

Schriften zum Internationalen Recht

Band 3

**Die Stellung des Ausländers
im deutschen und italienischen
Aufenthaltsrecht**

Von

Dr. Martin Schuster



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

MARTIN SCHUSTER

**Die Stellung des Ausländers
im deutschen und italienischen Aufenthaltsrecht**

Schriften zum Internationalen Recht

Band 3

Die Stellung des Ausländers im deutschen und italienischen Aufenthaltsrecht

Von

Dr. Martin Schuster



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 03599 2

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Das Aufenthaltsrecht nach allgemeinem Völkerrecht und die nationalen aufenthaltsrechtlichen Regelungen	14
I. Grundzüge des völkerrechtlichen Aufenthaltsrechts	14
1. Die Regelung der Einreise und des Aufenthalts von Ausländern im Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht	14
a) Der Grundsatz	14
b) Grenzen des freien Ermessens der Staaten bei der Regelung der Einreise und des Aufenthalts nach allgemeinem Völkerrecht	19
2. Völkerrechtliche Schranken der Ausweisung	27
3. Der Rechtsschutz im allgemeinen völkerrechtlichen Aufenthaltsrecht	33
4. Völkerrechtliches Fremdenrecht und innerstaatliches Aufenthaltsrecht — Italien und Bundesrepublik Deutschland	39
II. Das Aufenthaltsrecht der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland	40
1. Aufenthaltsrecht und Grundgesetz	40
a) Die grundsätzliche Geltung der Grundrechte	40
aa) Grund- und Menschenrechte	44
bb) Grundrechte und Territorialitätsprinzip	46
b) Die Grundrechte im einzelnen	48
aa) Die Problematik des Freizügigkeitsrechts	48
bb) Die aufenthaltsrechtliche Bedeutung der allgemeinen Handlungsfreiheit	51
cc) Der Gleichheitssatz	53
dd) Der Schutz von Ehe und Familie	59
ee) Das Problem der Berufsfreiheit	62
c) Zusammenfassung	66

2. Das Aufenthaltsrecht der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland nach einfachem Gesetzesrecht	67
a) Rechtsgrundlagen	67
b) Materielle Einordnung des Ausländerrechts	67
c) Die Regelungsinstitute des Aufenthaltsrechts	68
aa) Die Aufenthaltserlaubnis	68
aaa) Der Begriff der „Belange der BRD“	69
bbb) Belange der BRD und der Bestimmtheitsgrundsatz ..	74
ccc) Rechtspolitische Überlegungen zur Ersetzung des Begriffs der „Belange der BRD“	81
ddd) Schranken des Ermessens bei der Einreise	84
eee) Formen der Aufenthaltserlaubnis und deren Voraussetzungen	85
fff) Ausgestaltung der Aufenthaltserlaubnis im einzelnen	88
ggg) Aufenthaltsrechtliche Privilegierungen bei der Einreise	89
bb) Die Ausweisung	95
aaa) Definition	95
bbb) Ausweisungsgründe des § 10 AuslG	95
ccc) Problem des „allgemeinen Widerrufs“ als Ausweisungsgrund	104
ddd) Ausweisungstatbestände und Ermessen	104
eee) Zurückweisung und Wirkung der Ausweisung	107
fff) Privilegierungen bei der Ausweisung	107
cc) Die Abschiebung	110
dd) Die Abschiebungshaft	111
ee) Die Duldung	113
d) Der Rechtsschutz im ausländerrechtlichen Aufenthaltsrecht	113
aa) Das Problem des Rechts auf fehlerfreie Ermessensausübung	115
bb) Die Rechtsschutzgarantien im einzelnen	121
aaa) Rechtsschutz bei Aufenthaltserlaubnis in Form des Sichtvermerks	121
bbb) Die Problematik des eiligen Rechtsschutzes bei Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis	122
ccc) Eiliger Rechtsschutz bei der Ausweisung	124
ddd) Rechtsschutz bei der Abschiebung	125
eee) Rechtsschutz bei Abschiebungshaft	126
III. Das Aufenthaltsrecht des Ausländers in Italien	126
1. Verfassungsrecht und Aufenthaltsrecht in Italien	126
a) Staatsbürger- und Menschenrechte	127
b) Die einzelnen Grundrechte	128

