

Neuregelungen des deutschen Fremdenrechts durch das »Ausländergesetz« von 1965

Karl Doehring

I. Entstehung des Gesetzes¹⁾

Der Entwurf des Gesetzes wurde am 5. Oktober 1962 als Regierungsvorlage gemäß Art. 76 Abs. 2 des Grundgesetzes dem Bundesrat mit Begründung übergeben²⁾. Bei der Behandlung des Entwurfs im Bundesrat³⁾ wurden, insbesondere von der hessischen Landesregierung, Bedenken gegen einige rechtliche Regelungen vorgetragen; die Einschränkung von Grundrechten für Ausländer sei zu weitgehend, die Regelung des Asylrechts nicht großzügig genug und die vorgesehene Ausgestaltung des Verfahrens habe eine unzulässige Kompetenzvermischung von Bund und Ländern, eine sog. Mischverwaltung, zur Folge. Der Vertreter des Bundesinnenministers nahm hiergegen Stellung und begründete, warum nach Auffassung der Bundesregierung die beabsichtigte Regelung gerechtfertigt sei.

Im Dezember 1962 wurde der Gesetzentwurf von der Bundesregierung dem Bundestag zugeleitet⁴⁾, der ihn im Januar 1963 an den Ausschuß für Inneres (mitberatend Rechtsausschuß und Ausschuß für auswärtige Angelegenheiten) übergab⁵⁾. Im schriftlichen Bericht des Ausschusses⁶⁾ sind u. a. die Gründe angeführt, warum eine Neuregelung der Materie notwendig erscheine. Es ist hingewiesen auf die Bedeutung des Asylrechts, auf die Ein-

¹⁾ Gesetz vom 28. 4. 1965, BGBl. I, S. 353, Wortlaut unten S. 499 ff.; im folgenden abgekürzt AG; weitere Abkürzungen: BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; BVerwGE = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; MRK = Europäische Menschenrechtskonvention; VWGO = Verwaltungsgerichtsordnung.

²⁾ Bundesratsdrucksache 306/62 vom 5. 10. 1962.

³⁾ 249. Sitzung des Bundesrats vom 26. 10. 1962, S. 189 ff.

⁴⁾ Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/868, 28. 12. 1962.

⁵⁾ Deutscher Bundestag, 54. Sitzung, 16. 1. 1963, Sten.Ber., S. 2374.

⁶⁾ Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/3013, 26. 1. 1965.

arbeitung paßrechtlicher Bestimmungen und die Gründe für die Einbeziehung der Regelungen für heimatlose Ausländer und Flüchtlinge im Sinne des Flüchtlingsabkommens von 1951. Auf diese Weise habe man, abgesehen von insbesondere vertraglichen Spezialregelungen, nunmehr eine Zusammenfassung wichtiger Teile des Fremdenrechts erreicht.

Im Februar 1965 wurde der Entwurf in dritter Lesung vom Bundestag einstimmig angenommen⁷⁾. Hierbei betonte der Bundesinnenminister nochmals, daß nach Auffassung der Bundesregierung das Gesetz eine für Ausländer großzügige Ausgestaltung erfahren habe, andererseits aber auch den legitimen Interessen der Bundesrepublik Deutschland genügend Schutz biete.

Der Bundesrat faßte jedoch im März 1965 den Beschluß, den Vermittlungsausschuß gemäß Art. 77 Abs. 2 des Grundgesetzes anzurufen, da vor allem die Bedenken gegen eine unzulässige »Mischverwaltung« von Bund und Ländern nicht beseitigt seien⁸⁾. Der Vorschlag des Vermittlungsausschusses⁹⁾ wurde vom Bundestag am 19. März 1965 einstimmig angenommen¹⁰⁾. Auch der Bundesrat erklärte sich mit der die Länderinteressen mehr berücksichtigenden neuen Zuständigkeitsregelung einverstanden¹¹⁾, wobei das Land Hessen sich der Stimme enthielt.

Das Gesetz soll insgesamt, gemäß § 55 Abs. 1, am 1. Oktober 1965 in Kraft treten. Nach Satz 2 Abs. 1 des § 55 sollten bereits am Tage nach der Verkündung, am 9. Mai 1965, einige Bestimmungen anwendbar sein. Es handelt sich dabei im wesentlichen um Regelungen, die den Bundesinnenminister zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigen, damit vor Inkrafttreten des Gesetzes bereits die notwendigen Ausgestaltungen des Verfahrens im Hinblick auf Paßerteilung, Aufenthaltserlaubnis, Behördenzuständigkeiten, Gebührenerhebungen, Flüchtlingsanerkennung und -verteilung u. a. gesichert sind. In Abs. 2 des § 55 AG sind diejenigen gesetzlichen Regelungen genannt, die mit Inkrafttreten des Gesetzes aufgehoben sind, darunter vor allem die Ausländerpolizeiverordnung von 1938¹²⁾ und die Asylverordnung von 1953¹³⁾.

⁷⁾ Deutscher Bundestag, 163. Sitzung, 12. 2. 1965, Sten.Ber., S. 8034 ff.

⁸⁾ Bundesrat, Bericht über die 279. Sitzung, 5. 3. 1965, S. 40 ff.; dazu die Empfehlungen des Ausschusses für Innere Angelegenheiten und des Rechtsausschusses des Bundesrats vom 26. 2. 1965, Drucksache 90/1/65.

⁹⁾ Vgl. Antrag vom 11. 3. 1965, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/3185.

¹⁰⁾ Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, 174. Sitzung, Sten.Ber., S. 8710.

¹¹⁾ Bundesrat, Bericht über die 281. Sitzung, 9. 4. 1965, S. 73.

¹²⁾ 22. 8. 1938, RGBl. I, S. 1053, abgedruckt ZaöRV Bd. 8, S. 793 ff.

¹³⁾ 6. 1. 1953, BGBl. I, S. 3, abgedruckt ZaöRV Bd. 23, S. 254 ff.

II. Gesetzeszweck und Abgrenzung zu anderen rechtlichen Regelungen

Im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Inneres ist bemerkt, daß der Ausschuß, ebenso wie der Bundesrat, die Bezeichnung »Gesetz über den Aufenthalt der Ausländer« zu ersetzen wünsche durch den Titel »Ausländergesetz«, weil die vorgesehenen Regelungen über die Aufenthaltsregelungen im engeren Sinne hinausgehen¹⁴⁾. Dennoch könnte die jetzt geltende Bezeichnung »Ausländergesetz« irreführend sein, da sie den Anschein erweckt, als seien mit diesem Gesetz die Bestimmungen des deutschen Fremdenrechts in weitestem Sinne zusammengefaßt. Das aber ist durchaus nicht der Fall. Das Gesetz enthält im wesentlichen nur Vorschriften, die sich auf die Berechtigung von Fremden zum Aufenthalt im Bundesgebiet beziehen; natürlich sind diese Bestimmungen wichtig genug, um eine neuerliche und moderne Kodifikation zu rechtfertigen (Ein- und Ausreise, Paßbestimmungen, Aufenthaltserlaubnis und -berechtigung, Ausweisung, Abschiebung, entsprechende Verfahrensvorschriften, Asylrecht, Strafvorschriften zur Sicherung des Verfahrens, Rechtsschutz). Wenn sich daneben einige wenige Regelungen finden, die den Status der Fremden im übrigen betreffen, so sind sie zum Teil mehr deklaratorischer Natur¹⁵⁾, oder sie verweisen auf andere materiell-rechtliche Regelungen¹⁶⁾. Obwohl so zwar die Rechtsstellung der Fremden über reine Aufenthaltsbestimmungen hinaus in gewissem Umfang geregelt ist, handelt es sich doch nicht um eine Kodifizierung des »Fremdenrechts« schlechthin. Schon wegen der Vielfalt völkerrechtlicher Verträge, die bestimmten Ausländern spezielle Rechte erteilen, wegen der verstreuten Vorschriften in anderen Rechtsgebieten und wegen der Wandlung allgemeiner Regeln des Völkerrechts im Ablauf der Zeit wäre eine umfassende und abschließende Fremdengesetzgebung durch ein einziges Gesetzeswerk ohnehin nicht denkbar. Die Begründung des Gesetzes entspricht dieser Einordnung¹⁷⁾. Es ist dort darauf hingewiesen, daß die bisherigen Regelungen, vor allem also die Ausländerpolizeiverordnung von 1938, gegenwärtigen Anforderungen sowohl im Hinblick auf das Verfassungsrecht als auch auf das Völkerrecht nicht mehr entsprechen. Auch die Ausländerpolizeiverordnung beschränkte sich auf Bestimmungen über die Berechtigung zum Aufenthalt im Staatsgebiet.

