

200 Jahre kodifiziertes Ausländerrecht

Die Konstruktion des „Fremden“ in der Rechtswissenschaft und -praxis des 19. und 20. Jahrhunderts

Thesen von Thomas Moritz und Michael Plöse
WuStrau 28. September 2012

„Fremde“ sind nicht von „hier“. Wäre es so einfach, könnte juristisch auch einfach mit diesem Sachverhalt umgegangen werden: Denn wer (noch) „fremd“ ist, kann schnell „bekannt“ werden. Die Verwaltungspraxis und ihre theoriebildenden Autoren, seit Anfang des 19. Jahrhunderts schließlich auch die Gesetzgeber haben demgegenüber durch das Migrationsrecht ein machtpolitisches Bedürfnis nachvollzogen, welches das personen(gruppen)bezogene Merkmal des „Fremdseins“ erst als eine juristische Institution konstituierte, deren Sinn es war, das „Fremde“ vom eigenen Rechtskreis auszuschließen. Das Fremdenrecht konservierte so die „ursprüngliche Rechtlosigkeit“ der Fremden unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts. So sollte nicht nur verhindert werden, dass bekannte „Fremde“ plötzlich „heimisch“ würden. Vielmehr diente es von Anfang an zugleich der Rechtfertigung innerstaatlicher Ausgrenzungen: Auch „Heimisches“ konnte so als „Fremdes“ behandelt und also rechtlos werden bzw. sein, wenn es nicht in das Bild des landesherrlich Opportunen passte – Arme, Juden, „Landstreicher“/ „Vagabonden“, „Arbeitsscheue“ und Kranke.

So etablierte sich das Migrationsrecht in zunehmender Ablösung vom Strafrecht als ordnungspolitisches Verwaltungs-sonderrecht. Es sollte der – durch die im Zuge der Auflösung feudaler Personalhoheiten entstandenen Freizügigkeit und durch neomodische Vorstellungen wie der 1789 postulierten Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte – erschütterten Obrigkeit weitgehende Kontroll- und Disziplinierungsbefugnisse verschaffen.

Diese Funktion erscheint uns bis heute wesentliche Eigenschaft des Migrationsrechts zu sein, was uns zu folgenden Thesen führt:

1.) Migrationsrecht ist ohne jeden emanzipatorischen Gehalt

200 Jahre kodifiziertes Ausländerrecht
(1813–2013) = 200 Jahre Exklusion und
Sonderbehandlung –
gegen Menschenrecht und Partizipation

ALR 1794 – Einleitung § 41:
„Fremde Unterthanen haben also, bei dem Betriebe erlaubter
Geschäfte im hiesigen Lande, sich aller Rechte der Einwohner
zu erfreuen, solange sie sich dem Schutze der Gesetze
nicht unwürdig machen.“
(unter dem Einfluss der Frz. Revolution)

§§ 131, 132, 138 ALR 17 (1794): Fremde im Inland dürfen
ohne Genehmigung ausreisen/ auswandern

Paßedikt 09.08.1796: „Es bringen die allgemeinen Regeln einer
guten Policy mit sich, dass jeder ankommende Fremde (...) sich
legitimieren muss.“

§ 13 PrUntertanenG 1842: „Der Wohnsitz innerhalb unserer
Staaten soll in Zukunft für sich alleine die Eigenschaft als Preu-
ße nicht begründen.“

Erstes Allgemeines Paß-Reglement vom 20.03.1813 = gleich-
zeitig mit der Bekanntgabe der Kriegserklärung an Frankreich
(„An mein Volk“). Seitdem durchgehende Kodifizierung, viel-
fache Veränderungen in den Einzelheiten.

Dr. Liebknecht, SPD, Beratungen des RuStAG im Reichstag
am 23.02.1912: „Wer gut genug ist, hier ausgebeutet zu wer-
den, soll auch gut genug sein, hier naturalisiert zu werden.“

2.) Verrechtlichung führt selten zur Verbesserung des Status

Mit Ausnahme der als Nebenstrafe (in §§ 39, 285a, 362 RStGB 1871; Bannbruch: § 361 RStGB) geregelten Ausweisung und der prozessualen, nach durchgängig einschl. WR herrschender Meinung: materiellen Norm des § 133 III LVG 1883 und dem Reichsverweisungsg 1934 (– 1938) sowie dem NaziG vom 11.05.1937 als „ordentlicher“ VO-Grundlage für die APVO 1938 ist das deutsche Ausländerrecht bis zum AusIG 1965 nur im Rahmen von herrschaftlichen Erlassen, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften geregelt. Sonderrecht und Ausnahmerecht bedeuten insoweit: außerhalb des Rechts (stellende), „polizeiwissenschaftliche“ normative Kraft des Faktischen statt „rechtswissenschaftlicher“ Systematik und Dogmatik.

Wesentliche Verordnungen:

- Erlasse über Ausweisung 21.10.1921 und 24.08.1923;
- APVOen 27.04.1932 und 22.08.1938.

z.T. unveröffentlichte Erlasse über Ausweisung:

