

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 119

# Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts

(Artikel 11 des Grundgesetzes)

Von

Detlef Merten



Duncker & Humblot · Berlin

**DETLEF MERTEN**

**Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 119**

# Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts

(Artikel 11 des Grundgesetzes)

Von

Dr. Dr. Detlef Merten



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1970 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61**  
**Printed in Germany**

## Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde im Sommersemester 1969 von der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende 1969, vereinzelt auch darüber hinaus berücksichtigt.

Ausgezeichneten Dank sage ich meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Karl August Bettermann, der diese Arbeit angeregt und betreut und mich als Schüler und Assistenten stets gefördert hat. Für seine liebenswürdige Unterstützung bin ich Herrn Professor Dr. Roman Herzog, dem Korreferenten der Arbeit, zu vorzüglichem Dank verpflichtet.

Dank sage ich schließlich Herrn Ministerialrat a.D. Dr. Johannes Broermann für die Aufnahme der Schrift in sein Verlagsprogramm.

Berlin, im Juni 1970

Detlef Merten



# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

§ 1: Ziel und Methode der Arbeit .....	13
--	----

## Erstes Kapitel

### Die persönliche Freizügigkeit 15

§ 2: Begriff der Freizügigkeit .....	15
--------------------------------------	----

§ 3: Die Umzugsfreiheit als Recht der Wohnsitzverlegung und Aufenthaltsnahme .....	17
--	----

I. Wohnsitzverlegung .....	17
----------------------------	----

II. Aufenthaltsnahme .....	18
----------------------------	----

1. Abgrenzungsschwierigkeiten .....	18
-------------------------------------	----

2. Dauernder Aufenthalt .....	19
-------------------------------	----

3. Vorübergehender Aufenthalt .....	20
-------------------------------------	----

§ 4: Die Umzugsfreiheit von Bundesland zu Bundesland .....	21
--	----

I. Begriff der „interterritorialen Freizügigkeit“ .....	21
---	----

II. Bedeutung und Rechtsinhalt .....	22
--------------------------------------	----

§ 5: Die Umzugsfreiheit von Gemeinde zu Gemeinde .....	25
--	----

I. Schutzbereich .....	25
------------------------	----

II. Einschränkungen .....	26
---------------------------	----

1. Aufenthaltsgebote .....	26
----------------------------	----

2. Aufenthaltsverbote .....	28
-----------------------------	----

§ 6: Umzugsfreiheit innerhalb der Gemeinde .....	29
--	----

I. Bestimmung des Begriffs „Ort“ .....	30
--	----

1. Deutungsmöglichkeiten .....	30
--------------------------------	----

2. Wortlautargumentation .....	30
--------------------------------	----

3. Historische Interpretation .....	31
-------------------------------------	----

II. Teleologische Neubesinnung auf Grund gewandelter Verhältnisse	32
---	----

1. Unzulässigkeit einer voreiligen Erst-Recht-Argumentation ..	33
--	----

2. Erst-Recht-Argumentation wegen gewandelter Verhältnisse	33
3. Schutzbereich der interlokalen Freizügigkeit	35
a) Schutz vor gewerberechtlichen Beschränkungen?	35
b) Schutz vor baurechtlichen Beschränkungen?	35
c) Ausklammerung der Unterkommensfrage	36
d) Freizügigkeit und Wohnraumbewirtschaftung	37
e) Zuzugsbeschränkungen wegen Wohnungsnot	39
§ 7: <i>Recht auf Heimat</i>	39
§ 8: <i>Die negative Freizügigkeit</i>	41
§ 9: <i>Die Reisefreiheit</i>	42
I. Historischer Rückblick	42
II. Reiseaufenthalt als vorübergehender Aufenthalt	43
III. Zeitliche Untergrenze des Reiseaufenthalts	44
 <i>Zweites Kapitel</i> 	
<b>Freizügigkeit und Bewegungsfreiheit</b>	<b>45</b>
§ 10: <i>Die Bewegungsfreiheit als Bestandteil der Freizügigkeit?</i>	45
I. Historische Interpretation	45
1. Wortlaut des Freizügigkeitsgesetzes	45
2. Gesetzeszweck	46
II. Systematische und teleologische Interpretation	46
1. Unterschiedliche Schrankenregelung	47
2. Bedeutungslosigkeit der Schrankendivergenz wegen ungeschriebener Schranken?	48
III. Vergleichende Interpretation	49
1. Internationale Erklärungen und Abkommen	49
2. Ausländergesetzgebung	50
IV. Ergebnis	51
§ 11: <i>Verfassungsrechtliche Einordnung der Bewegungsfreiheit</i>	52
I. Freiheit der Person	52
1. Schutz vor Freiheitsentziehungen	52
2. Schutz vor Freiheitsbeschränkungen?	53
a) Wortlautargumentation	53
b) Historische Entwicklung	55
c) Schrankensystematische Interpretation	55

