte zu entscheiden, ob aus Gründen einer „besonderen“ oder „außergewöhnlichen“ Härte im Einzelfall eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann. Hingegen ist nichts dafür ersichtlich, dass diese Konzeption einer „Ermessensfreiheit“, die der Verwaltung eingeräumt wird, und die sich z. B. auch in § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG oder § 11 Abs. 1 Satz 6 AufenthG findet, gerade in § 23 a Abs. 1 Satz 2 AufenthG nicht gelten sollte und stattdessen eine Ermessensbindung vom Landesgesetzgeber ausgesprochen werden darf²⁰. Wie oben gezeigt, ergibt sich jedoch an keiner Stelle aus bundesrechtlichen Regelungen, dass eine Ermessensbindung oder -einschränkung im Hinblick auf die Aufenthaltsgewährung nach § 23 a AufenthG vorgesehen wäre.

Schon vor Erlass der bundesgesetzlichen Regelung war in der Literatur vielmehr vertreten worden, es sei (rechtssystematisch) überhaupt konsequenter, Ausländerbehörden weites Ermessen auch zur Regelung humanitärer Einzelfälle einzuräumen, als eine Härtefallkommission zu konstituieren²¹.

Der Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP zur Änderung des Härtefallkommissionsgesetzes vom 09.06.2009 trägt zwar vor „es hatte sich vor Erlass des Härtefallkommissionsgesetzes bewährt, dieses Ermessen zu binden“ (S. 6). Worin konkret in Einzelfällen diese „Bewährung“ der Ermessensbindung – gemeint ist offenbar: während des Geltungszeitraums der HärtefallVO vom 22. Februar 2005 bis zum Inkrafttreten des Härtefallgesetzes in seiner ersten Fassung vom 30. September 2008 - bestanden haben soll, wird nicht dargelegt.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang vor allem, dass der Rechtszustand vor Erlass des Aufenthaltsgesetzes keine bundesgesetzliche Rahmenvorgabe für Härtefallentscheidungen vorsah. Insofern hat sich durch Einführung des § 23 a AufenthG

²⁰ Aus Gesetzgebungsmaterialien zum Aufenthaltsgesetz lassen sich keine zusätzlichen Erkenntnisse gewinnen, da § 23 a AufenthG zunächst im Entwurf des Zuwanderungsgesetzes nicht enthalten war. Er wurde erst durch den Beschluss des Vermittlungsausschusses in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht (BT- Drs. 15/3479, S.4- Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zum Zuwanderungsgesetz vom 30. Juni 2004). Derartige Beschlüsse werden nicht begründet.

²¹ Hailbronner, Kommentar § 23 a, Rn 1 (Stand 6/010, Kommentierungsstand 8/2005); Schönenbroicher, Rechtsstaat auf Abwegen? ZAR 2004, S. 351 ff. (356)

eine neue Rechtslage ergeben, welcher auch der hessische Landesgesetzgeber Rechnung zu tragen hat. Er kann sich nicht auf eine frühere Rechtslage berufen, zumal vor der bundesgesetzlichen Regelung in Hessen keine landesrechtliche Härtefallregelung und entsprechend auch keine Härtefallkommission bestand.²²

IV. Zu Einzelheiten der hessischen Umsetzungsregelung in § 8 a HFKG

Die Regelung in § 8 a HFKG eröffnet in Abs. 2 Ermessen als Ausnahmeregelung und stellt insoweit eine „Aufweichung“ des in § 8 a Abs. 1 Nr. 2 HFKG angeordneten Ausschlusses des Ermessens bei Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus Härtegründen dar. Jedoch ist diese Ermessensmöglichkeit eingeschränkt und wird nur eröffnet in zwei Fallkonstellationen:

Gem. Abs. 2 Nr. 1 kann auch dann, wenn die Ausländerin oder der Ausländer nicht in der Lage ist, den Lebensunterhalt einschließlich des ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu sichern, dennoch eine (Härtefall-)Anordnung auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ergehen, wenn Behörden, die Leistungen im Sinne des Abs. 1 Nr. 2 erbringen müssen (also Sozialamt, Agentur für Arbeit oder die entsprechenden Arbeitsgemeinschaften aus Kommunen und Bundesagentur für Arbeit) ihr Einvernehmen zu einem Härtefallersuchen erteilen.

Selbst wenn dies (ausnahmsweise) geschehen sollte, ist damit jedoch noch keine positive ministerielle Entscheidung über das Härtefallersuchen „garantiert“. Vielmehr ist solches (fach-) behördliche Einvernehmen nur eine weitere Voraussetzung, um eine Möglichkeit zur Ausübung von Ermessen (... kann dennoch eine Anordnung erlassen werden ...) zu eröffnen. Zumindest ungewöhnlich erscheint, dass die positive Entscheidung über ein Härtefallersuchen, welches seinem Rechtscharakter nach eine Empfehlung wertender Art durch ein weisungsfreies Gremium darstellt²³, auf diese Weise in Abhängigkeit gebracht wird zu einer (sozial-) behördlichen (Vor-)

²² Ob im Rahmen der parlamentarischen Lesungen zur Änderung des hessischen Härtefallkommissionsgesetzes von der Regierung weitere Argumente zur Begründung der Ermessensbindung vorgetragen wurden, hat der Unterzeichner nicht, da die entsprechenden parlamentarischen Sitzungsprotokolle nicht zugänglich waren. Letztlich kommt es darauf auch nicht an, da das Gesetz mit dem Wortlaut des von der CDU- und der FDP-Fraktion vorgelegten Entwurfs verabschiedet wurde.