aa) Das Freizügigkeitsrecht	128
bb) Der Gleichheitssatz	129
cc) Das Grundrecht auf Schutz von Ehe und Familie	130
dd) Das Problem des Rechts auf Arbeit	130
ee) Die aufenthaltsrechtliche Bedeutung der Freiheit der Person	131
2. Das Aufenthaltsrecht des Ausländers in Italien nach einfachem Gesetzesrecht	132
a) Die Rechtsgrundlagen	132
b) Aufenthaltsrecht und Polizeirecht	133
c) Regelungsinstitute des italienischen Aufenthaltsrechts im ein- zelnem	133
aa) Reisedokument	134
bb) Visum	134
cc) Ausnahmen vom Visumzwang	135
dd) Folgerungen	136
ee) Der Streit um das „Recht auf Einreise“	136
aaa) Verwaltungspraxis	136
bbb) Die Rechtsnatur des „permesso di soggiorno“	137
ff) Privilegierungen bei der Einreise	141
aaa) EWG-Angehörige	141
bbb) Flüchtlinge, Asylanten	143
ccc) Andere Privilegierte	143
gg) Ausweisung	144
aaa) Begriffsklärung	144
bbb) Ausweisung als strafrechtliche und polizeirechtliche Maßnahme	144
hh) Privilegierungen bei der Ausweisung	152
aaa) EWG-Staatsangehörige	152
bbb) Flüchtlinge, Asylberechtigte	153
ccc) Staatenlose	153
ddd) Italiani non appartenenti alla Repubblica	154
eee) Einschränkung der Ausweisung durch Niederlassungs- verträge	154
d) Der Rechtsschutz im italienischen Aufenthaltsrecht	155
aa) Zweigleisigkeit des Rechtsschutzsystems	155
bb) Rechtsbehelfe	156
aaa) Der ricorso gerarchico	156
bbb) Der ricorso straordinario al Presidente della Re- pubblica	157
ccc) Die gerichtlichen Rechtsbehelfe	158
ddd) Das Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander: Prinzip der Alternativität	158

cc) Der Rechtsschutz im speziellen Bereich des Ausländerrechts	159
aaa) Rechtsschutz im Aufenthaltsrecht	159
bbb) Problem des Ausschlusses des gerichtlichen Rechtsschutzes im Aufenthaltsrecht	160
C. Die aufenthaltsrechtliche Rechtsposition des Ausländers nach deutschem und italienischem Recht — ein Rechtsvergleich unter spezieller Berücksichtigung der Verwaltungspraxis	
	162
I. Der Vergleich des einfach-gesetzlichen Aufenthaltsrechts und der Verwaltungspraxis in Italien und der Bundesrepublik Deutschland ..	162
1. Die Problematik des Rechts auf Einreise	162
2. Einreiseverbot und Erlaubnisvorbehalt	163
a) Der Grundsatz	163
b) Der Sichtvermerk	164
c) Die Genehmigung zum Aufenthalt speziell in der Verwaltungspraxis	166
aa) Aufenthaltserlaubnis und Arbeitserlaubnis	166
bb) Die Ausgestaltung der Aufenthaltsgenehmigung in praxi	170
aaa) Der räumliche Geltungsbereich	170
bbb) Befristungen der Genehmigung zum Aufenthalt	170
ccc) Auflagen und Bedingungen in der Verwaltungspraxis	173
3. Die Ausweisung in Aufenthaltsrecht und -praxis Italiens und der BRD	176
a) Die Relevanz der Ausweisung	176
b) Die einzelnen Ausweisungsgründe	177
aa) Die Ausweisung bei Straftaten des Ausländers	177
bb) Die Ausweisung bei Verstößen gegen das Aufenthaltsrecht	178
cc) Andere Ausweisungsgründe — § 10 I Ziff. 3 - 5, 7 - 10 AuslG — des deutschen und italienischen Ausweisungsrechts	178
dd) Die Ausweisung wegen Beeinträchtigung erheblicher Belange der BRD und aus Gründen des ordines publico	180
c) Ausweisung und Ermessen	182
aa) Ausweisung und illegale Ausländer	182
bb) Ausweisung und längerer Aufenthalt	184
d) Privilegierungen bei der Ausweisung	185
4. Abschiebung/Abschiebungshaft und Duldung	186