3. Keine Garantie einer allgemeinen Bewegungsfreiheit .....	56
4. Art. 2 Abs. 2 S. 2 als bloßes Abwehrrecht .....	57
II. Freie Entfaltung der Persönlichkeit .....	58
III. Verhältnis von Freizügigkeit zur Bewegungsfreiheit und Freiheit der Person .....	59
1. Verhältnis von Freizügigkeit und Bewegungsfreiheit .....	59
2. Verhältnis von Freizügigkeit und Freiheit der Person .....	60

*Drittes Kapitel*

<b>Vermögensmitnahmefreiheit und wirtschaftliche Freizügigkeit</b>	<b>61</b>
§ 12: Die Vermögensmitnahmefreiheit .....	61
§ 13: Die wirtschaftliche Freizügigkeit .....	64
I. Historische Entwicklung .....	65
II. Art. 11 als Schutzort der wirtschaftlichen Freizügigkeit .....	68
III. Umfang des Grundrechtsschutzes .....	71
IV. Beschränkung und Behinderung der wirtschaftlichen Freizügigkeit .....	73
1. Beschränkungen .....	73
2. Schutz vor Behinderungen .....	74

*Viertes Kapitel*

<b>Räumlicher Umfang und persönlicher Geltungsbereich der Freizügigkeit</b>	<b>77</b>
§ 14: Der Umfang des Bundesgebiets .....	77
I. Bedeutung der Fragestellung .....	77
II. Die Entscheidung des Grundgesetzes .....	78
III. Grundgesetz und Besatzungsrecht .....	79
1. Eingliederungstheorie .....	79
2. Als-ob-Theorie .....	79
§ 15: Grundrechtsträger des Art. 11 .....	81
I. Natürliche Personen .....	81
1. Die Freizügigkeit als Deutschen-Recht .....	81
2. Die Grundrechtsberechtigung Jugendlicher .....	83
II. Juristische Personen .....	85

*Fünftes Kapitel*

<b>Freizügigkeit und Staatsgrenzen</b>	<b>87</b>
<b>§ 16: Der Zuzug</b>	<b>87</b>
I. Art. 11 als Schutzort des Zuzugsrechts	87
1. Wortlautargumentation	87
2. Historische Entwicklung und Entstehungsgeschichte	88
3. Unergiebigkeit der systematischen Interpretation	89
II. Zusätzliche Absicherung durch Art. 16?	90
1. Asylrecht	90
2. Staatsangehörigkeit	91
III. Erscheinungsformen des Zuzugs	91
1. Einwanderung	91
2. Einreise	91
3. Zeitliche Untergrenze des Zuzugs	92
<b>§ 17: Das Wohnrecht im Staatsgebiet</b>	<b>93</b>
I. Die Schutzfunktion des Wohnrechts	93
II. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 als Verbot der Zwangsentfernung?	94
1. Inhalt des Auslieferungsverbots	94
2. Analoge Anwendung?	95
III. Staatsangehörigkeit als Schutz gegen Zwangsentfernungen?	96
1. Schutzzweck und Entstehungsgeschichte des Art. 16 Abs. 1 Satz 1	97
2. Wohnrecht als Element des Staatsangehörigkeitsverhältnisses?	97
a) im Völkerrecht?	98
b) im Staatsrecht?	98
c) Ergebnis: Keine Ableitbarkeit aus der Staatsangehörigkeit	101
IV. Freizügigkeit und Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet	101
1. Sachliche Nähe des Aufenthaltsrechts zu Art. 11	102
2. Anwendbarkeit der Schrankenvorbehalte der Freizügigkeit	103
a) Fehlende Lebensgrundlage	103
b) Staatssicherheit	103
c) Kriminalvorbehalt	104
d) Seuchengefahr	104