¹⁴⁾ Deutscher Bundestag, Drucksache IV/3013, a. a. O., S. 2.

¹⁵⁾ Z. B. § 6 Abs. 1 AG: »Ausländer genießen alle Grundrechte, soweit sie nicht nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Deutschen vorbehalten sind.«

¹⁶⁾ Z. B. § 44 AG, wonach als asylberechtigt anerkannte Personen den anerkannten Flüchtlingen gleichzustellen sind.

¹⁷⁾ Vgl. zum Folgenden Deutscher Bundestag, Drucksache IV/868 a. a. O., S. 9 ff.

Im übrigen enthält die Begründung des Gesetzesentwurfs einige kurze Ausführungen über die Grundsätze des völkerrechtlichen und deutschen Fremdenrechts. Die allgemeine Konzeption, die dem Gesetzesentwurf zugrunde liegt, ist in ihrer Abgewogenheit begrüßenswert, obwohl die Ausführungen im einzelnen nicht immer ganz unbedenklich erscheinen. Es sei davon auszugehen, heißt es, daß nur die eigenen Staatsbürger ein uneingeschränktes Recht auf Aufenthalt im Gebiet ihres Heimatstaates innehaben¹⁸⁾, während fremde Staatsangehörige zum Aufenthaltsstaat »nicht in einem Treue- und Rechtsverhältnis mit eigenen Rechten und Pflichten« stünden. Im folgenden wird dann diese sehr vergrößernd wirkende Auffassung richtig dahingehend ergänzt, daß der Gesetzesentwurf das allgemeine Völkerrecht zu berücksichtigen hatte, vor allem den sogenannten fremdenrechtlichen Mindeststandard, die Übernahme dieser völkerrechtlichen Grundsätze in das Verfassungsrecht durch Art. 25 GG und die besonderen, den Status bestimmter Ausländer ausgestaltenden völkerrechtlichen Verträge. Auch auf die Forderungen des regionalen Völkerrechts wird hingewiesen, auf die Europäische Menschenrechtskonvention¹⁹⁾, das europäische Niederlassungsabkommen²⁰⁾ und die Verträge von Rom²¹⁾. Die UN-Deklaration vom 10. Dezember 1948 wird insoweit als relevant betrachtet, als sie zwar ein »rechtlich nicht verpflichtendes Übereinkommen« darstelle, dennoch Leitgedanken und wichtige Hinweise für das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht enthalte. Verpflichtende Kraft habe aber andererseits das insbesondere zu berücksichtigende Abkommen über die Rechtsstellung von Flüchtlingen von 1951²²⁾.

Die Prüfung des Gesetzes ergibt auch, daß die völkerrechtlichen Grundsätze durchaus beachtet sind. Der Gesetzgeber stand dabei im Hinblick auf das allgemeine völkerrechtliche Fremdenrecht vor keiner besonders schweren Aufgabe, da der allein maßgebliche fremdenrechtliche Mindeststandard²³⁾ kaum mehr enthält, als die allgemein anerkannten Menschenrechte,

¹⁸⁾ Dabei wird für die BRD auf die Art. 11 und 16 Abs. 2 Satz 1 GG verwiesen, was m. E. irreführend ist, denn Freizügigkeit und Schutz vor Auslieferung sind Spezialregelungen, während das Recht des Staatsbürgers, im eigenen Staatsgebiet leben zu dürfen, ein ungeschriebener aber elementarer Bestandteil des Staatsbürgerrechts ist und niemals ernstlich bestritten wurde (vgl. schon P. L a b a n d, Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl., Bd. 1, S. 153).

¹⁹⁾ 4. 11. 1950, BGBl. 1952 II, S. 685 und 1954 II, S. 14.

²⁰⁾ 13. 12. 1955, BGBl. 1959 II, S. 997.

²¹⁾ 25. 3. 1957, BGBl. II, S. 753.

²²⁾ 28. 7. 1951, BGBl. 1953 II, S. 559, abgedruckt ZaöRV Bd. 14, S. 479 ff.; dazu M a k a r o v a. a. O., S. 431 ff.

²³⁾ Dazu K. D o e h r i n g, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 39, 1963), S. 68 ff.

deren Einhaltung heute für einen Rechtsstaat vielleicht in einer Krisensituation noch gewisse Probleme birgt, im Normalablauf des Staatslebens jedoch nahezu selbstverständlich ist, wobei nicht verkannt werden soll, daß einzelne fremdenrechtliche Normen auch einmal, sei es schon bei ihrem Erlaß oder auch erst bei der Interpretation, zur Kollision mit diesen rudimentären völkerrechtlichen Regeln kommen könnten. Wenn daher die Auffassung geäußert wurde, die Begründung zum Entwurf des AG²⁴⁾ zeige, daß man die Regeln des allgemeinen Völkerrechts, insbesondere die »völkerrechtlichen Gleichbehandlungspflichten« nicht genügend beachtet habe oder beachten wollte²⁵⁾, so liegt dem ein Irrtum über das Ausmaß der vom Völkerrecht zuerkannten fremdenrechtlichen Begünstigungen zugrunde. Das Völkerrecht räumt heute (noch) den Staaten ein so weites Ermessen in der Frage des Staatsschutzes vor fremden politischen Einflüssen ein, daß von einer Überschreitung der entsprechenden Ermessensgrenzen durch das AG – wie unten gezeigt werden wird – nicht gesprochen werden kann. Selbstverständlich hätte der Gesetzgeber noch fremdenfreundlicher sein können; ein rechtlicher Zwang dazu lag jedoch nicht vor. Solange aber das nicht der Fall ist, hat man sich mit der Regelung des Parlaments, die auf vernünftigen Gründen beruht, abzufinden.

Das Problem, das AG mit den Regeln des besonderen Völkerrechts, nämlich den bilateralen, fremdenrechtliche Bestimmungen enthaltenden Verträgen, den Kollektivabkommen und vor allem den europäischen regionalen Verträgen in Einklang zu bringen, wird dadurch gelöst, daß ausdrücklich derartige Regelungen als durch das AG unberührt bezeichnet werden²⁶⁾. Alle vertraglichen, eine günstigere Rechtsposition für die Fremden begründenden Vereinbarungen haben jedenfalls Vorrang vor den Bestimmungen des AG. Es gilt also nicht der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*, sondern vertragliche Regelungen sind *leges speciales* schlechthin.

Nicht ganz so leicht ist die Frage zu beantworten, ob Verträge, die eine, gemessen am AG, schlechtere Rechtsposition der Fremden vereinbaren – ohne die Anwendung des AG ausdrücklich auszuschließen²⁷⁾ –, als *leges speciales* allein und ohne Rücksicht auf das AG anwendbar sind. Aber auch das ist wohl zu bejahen. Der Wortlaut der Bestimmungen des AG läßt

²⁴⁾ Begründung a. a. O. oben Anm. 17, S. 10.

²⁵⁾ So F. Franz, Zur Reform des Ausländer-Polizeirechts, DVBl. 1963, S. 802.

²⁶⁾ So § 2, Abs. 2, Ziffer 3 AG hinsichtlich der Aufenthaltserlaubnis; dazu die Generalklausel des § 55 Abs. 3 AG: »Abweichende Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen bleiben unberührt«; ferner § 49 Abs. 1, Ziffer 3 AG: »Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Ausländer, für die in zwischenstaatlichen Vereinbarungen die Anwendung dieses Gesetzes ausgeschlossen ist«.