Inhaltsverzeichnis 9

5. Der Rechtsschutz im deutschen und italienischen Aufenthaltsrecht	187
a) Der Grundsatz	187
b) Die Problematik des Begründungszwangs aufenthaltsbeschränkender und -verbotender Verfügungen	188
c) Eiliger Rechtsschutz und Suspensiveffekt	189
II. Zusammenfassung und Gesamtwürdigung	189

Literaturverzeichnis 196

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
ABl.	= Amtsblatt
ABl.Eur.Gem.	= Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Ad.plen.	= Adunanza plenaria
AE	= Aufenthaltserlaubnis
AEVO	= Arbeiterlaubnisverordnung
AG	= Amtsgericht; Ausführungsgesetz
Allg.	= Allgemeine(s)
amm.	= amministrativo
Amtl.Begr.	= Amtliche Begründung
ANBA	= Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
AO	= Abgabenordnung
APVO	= Ausländerpolizeiverordnung
Arch.öffentl.Recht	= Archiv des öffentlichen Rechts
AufenthaltsG/EWG	= Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EWG
AuslG	= Ausländergesetz
AWD	= Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
AZR	= Ausländerzentralregister
Bad.-Württ.	= Baden-Württemberg
BArbbl.	= Bundesarbeitsblatt
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Der Betriebsberater
Beschl.	= Beschluß
BfA	= Bundesanstalt für Arbeit
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BK	= Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Loseblattsammlung)
BMA	= Bundesminister des Äußeren
BMI	= Bundesminister des Innern
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BStMdi	= Bayerisches Staatsministerium des Innern
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungssammlung des BVerfG
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungssammlung des BVerwG
C.E.E.	= Comunità Economica Europea
c. p.	= codice penale
DöV	= Die öffentliche Verwaltung
D.P.R.	= Decreto del Presidente della Repubblica
DVAuslG	= Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
ed.	= edizione
ENA	= Europäisches Niederlassungsabkommen
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	= Vertrag zur Gründung der EWG

FEVG	= Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen
Geb.VAuslG	= Gebührenverordnung zum AuslG
Gems.ABl.	= Gemeinsames Amtsblatt des Landes Baden-Württemberg
GewA	= Gewerbearchiv
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz
GMBL	= Gemeinsames Ministerialblatt der Bundesministerien
G.U.	= Gazzetta ufficiale
H.	= Heft
HAG	= Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet
Hess.	= Hessen
h. Lit.	= herrschende Literatur
h. M.	= herrschende Meinung
i. d. F.	= in der Fassung
i. d. R.	= in der Regel
Inst.	= Institut
intern.	= internationale
i. S.	= im Sinne
i. V. m.	= in Verbindung mit
Ital.Verf.	= Italienische Verfassung
JIR	= Jahrbuch für internationales Recht
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
Komm.	= Kommentar
Lav.	= Lavoro
LG	= Landgericht
MABl.	= Ministerialamtsblatt der bayerischen inneren Verwaltung
MBl.	= Ministerialblatt
MdI	= Minister des Innern
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Min.	= Minister
MRK	= Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
N. (n.)	= numero
Nds.	= Niedersachsen
NF	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NRW (NW)	= Nordrhein-Westfalen
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
P.S.	= Pubblica sicurezza
RdA	= Recht der Arbeit
RdErl.	= Runderlaß
Rdnr.	= Randnummer
Rdschr.	= Rundschreiben
Reg.	= Regolamento
Riv.	= Rivista

Rspr.	=	Rechtsprechung
Sez.	=	Sezione
StAnz. (StAZ)	=	Staatsanzeiger
StGB	=	Strafgesetzbuch
Stud.Pol.	=	Studentische Politik
T.U.P.S.	=	Testo unico di pubblica sicurezza
UN	=	United Nations — Vereinte Nationen
VA	=	Verwaltungsakt
VereinsG	=	Vereinsgesetz
Verw.Arch.	=	Verwaltungsarchiv
VG	=	Verwaltungsgericht
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
Vol.	=	volume — Band
VRspr.	=	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	=	Verwaltungsgerichtsordnung
Vwv.	=	Verwaltungsvorschrift
VwVG	=	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
ZaöRV (R)	=	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZRP	=	Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Einleitung