- 24.09.1867 Ausweisung durch Ortspolizeibehörde
- 29.10.1880 Erlass zu § 362 RStGB: Ausweisung als Nebenstrafe alternativ oder sukzessive zu Unterbringung in Korrekthaus/ Arbeitshaus im Ermessen möglich
- 31.01.1882
- 1885 zwei Ausweisungserlasse Bismarcks als Reaktion auf die Einwanderung „ostjüdischer“ Flüchtlinge vor Pogromen
- 20.11.1890 (Russisch-Polen)
- 18.12.1890 (Galizien)
- 18.04.1891 (westl. Provinzen Preußens)
- 04.02.1899 Erlass zu § 362 RStGB: Ausweisung als Regelstrafe, Unterbringung im Arbeitshaus nur in „besonders geeigneten Fällen“ [Bannbruch: strafbar auch bei behördlicher Verweisung]
- 01.06.1899
- 27.09.1905 (Preußengänger)
- 23.04.1918 Anwerbestopp/ Ausweisung für poln.-jüdische Arbeiter weil „moralisch unzuverlässig“ und Arbeit als „Vorwand zur Einwanderung“
- 01.11.1919 Heine, SPD („Ostjuden“ durch „Sperrung der Grenzen entgegenzutreten“, „Geduldet“ im Inland: „solche, die nutzbringender Beschäftigung nachgehen“)
- 01.06.1920, Severing, SPD (Verschärfung des Erlasses Heine: „Lichtscheue Elemente ... unverzüglich ausweisen.“; Wippermann, Konzentrationslager 1999, S. 27; Heid, Maloche, nicht Mildtätigkeit 1995, S. 150 ff. und 190 ff.)
- 29.12.1920 Ausweisung ausl. Landarbeiter_innen
- 18.10.1921 Erteilung von Personalausweisen an Inländer, denen der Aufenthalt im Inland gestattet ist

Fortsetzung:

- 21.10.1921 Internierungserlass, Ausweisung und Internierung wenn „zum Verbleib unwürdig oder sonst dem Staat lästig“, insbesondere (Regelbeispiele) auch bei fehlenden Legitimationspapieren, „Lästigkeit“ auch bei „staatfeindlicher Betätigung“, Nichtbeachtung der Vorschriften über die Arbeitsvermittlung, insbes. Cottbus-Sielow auch für Frauen und Kinder
- 24.08.1923 Ortspolizeibehörden benötigen für Ausweisung die Zustimmung des Reg.präsidiiums, Ausweisung aus privatrechtlichen Gründen (Vertragsbruch, Privatbeleidigung u.ä.) ausgeschlossen; Ausweisung nie obligatorisch, sondern unter Bezugnahme auf § 10 II 17 ALR immer im Ermessen, Ausweisung auch bei unbefugtem Überschreiten der Landesgrenzen, Unterbringung in Sammellager wenn Abschiebung unmöglich und freier Aufenthalt eine „unmittelbare Gefahr“
- 06.04.1923 Bestrafung bei Zuwiderhandlung gegen Paßvorschriften
- 14.12.1923 betr. Aufhebung der Internierung ausgewiesener Ausländer; Verwaltungszwang zur Vollstreckung der Ausweisung: Geldstrafe bis 1000,- RM durch Behörde, Ersatzhaft bis zu 6 Wochen bei Nichtbeitreibbarkeit, Polizeigewahrsam
- 15.02.1924 Ausweisungserlass: Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, aber gemäss § 53 S. 2 LVG 1883 nicht, wenn die behörde angeordnet hat, dass Ausführung nicht ausgesetzt werden kann (Regelbeispiel: Zuwiderhandlung gegen Paßvorschriften)
- 04.06.1924 PaßVO: Personalausweise
- 20.09.1924 Ausweisung auch bei Zuwiderhandlung gegen SteuerG

§ 133 III LVG 1883: „Gegen die Landesverweisung steht Personen, welche nicht Reichsangehörige sind, die Klage nicht zu.“

§ 38 RStGB: Polizeiaufsicht neben Freiheitsstrafe möglich

§ 39 RStGB: Wirkungen der Polizeiaufsicht: Aufenthaltsverbote, für Ausländer: Ausweisung durch die Landesbehörde, Hausdurchsuchung

§ 361 RStGB: Haft bei Übertretungen:

Nr. 1 Bannbruch, Nr. 2 Landstreicherei, Nr. 3 Bettelei, Nr. 4 Spiel/Trunk/ Müßiggang, Nr. 5 Verletzung von Sitte u. Anstand oder Nr. 6 Aufforderung dazu, Nr. 7 erwerbsmässige Unzucht, Arbeitsscheu, Nr. 8 mangelndes Bemühen um Unterkommen, Nr. 9 Benutzen von Kindern für Straftaten, Nr. 10 Entziehung Kindesunterhaltungspflicht

§ 362 RStGB betrifft § 361 Nr. 3 – 8:

1. Polizeiaufsicht nach Strafe, 2. Arbeitshaus/ Korrekthausanstalt, 3. für Ausländer: Ausweisung durch Landesbehörde statt Unterbringung nach Ermessen

§ 285a RStGB: nach Verurteilung wg. Glücksspiel ohne Erlaubnis: Polizeiaufsicht; bei Ausländern: Ausweisung nach Strafvollstreckung

wohl einzige Gesetze außer LVG u RStGB:

Bayern: auslR Regelungen im AufenthG 21.08.1914 und VO 19.04.1924

Baden: G betr. Aufenthaltsrecht v. 05.05.1870: Aufenthaltserlaubnis und Versagung, Ausweisung krimineller Ausländer

3.) Funktion des Migrationsrechts: Kontrolle, Ein- und Ausgrenzung

Die durchgängig ab Preußen 1813 (40 % nicht-deutscher Nationalität und Muttersprache; vgl. Engelmann, Preußen, München 1986, S. 186) bestehenden Regelungen zielen auf:

- a) systematische staatliche Kontrolle des Reisens und der Migration, die mit zunehmender Regeldichte bis zum AufenthG 2005 enger wird,
- b) die Konstituierung deutscher (ethnisch-kulturell d.h. völkisch deutscher) Rechtssubjekte (PrUntertanenG 1842, 1870 und RuStAG 1913: ius sanguinis), denen Freizügigkeit (Freizügigkeitsgesetze 1842 und 1867 bzw. „Aufenthaltsgesetze“ der Bundesländer) und „Armenpflege“ bei fortgesetzter Bestrafung Nichtarbeitender (Gesetz über die Armenpflege 1842; Gesetz über die Bestrafung der Landstreicher, Bettler und Arbeitsscheuen 1842) gewährt wird und
- c) die Konstituierung „ausländischer“ (bis 1933/45 insbes. polnischer, galizischer und sog. ostjüdischer) prekarierteter „fremder“ Unterklassen und „gefährlicher“ Subjekte.