²⁷⁾ In diesem Falle gilt § 49, Abs. 1, Ziffer 3 AG.

eine solche Auffassung nicht nur zu, sondern ist geeignet, sie zu begründen; dazu kommt, daß in der Begründung des Gesetzesentwurfs nachdrücklich auf die völkerrechtlich zugelassenen Einschränkungen des Fremdenrechts im Rahmen der Gegenseitigkeit hingewiesen ist²⁸⁾. Würde allerdings, was wohl bisher niemals der Fall war, eine vertragliche Regelung den Mindeststandard des völkerrechtlichen Fremdenrechts unterschreiten, läge für das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik ein Verstoß gegen Art. 25 GG vor, vorausgesetzt, daß man nach m. E. richtiger Ansicht diesen Mindeststandard als *ius cogens* ansieht. In diesem Falle wäre dann das AG trotz vertraglicher Regelung auf Grund des verfassungsrechtlichen Anwendungsbefehls des Völkerrechts anwendbar, da der Vertrag im innerstaatlichen Recht und wohl auch im Völkerrecht unbeachtlich wäre, soweit er den Mindeststandard nicht berücksichtigt.

Auch Bedenken gegen das AG aus dem Verfassungsrecht ergeben sich nicht. Auf die zulässige Einschränkung von Grundrechten im Rahmen des Gesetzesvorbehalts ist ausdrücklich hingewiesen²⁹⁾. Im übrigen sollen auch die Grundrechte von den Fremden in Anspruch genommen werden können, die nicht den »Deutschen« vorbehalten sind³⁰⁾, eine Bestimmung, die deklaratorisch die Grundsätze des Grundgesetzes wiederholt.

Im Hinblick auf die nicht nur Deutschen vorbehaltenen Grundrechte könnte sich das Bedenken erheben, ob eine unterschiedliche Handhabung gegenüber Fremden zulässig ist, denn die Fremden sind durch die Bestimmungen des AG in der Entfaltung der Freiheit ihrer Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 2 GG) gemessen an deutschen Staatsangehörigen wesentlich eingeschränkt. Auch im Rahmen des Gleichheitssatzes erhebt sich die Frage, ob und inwieweit die durch das AG für zulässig erklärte Ungleichbehandlung der Fremden gegenüber deutschen Staatsangehörigen von der Verfassung gebilligt ist. In beiden Fällen jedoch kann festgestellt werden, daß das AG keinen Verstoß gegen das Grundgesetz enthält.

Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unterliegt u. a. der Einschränkung, falls anders die verfassungsmäßige Ordnung gestört würde. Wie auch immer man diese so umstrittene Klausel des Art. 2 Abs. 1 GG interpretiert und selbst dann, wenn man der Auffassung des Bundes-

²⁸⁾ Begründung a. a. O., S. 9.

²⁹⁾ Nach § 50 Abs. 1 AG werden die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) nach Maßgabe des AG eingeschränkt; dieses Hinweises bedurfte es wegen der Notwendigkeit, in bestimmten Fällen ärztliche Untersuchungen durchzuführen, und wegen Fragen der Zwangsunterbringung bei Abschiebung und Zuweisung in Flüchtlingslager.

³⁰⁾ § 6, Abs. 1 AG.

verfassungsgerichts folgt, wonach gegebenenfalls auch ein einfaches Gesetz das Grundrecht einzuschränken vermag³¹⁾, so ist doch nicht zu bestreiten, daß zur »verfassungsmäßigen Ordnung« jedenfalls die ausdrücklichen Bestimmungen des Grundgesetzes selbst zu zählen sind. Wenn nun Art. 25 GG den Fremden den völkerrechtlichen Mindeststandard zusichert, ebenso aber die deutsche Staatsgewalt berechtigt, das Fremdenrecht auf diesen Mindeststandard zu beschränken, soweit die Verfassung selbst nicht ersichtlich eine Besserstellung gebietet³²⁾, so zeigt sich, daß die »verfassungsmäßige Ordnung« hier selbst genügend Aufschluß durch eine Spezialnorm gibt. Soweit also der fremdenrechtliche Mindeststandard durch das AG nicht unterschritten wird – was ersichtlich nicht der Fall ist –, sind die Einschränkungen des AG im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG zulässig.

Nicht anders liegt es im Hinblick auf den Gleichheitssatz. Die »Fremdheit« oder »Ausländereigenschaft« eines Menschen ist ein von der Verfassung durch Art. 25 GG als *lex specialis* zugelassenes, sachlich gebotenes und daher nicht willkürliches Unterscheidungsmerkmal, was von der Rechtsprechung, obwohl bisher immer unscharf begründet, doch allgemein anerkannt wurde³³⁾. Auch mit Art. 3 Abs. 3 GG, wonach die dort genannten besonderen Merkmale nicht zu einer Ungleichbehandlung führen dürfen, steht dieses Ergebnis im Einklang. Die u. a. dort genannten Merkmale Abstammung, Heimat und Herkunft beziehen sich nach heute wohl einhelliger Meinung nicht auf die fremde Staatsangehörigkeit³⁴⁾. Jede fremdenrechtliche Regelung – und somit auch das AG – darf also eine Schlechterstellung der Fremden gegenüber den »Deutschen« vornehmen, solange nicht der völkerrechtliche Mindeststandard angetastet ist, oder aber verfassungsrechtliche Normen ersichtlich und ihrerseits als *leges speciales* den Fremden eine über die Forderung des Völkerrechts hinausgehende Rechtsposition einräumen. Soweit ersichtlich ist diese Grenze eingehalten.

Das Verhältnis des AG zu der fremdenrechtlichen Gesetzgebung im übrigen ist leicht zu übersehen. Zwar sind nach dem zweiten Weltkrieg, insbesondere aus humanitären Gründen, von der Gesetzgebung mehrere Kate-

³¹⁾ Vgl. die stark angegriffene Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht (16. 1. 1957, BVerfGE Bd. 6, S. 52), wonach zur verfassungsmäßigen Ordnung die Gesamtheit der Normen zählt, die »formell und materiell der Verfassung gemäß sind«.

³²⁾ Zu dieser Auffassung im einzelnen Doehring a. a. O. oben Anm. 23, S. 192 ff.; sinngemäß wohl ebenso neuerdings auch F. Franz, Das Völkerrecht als Quelle des innerdeutschen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Fremden, DVBl. 1965, S. 457 ff.

³³⁾ Statt vieler Entscheidungen Bundesverwaltungsgericht 10. 4. 1956, BVerwGE Bd. 3, S. 235 (236).

³⁴⁾ So schon H. P. Ipsen, Gleichheit, in: »Die Grundrechte«, hrsg. von Neumann, Nipperdey, Scheuner Bd. 2 (1954), S. 146.

gorien von Fremden begründet (heimatlose Ausländer³⁵), Flüchtlinge gemäß Abkommen vom 28. 7. 1951, Asylberechtigte, Angehörige der Vereinten Nationen, Mitglieder diplomatischer und konsularischer Vertretungen) und ihr Status in mancher Hinsicht einem Sonderregime unterstellt worden. Im Zweifel gilt aber auch hier, ebenso wie im Hinblick auf völkerrechtliche Vereinbarungen, nicht die Regel *lex posterior* – also das AG – *derogat legi priori*, sondern die Regel *lex specialis derogat legi generali*; als das allgemeine Gesetz ist in diesem Sinne das AG anzusehen. Immer also wenn Spezialnormen für bestimmte Kategorien von Fremden nicht eingreifen, sind die Regeln des AG anwendbar. In einigen Fällen sind die Spezialregeln des AG übernommen, so daß eine Harmonisierung *expressis verbis* stattgefunden hat³⁶); naturgemäß handelt es sich dabei in erster Linie um Fragen des Aufenthaltsrechts.

Eine mehr theoretische Erwägung, die, soweit ersichtlich, derzeit keine praktische Auswirkung hat, sei hier noch angeschlossen. Sollte eine fremdenrechtliche Norm der rein innerdeutschen Gesetzgebung, eine Norm also, die nicht auf dem Abschluß einer völkerrechtlichen Vereinbarung beruht, dem Fremden einen schlechteren Status gewähren, als das AG ihn erteilt, so würde wohl in diesem Falle die Besserstellung durch das AG dann beansprucht werden können, wenn der Gesetzgeber nicht ersichtlich die Schlechterstellung für diese Fälle begründen wollte. Auf die Harmonisierung des Fremdenrechts durch § 55 Abs. 2 AG, wonach die frühere, nun ersetzte Gesetzgebung aufgehoben wird, wurde oben schon hingewiesen.

