

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**

Band 72

Repräsentative Demokratie in der Krise?

Christian Walter, Klaus Ferdinand Gärditz

**Der Bürgerstatus im Lichte von Migration
und europäischer Integration**

Hermann Pünder, Pascale Cancik

**Wahlrecht und Parlamentsrecht
als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie**

Markus Möstl, Margarete Schuler-Harms

**Elemente direkter Demokratie
als Entwicklungsperspektive**

Kay Waechter, Thomas Mann

**Großvorhaben als Herausforderung
für den demokratischen Rechtsstaat**

Referate und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Kiel vom 3. bis 6. Oktober 2012

De Gruyter

Redaktion: Prof. Dr. Giovanni Biaggini (Zürich)

ISBN 978-3-11-030181-6
e-ISBN 978-3-11-030193-9

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2013 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Satz: Werksatz Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Inhalt

Jahrestagung 2012	5
-----------------------------	---

Repräsentative Demokratie in der Krise?

Erster Beratungsgegenstand

Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration

1. Referat von Professor Dr. Christian Walter	7
Leitsätze des Referenten	45
2. Referat von Professor Dr. Klaus Ferdinand Gärditz	49
Leitsätze des Referenten	157
3. Aussprache und Schlussworte	164

Zweiter Beratungsgegenstand

Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie

1. Referat von Professor Dr. Hermann Pünder	191
Leitsätze des Referenten	262
2. Referat von Professorin Dr. Pascale Cancik	268
Leitsätze der Referentin	323
3. Aussprache und Schlussworte	329

Dritter Beratungsgegenstand

Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive

1. Referat von Professor Dr. Markus Möstl	355
Leitsätze des Referenten	411
2. Referat von Professorin Dr. Margarete Schuler-Harms	417
Leitsätze der Referentin	466
3. Aussprache und Schlussworte	471

Vierter Beratungsgegenstand

Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat

1. Referat von Professor Dr. Kay Waechter	499
Leitsätze des Referenten	538
2. Referat von Professor Dr. Thomas Mann	544
Leitsätze des Referenten	590
3. Aussprache und Schlussworte	594
 Verzeichnis der Redner	 617
 Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	 619
 Satzung der Vereinigung	 695
 Leitsätze Gute wissenschaftliche Praxis im Öffentlichen Recht . . .	 701

Jahrestagung 2012

Die 72. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V. fand vom 3. bis 6. Oktober 2012 zum zweiten Mal nach 1964 an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel statt. An ihr nahmen 312 Mitglieder und 40 Begleitpersonen teil. *Thomas Giegerich* hatte als kooptiertes Vorstandsmitglied gemeinsam mit *Florian Becker*, *Christoph Brüning* und *Kerstin Odendahl* sowie einem engagierten Team von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern die Tagung vorzüglich organisiert. Ihnen gilt der besondere Dank der Vereinigung.

In der Mitgliederversammlung am 3. Oktober 2012 wurde der seit der letzten Jahrestagung verstorbenen Mitglieder *Christian Autexier*, *Klaus W. Grewlich* und *Winfried Brohm* gedacht. Die Vereinigung wird ihnen ein ehrendes Andenken bewahren.

Die 2011 eingesetzte Arbeitsgruppe, die aus *Frauke Brosius-Gersdorf*, *Michael Fehling*, *Wolfgang Löwer* (Vorsitz), *Helmuth Schulze-Fielitz* und *Ewald Wiederin* bestand, hatte der Mitgliederversammlung den Entwurf der Leitsätze „Gute wissenschaftliche Praxis im öffentlichen Recht“ vorgelegt. Nach längerer Aussprache verabschiedete die Versammlung die in diesem Band abgedruckten Leitsätze ohne Gegenstimme bei einigen Stimmenthaltungen.

Am Vormittag des 3. Oktober 2012 tagten die Gesprächskreise „Verwaltung“, „Europäisches Verfassungsrecht“ und „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“. Im Gesprächskreis Verwaltung referierten *Dirk Heckmann* und Staatssekretär a. D. *Harald Lemke* zum Thema „Perspektiven für den IT-Einsatz in der öffentlichen Verwaltung“. *Paul Kirchhof* und *Thomas Oppermann* führten im Gesprächskreis Europäisches Verfassungsrecht ein „Gespräch zur Lage der EU“. *Horst Dreier* referierte im Gesprächskreis Grundlagen des Öffentlichen Rechts zum Thema „Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates“, *Christian Hillgruber* und *Uwe Volkmann* gaben Kommentare ab.