²³ Gurr in Gemeinschaftskommentar Aufenthaltsgesetz, Stand: August 2010 (Kommentierung Stand: Juni 2007), § 23 a, Rn 15

Entscheidung. Die bundesrechtliche Vorgabe sieht eine solche Abhängigkeit nicht vor.

Die zweite Ausnahme - Konstellation in § 8 a Abs. 2 Nr.2 HFKG betrifft eine Verpflichtungserklärung gem. § 68 Abs. 1 Satz 1 AufenthG. § 23 a Abs. 1 Satz 2 AufenthG führt dazu aus, dass die Anordnung im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umstandes erfolgen kann, dass eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG abgegeben wird.

Eine solche Haftungserklärung für den Lebensunterhalt eines anderen Ausländers hat im Wortlaut des § 68 Abs. 1 AufenthG folgenden Inhalt:

„Wer sich der Ausländerbehörde oder einer Auslandsvertretung gegenüber verpflichtet hat, die Kosten für den Lebensunterhalt eines Ausländers zu tragen, hat sämtliche öffentlichen Mittel zu erstatten, die für den Lebensunterhalt des Ausländers einschließlich der Versorgung mit Wohnraum und der Versorgung im Krankheitsfall und bei Pflegebedürftigkeit aufgewendet werden, auch soweit die Aufwendungen auf einem gesetzlichen Anspruch des Ausländers beruhen ...“

Damit umfasst der Haftungsumfang nicht nur die Kosten der Sicherung des Lebensunterhaltes dessen, für den eine solche Verpflichtungserklärung abgegeben wird, sondern erstreckt sich auf sämtliche öffentlichen Mittel, einschließlich anfallender Mietkosten, der Krankenversicherung bzw. der Versorgung im Krankheitsfall und im Falle einer Pflegebedürftigkeit.

In der Vergangenheit wurde häufig diskutiert, ob eine so umfassende Verpflichtungserklärung, deren tatsächlicher Umfang für den Erklärenden nicht voraussehbar ist, einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt (§ 138 BGB)²⁴.

Unabhängig von dieser Diskussion bleibt für die hessische Situation zu beachten, dass selbst dann, wenn eine derart umfassende Verpflichtungserklärung abgegeben wird, damit nach der Formulierung des § 8 a Abs. 2 Nr. 2 HFKG noch keine Sicherheit hinsichtlich der Anordnung einer Aufenthaltserlaubnis im Härtefall gegeben ist. Vielmehr wird erst nach Vorliegen der Erklärung das Ermessen eröffnet, ob eine „Ausnahme-Anordnung“ ergehen kann.

²⁴ Vgl. dazu vertiefend Stiegeler in Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, § 68, Rn 5 ff.

Praktisch ausgeschlossen bleibt damit etwa eine positive Ermessensentscheidung in Fällen, in denen Personen, die ein Härtefallgesuch eingereicht haben, aus Krankheits- oder Altersgründen nicht erwerbsfähig sind (also z. B. traumatisierte Personen, Personen mit angeborenen oder erworbenen Behinderungen, die eine Erwerbsfähigkeit ausschließen sowie Personen jenseits der Altersgrenzen der üblichen Erwerbstätigkeit): Für Kosten ihres Aufenthalts in Deutschland durch eine Verpflichtungserklärung gem. § 68 Abs. 1 Satz 1 AufenthG die Kosten zu übernehmen, ist wirtschaftlich für Verwandte die als Arbeitnehmer oder Selbständige tätig sind, wegen des damit verbundenen außerordentlich hohen und unüberschaubaren wirtschaftlichen Risikos faktisch ausgeschlossen. Auch die zuständigen kommunalen Sozialbehörden werden erfahrungsgemäß außer in Einzelfällen, in denen z.B. Kommunalpolitiker sich in besonderer Weise engagieren, in der Regel jedenfalls nicht bereit sein, Einvernehmen zu einem Härtefallersuchen zu erteilen, wenn eine derartige Konstellation vorliegt.

Damit schließt aber selbst die als Ermessensanordnung gedachte Regelung in § 8 a Abs. 2 Nr. 1 und 2 HFKG einen erheblichen Teil jener Personen aus, die „eigentlich“ nach Härtefallgesichtspunkten eine Aufenthaltserlaubnis erhalten können sollten. Ausgeschlossen bleibt beispielsweise ebenso die Möglichkeit, über das Härtefallersuchen einer alleinerziehenden Mutter minderjähriger Kinder positiv zu entscheiden, die sich im erwerbsfähigen Alter befindet und bei der keine gesundheitliche Gründe gegen eine Erwerbstätigkeit sprechen, auch wenn alle Integrationsleistungen, die von ihr und ihrer Familie erbracht werden können, tatsächlich erbracht wurden: Sie ist faktisch nicht in der Lage, eine Tätigkeit auszuüben, die den Lebensunterhalt der Familie sicherstellt, ohne öffentliche Mittel in Anspruch zu nehmen, weil sie sich um ihre Kinder kümmern muss.

