

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1036

**Die Duldung
als Verfassungsproblem**

**Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt
von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland**

Von

Philipp-Asmus Riecken



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP-ASMUS RIECKEN

Die Duldung als Verfassungsproblem

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1036

Die Duldung als Verfassungsproblem

Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt
von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland

Von

Philipp-Asmus Riecken



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2006
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-12178-3
978-3-428-12178-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit garantieren als zentrale Bestimmungen unserer Verfassung jedem in Deutschland lebenden Menschen einen gesicherten Rechtsstatus. Sie binden alle staatliche Gewalt, und aus ihnen leiten sich konkrete Schutzpositionen ab. Das deutsche Ausländerrecht, in der Tradition des Polizeirechtes stehend, unterscheidet auf der anderen Seite seit jeher zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Aufenthalt.

Welche Grenzen ergeben sich aus der grundrechtlichen Rechtsstellung von Ausländern für den Gesetzgeber und nachfolgend für die Ausländerbehörden? Auf diese Frage hat die Rechtswissenschaft bis heute keine hinreichende Antwort geben können. Einen wichtigen Grundstein für diese Diskussion hat Angelika Siehr im Jahr 2001 mit ihrer Arbeit über die Deutschenrechte des Grundgesetzes gelegt. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf eine Gruppe ausländischer Personen, für welche diese Grenzen eine fundamentale Bedeutung erlangen – die geduldeten Ausländer. Sie will einen Anstoß dazu geben, den Grundrechten von Ausländern schärfere Kontur zu verleihen.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2005/2006 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Humboldt-Universität als Dissertation angenommen. Meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis danke ich herzlich für die Betreuung der Arbeit, für die wichtigen Anregungen und nicht zuletzt für die zügige Erstellung des ausführlichen Erstgutachtens. Prof. Dr. Alexander Blankenagel danke ich für die schnelle Zweitkorrektur.

Besonderen Dank sagen möchte ich zudem Martin Weibzahn für seinen wissenschaftlichen Scharfsinn in langen, intensiven Diskussionen. Britta Sösemann danke ich für ihr beeindruckendes Gespür für Sprache und für ihre wichtige Hilfe in der Schlussphase der Entstehung der Arbeit. Susanne Ellen Kirchesch und Gabriel Rasch schließlich danke ich von Herzen für Ihre stete Ermutigung und Unterstützung.

Der größte Dank gilt jedoch meinen lieben Eltern, denen ich diese Arbeit widmen möchte.

Berlin, im Sommer 2006

Philipp-Asmus Riecken

Inhaltsübersicht

Einleitung	15
<i>1. Kapitel</i>	
Problemstellung und Themenabgrenzung: Aufenthalt zwischen Sanktion und Genehmigung	18
A. Ausgangsproblem	18
B. Methodische Vorüberlegungen und Definitionen	29
<i>2. Kapitel</i>	
Aufenthalt und Verfassungsrecht – Grundrechtlicher Status im Falle unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalts von Ausländern in Deutschland	52
A. Ausgangsbedingungen für die Begründung eines grundrechtlichen Status geduldeter Ausländer	52
B. Inhalt des grundrechtlichen Status: Verfassungsprinzip der Freiheit	68
C. Verfassungsimmanente Einschränkung grundrechtlicher Freiheit von Ausländern durch das Verfassungsprinzip des Nationalstaats	97
D. Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt nach Maßgabe der Verfassungsprin- zipien	159
<i>3. Kapitel</i>	
Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt im Gefüge der einfachgesetzlichen Bestimmungen des Ausländerrechts	170
A. Entwicklung des Aufenthaltsrechts in der Bundesrepublik Deutschland unter dem Focus unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalts bis 1990	170
B. Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt nach der Reform des Ausländer- rechts von 1990	192
C. Die Neuregelung des Ausländerrechts 2005	222

4. Kapitel

Schlussbetrachtung	253
Literaturverzeichnis	259
Personenverzeichnis	276
Sachwortverzeichnis	278