III. Die Regelungen des Ausländergesetzes im einzelnen

1. Einreise, Aufenthalt und Ausweisung

Der erste Abschnitt des AG, überschrieben »Einreise und Aufenthalt«, unterscheidet »Aufenthaltserlaubnis« (§ 2 AG) und »Aufenthaltsberechtigung« (§ 8 AG). Regelmäßig bedürfen Ausländer einer Erlaubnis zur Ein-

³⁵) Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet vom 25. 4. 1951, BGBl. I, S. 269, abgedruckt ZaöRV Bd. 14, S. 544 ff.

³⁶) So § 2, Abs. 2, Ziffer 2 AG, wonach heimatlose Ausländer keiner besonderen Aufenthaltserlaubnis bedürfen; § 7, Abs. 5 AG, wonach das Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer bei Einschränkung der Aufenthaltserlaubnis unberührt bleibt; § 44 AG, wonach die Vorteile des AG gegenüber dem Gesetz zum Abkommen über die Rechtsstellung von Flüchtlingen allen Asylberechtigten zuzuerkennen sind; § 46 AG, wonach die Vorschriften über Asylrecht nicht für »heimatlose Ausländer« gelten; § 49, Abs. 1 und 8 AG, wonach das AG keine Anwendung auf Personen findet, die der deutschen Gerichtsbarkeit entzogen sind, und ebenfalls nicht auf Mitglieder der diplomatischen und konsularischen Vertretungen.

reise und zum Aufenthalt im Geltungsbereich des Gesetzes. Die Erlaubnis kann befristet erteilt werden (§ 7 AG), während die Berechtigung, die dadurch entstehen kann, daß ein Ausländer mindestens fünf Jahre rechtmäßig Aufenthalt hat, zeitlich unbeschränkt ist und nicht mit Bedingungen versehen werden kann (§ 8 AG). Auflagen sind in beiden Fällen zulässig und können auch nachträglich festgesetzt werden³⁷⁾. Das Gesetz folgt mit dieser Unterscheidung zwischen Personen, die erst seit kurzer Zeit Aufenthalt genommen haben, und solchen, die bereits längere Zeit ansässig sind, einer in völkerrechtlichen Vereinbarungen häufig geübten Praxis³⁸⁾.

Wie schon nach der Ausländerpolizeiverordnung von 1938 besteht auch nach dem AG ein Anspruch auf Aufenthalt nicht, was sich aus dem Gesetzestext (§ 2 Abs. 1 AG) unzweideutig ergibt³⁹⁾. Ein Anspruch auf Aufenthalt kann sich gegebenenfalls aus völkerrechtlichen Vereinbarungen oder Spezialregelungen ergeben. Die Entscheidungen der Ausländerbehörde (§ 20 AG) sind daher keine gebundenen Verwaltungsakte, sondern ergehen im Rahmen des Ermessens. Dieses Ermessen ist einerseits dadurch begrenzt, daß bei Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik durch die Anwesenheit des Fremden die Erlaubnis nicht erteilt werden darf; bei dieser Prüfung handelt es sich um eine Rechtsfrage (unbestimmter Rechtsbegriff) und nicht mehr um eine Ermessensentscheidung. Andererseits unterliegt die Ermessensentscheidung über die Erlaubnis oder die Berechtigung, wie jede derartige Entscheidung, der Schranke des Ermessensmißbrauchs. Man mag die Regelung, daß ein Anspruch des Fremden grundsätzlich nicht besteht, bedauern⁴⁰⁾, jedoch erscheint sie im Hinblick auf die völkerrechtlich legitimen Interessen des Staates vernünftig und notwendig. Die während der Geltungszeit der Ausländerpolizeiverordnung zunächst aufgetretene Streitfrage, ob der Fremde gegenüber ermessensmißbräuchlichen Entscheidungen Gerichtsschutz in Anspruch nehmen kann, ist durch das AG nun endgültig geklärt⁴¹⁾. Da der Gerichtsschutz durch das AG selbst nicht eingeschränkt ist,

³⁷⁾ Im Hinblick auf diese Bedingungen und Auflagen weist I. Klinkhardt, (Die politische Meinungsfreiheit im Ausländerrecht, DVBl. 1965, S. 468) richtig darauf hin, daß das Grundgesetz selbst hier eine Schranke ziehe.

³⁸⁾ Z. B. Europäisches Niederlassungsabkommen vom 13. 12. 1955, Art. 3, BGBl. II, 1959, S. 998 und European Treaty Series No. 19; vgl. auch die bei Heinevetter-Hinzen, Ausländerrecht (1964), zusammengestellten Niederlassungsverträge.

³⁹⁾ Es heißt dort in Satz 2: »... Die Aufenthaltserlaubnis darf erteilt werden, wenn ...«; auch die Erteilung der »Aufenthaltsberechtigung« steht im Ermessen der Behörde, denn sie »kann« unter den in § 8 AG genannten Voraussetzungen erteilt werden, muß aber nicht erteilt werden.

⁴⁰⁾ So noch Franz (a. a. O. oben Anm. 25, S. 801) zu dem Entwurf; allerdings scheint sich seine Auffassung später geändert zu haben (a. a. O. oben Anm. 32, S. 465).

⁴¹⁾ § 11 Abs. 6 der Ausländerpolizeiverordnung von 1938 schloß den Rechtsweg aus. Diese Bestimmung wurde dann, vor allem wegen Art. 19 Abs. 4 GG, von den Verwal-

gelten die allgemeinen Grundsätze gemäß der Verwaltungsgerichtsordnung; überdies verweist § 21 AG mittelbar auf die Zulässigkeit der Anfechtungsklage.

Als Beendigungsgrund für die Aufenthaltserlaubnis und -berechtigung ist die Ausweisung naturgemäß von besonderer Bedeutung und daher eingehend normativ ausgestaltet⁴²⁾. Der Gesetzgeber wollte aber auch hier auf eine Generalklausel nicht verzichten. So wird als Ausweisungsgrund (§ 10 AG) neben der Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, der Kriminalität, den Verstößen gegen die Wirtschaftsordnung (Steuer, Zoll, Monopole, Außenwirtschaft, Ein- und Ausfuhr), gegen die Berufs- und Gewerbeordnung, der Erschleichung von Aufenthaltsberechtigungen, der Gefährdung der öffentlichen Gesundheit und Sittlichkeit und der sozialen Bedürftigkeit wiederum, wie schon bei der Erteilung der Genehmigung, die Beeinträchtigung »erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland« genannt. Auch gegen diese »Blankettnorm« sind zunächst rechtsstaatliche Bedenken geltend gemacht worden⁴³⁾. Aber auch die Kritiker derartiger Bestimmungen sind wohl kaum in der Lage, einen Weg zu zeigen, wie derartige Generalklauseln vermieden werden könnten⁴⁴⁾. Es ist auch nicht einzusehen, daß der Schutz der Fremden stärker berücksichtigt werden müßte, als der Schutz des Aufenthaltsstaats. Ohne Generalklausel aber wäre eine Abwägung im konkreten Fall undurchführbar, und vor Mißbrauch schützt die nunmehr unbeschränkt zuständige Gerichtsbarkeit. Angesichts der Unmöglichkeit, alle schutzwürdigen Belange des Heimatstaats aufzuzählen und der völkerrechtlichen Zulässigkeit, der Staatssicherheit gebührend Rechnung zu tragen, kann man jedenfalls hier nicht von einer Flucht in die Generalklausel sprechen, sondern es handelt sich um die allein sachgerechte Lösung. Hinzu kommt, daß die Ausweisung eines Fremden mit »Aufenthaltsberechtigung« nur dann zulässig ist, wenn er die freiheitliche demokratische Grundordnung gefährdet, wegen eines Verbrechens

tungsgerichten für unanwendbar erklärt (vgl. Bundesverwaltungsgericht 15.12.1955, BVerwGE Bd. 3, S. 58).

⁴²⁾ § 9, Abs. 1 AG nennt als Beendigungsgründe: Verlust des Passes oder Paßersatzes, Wechsel oder Verlust der Staatsangehörigkeit, Verlassen des Bundesgebietes aus nicht nur vorübergehendem Grunde, Ausweisung.

⁴³⁾ So Franz a. a. O. oben Anm. 25, S. 802; weitere Bedenken des gleichen Verfassers, wenn auch abgeschwächt, in seinem Aufsatz »Das Völkerrecht als Quelle des innerdeutschen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts«, a. a. O. oben Anm. 32, S. 465 f.