Das wissenschaftliche Programm der Jahrestagung war dem Thema „Repräsentative Demokratie in der Krise?“ gewidmet. Die Referate und die von *Giovanni Biaggini* und *Matthias Ruffert* geleiteten Aussprachen beschäftigten sich mit dem Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, Elementen direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive und Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat.

Das Begleitprogramm begann am Vorabend der Tagung mit dem Begrüßungssessen für die 15 neu aufgenommenen Mitglieder und deren Mentoren. Am Mittwochabend richteten der Präsident der Christian-Albrechts-

Universität, Prof. Dr. *Gerhard Fouquet*, und der Oberbürgermeister der Stadt Kiel, der wegen der Vakanz des Amtes durch den Kämmerer *Wolfgang Röttgers* vertreten wurde, einen Empfang im Sitzungssaal des Alten Rathauses aus. Der Empfang des Ministerpräsidenten *Torsten Albig* und des Präsidenten des Landtages Schleswig-Holstein *Klaus Schlie* im Landeshaus schlossen sich am Donnerstagabend an. Ein Grußwort des Dekans der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität, Prof. Dr. *Rudolf Meyer-Pritzl*, eröffnete am 4. Oktober die Beratungen. Ein festliches Abschlussessen im Kieler Schloss am Freitagabend und ein Ausflug nach Schleswig am Samstag, der die Teilnehmer in das Wikinger-Museum Haithabu, in den St. Petri-Dom und nach Schloss Gottorf führte, rundeten die Jahrestagung ab.

Joachim Wieland

Erster Beratungsgegenstand:

Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration

1. Referat von Professor Dr. *Christian Walter*, München*

Inhalt

	Seite
I. Begriffliche und konzeptionelle Klärungen	11
1. Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft	11
2. Zur rechtlichen Bedeutung eines „Status“	12
3. Die einzelnen Statusrechte und -pflichten	13
4. Staatsangehörigkeit – Staatsbürgerschaft – Bürgerstatus .	16
II. Der Bürgerstatus unter Anpassungsdruck	17
1. Migration als Herausforderung für den Bürgerstatus . . .	17
2. „Entbündelung“ des Bürgerstatus durch die nationale und internationale Menschenrechtsentwicklung	18
a) Aufenthaltsrecht	19
b) Wirtschaftliche Betätigungsfreiheit	21
c) Politische Mitwirkungsrechte	22
d) Unterstützung durch die Solidargemeinschaft	25
3. Ein Menschenrecht auf Staatsangehörigkeit?	27
4. Beschleunigung der Entwicklung durch das Unionsrecht .	28
a) Unionsbürgerschaft	29
b) Ausweitung der Rechte von Drittstaatsangehörigen . .	30
5. Konsequenz: Dauerhafter Aufenthalt ohne Wahlrecht als Partizipationsproblem	32
III. Lösungsmöglichkeiten für das Partizipationsproblem	33
1. Großzügigerer Zugang zur Staatsangehörigkeit	33
2. Erweiterte Hinnahme der Mehrstaatigkeit	35
3. Ausländerwahlrecht	37
IV. Integration als Prozess – Bürgerstatus als Zustand?	42
V. Schlussbemerkung	43

* Für wertvolle Anregungen, Hinweise und Kritik danke ich *Antje von Ungern-Sternberg*, sowie *Sophia Henrich*, *Nadja Kumadt*, *Stephan Lorenz*, *Josef Schmid* und *Paulus Suh*.

Im Jahr 1952 hatte der U.S. Supreme Court darüber zu entscheiden, ob es gegen amerikanisches Verfassungsrecht verstößt, wenn Ausländer wegen ihrer früheren Mitgliedschaft in der Kommunistischen Partei des Landes verwiesen werden. Der Supreme Court schmetterte die Klagen regelrecht ab: Über 30 Jahre lang hätten diese Fremden die Vorteile des Aufenthalts in den USA genossen, es aber nicht für nötig befunden, die amerikanische Staatsangehörigkeit anzunehmen, obwohl die Möglichkeit dazu bestanden hätte. Sie hätten sich als Ausländer dauerhaft im Land aufgehalten und damit doppelte Vorteile, den völkerrechtlichen Fremden-schutz und das Aufenthaltsrecht, genossen. Nun müssten sie mit den Konsequenzen leben:¹ „Dass Ausländer auch nach langem Aufenthalt der Gefahr ausgesetzt sind, ausgewiesen zu werden, ist eine Praxis von großer Härte. Aber es ist eine Waffe der Verteidigung und Vergeltung, bekräftigt durch das Völkerrecht, wonach diese Befugnis jedem souveränen Staat zusteht. Dies ist die traditionelle Macht der Nation über den Fremden [...]“²