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>11</b>
e) Verteidigungsvorbehalt .....	104
f) Jugendschutz .....	104
3. Schrankenentnahme aus Art. 16 Abs. 1 Satz 1? .....	105
<b>§ 18: Der Wegzug</b> .....	<b>106</b>
I. Die verfassungsrechtliche Verankerung des Wegzugsrechts .....	106
1. Verhältnis von Freizügigkeit zur Wegzugsfreiheit .....	107
a) Wortlautargumentation .....	107
b) Schrankensystematik .....	107
c) Genetische Interpretation .....	108
d) Historische Interpretation .....	109
2. Wegzugsfreiheit und Staatsangehörigkeit .....	111
3. Ergebnis: Schutz im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit .....	112
a) Interpretation des Art. 2 Abs. 1 .....	112
b) Unterschiedliche Behandlung von Abzug und Zuzug ....	112
II. Auswanderung und Ausreise .....	114
<b>§ 19: Aufenthaltsrecht im Ausland</b> .....	<b>116</b>
I. Negatives Zuzugsrecht als Ausfluß der Staatsangehörigkeit? ....	116
II. Negativer Grundrechtsbereich des Art. 11 .....	117
III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Rückrufs .....	119
<b>Thesen</b>	<b>122</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>125</b>
<b>Sachwortregister</b>	<b>133</b>

## Abkürzungsverzeichnis

BayVerfGHE	= Entscheidungen des Bayer. Verfassungsgerichtshofs, in: Sammlung von Entscheidungen des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayer. Verfassungsgerichtshofs
BBl.	= Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BK/L	= Alliierte Kommandantura Berlin, Letter
BK/O	= Alliierte Kommandantura Berlin, Order
BV	= Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
B.-VG.	= Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird [Bundes-Verfassungsgesetz], (BGBl. Nr. 1/1920 bzw. Nr. 1/1930)
Ch.E.	= Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948
FreizG	= Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 (BGBl. S. 55)
GS	= Gesetz-Sammlung für die Kgl. Preußischen Staaten; Preußische Gesetzessammlung
HeimatG	= Gesetz über die Aufnahme neu anziehender Personen vom 31. Dezember 1842 [Preußisches Heimatgesetz], (GS 1843 S. 5)
JIR	= Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht
Slg.	= Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des (österreichischen) Verfassungsgerichtshofs
StGG	= (Österreichisches) Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (RGBl. Nr. 142)
VerfGH	= (Österreichischer) Verfassungsgerichtshof
WP	= Wahlperiode

Allgemein gebräuchliche oder juristische Abkürzungen, die sich bei Hildebert *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache (2. Aufl., Berlin 1968), finden, werden nicht aufgeführt.

## Einleitung

### § 1: Ziel und Methode der Arbeit

1. Deutschlands Situation nach dem Krieg brachte es mit sich, daß die Erörterungen zum Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11)<sup>1</sup> zu Lasten des reinen Verfassungstextes oftmals von politischen Emotionen überschattet waren. Wäre der Schutzbereich der Freizügigkeit in Rechtsprechung und Literatur bereits hinreichend geklärt worden, so hätte diese Arbeit zur Beantwortung von Einzelfragen vordringen dürfen, statt bei grundsätzlichen Erwägungen zu verharren.