⁴⁴⁾ Klinkhardt (a. a. O. oben Anm. 37, S. 470) verlangt vom Gesetzgeber zur Ausfüllung des Begriffs »erhebliche Belange der Bundesrepublik« die Bildung von »scharf konturierten Falltypen«, ohne doch anzugeben, welches nun diese Typen sein könnten.

oder Vergehens verurteilt wurde oder einer der übrigen Ausweisungsgründe besonders schwer wiegt.

Auch das Verfahren bei der Abschiebung ist so geregelt, daß unnötige Härten vermieden werden. Vor allem ist Vorsorge getroffen, daß der Ausgewiesene nicht in einen Staat abgeschoben wird, »in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist« (§ 14 AG). Auch hierbei war nicht gänzlich ohne Ausnahmeregelung auszukommen, woran sich wiederum zeigt, daß auch der humanitäre Schutz nicht zur Selbstgefährdung des Staates führen soll. So gilt das Abschiebungsverbot nicht, wenn der Fremde »aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit anzusehen ist« oder »eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt wurde«⁴⁵⁾. Auch der Gedanke der Verwirkung, der im Rahmen der Asylbestimmungen noch näher zu erörtern ist, mag hier mitbestimmend gewesen sein. Es sei hier auch noch auf die Einschränkung des grundsätzlich gewährten Rechts auf freie Ausreise (§ 19 AG) hingewiesen. Dieses Recht kann dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn anders die Sicherheit der Bundesrepublik gefährdet würde, die Strafverfolgung oder -vollstreckung, die Androhung oder Vollstreckung mit Freiheitsentziehung verbundener Maßnahmen der Sicherung und Besserung oder der Ahndung einer Ordnungswidrigkeit vereitelt würde, gegen Vorschriften des Steuerrechts, des Zollrechts, des Monopolrechts oder des Außenwirtschaftsrechts verstoßen würde, die Erfüllung einer Unterhaltspflicht oder eine öffentliche Dienstleistungspflicht gefährdet würde.

Im Zusammenhang mit Aufenthaltserlaubnis und -berechtigung, Ausweisungs- und Abschiebungsrecht, sind in diesem Abschnitt ausweis- und paßrechtliche Bestimmungen enthalten, und es sind die zur Durchführung des Gesetzes notwendigen Zwangsmaßnahmen normiert.

2. Politische Betätigung der Fremden

Etwas unmotiviert erscheint die Aufnahme einer Bestimmung über die »politische Betätigung« der Fremden in diesen, im übrigen nur das Aufenthaltsrecht betreffenden Abschnitt (§ 6 AG). Auf die Feststellung, daß die Grundrechte des Grundgesetzes den Fremden insoweit zustehen, als sie nicht

⁴⁵⁾ Dabei wird auf die Bestimmung des Art. 33 Abs. 2 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. 7. 1951, BGBl. 1953 II, S. 559, hingewiesen (Text: ZaöRV Bd. 14, S. 491).

den Deutschen vorbehalten sind, folgen Bestimmungen über die Einschränkung der politischen Betätigung. Der Gesetzgeber ging demnach davon aus, daß eine solche Beschränkung grundsätzlich zulässig ist. Soweit man die politische Betätigung als Inhalt des Art. 2 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) ansieht, wäre sie ohnehin dann einschränkbar, wenn sie gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen würde; als Inhalt des Art. 5 GG (Freiheit der Meinungsäußerung) unterläge sie dem Gesetzesvorbehalt des Abs. 2. Dennoch ist es zu begrüßen, daß eine Spezialregelung getroffen wurde, da so für den Status der Fremden weitere Klarheit geschaffen ist. Inwieweit nun die politische Betätigung von Fremden eingeschränkt werden darf, ergibt sich aus Art. 25 GG, der als *lex specialis* des Verfassungsrechts sowohl als Ausfüllung des Art. 2 Abs. 1 GG als auch des Art. 5 Abs. 2 GG geeignet ist⁴⁶⁾. Diese verfassungsmäßige Begrenzung ist durchaus eingehalten.

Die politische Aktivität der Fremden kann »eingeschränkt oder untersagt werden, wenn die Abwehr von Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung von Beeinträchtigungen der politischen Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland es erfordern« (§ 6 Abs. 2 AG). Diese Bestimmung entspricht der Einschränkung der politischen Betätigung Fremder durch die Europäische Menschenrechtskonvention⁴⁷⁾, die wohl eine noch weitergehende Begrenzung zuläßt⁴⁸⁾. Als schlechthin unerlaubt bezeichnet das AG (§ 6 Abs. 3) die politische Betätigung, wenn sie mit dem Völkerrecht nicht zu vereinbaren ist. Im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht ist das eine Selbstverständlichkeit, denn Art. 25 GG »erzeugt« die verfassungsrechtliche Pflicht zur Einhaltung des Völkerrechts für die Bewohner des Bundesgebietes. Sollte sich die Völkerrechtswidrigkeit aus völkerrechtlichen

⁴⁶⁾ Dieser Zusammenhang wird von Klinkhardt a. a. O., S. 467 ff. übersehen.

⁴⁷⁾ Art. 16 MRK: «Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 [Meinungsfreiheit, Informationsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Diskriminierungsverbot] ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties Contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers».

⁴⁸⁾ Nicht recht verständlich ist, wieso Klinkhardt a. a. O., S. 471, die Einschränkungsmöglichkeit durch die MRK als weniger weitgehend ansieht, als diejenige des AG. Der Verweis auf Art. 17 MRK übersieht den Ausnahmeharakter des Art. 16; auch die von H. Schorn (Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und ihr Zusatzprotokoll in Einwirkung auf das deutsche Recht, 1965, S. 292 f.) vertretene Auffassung, wonach die politische Betätigung gemäß Art. 16 MRK nur im Hinblick auf »deutsche Verhältnisse« eingeschränkt werden dürfe, ist weder aus dem Wortlaut der Bestimmung, noch aus ihrem Sinnzusammenhang zu begründen und daher abzulehnen. Richtig dagegen H. Wiebringhaus, Die Rom-Konvention für Menschenrechte in der Praxis der Straßburger Menschenrechtskommission (1959), S. 99, der auf das allgemeine völkerrechtliche Fremdenrecht verweist.

Verträgen ergeben, entsteht ebenfalls kein Problem, da das Vertragsrecht vom AG unberührt bleibt (§ 55 Abs. 3)⁴⁹⁾. Enthält also eine völkerrechtliche Vereinbarung die Bestimmung, daß die Vertragspartner sich verpflichten, die politische Betätigung von Fremden in ihrem Staatsgebiet in irgendeiner Weise einzuschränken⁵⁰⁾, so bedürfte es als Rechtsgrundlage einer solchen Einschränkung eines der besonderen Gründe des AG (§ 6) nicht.

Als unerlaubt bezeichnet das AG (§ 6 Abs. 3 Ziffern 2 und 3) die politische Betätigung der Fremden auch dann, wenn sie »die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland gefährdet oder bestimmt ist, Parteien, andere Vereinigungen, Einrichtungen oder Bestrebungen außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu fördern, die mit Verfassungsgrundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht vereinbar sind«. Diese Bestimmungen entsprechen den Grundsätzen des Grundgesetzes, wie sie vor allem in Art. 18 GG zum Ausdruck kommen. Die dort angedrohte Verwirkung bestimmter Grundrechte für den Fall, daß sie zum Kampf gegen den Rechtsstaat selbst mißbraucht werden, wird hier nun für das Fremdenrecht noch mit einer gewissen Außenwirkung versehen⁵¹⁾. Rechtliche Bedenken gegen diese Regelung sind nicht ersichtlich. Bei Behandlung des Asylrechts ist hierauf noch zurückzukommen.

3. Verfahrensvorschriften

Der zweite Abschnitt des AG regelt die Zuständigkeiten der Behörden für die Erteilung von Aufenthaltserlaubnis und -berechtigung, für ihre Entziehung, für die Ausstellung von Fremdenpässen und Ausweisen als Paßersatz und die hiermit zusammenhängenden Verfahrensfragen. Zuständig sind

⁴⁹⁾ Wiederum nicht ganz verständlich ist daher die Bemerkung von Klinkhardt a. a. O., S. 471, daß die Europäische Menschenrechtskonvention späterem einfachen Gesetzesrecht vorgehe, da sie an der Bestandsgarantie des Art. 25 GG teilnehme und ihr so Vorrang vor dem AG gebühre. Es ist durchaus bestreitbar und m. E. mit Recht bestritten worden, daß Vertragsrecht späterem Gesetzesrecht vorgehe (vgl. dazu Doehring a. a. O. oben Anm. 23, S. 130 ff.), und der »Vorrang« der MRK gegenüber dem AG beruht jedenfalls, ohne daß man weitere Erwägungen anzustellen braucht, schon auf § 55 Abs. 3 des AG selbst, wonach völkerrechtliche Vereinbarungen unberührt bleiben sollen.