Stichworte:

Antisemitismus, antipolnische Kolonisierungspolitik (z.B. noch PrArch 1905, 6 ff. VO zum Ansiedlungsg 1904)

Bade, Enzyklopädie der Migration:

- 1890 bis 1914: 1,2 Mio. ausl. Arbeiter_innen,
- 1907 Preußen: Arbeitsregistrierung und „Winterkarenzzeit“
- 1918: 2,5 Mio. ausl. Arbeiter_innen
- frühe 1920er: 200–300.000 ausl. Arbeiter_innen und mehr als 1 Mio. Einwanderer_innen aus vormals dt. Gebieten
- plus 1922: 600.000 russ. Flüchtlinge, davon 360.000 in Berlin,
- Weiterwanderung bis 1933: 500.000

PrMinBl 1922, 100: „Überflutung Berlins mit Ausländern, dagegen: Einrichtung einer eigenen Behörde für Ausweisungen/Abschiebungen“

4.) Für eine Subjektivierung des Migrationsrechts fehlt es an einem effektiven Verfahrensrechtsschutz

Bis zum AuslG 1965 besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, bis Inkrafttreten des GG / § 22 VGG ist der (verwaltungs-)gerichtliche Rechtsweg ausgeschlossen (PrOVG 1888, 1912, 1924; LVG: kein subjektives R – keine Klage; § 133 III LVG), bis 1965 in der Folge des weiteren Geltens der APVO 1938 auf das Überprüfen von Ermessensfehlern (bei der Anwendung der „seinerzeit rechtsgültig erlassenen“ APVO 1938) beschränkt (BVerwG, DVBl 1956, 232; trotz Art. 6 GG und EMRK entscheiden zu dieser Zeit VGH Stuttg., DÖV 1954, 223 sowie VGH Stuttg., VerwRspr 8 (1956), 859, 861 und BVerwGE 3, 59, 61 v. 15.12.1955, dass die deutsche bzw. ehemals deutsche Staatsangehörige, die einen Ausländer geheiratet und dadurch die deutsche Staatsangehörigkeit qua Gesetz verloren hat, die gegen den straffällig gewordenen Ehemann erlassene Ausweisung auch gegen sich gelten lassen und diesem nachziehen muss, wenn sie die Ehe fortsetzen will – noch gegenw. Rspr. u. h.M. in der Schweiz – und bestätigen im Ergebnis § 5 II APVO 1938 ohne diesen jedoch zu erwähnen).

Rechtsgeschichtliche Wortwahl für den Aufenthalt bei mangelndem subjektivem Recht: „geduldet“ (PrOVG).

(StaatsangehörigkeitsG 1842, 1870, 1913: StAng der Ehefrau – Verlust wie Erwerb – richten sich nach der StAng des Ehemannes)

§ 5 II APVO 1938:

„Das Aufenthaltsverbot kann auf den Ehegatten des Ausländers und seine minderjährigen Kinder ausgedehnt werden, auch wenn die Voraussetzungen für ein solches Verbot in der Person dieser Familienmitglieder nicht vorliegen.“

§ 17 APVO 1938:

I Weisungsrecht des InnMin wird durch die VO nicht eingeschränkt.

II Dem InnMin bleibt vorbehalten, für bestimmte Gruppen oder Gebiete Abweichungen von dieser Regelung anzuordnen

Ausweisungsgründe u.a.:

- „Zigeuner“eigenschaft (§ 5 I h APVO 1938),
- „Gefährdung der Belange der Volksgemeinschaft“ (§ 5 I a APVO 1938)

§ 11 VI APVO 1938:

„Das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist in ausländerpolizeilichen Angelegenheiten ausgeschlossen“ – nicht mit Art. 19 IV GG zu vereinbaren, was erst durch das BVerwG 1955 festgestellt werden musste

Gegeben ist nur die Beschwerde zur oberen Behörde, die jedoch aufschiebende Wirkung nur entfaltet, wenn die sofortige Vollziehung nicht angeordnet wurde, was jedoch üblich war und eine unüberprüfbare Ermessensentscheidung blieb, (§ 53 LVG 1883, § 53 PVG 1931).

Isay, FremdenR 1923, S. 242:
Die Einlegung der Beschwerde steht der Durchführung des Ausweisungsbefehls nicht im Wege.

5.) Provinz und Provenienz – Die konstitutive Unterscheidung des Menschen in „nützlich“ und „lästig“

Den Landes- (und sogar Ortspolizei-)behörden obliegt die Freiheit zur Aufstellung von (variablen) Bedingungen für die Gestattung des Aufenthalts, wer sie nicht erfüllt, ist „lästiger Ausländer“ und kann ausgewiesen werden (PrÖVG 16, 381, 388 v. 1888 im Anschluss an Kgl. ObertribunalE 39 Nr. 50 v. 1858; 64, 429 v. 1912 – stg. Rspr. und h.M. bis 1945 (str. ab APVO 1932): die „ungebundene Verweisung“ ist selbstverständliches „Recht der Polizei“).

Der Ausgewiesene kann in „polizeiliche Verwahrung“ genommen werden.

Anknüpfungstatsachen für die (ungebundene) Ausweisung sind in der Praxis die „Sicherung des Lebensunterhaltes“ und der „Lebenswandel“.

Laband, StaatsR I (5. A. 1911-1914), 190: „Das Reich übt als Staat das Hausrecht in seinem Territorium aus.“

Weimarer Republik (WR): trotz Art. 7 Nr.4 WRV weiterhin zahlreichste (dem Zentralstaat vorausseilende Ländererlasse und „Anweisungen“ per Rundschreiben sowie die Praxis der „ungebundenen Verweisung“ mindestens bis APVO 1932 (Arg.: FreizügigkeitsGe)

6.) „Bitte weisen Sie sich aus!“ – Die Segregation der Fremden durch bürgerliche Identitätsnachweise im Passwesen

Die Aufenthaltserlaubnis ist rechtsgeschichtlich bis zum AuslG 1990 im Inland zu beantragen. Sie ist erforderlich ab sechsmonatigem Aufenthalt (APVO 1932; APVO 1938: drei Monate). Die Möglichkeit der Zurückweisung an der Grenze bzw. bei erster Kontrolle im Inland ist von Anfang an bekannt.