Die Beispiele zeigen: Die in § 8 a Abs. 2 HFKG vorgesehene Ausnahmen, die eine Ermessensentscheidung ermöglichen sollen, sind zu eng gefasst, um die bundesrechtliche Vorgabe des § 23 a Abs. 1 Satz 2 AufenthG ordnungsgemäß umzusetzen.

V. Ergebnis

Der Bundesgesetzgeber hat mit § 23 a AufenthG ermöglicht, über die übrigen im Aufenthaltsgesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen hinaus in Einzelfällen, die sich durch besondere tatsächliche Gegebenheiten von anderen abheben, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen zu ermöglichen. Diesen Regelungszweck müssen landesrechtliche Verordnungen oder -Gesetze beachten. § 23 a AufenthG ist die Rahmenvorschrift für landesrechtlich auszuformende Härtefallverfahren. Vorrangiges Kriterium der Auslegung für die Bestimmung der Ermächtigung an den Landesgesetzgeber ist dabei der (bundesrechtliche) Zweck der Regelung²⁵. Er besteht in diesem Fall darin, in einem besonderen Verfahren Entscheidungen zu ermöglichen, die zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis führen. Er besteht aber nicht darin, Ermessensentscheidungen inhaltlich zu beschränken.

§ 8 a HFKG schließt eine positive Härtefallentscheidung pauschal aus, wenn der Lebensunterhalt einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes nicht ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gesichert ist. Nur in sehr engen Fällen lässt § 8 a Abs. 2 HFKG als Ausnahme von der Grundregel des § 8 a Abs. 1 Nr. 2 HFKG eine Ermessensentscheidung über die Anordnung dennoch zu, wenn die zuständigen Behörden ihr Einvernehmen mit dem Härtefallersuchen erteilen oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 Abs. 1 Satz 1 AufenthG abgegeben wird, die umfassend von öffentlichen Mitteln ausschließt.

Zur Begründung dieser bundesweit einmaligen Restriktion²⁶ trugen die Fraktionen von CDU und FDP, die den Antrag auf die Ergänzung des Gesetzes eingebracht haben, vor, die Aufnahme dieser Bestimmung in das Gesetz trage zu sachgerechten Entscheidungen bei und mache die erfolgte Integration in besonderem Maße deutlich. Es habe bereits vor Erlass des Härtefallkommissionsgesetzes bewährt, das Ermessen der obersten Landesbehörde in dieser Weise zu binden. Dies gelte insbesondere für den Fall, in dem das Ersuchen der Kommission einen Ausschlussgrund ignorieren sollte²⁷.

²⁵ Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl. 2009, Art. 80, Rn 12

²⁶ Wie oben dargelegt haben 11 andere Bundesländer in ihren landesrechtlichen Verordnungen zur Härtefallregelung nicht den Ausschlussgrund „Inanspruchnahme öffentlicher Mittel“ aufgenommen, 4 weitere Bundesländer haben in ihren Verordnungen zwar diesen Ausschlussgrund eingeführt, sehen ihn jedoch nur als Regelausschlussgrund vor, d. h. in atypischen Einzelfällen sind auch dort bereits nach der Verordnung positive Einzelfallentscheidungen möglich trotz Inanspruchnahme öffentlicher Mittel.

²⁷ Hessischer Landtag - Drucksache 18/775 vom 09.06.2009 - S. 6

Die bundesrechtliche Regelung in § 23 a Abs. 1 Satz 2 AufenthG sieht entgegen der in § 8a HFKG ausdrücklich die Möglichkeit vor, nach Ermessen im Einzelfall zu entscheiden. Dieses Ermessen ist nicht gebunden. Auch die Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom September 2009 gibt für eine Ermessensbindung nichts her. Die Vorgabe in § 23 a Abs. 1 Satz 2 AufenthG, im Einzelfall könne der Umstand berücksichtigt werden, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert sei oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG abgegeben wird, trägt empfehlenden Charakter und bindet daher den Landesgesetzgeber nicht.

Die hessische Regelung beachtet diese bundesrechtliche Vorgabe nicht hinreichend. Sie ist daher mit dem Bundesrecht nicht vereinbar. Im Hinblick auf die Ausgangsfrage des Gutachtens ist festzustellen, dass die Regelung in § 8 a HFKG die bundesrechtliche Vorgabe nicht zutreffend und vollständig umsetzt. Die bundesgesetzliche Ermächtigung wird vielmehr durch den zwingenden Ausschlussgrund in § 8 a HFKG überschritten.

Bielefeld, 4. April 2011

Prof. Dr. jur. Holger Hoffmann