⁵⁰⁾ So wurde auf der Konferenz der International Law Association 1964 von L. C. Green der Vorschlag gemacht, in eine in Ausarbeitung befindliche Konvention zur Sicherung des Asylrechts folgende Bestimmung aufzunehmen: "A state granting asylum should ensure that any person to whom asylum is granted abstains from any political propaganda or other action directed against the state from which he is seeking refuge" (International Law Association, Tokyo Conference 1964, Committee on the Legal Aspects of the Problem of Asylum, S. 38).

⁵¹⁾ Vgl. dazu den Bericht des Abgeordneten Rollmann (Deutscher Bundestag, schriftlicher Bericht des Ausschusses für Inneres, a. a. O., S. 4), wo als Motiv für diese Regelung vor allem auf den Ost-West-Konflikt verwiesen ist.

hiernach im allgemeinen die Landesbehörden, jedoch ist dem Bundesinnenminister das Recht vorbehalten, einige, hier nicht näher interessierende Verfahrensregelungen durch Rechtsverordnung auszugestalten. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang jedoch, daß die Bundesregierung Einzelweisungen zur Ausführung des AG und der zu seiner Durchführung ergangenen Rechtsverordnungen erteilen kann (§ 25 AG), wenn die »innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland es erfordern«, wenn »Vergeltungsmaßnahmen« in Betracht kommen, wenn erhebliche Belange eines Landes durch die Maßnahmen der Ausländerbehörden eines anderen Landes beeinträchtigt werden und wenn Entscheidungen von gewissem Ausnahmecharakter ergehen, die regelmäßig auch nur im Benehmen mit dem Bundesinnenminister erlassen werden dürfen (§ 26 AG)⁵²⁾. Diese Regelung ist besonders zu begrüßen, denn sie trägt zwei Prinzipien Rechnung, ohne die eine sinnvolle Handhabung der auswärtigen Gewalt im Rahmen der Verfassung nicht möglich wäre. Einmal ist hierdurch erreicht, daß im Rahmen des Bundesstaatsrechts gewisse Unklarheiten darüber beseitigt sind, inwieweit die Länder selbst Einfluß auf die Beziehungen zu fremden Staaten nehmen können, eine Frage, die im Rahmen des Art. 32 GG durchaus nicht generell geklärt, nun jedoch für einen Teilbereich geregelt ist⁵³⁾. Zum anderen bedeutet die Zentralisierung dieser für die Außenpolitik unter Umständen so wichtigen Entscheidungen bei der Bundesregierung – und nicht bei einem Bundesministerium – eine konkrete Ausgestaltung der Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers gemäß Art. 65 GG. Es wäre zwar denkbar, daß der Bundeskanzler eine solche Entscheidung als Richtlinienfrage auch dann an sich ziehen könnte, wenn

⁵²⁾ Es handelt sich hierbei gemäß § 26 Abs. 1, Ziffern 1–4 AG um folgende Tatbestände: Entscheidungen der Ausländerbehörde, durch die ausländischen Flüchtlingen oder Staatenlosen über die in ihrem Reiseausweis eingetragene Berechtigung zur Rückkehr in einen anderen Staat hinaus eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird; eine Aufenthaltserlaubnis unter Ausschluß des eigenen Zuständigkeitsbereichs erteilt wird; eine Abschiebung aus schwerwiegenden Gründen (z. B. Staatssicherheit) in den sog. Verfolgerstaat erfolgen soll; ein Ausländer ausgewiesen werden soll, der als Angehöriger einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung regelmäßig keiner Aufenthaltserlaubnis bedarf.

⁵³⁾ Wie umstritten diese Fragen schon allein im Rahmen des Vertragsschließungsrechts sind, zeigen die sogenannten Lindauer Beschlüsse (23./25. 10. 1957–14. 11. 1957; Text: ZaöRV Bd. 20, S. 116 Anm. 102), in denen unter Festhalten an den gegensätzlichen Rechtsauffassungen über die Zuständigkeit, die Länder für gewisse Vertragsarten dem Bund im Wege des Kompromisses die Zuständigkeit zuerkannt haben (vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 32, Randn. 45, Forts. 51). Auf die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen vertragliche Kompetenzverschiebungen kann hier nicht näher eingegangen werden.

das AG selbst sie dem Bundesinnenminister überlassen hätte; die vorgenommene Regelung hat jedoch den Vorteil sinnvoller Klarheit.

Ein letzter Hinweis auf das Verfahren sei hier noch gegeben. Nach § 23 Abs. 2 AG bedarf die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis dann keiner Begründung und Rechtsmittelbelehrung, wenn sie vor der Einreise erfolgt. Es könnten sich Bedenken erheben, ob in diesem Falle der im Verwaltungsverfahren regelmäßig vorgesehene Begründungszwang und die regelmäßig vorgesehene Belehrung über die gerichtliche Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten entfallen dürfen⁵⁴). Eine solche Ausnahme ist hier jedoch durchaus gerechtfertigt und kann wegen des besonderen Tatbestandes im Hinblick vor allem auf das von Art. 25 GG übernommene völkerrechtliche Fremdenrecht auch keinen Bedenken aus dem Gleichheitssatz begegnen.

Der dritte Abschnitt des AG beschränkt sich auf eine einzige Bestimmung (§ 27), wonach der deutsche Staatsangehörige, der gleichzeitig Inhaber einer fremden Staatsangehörigkeit ist, diese seine zweite Staatsangehörigkeit der Behörde anzuzeigen hat.

4. Asylrecht

Von besonderem Interesse ist der vierte Abschnitt des AG, der sich auf das Asylrecht bezieht. Man hätte annehmen können, daß der Gesetzgeber die Gelegenheit wahrnehmen würde, sich hier mit einer Interpretation des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG zu befassen⁵⁵). Dem AG sind durchaus an mehreren Stellen Grundsätze auch für die materielle rechtliche Ausgestaltung des Asylrechts zu entnehmen, wenn auch zum Teil nur mittelbar; der Abschnitt »Asylrecht« jedoch regelt in erster Linie ein nunmehr anwendbares Anerkennungsverfahren. Lediglich eine Bestimmung (§ 44 AG) befaßt sich mit der Rechtsstellung der Asylberechtigten nach Anerkennung. Auf diese Weise wird die Auslegung des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG weitgehend und weiterhin umstritten bleiben. Jede Auslegung dieser Verfassungsvorschrift durch ein einfaches Gesetz wäre ohnehin – im Streitfall in letzter Instanz durch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde – am Maßstab des Grundgesetzes zu messen⁵⁶).

⁵⁴) Zum Begründungszwang bei belastenden Verwaltungsakten im Ermenssraum Eyer mann - Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung (1960), § 114 Randn. 6; über die regelmäßig eintretenden Folgen des Fehlens der Rechtsmittelbelehrung § 58 VWGO.

⁵⁵) Die Bestimmung des Grundgesetzes lautet: »Politisch Verfolgte genießen Asylrecht«.

⁵⁶) Über die Rechtsprechungspraxis zu Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG und die z. T. konträren Lehrmeinungen neuerdings eingehend O. Kimminich, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 16, Neubearbeitung 1964.