Das Aufenthaltsrecht ist Teil des allgemeinen Fremdenrechts. Während das allgemeine Fremdenrecht den Komplex rechtlicher Bestimmungen bildet, die die Rechtsstellung des Ausländers im Staate regeln¹, hat das Aufenthaltsrecht die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung des Fremden zum Gegenstand. Diese Rechtsfragen sind für die Stellung des Ausländers im Gaststaat von fundamentaler Bedeutung; denn selbst wenn in weitem Umfang Inländerbehandlung gewährt wird, ist diese für den Ausländer wertlos, wenn über das Aufenthaltsrecht jederzeit der Aufenthalt ausgeschlossen werden kann. Auch faktisch hat das Aufenthaltsrecht größte Relevanz: Die Zahl der Ausländer in der BRD dürfte im Jahre 1974 etwa 4 Millionen erreichen². Im Vergleich dazu ist die Zahl der ausländischen Personen in Italien verschwindend klein³. Dennoch erweist sich eine vergleichende Untersuchung als sinnvoll, da grundsätzlich gezeigt werden soll, wie trotz des unterschiedlichen Gewichts des Ausländerzustroms zwei verschiedene Staaten das Recht des Aufenthalts regeln.

Besonderer Wert wurde dabei auf die Verwaltungspraxis in beiden Ländern gelegt, die unter Auswertung der Antworten von örtlichen Ausländerbehörden, der Landesinnenministerien, des Bundesinnenministeriums und des Ministero dell' Interno auf einem vom Verf. ausgearbeiteten Fragebogen erfolgte⁴.

¹ Dahm, Völkerrecht, Bd. I, S. 496; v. Frisch, Fremdenrecht, Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, Hrsg. Hatschek / Strupp, 1924, Bd. I, S. 330 ff.; weitere Nachweise bei: Friederichsen, Diss., Göttingen 1967, S. 14.

² Nach Mitteilung des Ausländerzentralregisters in Köln betrug die Gesamtzahl der registrierten Ausländer am 30. 9. 1972 3 449 623 Personen, davon 748 080 EWG-Staatsangehörige; zu neueren Daten vgl. FAZ v. 28. 1. 1975, S. 1.

Ausführlich zur Bedeutung des AuslG s. Schüler, Die Ermessensentscheidung . . ., Berlin 1974, S. 19 ff.

³ Nach Falchi (Le régime définitif de la libre circulation et l'immigration des pays tiers, Droit social 1971, Europe Sociale 1971, S. 16 ff. - 19) lebten im Jahre 1970 ca. 37 000 ausländische Arbeitnehmer, davon ca. 12 000 EWG-Staatsangehörige, in Italien. — Vgl. aber Caponera, Gli stranieri in Italia, Milano 1957, S. 3 f., der neben dem Millionenheer ausländischer Touristen einen verstärkten Zustrom Fremder nach Italien konstatiert, die sich dort länger aufhalten wollen.

⁴ Vgl. dazu Teil C. Unerörtert bleiben die Spezialbereiche der politischen Betätigung des Fremden und das Asylrecht.

B. Das Aufenthaltsrecht nach allgemeinem Völkerrecht und die nationalen aufenthaltsrechtlichen Regelungen

I. Grundzüge des völkerrechtlichen Aufenthaltsrechts

1. Die Regelung der Einreise und des Aufenthalts von Ausländern im Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht

a) Der Grundsatz

Gegenstand der folgenden Darstellung ist zunächst, ob das Völkervertrags- und das Völkergewohnheitsrecht ein Recht des Fremden auf Einreise und Aufenthalt begründen.

Art. 13 I der Universal Declaration of Human Rights von 1948 bestimmt: "Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State." Die allgemeine Menschenrechtserklärung richtet nur eine Empfehlung an die Adresse der Staaten. Sie ist nicht unmittelbar verbindliches Völkerrecht. Mangels Normcharakters können daraus Menschenrechte nicht begründet werden¹. Zudem postuliert Art. 13 I lediglich das Freizügigkeitsrecht innerhalb (within) eines Staates, nicht aber das Recht „to enter a foreign country“².