Ziel der Untersuchung ist es, den Grundrechtsinhalt des Art. 11 zu bestimmen, insbesondere ihn durch seine räumliche und zeitliche Komponente von anderen Grundrechten abzugrenzen. Dabei ist auf das Verhältnis der Freizügigkeit zur Bewegungsfreiheit, die oftmals vermengt werden, ebenso einzugehen wie auf die Beziehungen des Art. 11 zu Art. 16, die für die Freizügigkeit über die Staatsgrenzen von Bedeutung sind. Da sich der Wert der Freizügigkeit niemals in der Umzugsfreiheit für privatisierende Kapitalisten erschöpft hat, müssen auch die Zusammenhänge zwischen Art. 11 und 12 klargelegt werden. Dabei wird eine saubere Inhaltsbestimmung nicht als Selbstzweck postuliert. Sie ist erforderlich wegen der unterschiedlichen Schrankenvorbehalte der einzelnen Grundrechte und wird auch nicht bei Anerkennung ungeschriebener Schranken<sup>2</sup> überflüssig. Durch diese können nur grobe Ungereimtheiten bei den Schrankenregelungen des Grundgesetzes beseitigt, nicht aber die Schutzbereiche tradierter Grundrechte nivelliert werden.

Es ist nicht beabsichtigt, den Kommentierungen zu Art. 11 eine weitere hinzuzufügen. Demzufolge werden die Schrankenvorbehalte des Art. 11 Abs. 2 nur insoweit behandelt, als sie Rückschlüsse für die Inhaltsbestimmung der Freizügigkeit liefern. Des weiteren kann die Arbeit die Landesverfassungen ebenso wie europarechtliche Fragen nur am Rande berücksichtigen. Sie beschränkt sich auf eine Darstellung der grundgesetzlichen Freizügigkeit.

---

<sup>1</sup> Artikel ohne nähere Angabe sind solche des Grundgesetzes.

<sup>2</sup> Hierzu *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte.

2. Da die Freizügigkeit keine bundesrepublikanische Erfindung, sondern ein klassisches Grundrecht ist, hat die historische Betrachtung im Vordergrund der Untersuchung zu stehen<sup>3</sup>. Für Art. 11 ist sie unerlässlich, weil der komprimierte Verfassungstext unergiebig ist. Auf zahlreiche Zweifelsfragen findet sich erst dann eine Antwort, wenn man auf die ausführlicheren Regelungen der Freizügigkeit in früheren Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen, insbesondere im Gesetz über die Freizügigkeit<sup>4</sup> zurückgeht, das die Probleme des freien Zuges eingehend geregelt hat. Damit soll nicht einer konservativen Grundrechtsinterpretation das Wort geredet werden. Selbstverständlich darf die Auslegung der Verfassung nicht bei der historischen Betrachtung stehenbleiben, sondern muß die gewandelten Verhältnisse berücksichtigen<sup>5</sup>. Die Untersuchung will aber weder von einem grundrechtlichen Wertesystem ausgehen, noch politischen Realitäten, die nicht in Abrede gestellt werden sollen, bei der Interpretation der Verfassung eine selbständige Bedeutung zubilligen. Bildhafte Beschwörungen der Verhältnisse im geteilten Deutschland sind allenfalls für eine rechtswirkliche, nicht aber für eine rechtsdogmatische Betrachtung von Erkenntniswert.

---

<sup>3</sup> H. Peters, Auslegung der Grundrechtsbestimmungen aus der Geschichte, Hist. Jahrb. Jg. 72 (1953) S. 457 ff.; vgl. auch *Enneccerus/Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. I/1, § 56 II S. 334. Zur Notwendigkeit einer historischen Interpretation des Freizügigkeitsbegriffs *Thoma*, AöR Bd. 75 S. 364.

<sup>4</sup> Vom 1. 11. 1867 (BGBl. S. 55); Reichsgesetz seit dem 16. 4. 1871.