Es würde zu weit führen, das Anerkennungsverfahren hier in jeder Einzelheit darzustellen; einige Hinweise mögen genügen. Den Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigte können Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Flüchtlingsabkommens von 1951⁵⁷⁾ und sonstige Ausländer stellen, die politisch Verfolgte im Sinne des Grundgesetzes (Art. 16 Abs. 2 Satz 2) sind (§ 28 AG). Ob also jemand »politisch Verfolgter« ist, muß allein aus der völlig abstrakten Bestimmung des Grundgesetzes selbst entschieden werden. Der Antrag kann nicht gestellt werden, wenn wegen bereits erfolgter Aufnahme in einem »anderen Land«⁵⁸⁾ die Schutzbedürftigkeit entfällt. Über den Antrag entscheidet das »Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge«. Gegen die Ablehnung des Antrages kann Widerspruch erhoben werden, über den ein besonderer Ausschuß des Bundesamtes entscheidet. Die Anfechtung dieser zweiten Entscheidung vor den Verwaltungsgerichten bestimmt sich nach der Verwaltungsgerichtsordnung, weist also keine Besonderheiten auf. Die Mitglieder der über den Antrag entscheidenden Ausschüsse des Bundesamtes müssen die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst besitzen. Das rechtliche Gehör bei den Verhandlungen ist durch Anwesenheitsgebot des Antragstellers gesichert (§ 31 AG). Ähnlich wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Vertreter des öffentlichen Interesses⁵⁹⁾ ist ein »Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten« als Dritter beteiligt, der selbständig Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen kann, dabei allerdings an Weisungen des Bundesinnenministers gebunden ist (§ 35 AG). Diese Weisungsgebundenheit ist m. E. eine bedauerliche Einrichtung, und es wäre vielleicht besser gewesen, die Stellung des Bundesbeauftragten derjenigen des Wehrbeauftragten anzugleichen und sie nicht in Anlehnung an die Rechtsstellung des Oberbundesanwalts⁶⁰⁾ zu regeln.

Ein Widerruf der Anerkennung des Asylrechts ist dann zulässig, wenn »die Voraussetzungen für eine Anerkennung nicht mehr vorliegen« (§ 37 AG); insoweit herrscht Ermessen. Der Widerruf muß also nicht ausgesprochen werden, darf andererseits nur ausgesprochen werden, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen. Nach der gleichen Bestimmung muß jedoch der Widerruf als gebundener Verwaltungsakt erfolgen, wenn die Anerkennung erschlichen wurde, sei es durch Verschweigen erheblichen

⁵⁷⁾ Die Definition des »Flüchtlings« in Art. 1 des Abkommens vom 28. 7. 1951, a. a. O. oben Anm. 45, ist sehr umfangreich. Daher muß hier auf den Text des Abkommens (ZaöRV Bd. 14, S. 480 ff.) verwiesen werden.

⁵⁸⁾ Gemeint ist wohl »Staat«.

⁵⁹⁾ §§ 35 ff. VWGO.

⁶⁰⁾ § 35 VWGO.

Sachverhalts oder durch Täuschung. Auf diese Weise ist Art. 18 GG (Verwirkung des Asylrechts)⁶¹⁾ nicht die allein zulässige Weise, auf die das zunächst formell erlangte Asylrecht abgesprochen werden kann. Selbstverständlich entsteht bei »Erschleichung« gar kein Asylrecht im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG. Andererseits ist es jedenfalls einmal materiell-rechtlich entstanden, auch wenn die »Voraussetzungen« später wieder wegfallen. Hierbei ist nun das Folgende zu beachten: Zum Teil wird der Standpunkt vertreten, Art. 18 GG sei nur dann anwendbar, wenn das Asylrecht wirksam entstanden sei, d. h. für die Auslegung des Rechts auf Asyl könne nicht auf Art. 18 GG und auch nicht auf seinen Grundgedanken zurückgegriffen werden; falls also der Fremde, bevor er um Asylgewährung in der Bundesrepublik nachsucht, die freiheitliche demokratische Grundordnung irgendeines Staates bekämpft hat, könne ihm dieser Umstand jedenfalls nicht zum Nachteil gereichen, da Art. 18 GG erst nach Asylgewährung relevant werde und für die Auslegung des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG auch *per analogiam* keine Bedeutung habe⁶²⁾.

Diese Auffassung ist mit guten Gründen bestreitbar⁶³⁾; hier kommt es jedoch nur darauf an zu zeigen, daß auch nach dem AG (§ 37) immer noch offen bleibt, was nun als »Voraussetzung für eine Anerkennung« als Asylberechtigter anzusehen ist. Folgt man der Auffassung, daß »Voraussetzung« in diesem Sinne nicht gegeben ist, wenn der Asylsuchende die freiheitliche demokratische Grundordnung eines Staates bekämpft hat, zu ihrer Bekämpfung nicht gezwungen wurde und auch keine unmenschliche Verfolgung zu erwarten hatte, so wäre bei Bekanntwerden dieser Umstände der Widerruf der Asylberechtigung zulässig⁶⁴⁾. Sieht man hingegen Art. 18 GG als

⁶¹⁾ Art. 18 GG: »Wer [u. a.] ... das Asylrecht zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.«

⁶²⁾ Kimminich a. a. O. oben Anm. 56, Randn. 134: »Die Verwirkung des Asylrechts nach Art. 18 GG bedeutet nicht etwa eine Beschränkung des Kreises der Asylberechtigten«; vgl. auch Randn. 195. M. E. ist das etwas zu asylrechtsfreundlich gedacht, wenn auch in der Tendenz erfreulich humanitär. Andere Staaten beschränken aus guten Gründen den Anspruch auf Asyl auf Personen, die wegen ihres Eintretens für Freiheit und Rechtsstaatlichkeit verfolgt werden (z. B. französische Verfassung vom 4. 10. 1958 unter Bestätigung der Präambel der Verfassung vom 27. 10. 1946; italienische Verfassung vom 27. 12. 1947, Art. 10 Abs. 3), und auch das GG ließe eine solche Auslegung zu.

⁶³⁾ So Bundesverwaltungsgericht 17. 1. 1957, BVerwGE Bd. 4, S. 238; vgl. dazu auch Bayerisches Oberstes Landesgericht 23. 3. 1964, DVBl. 1964, S. 588 und K. Doehring, Restitutionsanspruch, Asylrecht und Auslieferungsrecht im Falle Argoud, oben S. 217 ff.

⁶⁴⁾ Wenn gemäß § 37 AG der Widerruf der Anerkennung des Asylrechts ausgesprochen werden kann, »wenn die Voraussetzungen für eine Anerkennung nicht mehr vorliegen«, so ist wohl anzunehmen, daß – *a maiore ad minus* – der Widerruf auch ausgesprochen werden kann, wenn sich herausstellt, daß diese Voraussetzungen objektiv gar nicht vorgelegen haben.

einzigste Möglichkeit der Aberkennung des einmal formell erworbenen Asylrechts an, wäre diese Widerrufsmöglichkeit, jedenfalls wenn sie mit dem Grundgedanken des Art. 18 GG motiviert wird, wohl verfassungswidrig bzw. könnte bei einer verfassungskonformen Auslegung des AG nicht zugelassen werden. Alles kommt also für die Auslegung darauf an, was nun »Voraussetzung« für die Anerkennung bedeutet. Hierauf ist bei Betrachtung derjenigen Vorschriften des AG, die sich nicht im Abschnitt »Asylrecht« finden, aber dennoch für das Asylrecht von Bedeutung sind, sogleich zurückzukommen. Entscheidend bleibt jedenfalls immer die Frage nach dem materiellrechtlichen Inhalt des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG, die in Lehre und Rechtsprechung bisher weder erschöpfend noch eigentlich befriedigend beantwortet wurde.

Im Hinblick auf die Rechtsstellung des Asylberechtigten nach Anerkennung findet sich eine kurze Bestimmung (§ 44 AG), wonach für diesen Fall eine Gleichheitsstellung mit denjenigen Personen zu erfolgen hat, deren Rechtsstellung sich nach dem Flüchtlingsabkommen von 1951 bestimmt. Für den Asylberechtigten günstigere Vorschriften des AG bleiben unberührt.

Abschließend sollen noch einige Einzelbestimmungen des AG erwähnt werden, die für die Rechtsstellung des Asylberechtigten bedeutsam sind. So ist für den Asylberechtigten, ebenso wie für jeden anderen Fremden, die politische Betätigung in der Bundesrepublik insoweit verboten, als sie »bestimmt ist, Parteien, andere Vereinigungen, Einrichtungen oder Bestrebungen außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu fördern, die mit Verfassungsgrundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht vereinbar sind« (§ 6 AG). Diese Bestimmung ist für das Asylrecht deshalb wichtig, weil gerade der politische Flüchtling oft geneigt sein wird, auch im Gastland seine politische Aktivität fortzusetzen. Man kann sich auch fragen, ob nicht in dieser Regelung ein Anzeichen dafür zu sehen ist, daß der Gesetzgeber dem Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung auch dann ablehnend gegenübersteht, wenn er sich gegen fremde Staaten richtet, und ob nicht diese Ablehnung die oben angedeutete Auslegung des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG im Sinne einer Einschränkung des Asylrechts durch analoge Anwendung des Grundgedankens des Art. 18 GG (Verwirkung bei Mißbrauch des Asyls zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung) stützt.