Ebensowenig folgt aus dem Menschenrechtspakt der Vereinten Nationen über staatsbürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966³ ein allgemeines Zuzugsrecht für Ausländer. Wie sich schon aus Art. 2 I des Paktes ergibt, enthält die Konvention lediglich eine Verpflichtung an die Gesetzgebungsorgane der Staaten: "Each State Party ... *undertakes to respect and ensure ... the rights recognized in the present Covenant ...*"⁴. Außerdem regelt der Menschenrechtspakt von 1966 lediglich das Recht der Freizügigkeit *innerhalb* des Territoriums eines

¹ O'Connell, International Law, 2. Aufl., Bd. II, S. 747; Verdross, Völkerrecht, 1964, S. 565; Dahm, Völkerrecht, Bd. I, S. 429 f. m. w. N. Ebenso: Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, Berlin 1970, S. 82 m. w. N.

Aus der internationalen Rechtsprechung: vgl. Oberster Gerichtshof von Eire, ILR 1951, C. 109. Zur dtn. Rspr.: Tomuschat, ZaöRV 1968, S. 131 m. w. N.

² Vgl. UN Doc E/CONF 60/SYM IV/3/ADD.2/Corr.1 vom 24. 10. 1973 — United Nations Standards concerning the relationship between human rights and various population questions, S. 9, Nr. 27.

³ BGBl. 1973, II, Nr. 60 vom 20. 11. 1973, S. 1533 ff.

⁴ Vgl. auch Brownlie, S. 556.

Staates. Art. 12 I normiert: "Everyone lawfully *within* the territory of a State shall, *within that territory*, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence." In Art. 12 IV heißt es: "No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his *own* country." Wäre für jedermann ein Zuzugsrecht in irgendeinen ausländischen Staat durch Art. 12 I garantiert, so wäre die ausdrückliche Privilegierung des Rechts auf Einreise von Staatsangehörigen in ihren Heimatstaat (Abs. IV) überflüssig. Nach Art. 9 I des Internationalen Paktes über staatsbürgerliche und politische Rechte steht jedem Individuum das Recht „to liberty and security of person“ zu. Aber „this right refers only to physical security, or security in respect of one's liberty“⁵. Ein völkerrechtlich verbindliches allgemeines Einreiserecht des Fremden kann deshalb aus der Konvention nicht hergeleitet werden.

Die Europäische Menschenrechtskonvention⁶ verpflichtet die vertragsschließenden Parteien, allen ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen die in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu gewähren. Zu diesen Rechten zählt die internationale Freizügigkeit nicht⁷. Demgegenüber bestimmt das Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 16. 9. 1963⁸, daß jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht hat, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz zu wählen (Art. 2 I). Auch die durch Art. 2 I ZP Nr. 4 MRK garantierten Rechte verleihen aber dem Fremden kein Zuzugsrecht, da das Recht „to liberty of movement and the freedom to choose his residence“ nur „within the territory“ des Gaststaates gilt. Dies folgt auch aus Art. 3 ZP, der die Einreise- und Ausweisungsfreiheit auf die Staatsangehörigen begrenzt. Aus den *Völkerverträgen*, die auf weltweite Geltung angelegt sind, läßt sich demnach kein Recht des Fremden auf Einreise und Aufenthalt herleiten.

Im Völkergewohnheitsrecht lassen sich historisch zwei einander widersprechende Tendenzen im Hinblick auf den Zuzug von Fremden ausmachen. Auf der einen Seite steht der Grundsatz der unbeschränkten Souveränität der Staaten. Danach soll ein Staat den Fremden gegenüber niemals auf seine Abweisungshoheit etwa zugunsten eines anderen Staates verzichten können, denn dadurch verlöre er einen Teil seiner Staatseigenschaft. Auf der anderen Seite bringen es die wirtschaftlichen Verhältnisse der gegenseitigen Abhängigkeit der Staaten mit sich, daß

⁵ Higgins, in: *International Affairs* 1973, S. 350.

⁶ BGBl. 1954, II, S. 14. Im folgenden: MRK.

⁷ Vgl. die Entscheidungen der Kommission, *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme*: Bd. I, S. 211 (Nr. 172/56); Bd. II, S. 355 (Nr. 434/58); Bd. X, S. 529 (Nr. 3325/67). Guradze, *Die Europäische MRK ...*, Berlin/Frankfurt 1968, S. 56. Vgl. auch BVerwGE 3, 236.

⁸ BGBl. 1968, II, S. 423 ff.