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
<i>1. Kapitel</i>	
Problemstellung und Themenabgrenzung: Aufenthalt zwischen Sanktion und Genehmigung	18
A. Ausgangsproblem	18
I. Aufenthalt als Rechtsproblem	18
1. Aufenthalt und Ausländerrecht	18
2. Grundrechtlicher Status: Begründung durch schlichten Aufenthalt	22
II. Grundrechtsschutz nach Maßgabe der Aufenthaltstatbestände?	24
1. Grundrechte der nach einfachem Recht „statuslosen“ geduldeten Ausländer	25
2. Gleichstellung mit außerhalb Deutschlands weilenden Ausländern?	27
B. Methodische Vorüberlegungen und Definitionen	29
I. Methodik und nähere Eingrenzung des Themas	29
II. Definitionen	33
1. Facetten des Aufenthaltsbegriffes nach geltendem Ausländerrecht und schlichter Aufenthalt	33
2. Rechtmäßig – Unrechtmäßig – Rechtswidrig	37
a) Formeller Begriff der Rechtswidrigkeit (Kirchhof)	40
b) Relative Rechtswidrigkeit als Ausdruck von Unterscheidungen (Bumke)	42
3. Statusbegriff	45
III. Aufbau und Ziel der weiteren Untersuchung	50

2. Kapitel

**Aufenthalt und Verfassungsrecht – Grundrechtlicher Status im
Falle unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalts
von Ausländern in Deutschland**

		52
A.	Ausgangsbedingungen für die Begründung eines grundrechtlichen Status geduldeter Ausländer	52
I.	Die verfassungsdogmatische Kategorie der Grundrechtsvoraussetzungen	52
II.	Der Verfassungsstaat als notwendiger Bezugspunkt grundrechtlicher Freiheit	55
III.	Die Rahmenordnung des Völkerrechts – Einbindung des deutschen Staates in die internationale Staatengemeinschaft	60
IV.	Aufenthalt und Aufenthaltsrecht als Grundrechtsvoraussetzungen	63
1.	Aufenthalt als Grundrechtsvoraussetzung	63
2.	Räumliche und personale Reichweite der Grundrechtsbestimmungen	64
3.	Kollisionsrechtliches Kriterium: Statusprinzip	65
4.	Keine Grundrechtsvoraussetzung Aufenthaltsrecht	68
B.	Inhalt des grundrechtlichen Status: Verfassungsprinzip der Freiheit	68
I.	Anforderungen an den Inhalt des grundrechtlichen Status	68
II.	Verfassungsprinzip der gleichen Freiheit Aller	70
1.	Dimensionen des verfassungsrechtlichen Freiheitsverständnisses	73
a)	Prinzip der Freiheit und Grundrechtstheorie(n)	74
b)	Grundrechte und negativer Freiheitsbegriff	76
2.	Freiheit des Einzelnen und Menschenwürde	78
3.	Prinzip der Freiheit im Grundgesetz	80
a)	Verfassungsrechtliche Verortung	81
b)	Prima-facie-Struktur der Freiheitsrechte	84
c)	Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip	85
d)	Rechtscharakter des Verfassungsprinzips der Freiheit	88
III.	Zwischenergebnis und Konsequenzen für den unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalt von Ausländern	91

C. Verfassungsimmanente Einschränkung grundrechtlicher Freiheit von Ausländern durch das Verfassungsprinzip des Nationalstaats	97
I. Nationalstaat und Konzept der Nation in Deutschland	99
1. Bundesrepublik Deutschland als Nationalstaat	101
a) Der „offene“ Nationalstaat	101
b) Die Verankerung des Nationalstaats im Grundgesetz	106
aa) Präambel	106
bb) Weitere Bestimmungen	110
c) Nationalstaat im europäischen Rahmen: „Nationale Identität“ der Mitgliedstaaten	113
aa) Nationale und europäische Identität	114
bb) Identitätsbegriff in der deutschen Staatsrechtslehre	116
cc) Europäischer Verfassungsvertrag	118
2. Nationalitätskonzept in der Bundesrepublik Deutschland	121
a) Zwei Modelle der Natiogenese: Politisch und ethnisch-kulturell begründetes Verständnis der Nation	124
b) Grundgesetz und Nationalitätskonzept	127
aa) Anknüpfung an die Regelung der „Statusdeutschen“ in Art. 116 Abs. 1 2. Alt. GG	128
bb) Staatsangehörigkeit im Grundgesetz	132
(1) Ius sanguinis als tradierte Form des Staatsangehörigkeitserwerbs	132
(2) Grundgesetz und die Reform des Staatsangehörigkeitsrechtes des Jahres 1999	135
(3) Mehrfache Staatsangehörigkeit	136
(4) Zwischenergebnis: Grundsätzlich konzeptionelle Offenheit der verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Staatsangehörigkeit	141
cc) Verfassungsidentität als Nucleus einer verfassungsrechtlichen Nationalitätskonzeption	142
II. Das Nationalstaatsprinzip des Grundgesetzes als Grundlage aufenthaltsrechtlicher Einschränkung der Ausländergrundrechte	148
1. Die Deutschenvorbehalte der Freiheitsgrundrechte als Ausdruck des Nationalstaatsprinzips des Grundgesetzes	148
a) Das Nationalstaatsprinzip im weiteren Sinne (Bleckmann)	150