Die Bestimmungen über das Erlöschen der Aufenthaltserlaubnis und -berechtigung sind auf Asylberechtigte sinngemäß anwendbar (§ 9 Abs. 1 AG). Danach besteht ein Aufenthaltsrecht nicht mehr, wenn keine Asylberechtigung mehr anzuerkennen ist, also entweder nach Art. 18 GG vom Bundesverfassungsgericht wegen Verwirkung aberkannt wurde, von der

Ausländerbehörde gemäß § 37 AG widerrufen wurde oder der Betroffene aus den im AG genannten Gründen ausgewiesen wird. Der ehemals Asylberechtigte kann dann, wie jeder andere nicht aufenthaltsberechtigende Fremde, abgeschoben werden. Beim ehemals Asylberechtigten ist jedoch die Zulässigkeit der Ausweisung insoweit eingeschränkt, als sie nur aus »schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung« stattfinden darf (§ 11 Abs. 2 AG). Es wird aus dem Gesetz nicht völlig klar, ob dieser Ausweisungsgrund immer dann vorliegt, wenn einer der für die normale Ausweisung genannten Gründe (§ 10 AG) *in concreto* als »besonders schwerwiegend« anzusehen ist, oder ob mit »öffentlicher Sicherheit oder Ordnung« ein dritter und eigenständiger Maßstab bestimmt werden soll. Die Abfassung dieser besonderen Bestimmung, ohne jeden weiteren Hinweis, deutet auf die Notwendigkeit einer eigenständigen Auslegung hin, so daß wohl in diesem Falle nur und ausschließlich eine Ausweisung »aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung« in Betracht kommt. Ob gegebenenfalls solche Gründe vorliegen, wird von der Ausländerbehörde und im Streitfall von der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter sorgfältiger Abwägung von Allgemeininteresse und Individualinteresse zu prüfen sein.

Da kein Fremder im Ausweisungsfall in einen Staat abgeschoben werden darf, »in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist« (§ 14 Abs. 1 AG) ist natürlich auch der zunächst Asylberechtigte hiergegen geschützt und bedarf auch dieses Schutzes als ehemals politisch Verfolgter in besonderem Maße. Ein absoluter Schutz ist aber auch hier und auch für den ehemals Asylberechtigten nicht vorgesehen, denn auch eine solche Abschiebung ist zulässig, wenn der Fremde »aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit anzusehen ist« oder »eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt wurde« (§ 14 Abs. 1 Satz 2 AG)⁶⁵⁾. Der Gesetzgeber hat sich hier also entschlossen, schwerwiegenden Interessen der Allgemeinheit den Vorrang einzuräumen. Daher wird auch diese Bestimmung stark kritisiert⁶⁶⁾, und es wird darauf hingewiesen, daß ein gefährliches Verhalten der Asylberechtigten auch auf andere Weise verhindert werden könnte, als gerade durch Abschiebung in den Verfolgerstaat, nämlich z. B. durch Internierung; krimineller und asozialer Deutscher könne die Bundesrepublik sich auch nicht ent-

⁶⁵⁾ Hierbei ist im AG (§ 14 Abs. 1) hingewiesen auf die gleichlautende Bestimmung des Art. 33 Abs. 2 des Flüchtlingsabkommens vom 28. 7. 1951, a. a. O. oben Anm. 45.

⁶⁶⁾ So Franz a. a. O. oben Anm. 32, S. 467, unter Hinweis auch auf eigene frühere Äußerungen und weitere Literatur.

ledigen. Die Tendenz dieser Kritik ist erfreulich, und dennoch ist die getroffene Regelung wohl weder rechtlich angreifbar⁶⁷⁾ noch rechtspolitisch unvernünftig. Auch hier ist wieder davon auszugehen, daß das Asylrecht des Grundgesetzes nicht völlig schrankenlos gewährt werden kann, sondern immanente Begrenzungen enthält, mögen diese auch im einzelnen umstritten sein. Hinzu kommt noch folgendes: Wenn Deutsche – auch bei noch so starker Gefährdung des eigenen Staates – nicht ausgewiesen werden können, so beruht das auf gänzlich anderen Gründen, als der Schutz von Fremden. Bei der derzeit (noch) bestehenden Struktur der Völkergemeinschaft, in der letztlich doch jeder Staat bei der Wahrung seines Schutzes allein auf sich selbst gestellt ist, sollte eine solche, wenn auch extreme Möglichkeit des Selbstschutzes erhalten bleiben. Sicherlich sollte diese Ausweisungsmöglichkeit im konkreten Fall das letzte Mittel sein und sollte nur dann angewendet werden, wenn in erheblichem Maße der Grundgedanke der staatlichen Notwehr maßgebend ist; dennoch sollte diese Art des Selbstschutzes nicht abgeschnitten sein. Auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Bestandteil des Verfassungsrechts lassen ein solches Ergebnis durchaus zu. Den Kritikern dieser Bestimmung ist aber durchaus zuzugeben, daß eine Entscheidung von dieser Härte im Rahmen der Abwägung der Verhältnismäßigkeit⁶⁸⁾ zwischen Staatsschutz und humanitärem Individualschutz wohl kaum je in Betracht kommt, bzw. schlechthin exzeptionellen Charakters wäre. Im Zweifel jedenfalls wäre dem Grundsatz der Humanität zu folgen. Exzessen einer aus politischen Gründen das Individualinteresse mißachtenden Exekutive müßte und könnte die Gerichtsbarkeit entgegentreten, was allerdings voraussetzt, daß man an der Ablehnung sogenannter justizfreier Hoheitsakte auch in diesem Bereich festhält⁶⁹⁾.

⁶⁷⁾ Rechtliche Bedenken könnten auf der Annahme beruhen, daß Art. 18 GG die vom Verfassungsrecht allein zugelassene Möglichkeit des Verlustes des Asylrechts bedeute, worauf eine Bemerkung von Kimminich (a. a. O. oben Anm. 56, Randn. 192) hinzuweisen scheint. Dem läßt sich jedoch entgegenhalten, daß Art. 18 GG sich nur auf die Verwirkung wegen Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung bezieht und sich auch hierauf beschränkt, also Fälle der Gefährdung der Staatssicherheit im übrigen nicht erfaßt und auch nicht präjudiziert.

⁶⁸⁾ Hierauf weist mit Recht Kimminich a. a. O., Randn. 191.

⁶⁹⁾ Daß auch das sogenannte politische Ermessen im Hinblick auf die Gefahr seines Mißbrauchs gerichtlicher Kontrolle unterliegt, hat das Bundesverfassungsgericht im sogenannten KPD-Prozeß nachdrücklich betont (BVerfG 17. 8. 1956, BVerfGE Bd. 5, S. 85, Leitsatz 2); vgl. zu dieser Frage vor allem H. Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte (1951); auch E. Forsthoff (Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1961, S. 466 ff.) neigt dazu, in diesen politischen Fragen immanente Grenzen der Justiziabilität anzunehmen. Für die Gegenansicht, vor allem unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten, K. Dohring, Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 33), S. 101 ff., »Der justizfreie Hoheitsakt und die auswärtige Verwaltung«.

Abschließend mag festgestellt sein, daß das AG insgesamt eine rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechende und auch praktikable Regelung darstellt. Der Begründung zum Gesetzesentwurf ist durchaus zuzustimmen, wenn es dort heißt⁷⁰⁾: »Die Bundesregierung verfolgt eine liberale und weltoffene Fremdenpolitik, die die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern erleichtert. Diese Politik läßt sich jedoch nur dann vertreten, wenn die Möglichkeit besteht, die staatlichen Belange fremden Staatsangehörigen gegenüber durchzusetzen, sie muß insbesondere die eigenen Staatsangehörigen wirksam vor Beeinträchtigungen schützen können ...«.

⁷⁰⁾ Begründung a. a. O. oben Anm. 17, S. 10.