Das Visum ist rechtshistorisch zunächst ein Kontrollakt über den Inländer, der die Einhaltung bei Passerteilung beantragter Reiserouten gegenüber der Heimatbotschaft im Ausland nachzuweisen hat, die seinen Pass zu diesem Zweck „visiert“; vor FreizügigkeitsG auch Realisierung der Meldepflicht für Ortsfremde im Inland mit der Möglichkeit des Staates, diesen wegzuschicken und/oder in Gewahrsam zu nehmen. Der Pass ist zunächst immer auch Eingangspass, der dem einreisenden oder eingereisten Ausländer auszustellen ist (PrPassedikt v. 20.06.1817).

Paßpflicht: ab 1813

Paß und Visumpflicht abgeschafft: PaßG 12.10.1867 (§ 2: „Auch von Ausländern soll weder beim Eintritt noch beim Austritt über die Grenze des Bundesgebietes, noch während ihres Aufenthaltes oder ihrer Reisen innerhalb desselben ein Reisepapier gefordert werden.“,

§ 5: Eine Verpflichtung zur Vorlegung der Reisepapiere behufs der Visierung findet nicht statt.“,

§ 3: „Bundesangehörige wie Ausländer bleiben jedoch verpflichtet, sich auf amtliches Auffordern über ihre Person genügend auszuweisen.“)

14.06.1879 VO Paß- u Visumpflicht für Einreisen aus Russland

29.12.1880 VO Aufhebung Visumpflicht bei Einreisen aus Russland

Pass- und Visumzwang wieder eingeführt mit Paß- u SichtvermerksVO v. 21.06.1916, weitergeführt mit mit VO v.

10.06.1919, sodann mit VO v. 04.06.1924 (in Preußen bereits mit VO v. 14.04.1921), mit der neuen Ausnahme § 122 Paß- und SichtvermerksVO RGBI 1924, 613:

weder Pass noch Visum für ausl. Arbeiter, die bereits bei der Deutschen Arbeiterzentrale registriert sind – Registrierung beim Grenzamt der DAZ oder im Inland an der Arbeitsstelle, PrMinBl 1921, 13 m.w.N.

Landstreicher, Bettler und Krankheitsüberträger erhalten keine Pässe. Sonderregelungen für Studenten, Juden, Handwerksgesellen und Postreisende. Privilegierung für Personen, deren Leumund „offensichtlich“ außer Frage steht. Die zwischenstaatliche gegenseitige Anerkennung von Pässen erfolgt erst später. Als Identitätsnachweis gelten diverse Papiere; bis zum FreizügigkeitsG 1867 sind „Aufenthaltskarten“ obligatorisch für Ausländer_innen, von „auswärts kommende Individuen der arbeitenden Klasse“ und nicht-arbeitende Inländer_innen.

Spätestens in der WR übernehmen der „Personalausweis“ und die Legitimationspapiere der Arbeitsverwaltung die Funktion des Eingangspasses.

§ 122 mit PaßVO v. 06.06.1932 weggefallen.
Reform der Arbeitsverwaltung 1927.

Kontrolldichte in der Weimarer Republik:
Gültigkeit von Reisepapieren und Ausweisen: zunächst jeweils ein Jahr, dann zwei Jahre – was zu völkerrechtlichen Problemen führte.

7.) Ausgrenzung und Einschließung – Die Entstehung des Lagerwesens als Teil der Fremden- und Armutsverwaltung

Seit dem frühen 17. Jahrhundert sind Armen- und Arbeitshäuser für Bettler, Landstreicher, Prostituierte und Nichterwerbstätige fester Bestandteil der polizeilichen Disziplinierung und Armutsverwaltung. Der demokratische Staat nach Niederschlagung der Revolution etabliert Abschiebelager: „Internierungslager“, die der Innenminister als „Konzentrationslager“ für Ausgewiesene bezeichnet (Dominicus, DDP, 23.01.1921), die aus völkerrechtlichen Gründen nicht abgeschoben werden können:

- 1919–1924 Stargard und Cottbus-Sielow mit jeweils mehreren tausend Plätzen, Eydtkuhnen (heutiges Černyševskoje) und Pr. Holland für Ostpreußen;
- aus „finanziellen Gründen“ eingestellt und durch allg. Polizeigewahrsam – Abschiebegefängnisse z.B. in Ingolstadt seit 1919 Kassel, Hamburg, Frankfurt a. Main, Quedlinburg, Königsmoor, Eydtkuhnen und Ruhrgebiet – ersetzt,
- zu diesem Zeitpunkt bestehen bereits Erfahrungen mit Massenausweisungen aufgrund antisemitischer und antipolnischer Kampagnen (1885/86: Ausweisung von 15.000 Juden und weiteren 20.000 polnische Einwanderer; 4/1918).
- besonders scharf in Bayern, das bereits im April 1920 alle „Ostjuden“ über die Grenzen des „Freistaats“ getrieben hatte.

Die Unterbringung in den Internierungslagern erfolgte in völlig überfüllten Baracken. Die Internierten waren ständigen Schikanen und antisemitischen Beschimpfungen durch die Aufseher, die der Reichswehr angehörten, ausgesetzt.

Auch Frauen und Kinder wurden interniert. Die Internierung („zur Beschaffung von Reisepapieren und Abschiebung“) dauerte „oft über sechs Monate“. Die Regierung befürchtete Beschwerden aus dem Ausland, da Internierung völkerrechtlich untersagt war.