b) Das auf das angehörigkeitsrechtliche Grundverhältnis gegründete Nationalstaatsprinzip im engeren Sinne (Siehr)	152
c) Zusammenfassung und Bewertung	154
2. Nationalstaatsprinzip und Aufenthaltsbegründung	155
3. Nationalstaatsprinzip als Grundlage für ein abgestuftes System aufenthaltsbedingter Freiheitseinschränkungen	158
D. Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt nach Maßgabe der Verfassungsprinzipien	159
I. Maßstabsfunktion der Verfassungsprinzipien	159
II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalts	162
1. Verfassungsprinzip der Freiheit	162
2. Nationalstaatsprinzip	164
3. Relative Rechtswidrigkeit des geduldeten Aufenthalts	164
4. Grenzen und Maßstäbe des Verfassungsrechts	166
a) Perpetuierungsverbot und zunehmende Rechtfertigungsbedürftigkeit von Grundrechtseingriffen im Zeitablauf	166
b) Kein geduldeter Aufenthalt nach grundsätzlicher Aufnahmeentscheidung des Staates	167
 <i>3. Kapitel</i> Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt im Gefüge der einfachgesetzlichen Bestimmungen des Ausländerrechts	
A. Entwicklung des Aufenthaltsrechts in der Bundesrepublik Deutschland unter dem Focus unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalts bis 1990	170
I. Über die Aufenthaltsdauer zum Aufenthaltsrecht – Entwicklung des geduldeten Aufenthalts bis 1990	170
1. Von der Ausländerpolizeiverordnung zum Ausländergesetz 1965	172
2. Aufenthalt nach dem Ausländergesetz 1965	173
3. Die Duldung als aufenthaltsrechtliche Neuerung	177
4. Duldung und Daueraufenthalt	178
a) Anwendungsbeispiel: De-facto-Flüchtlinge	180

Inhaltsverzeichnis	13
b) Ostblockflüchtlinge	183
c) Abgelehnte Asylbewerber aus Bürgerkriegsgebieten – Beispiel der Tami- len	186
d) Bewertung in der Literatur	190
B. Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt nach der Reform des Auslän- derrechts von 1990	192
I. Die Neuregelung aus dem Jahr 1990	192
1. Die Zielstellungen der Reform und ihre Umsetzung	192
2. Duldung nach dem Ausländergesetz 1990 – Rückführung auf ihre vollstrec- kungsrechtliche Funktion?	195
a) Der Rechtsanspruch auf die Duldungserteilung	196
b) Ermessensentscheidung über die Duldung, § 55 Abs. 3	198
c) Abschiebung oder Duldung: Ausschluss ungeregelten Aufenthaltes durch die Rechtsprechung	199
II. Die Anwendung der Duldungsbestimmungen des Ausländergesetzes von 1990 ...	202
1. Keine Anwendung des § 32a AuslG auf Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge	204
2. Duldung und humanitäre Aufenthaltsbegründung – Beispiel der Bürger- kriegsflüchtlinge aus Bosnien und Herzegowina	205
a) Zur Kriegsentwicklung in Bosnien	206
b) Rechtliche Stellung der Flüchtlinge in Deutschland	209
aa) Aufenthalt auf asylrechtlicher Grundlage?	209
bb) Humanitäre Soforthilfe – Aufenthaltsbefugnisse gem. §§ 30, 32, Verpflichtungserklärungen nach § 84 AuslG	212
cc) Duldung auf der Basis von Aussetzungsanordnungen und Abschie- bungshindernissen (§§ 53, 54 AuslG)	213
c) Auswirkungen der Traumatisierung von Kriegs- und Bürgerkriegsflücht- lingen	216
III. Zusammenfassung und Ergebnis	219
C. Die Neuregelung des Ausländerrechts 2005	222
I. Die Entstehung des Zuwanderungsgesetzes – Abschaffung der Duldung?	222
1. Die Vorarbeiten der Kommissionen	223

