

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 & HUMBLOT / 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: Recht auf Heimat	39
§ 8: Die negative Freizügigkeit	41
§ 9: Die Reisefreiheit	42
I. Historischer Rückblick	42
II. Reiseaufenthalt als vorübergehender Aufenthalt	43
III. Zeitliche Untergrenze des Reiseaufenthalts	44
 <i>Zweites Kapitel</i> 	
Freizügigkeit und Bewegungsfreiheit	45
§ 10: Die Bewegungsfreiheit als Bestandteil der Freizügigkeit?	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: Verfassungsrechtliche Einordnung der Bewegungsfreiheit	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

Vermögensmitnahmefreiheit und wirtschaftliche Freizügigkeit	61
§ 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

Räumlicher Umfang und persönlicher Geltungsbereich der Freizügigkeit	77
§ 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

Freizügigkeit und Staatsgrenzen	87
§ 16: Der Zuzug	87
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
§ 17: Das Wohnrecht im Staatsgebiet	93
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

Inhaltsverzeichnis	11
e) Verteidigungsvorbehalt	104
f) Jugendschutz	104
3. Schrankenentnahme aus Art. 16 Abs. 1 Satz 1?	105
§ 18: Der Wegzug	106
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
§ 19: Aufenthaltsrecht im Ausland	116
I. Negatives Zuzugsrecht als Ausfluß der Staatsangehörigkeit?	116
II. Negativer Grundrechtsbereich des Art. 11	117
III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Rückrufs	119
Thesen	122
Literaturverzeichnis	125
Sachwortregister	133

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)¹ 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 Schranken² 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.

¹ Artikel ohne nähere Angabe sind solche des Grundgesetzes.

² 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 stehen³. 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 Freizügigkeit⁴ 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 berücksichtigen⁵. Die Untersuchung will aber weder von einem grundrechtlichen Wertsystem 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.

³ 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.

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

⁵ 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“ Freizügigkeit¹, von der Freizügigkeit der Richter, der Beamten², der Ärzte³ oder der Rechtsanwälte⁴, der Dampfkessel⁵ und der Gerichtskostenmarken⁶. Abgesehen von dieser spezifisch juristischen Terminologie gilt „freizügig“ in der Umgangssprache als Synonym für „gewagt“ oder „anstößig“⁷.

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

¹ *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.

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

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

⁴ 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.

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

⁶ 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.

⁷ In diesem Sinne etwa *OLG Köln*, NJW 1965, 2346 I. Sp.