Während sich die Presse in Preußen kritisch zu den Lagern verhielt und über Missstände berichtete, war die Stimmung in Bayern dermaßen antisemitisch aufgeladen, dass selbst die unzumutbare „Lagerhaltung“ noch als „Urlaub auf Staatskosten“ dargestellt und Verschärfungen gefordert wurden.

8.) Das Preußische Oberverwaltungsgericht und der Reichsgerichtshof für Strafsachen

a) Migrationsrecht verschärft Klassendiskriminierung

Das Preußische Oberverwaltungsgericht:
Dritte, insbesondere Arbeitgeber russischer und polnischer Arbeitnehmer in der Landwirtschaft, sind nicht den Beschränkungen unterworfen, die für die ausländischen Arbeitnehmer gelten. Es ist ihnen verboten, den Lohn für unerlaubt aufhältliche Arbeitnehmer zu zahlen, dieser verfällt im Wege der Pfändung an die Landeskasse (bei den Arbeiter_innen) zur Deckung der Kosten ihrer Ausweisung und Abschiebung (PrOVG 50, 249 – 1907).

Dass die Arbeitgeber ausl. Arbeitnehmer nicht polizeipflichtig sind, ist durchgängige Rspr. des PrOVG (= „Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung“, Drews 2. A. 1929 S. 39; dieser gilt offensichtlich nicht bzw. nur eingeschränkt für – die rechtlos gestellten – Ausländer).

Insbesondere die frühen Regierungen der Weimarer Republik haben mit ihren Ausweisungs- und Internierungserlassen 1919–1924 expressis verbis den „Arbeitsmarkt“ schützen wollen.

b) Kaum Grenzziehung durch (systembildende und dogmatische) Rechtsprechung – auch hier dominiert nationalwirtschaftlich orientierte Klassenjustiz

Durchgängig ab 1813 haben die Regelungen zwar im Blick, dass durch die Anwesenheit von Ausländern dem Staat keine Kosten entstehen; konkrete ökonomische Interessen (der herrschenden Klassen) werden durch die Verordnungs- und Verwaltungspraxis und sekundär durch die Rechtsprechung des PrOVG, bedient.

Exkurs:

Der insbesondere in der frühen BRD auch professoral gepflegte und auf die E 95,131 gestützte Mythos, das PrOVG und sein Präsident, der Vorsitzende des III. Senats Drews, seien doch noch lange nach 1933 liberal und rechtsstaatlich orientiert gewesen, wird widerlegt durch dessen Entscheidungen:

91, 139 Damenboxkämpfe: der Begriff der öffentlichen Ordnung wird durch die nationale Revolution bestimmt (E v. 09.11.1933)

95, 131 Verordnung zum Schutz von Volk und Staat

Vgl. auch Drews durch die 5. Auflage (1936) seines in der BRD von Wacke fortgesetzten (Standard-) Lehrbuches „Preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil“.

PrOVG zur Revolution 1918:

76, 115 Vergütung eines Arbeiterrates; keine Anerkennung als kommunale Körperschaft

Das Reichsgericht für Strafsachen setzt seltene Pointen systematischer Auslegung

Urteil vom 21. April 1885: Kann die Ausweisung von Ausländern aus dem Gebiet eines Bundeslandes nur durch die Landespolizeibehörde oder auch durch die Ortspolizeibehörde erfolgen?

Einschränkung PrOVG:

keine Klagemöglichkeit – keine Entscheidung!

16, 381 (1888) auch bei Verweisung durch Kreis- oder Ortspolizeibehörden kein Rechtsweg zum OVG, RStGB regelt die Ausweisung nicht abschließend; aus dem Rechtswegausschluss in § 130 LVG ergibt sich, dass Ausländer kein Recht auf Aufenthalt haben; kein hinreichender Nachweis der Staatsangehörigkeit durch Kläger; Kläger: Jude

16, 397 (1889) Landesverweisung: Klage unzulässig, da der Kläger die Staatsangehörigkeit durch Verlegung des Domizils ins Ausland verloren hatte und danach nicht durch langjährigen Aufenthalt wieder erwerben konnte

22, 389 (1891) Verlust der Staatsangehörigkeit durch Aufenthalt im Ausland; Voraussetzung der Niederlassung (Wohnung/Unterkommen) zum Wiedererwerb: von Glasergeselle nicht erfüllt

30, 399 (1896) Wiedereinbürgerung trotz zwischenzeitlicher Ausweisung wegen (verjährter) Entziehung vom Militärdienst; „mangels gesetzlicher Regelung hängt es allein vom Ermessen der Polizeibehörde ab, ob sie einen Ausländer im Inland duldet“

30, 409 (1896) keine Klagemöglichkeit für frühere Staatsangehörige, welche in einem Bundesstaat den Unterstützungswohnsitz erworben haben; 130 LVG 1883 (vgl. E 65, 200)

ebenso: PrOVG v. 16.01.1903 in PrVerwBl 25, 332

PrOVG v. 16.12.1904 in PrVerwBl 26, 447: Beschränkungen gegen ausländische Arbeiter gelten nicht gegen die inländischen Arbeitgeber (die nicht Adressat polizeilicher Maßnahmen sein können) = wie E 67, 315 und PrVerwBl 46/1924; hier mit Dogmatik PVG 1850 und Generalklausel § 10 ALR II. 17

50, 249 (1907) Kosten der Ausweisung/Abschiebung, Lohnzahlungsverbot für Dienstherrn (Abschiebung von 51 russischen Landarbeitern)

50, 255 (1907) Kosten der Ausweisung/Abschiebung vom Ausländer zu tragen (auch bei vorheriger Übernahmeverpflichtung des Dienstherrn)

55, 260 (1909) Aufenthaltsverbot; zur Dogmatik der Polizeiaufsicht gem. RStGB, auch bei Nebenstrafe der Verweisung, §§ 39, 362 RStGB → Rechtsweg: § 130 III LVG 1883