2.	Entwicklung bis zum Zuwanderungskompromiss im Sommer 2004	225
a)	Das Zuwanderungsgesetz vom 20. Juni 2002	225
b)	Europarechtliche Implikationen	229
c)	Scheitern des Zuwanderungsgesetzes 2002 und neuer Anlauf bis zur Verabschiedung im Jahr 2004	233
d)	Zuwanderungsgesetz und Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung	234
II.	Wesentliche Neuerungen	236
1.	Systematik des Aufenthaltsgesetzes	236
2.	Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen ...	237
a)	Aufenthalt aus humanitären Gründen, § 25 AufenthG	239
aa)	Aufenthaltsrecht bei zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernissen	239
bb)	Aufenthaltsrecht bei tatsächlicher und rechtlicher Unmöglichkeit der Ausreise	241
cc)	Aufenthaltsurlaubnis bei vorübergehendem Aufenthalt	243
b)	Härtefallregelung	244
3.	Die Duldung im Gefüge des Aufenthaltsgesetzes	246
a)	Duldungstatbestände	246
b)	Rechtsfolgen	248
c)	Verteilung unerlaubt eingereister Ausländer nach § 15a AufenthG	249
III.	Bewertung	250
1.	Bewertung mit Blick auf das Ziel der Verhinderung dauerhafter Duldung ...	250
2.	Verfassungsrechtliche Anforderungen	251
	<i>4. Kapitel</i>	
	Schlussbetrachtung	253
	Literaturverzeichnis	259
	Personenverzeichnis	276
	Sachwortverzeichnis	278

Einleitung

Im Zentrum der nachfolgenden Untersuchung steht ein Rechtsinstitut, das im Kontext der Bestimmungen über den Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland eine Sonderstellung einnimmt und das seit geraumer Zeit zum Gegenstand öffentlicher kritischer Diskussion geworden ist: die so genannte Duldung.

Das deutsche Ausländerrecht geht von einem System lückenloser Zuordnung der ausländischen Bevölkerung zu den geregelten Formen des Aufenthalts aus. Ausländer, die keinen Aufenthaltstitel erhalten, sind grundsätzlich verpflichtet, das Land zu verlassen. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht freiwillig nach, wird Verwaltungszwang angewandt – ihre Abschiebung ist zwingend vorgeschrieben. Es existieren jedoch Konstellationen, in denen der Staat zu einer Durchsetzung der Ausreisepflicht nicht in der Lage ist, weil einer Abschiebung rechtliche oder tatsächliche Gründe entgegenstehen. In diesen Fällen wird den betroffenen Personen eine Duldung erteilt.

Geduldete Ausländer befinden sich folglich in einem Schwebезustand zwischen erlaubtem und illegalem Aufenthalt. Einerseits erhält diese Gruppe kein Recht zum weiteren Aufenthalt in Deutschland, andererseits wird ihre Ausreiseverpflichtung nicht zwangsweise durchgesetzt, denn die Abschiebung ist ausgesetzt. Ihre Situation lässt sich kennzeichnen als ein Zwischenstadium des unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalts.

Seit ihrer Einführung in das Ausländerrecht 1965 war die Duldung konzipiert als Bestandteil des Vollstreckungsrechts im Rahmen der Aufenthaltsbeendigung, um eine vorübergehende, also zeitlich eng begrenzte Aussetzung der Abschiebung zu ermöglichen. Für den Zeitraum ihrer Gültigkeit erlaubt sie einem Ausländer den Aufenthalt ohne Gesetzesverstoß. Entgegen der gesetzgeberischen Konzeption entwickelte sich die Duldung in der Praxis von Beginn an zu einer Art Ersatzaufenthaltsrecht für Fälle, in denen die Ausländerbehörden kein Aufenthaltsrecht anerkannten, aber gewichtige, oftmals humanitäre Gründe eine Abschiebung verhinderten. Die Duldung wurde in diesen Fällen vielfach über einen Zeitraum von vielen Jahren immer wieder verlängert. Sie wurde deshalb auch als „Aufenthaltsrecht zweiter Klasse“ bezeichnet.