<sup>5</sup> vgl. unten S. 32 ff.

## Erstes Kapitel

### Die persönliche Freizügigkeit

#### § 2: Begriff der Freizügigkeit

1. Der Begriff „Freizügigkeit“ wird im juristischen Sprachgebrauch in unterschiedlichen Zusammensetzungen verwendet. Das Grundgesetz kennt neben der Freizügigkeit der Deutschen in Art. 11 die „Freizügigkeit des Warenverkehrs“ (Art. 73 Nr. 5). Weiter spricht man von „akademischer“ oder „studentischer“ Freizügigkeit<sup>1</sup>, von der Freizügigkeit der Richter, der Beamten<sup>2</sup>, der Ärzte<sup>3</sup> oder der Rechtsanwälte<sup>4</sup>, der Dampfkessel<sup>5</sup> und der Gerichtskostenmarken<sup>6</sup>. Abgesehen von dieser spezifisch juristischen Terminologie gilt „freizügig“ in der Umgangssprache als Synonym für „gewagt“ oder „anstößig“<sup>7</sup>.

2. Das Grundgesetz selbst enthält keine Begriffsbestimmung der Freizügigkeit. Ihr Inhalt ist daher im Wege der Auslegung zu ermitteln. Die Wortinterpretation ergibt, daß die Freizügigkeit den freien „Zug“ gewährleistet. Nun könnte eine etymologische Betrachtung des

<sup>1</sup> *Ermacora*, Handbuch S. 488; *Köttgen*, NJW 1964, 290; *Gerber*, Das Recht der wissenschaftlichen Hochschulen in der jüngsten Rechtsentwicklung, Bd. I (Tübingen 1965) S. 118 u. 119; *Hinz/Mayer-Tasch*, JZ 1968, 59. Die „Freizügigkeit der Gelehrten“ erwähnen *Ewald Horn*, Akademische Freiheit (Berlin 1905) S. 26; *Günther Fröhberg*, Die Bedeutung des Art. 5 Abs. 3 des Bonner Grundgesetzes . . . , Diss. (Kiel 1959) S. 117; *Friedrich Paulsen*, Geschichte des gelehrten Unterrichts, 3. Aufl., Bd. I (Leipzig 1919) S. 258, Bd. II (Berlin u. Leipzig 1921) S. 266.

<sup>2</sup> *Haueisen*, NJW 1957, 1089 ff.; *Sauer*, AnwBl. 1955, 134 r. Sp.; *Totzek*, DVBl. 1950, 328.

<sup>3</sup> Vgl. *Daniels/Bulling*, Bundesärzteordnung (Berlin u. Neuwied 1963), Einl. S. XX.

<sup>4</sup> Vgl. die Gesetzesüberschrift des § 5 BRAO und die Amtliche Begründung hierzu (Verhandlungen des Deutschen Bundestages, III. WP, Drucks. Nr. 120 S. 50 f.); ferner *Bülow*, Bundesrechtsanwaltsordnung (Berlin u. Frankfurt 1959) S. 2 f.; *Schilling*, JZ 1951, 28.

<sup>5</sup> Vgl. *Fröhler* in *Landmann/Rohmer*, GewO, 11. Aufl. (München u. Berlin 1956), 1. Bd., § 24 Anm. 7 b S. 307; *BVerfGE* 11, 6 (20).

<sup>6</sup> Vgl. die „Ländervereinbarung über die Freizügigkeit der Gerichtskostenmarken sowie Anschluß Berlins (West) an diese Vereinbarung ab 1. 11. 1950“ sowie die „Ergänzung der Ländervereinbarung über die Freizügigkeit der Gerichtskostenmarken“, abgedruckt bei *Piller/Hermann*, Justizverwaltungsvorschriften, Stand 1968.

<sup>7</sup> In diesem Sinne etwa *OLG Köln*, NJW 1965, 2346 I. Sp.