Aufhebung der Entscheidung des LG Duisburg, das einen wg. Diebstahls bestrafte und aus Preußen ausgewiesenen Holländer, nachdem er zu seiner dort lebenden Ehefrau zurückgekehrt war, von einer Strafe freigesprochen hatte, weil die Ortspolizeibehörde zur Ausweisung nicht zuständig sei, sondern – nach Wortlaut des hier anzuwend. § 115 preuß. StGB – die Landespolizeibehörde. – Dazu RGHSt.:

„Dabei kann zunächst als ein unbestrittener staatsrechtlicher Grundsatz bezeichnet werden, daß die Verwaltungsbehörde befugt ist, im Interesse der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Ruhe jeden Ausländer aus dem Lande zu verweisen. Eine Bestätigung findet dieser Grundsatz in den §§ 4, 191, 195, 708, 1303 ALR II. 20 und in § 41 der Einl. zum ALR, wonach Fremde des Schutzes der Gesetze nur, solange sie sich dessen nicht unwürdig machen, teilhaftig sein und als Bettler, Landstreicher, Müßiggänger, ebenso wenn sie in hiesigen Landen ein Verbrechen begangen und die erkannte Strafe ausgestanden, ebenso als Winkelärzte oder gewerbsmäßige Hazardspieler polizeilich des Landes sollten verwiesen und bei Rückkehr bestraft werden können. Die Kompetenz der Polizeibehörden zur Ausweisung von Ausländern aus dem preußischen Staatsgebiet ist durch kein Gesetz geregelt. ... §§ 39 Nr. 2, 284, 362 RStGB, welche ebenso wie die §§ 3 ff. des FreizügigkG die Kompetenz der Landespolizeibehörde voraussetzen, betreffen nur die Ausweisung aus dem Bundesgebiet bzw. die Ausweisung von Reichsangehörigen.“ – daher für Ausländer durch einfachen Ministererlass übertragbar an die Ortsbehörden

seltene Ausnahmen:

Urteil vom 6. Juni 1890 (Vorinstanz LG Görlitz):

Den Tatbestand des Bettelns erfüllt nicht, wer außerhalb von Verwandtschaft und Freundschaft in „Vereinigungen von Personen, welche durch Gleichheit des Erwerbes, es Lebensberufes, der Lebensstellung u. dgl. verbunden sind“, um eine Unterstützung für sich bittet, auf die kein Anspruch besteht, wenn hierdurch nicht mehr als moralische oder soziale Verbindlichkeiten geltend gemacht werden.

RG v. 08.01.1903: Nr. 22 zu § 362 Unterkommen – meint: Lebensunterhalt, Wohnsitz, egal ob aus legaler oder illegaler Tätigkeit, hier: Diebstahl

dagegen aber noch aber: Urteil vom 28. Januar 1898 (zu § 361 Nr. 3): der Tatbestand der „Landstreicherei“ werde hinsichtlich des Tbm. „zweckloses umherziehen“ auch dann erfüllt, wenn die Angeklagten „ihrem Gewerbe als Lohnhuren nachgegangen“ seien (anders LG Oppeln)

- 61, 179 (1912) Überwachung der Zu- und Rückwanderung ausländischer Arbeiter: nur diese sind Adressaten von Maßnahmen, nicht deren Dienstherr
- 63, 167 (1912) und 178 (1912) Fremdenschuld
- 64, 429 (1912) Freiheit der Landespolizeibehörden zur Aufstellung von Bedingungen für die Gestattung des Aufenthalts von Ausländern im Inland; wer sie nicht erfüllt, ist „lästiger Ausländer“ und kann ausgewiesen werden; kein Recht auf Aufenthalt; Verwaltungsstreitverfahren nicht gegeben
- 65, 200 (1913) bayrischer Staatsangehöriger: ein Jahr Aufenthalt = Unterstützungswohnsitz (OT, nur wg. Dogmatik aufgenommen; vgl. die Fristen des FreizügigkeitsG 1867 mit den Fristen des Ausweisungsrechts)
- 67, 315 (1914) Beschränkungen gegen ausländische Arbeiter gelten nicht gegen die inländischen Arbeitgeber (die nicht Adressat polizeilicher Maßnahmen sein können); Aufenthalt wird durch ministerielle Anweisung geregelt
- PrOVG oD in PrVerwBl 46, 277 (1924): Bekräftigung der E 67, 315
- 79, 107 (1924) Nur Reichsangehörigen steht die Klage gegen die Landesverweisung zu; Staatsangehörigkeit
- 79, 113 (1924) Einschleppung von Seuchen durch Ausländer (polnische Grenze, „Entlausungsanstalt“)
- 82, 397 (1927) Genehmigung der Jagdverpachtung an Ausländer
- 84, 234 (1929) Staatsangehörigkeit: Niederlassung = dauerhafter Wohnsitz; ein dauerhaftes Aufenthaltsverhältnis kann nur der wirtschaftlich Selbständige begründen (nicht aber der Kläger, ein Jurastudent)
- 97, 117 (1935) Aufenthaltsbeschränkung für „Zigeuner“ (Anwendung des PolizeiR weil dt. Staatsangehörige: Entscheidung noch ohne Nazi-Terminologie)
- 98, 87 und 91 (1936) Meldung von Fremden durch Gastwirte (MeldeR)
- 101, 70 (1937) Einheitswert statt Wertzuwachsermittlung bei Grundstücksverkäufen von Ausländern (SteuerR).