Bereits im Zuge der Reform des Ausländerrechts 1990 hatte man dieses Problem erkannt und versucht, es durch Neufassung der Duldungsvorschriften zu entschärfen. Dessen ungeachtet gab es in der Bundesrepublik im Oktober des Jahres 2000 über 266.000 geduldete Ausländer, von denen mehr als 40 Prozent im Besitz so

genannter Kettenduldungen waren, durch die sie sich bereits länger als drei Jahre in Deutschland aufhielten.¹ Über 76.000 geduldete Personen hielten sich zum 31. Dezember 2003 zehn Jahre oder länger in der Bundesrepublik Deutschland auf.² Angesichts einer solchen Dimension langjähriger Aufenthaltsverhältnisse auf Grundlage der Duldung lässt sich diese nicht in einen rein vollstreckungsrechtlichen Kontext einordnen. Obgleich das neue Aufenthaltsgesetz, das als Teil des Zuwanderungsgesetzes am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist, nach der gesetzgeberischen Intention so genannte Kettenduldungen weitgehend ausschließen soll, stellt sich weiterhin die Frage, ob die darin vollzogenen Schritte ausreichen, um künftig Duldungserteilungen von derartigem Ausmaß zu verhindern.

Dieser spezifisch ausländerrechtliche Hintergrund verweist auf ein verfassungsrechtliches Problem, dem eine größere Aufmerksamkeit gewidmet werden sollte. Dabei geht es um die Frage, wie es zu erklären ist, dass der grundrechtliche Status von Ausländern im unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalt ein *qualitativ anderer* zu sein scheint als derjenige von Ausländern, deren Aufenthalt ausländerbehördlich genehmigt ist. Der rechtliche Status jener Bevölkerungsgruppe wird denn auch in der Öffentlichkeit bis heute teilweise scharf kritisiert. So machte beispielsweise der Freiburger Politologe *Dieter Oberndörfer* in der Süddeutschen Zeitung im August 2005 erneut auf die problematische Situation von geduldeten Ausländern aufmerksam.³ Geduldeten Menschen, die sich seit Jahren in Deutschland aufhielten, einen gesicherten Aufenthaltsstatus und ungehinderten Zugang zum Arbeitsmarkt zu versagen, sei unmenschlich. Die Abhandlung schließt mit der Wertung: „Nach der Bilanz der Bestimmungen, die das Leben der Geduldeten regeln, wird die Menschenwürde der Geduldeten wenig beachtet.“

Die menschenrechtliche Ausgestaltung der wichtigsten Grundrechte in der Verfassung, namentlich des allgemeinen Freiheits- und Gleichheitsrechtes, impliziert, dass es einen qualitativen Unterschied der *grundrechtlichen Rechtsstellung* von Ausländern mit und ohne Aufenthaltsrecht nicht geben kann. Führt der Mangel eines Aufenthaltsrechtes aber von vornherein zum gesetzlichen Ausschluss oder zur Begrenzung grundrechtlich garantierter Freiheiten, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Bestimmungen mit dem Verfassungsrecht. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, diese Inkongruenz zwischen dem einfachgesetzlichen und

¹ Quelle: Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ unter Vorsitz von Rita Süßmuth, 2001, S. 164 f.

² Quelle: Strukturdaten der ausländischen Bevölkerung, Information der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Asyl, Stand: 2004, S. 25. Am 21. 8. 2002 befanden sich 102.771 *Personen* im Status der Duldung, die mindestens seit dem 1. 1. 1995 in Deutschland lebten, vgl. die Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage „Langjähriger Aufenthalt bestimmter Flüchtlingsgruppen“ vom 2. 9. 2002, BT-Drs. 14/9926, S. 16.

³ Artikel in der Süddeutschen Zeitung vom 10. 8. 2005, S. 2, der die Überschrift trägt: „Eine Schande für Deutschland – Geduldete Ausländer leben hierzulande wie im Ghetto: Sie haben kein Bleiberecht und fast keine Aussicht auf Arbeit“.

dem grundrechtlichen Status auszuleuchten und einer Lösung zuzuführen. Dabei soll insbesondere geklärt werden, welche Vorgaben für die gesetzliche Ausgestaltung des unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthaltes der Verfassung unmittelbar entnommen werden können.