9.) Durch die Entkriminalisierung der Ausweisung als Nebenstrafe wurde ein verwaltungsbehördliches Ermessensrefugium geschaffen und stetig weiter verschärft, das sich dem strafrechtlichen Verbot der Doppelbestrafung entziehen will

Die Wirkung der Nebenstrafe der Ausweisung gemäss §§ 39 Nr. 2, 362 RStGB 1871 ist zeitlich begrenzt auf zwei Jahre (str.); dies ergibt sich dogmatisch aus der Etablierung im Bereich der zeitlich begrenzten Polizeiaufsicht. Die Regelungen der §§ 39 Nr. 2, 362 RStGB werden von dem G über die Reichsverweisung 1934 abgelöst, dem

Die unbefristete Wirkung der Ausweisung wurde erstmalig in der APVO 1938 expressis verbis normiert (§ 6 II, bei Möglichkeit befristeter Ausweisung), ebenso die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthalts (§ 13) und weitere Skandale des noch gegenwärtigen Ausländerrechts.

die APVO 1938 folgt, in der die Ausweisung allgemein, d.h. allein als ausländerrechtliche Regelung normiert ist und damit die bis heute bestehende Doppelbestrafung ausländischer Straftäter beinhalten.

Interessant ist, dass die neben dem RStGB bestehenden, allgemeineren ausländerrechtlichen Regelungen der Ausweisung zunächst grundsätzliche, aber immer längere Zeiträume voraussetzende Anwendungsausnahmen normieren (Ausweisungserlass 1921 und 1923: alle Ausländer mit Wohnsitz vor 01.04.1914 „sind“ ausgenommen; Ausweisungserlass 1923: bei vierjährigem Aufenthalt „in der Regel unzulässig“; APVO 1932: bei zehnjährigem Aufenthalt „soll“ nicht ausgewiesen werden; Motiv jeweils: „Verwurzelung“), die mit der APVO 1938 wegfallen und erst seit dem AuslG 1965 in die Idee besonderen Ausweisungsschutzes transformiert wurden, mit dem gegenwärtigen Ergebnis des Kampfes um den „faktischen Inländer“.

Mit der APVO 1932 wird der Bezug öffentlicher Fürsorgeleistungen zum Ausweisungsgrund, bei dem nach den Ausweisungserlassen 1921 und 1923 noch von einer Ausweisung „in der Regel abzusehen“ war (bei entgegenstehender Praxis der „ungebundenen Verweisung“).

Bis zur APVO 1932 besteht ein Grundverständnis, demzufolge die Aufenthaltserlaubnis „bis auf weiteres“ erteilt wird, diese also außer durch die (dauerhafte) Ausreise allein durch den weiteren Verwaltungsakt der Ausweisung (Verweisung, Aufenthaltsverbot) beendet wird.

Noch zu untersuchen:
Motive der Transformierung der Polizeiaufsicht zur Bewährungsaufsicht und der Abschaffung der Arbeitshäuser.

10.) Die deutsche Staatsrechtslehre vor Gründung des BVerfG: Amalgam der Entsubjektivierung – Vom „Kern staatlicher Souveränität“ zur demokratischen „Homogenität“ durch Fremdenrecht

Die dt. Staatsrechtslehre trat im 19. Jh. an, der bisherigen verwaltungswiss. Beschreibung des Staatswesens, wie in der Polizeiwissenschaft üblich (Justi, Fischer, v. Berg u.a.), nach einer „juristischen Methode“ ein „System des Rechts“ und Staatsaufbaus entgegen zu setzen. So formierte sich neben dem Verwaltungsrecht (v. Mohl, Blutschli, Mayer) auch ein vom Konstitutionalismus erfasstes Staatsrecht (Schulze, v. Held, F. v. Mayers, Gerber, Gierke, Zöpfl, später Smend, Anschütz, Laband, Jellinek u.v.a.), das einer Positivierung des Rechts zwar den Weg bereitete, ohne jedoch den Schritt zur Ablösung von der Vorstellung einer – vom Souverän (sei er nun Monarch oder Staatskörper) abgeleiteten – obrigkeitsstaatlichen Rechteverleihung zu Gunsten einer (über-)konstitutionellen Grundrechtekonzeption nachzuvollziehen.

Für alle berührt die Behandlung von Ausländern den „Kern staatlicher Souveränität“. Es folge schon aus dem „Begriff des Staates“, dass dieser Verpflichtungen der Staatsangehörigen mit universellem Anspruch (also auch außerhalb des eigenen Territorialverbandes) regeln könne, *erst recht* also für diejenigen, die in ihn eintreten ohne Verbandszugehörig zu sein (vgl. etwa Pütter, Europ. Fremdenrecht, 1845, S. 8). Die ursprüngliche Rechtlo-

Der Begriff des Staatsangehörigen unterscheidet sich von jenem des *Untertan* vor allem darin (vgl. Gosewinkel: Einbürgern und Ausschließen 2001, S. 12 ff.), dass letzterer den Menschen vor allem in Beziehung auf sein dem Monarchen geschuldeten Gehorsam beschreibt, von dem er seine Position in Staat und Gesellschaft ableitet (vgl. Stolleis, Untertan – Bürger – Staatsbürger, 1981). Dieser Begriff geht nicht von einer Gleichheit der Bürger untereinander, von sondern von der Gleichheit gegenüber dem Monarchen aus, folgt aber einem rational-säkularen Legitimationskonzept, das auf das Individuum gerichtet ist. Folglich kann es seine Position in Bezug auf den Souverän verändern, z.B. weil es durch Eintritt in die Dienste eines fremden Monarchen für diesen kein_e Fremde_r mehr, sondern Untertan_in ist.

Demgegenüber macht der Begriff des *Staatsangehörigen* alle Pflichten und Rechte eines Menschen von dessen Zurechnung zu einem konkreten Staatsverband abhängig. Dabei schreibt diese Zurechnung – über tatsächlich positiviert Rechtsverhältnisse hinaus – nicht weniger kulturalistisch und national aufgeladene Vorstellungen eines organisch und ontologisch kohärenten Staatskörpers in den Gestaltungs- und Erscheinungsspielraum der jeweiligen Rechtsperson ein, die offen ist für völkische und rassistische Konzeptionen vom Staatsvolk. Der Staatsbürger kann im Ausland immer nur Ausländer sein, seine Verbeamtung ist in der Regel ausgeschlossen. Seine einzige Chance bleibt die Einbürgerung, die wiederum an utilitaristische oder kulturalistische Voraussetzungen geknüpft ist, die von ihm den Nachweis verlangt, eigentlich gar kein Ausländer zu sein.

Besonders extreme Beispiele:

Fritz Kimme, Das Fremdenrecht 1927, S. 23 f.:

„Unter dem Drucke dieser Ideen [der französischen Revolution] haben Preußen und Oesterreich ihre Gesetzeswerke geschaffen.

sigkeit des Fremden (v. Frisch, FremdenR 1910, S. 43) konstituiert sich nun im Begriff des Ausländers, bleibt aber auch für innerstaatliche Rechtsabstufungen offen (z.B. „Judenrecht“ als Teil d. Fremdenrechts). Die ohnehin zögerliche, durch konstitutionell verbürgte Teilhabe gesicherte bürgerl. Emanzipation in Dt. streite nicht für sie; schon gar nicht die Rechtslehre, welche die Grundrechte, als soweit sie diese überhaupt anerkannte, gegen Ausländer_innen in Stellung brachte.

Ernsthafte Grundrechtspositionen wurden nicht von ungefähr durch Völkerrechtler formuliert (z.B. Jellinek, der allerdings GrundR für Ausländer ablehnte) – wie auch die Verbesserungen der rechtlichen Situation von Nichtdeutschen bis heute vor allem auf völkerrechtl. Verpflichtungen zurückgehen (als Folge des Verzichts auf ungebrochene Souveränitätsetzungen).

Die demokratische Staatsausrichtung der Weimarer Republik verschärft die bestehenden Gegensätze noch. Die migrationsrechtlichen Konsequenzen des Versailler Vertrages zugunsten „fremdrasiger“ Staatsbürger in der Rheinregion werden gegen die als „Volksgenossen“ wahrgenommenen, aber staatsbürgerrechtlich ausgeschlossenen Österreicher_innen ausgespielt. Zwar bestehen verschiedene dogmatische Anschauungen über das „rechtliche Wesen des Fremden“, aber die (nur von Kelsen bekämpfte) herrschende organische Vorstellung von der integrierenden Funktion der Verfassung ließ sich willkürlich, oft rassistisch gegen Nichtdeutsche richten.

... Für die Weiterentwicklung sollte aber nicht die Idee von der Gleichheit und Gleichberechtigung aller Menschheit, die das Grundprinzip des Fremdenrechts überhaupt leugnete, die richtunggebende treibende Kraft sein, sondern die sich immer stärker herausbildende Ueberzeugung einer allgemeinen Rechtsgemeinschaft der zivilisierten Staaten. ... Die in den letzten Jahrzehnten vor dem Krieg wieder stark wirksamen Bestrebungen, auch diese Schranken niederzureißen und die vollständige Gleichstellung der Fremden mit den Staatsangehörigen auch auf diesen Gebieten herbeizuführen – letzte Auswirkungen der weltbürgerlichen Idee der französischen Revolution; deren Hauptträger die Vertreter der Wissenschaft dürften durch den Krieg in ihrer Kraft gebrochen sein. Unter Einfluß des durch ihn zu starker Ausprägung gelangten Nationalbewußtseins sowie unter dem Drucke der militärischen Lage begann man, die Unterschiede zwischen den Fremden und Staatsangehörigen wieder stärker zu betonen und eine schärfere Ausbildung des Fremdenrechts zu verlangen.“

Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1927, S. 231 f.:

„Die französische Revolution von 1789 setzte, trotz ihrer Ideen von Menschheit und allgemeiner Brüderlichkeit aller Völker, die französische *Nation* (H.i.O.) als geschichtlich gegebene Größe voraus. ... Wird die Nation als Substanz der demokratischen Gleichheit aufgefasst, so ergeben sich daraus praktische Konsequenzen besonderer Art. Ein demokratischer Staat, der in der nationalen Gleichartigkeit seiner Bürger die Voraussetzungen seiner Demokratie findet, entspricht dem sog. Nationalitätsprinzip, nach welchem eine Nation einen Staat bildet, ein Staat eine Nation umfaßt. Ein national homogener Staat erscheint dann als Normales; ein Staat, dem diese Homogenität fehlt, hat etwas Abnormes, den Frieden Gefährdendes. ... Zu solchen Methoden [gemeint sind „friedliche Assimilierung an die herrschende Nation“ oder „Beseitigung des fremden Bestandteils durch Unterdrückung, Aussiedlung der heterogenen Bevölkerung und ähnlich radikale Mittel], die national Homogenität zu sichern oder zu verwirklichen, kommen noch folgende Konsequenzen des Prinzips nationaler Homogenität: 1. Kontrolle fremden Zuzugs und Abweisung unerwünschter fremder Elemente; ... 2. Herausbildung besonderer Formen und Methoden der Beherrschung von Ländern mit heterogener Bevölkerung [Kolonien, Protektorate]; ... 3. Gesetze gegen Überfremdung, zum Schutz der nationalen Industrie; zu Schutz gegen die ökonomische und soziale Macht fremden Kapitals; ... 4. die neuere Praxis des Staatsangehörigkeitsrechts, Möglichkeit der Expartrierung, Denaturalisierung usw. ...“

11.) Migrationsrecht in der Bundesrepublik Deutschland

...

w.z.b.i.

Thomas Moritz

ist Rechtsanwalt in Berlin, zugelassen seit 1997.

Schwerpunkte:

AusländerR, PolizeiR, StrafR, PresseR.

Michael Plöse

ist Lehrbeauftragter an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin (HWR) sowie der Humboldt-Universität zu Berlin, dort promoviert er mit einem Stipendium der Hans-Böckler-Stiftung zur Sicherheitsrechtsprechung des BVerfG

anwaltsbüro moritz, jansen, holtkötter

Tempelhofer Ufer 22 · 10963 Berlin-Kreuzberg
Tel. +49302362380 · Fax +49302362382

akj-berlin

arbeitskreis kritischer
juristinnen und juristen