Die Dimensionen des Bürgerbegriffs, der hinter der Entscheidung des Supreme Court aufscheint, sind vielschichtig. Es geht um Inklusion und Exklusion, also um Fragen gesellschaftlicher, aber auch politischer Zugehörigkeit, auch um das Dazugehörenwollen.³ Und es geht um den Zugang

¹ *Harisiades v. Shaughnessy* 342 U.S. 580 (585ff.) (1952): “For over thirty years, each of these aliens has enjoyed such advantages as accrue from residence here without renouncing his foreign allegiance or formally acknowledging adherence to the Constitution he now invokes. Each was admitted to the United States, upon passing formidable exclusionary hurdles, in the hope that, after what may be called a probationary period, he would desire and be found desirable for citizenship. Each has been offered naturalization, with all of the rights and privileges of citizenship, conditioned only upon open and honest assumption of undivided allegiance to our government. But acceptance was and is not compulsory. Each has been permitted to prolong his original nationality indefinitely.

So long as one thus perpetuates a dual status as an American inhabitant but foreign citizen, he may derive advantages from two sources of law – American and international. [...] Under our law, the alien in several respects stands on an equal footing with citizens, but, in others, has never been conceded legal parity with the citizen. Most importantly, to protract this ambiguous status within the country is not his right, but is a matter of permission and tolerance. The Government’s power to terminate its hospitality has been asserted and sustained by this Court since the question first arose. [...]”

² “That aliens remain vulnerable to expulsion after long residence is a practice that bristles with severities. But it is a weapon of defense and reprisal confirmed by international law as a power inherent in every sovereign state. Such is the traditional power of the Nation over the alien, and we leave the law on the subject as we find it.”, ebd., 587.

³ Vgl. dazu die historische Analyse zum deutschen Staatsangehörigkeitsrecht von *D. Gosewinkel* Einbürgern und Ausschließen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Staatsangehörigkeit der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen 2001.

zu Lebenschancen,⁴ um „life, liberty and the pursuit of happiness“, wie es das klassische Versprechen der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung formuliert. Die Staatsangehörigkeit prägt heute die Lebenschancen eines Individuums in ganz ähnlicher Weise wie früher die Geburt in einen bestimmten Stand.⁵

Diese Hintergründe haben seit den 1990er Jahren zu einer ungeheuren Renaissance des Bürgerbegriffs in den Sozialwissenschaften geführt.⁶ Hinzu kommt, dass der Bürgerbegriff heute im allgemeinen Sprachgebrauch ganz überwiegend positiv besetzt ist. Die negativen Konnotationen der kleinbürgerlichen Enge oder gar des Spießbürgers sind zurückgetreten zugunsten der klassischen Vorstellung des Bürgers als demjenigen, der sich um die öffentlichen Angelegenheiten kümmert, weil es eben auch die seinigen sind.⁷ Bezeichnend für dieses positive Bürgerverständnis ist

⁴ Dieser Gesichtspunkt wird betont bei *U. K. Preuß* Zum verfassungstheoretischen Begriff des Bürgers in der modernen Gesellschaft, FS Mahrenholz, Baden-Baden 1994, 619 ff. (620).

⁵ Siehe dazu *J. H. Carens* Migration and Morality. A Liberal Egalitarian Perspective, in: B. Barry/R. E. Goodin (eds.) Free Movement. Ethical Issues in the transnational migration of people and of money, Pennsylvania 1992, 25 ff. (26): „Citizenship in the modern world is a lot like feudal status in the medieval world. It is assigned at birth; for the most part it is not subject to change by the individual’s will and efforts; and it has a major impact on a person’s life chances.“

⁶ Verschiedene Titel spielen auf die „Wiederkehr“ des Bürgers an: siehe etwa *W. Kymlicka/W. Norman* Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory, Ethics 104 (1994), 352 ff.; *A. von Arnald* Die Rückkehr des Bürgers: Paradigmenwechsel im Europäischen und Internationalen Verwaltungsrecht?, JÖR N.F. 59 (2011), 497 ff., der die rechtsstaatliche und grundrechtsschützende Seite des Bürgerstatus in den Mittelpunkt rückt, s. insbes. 510 ff.; daneben auch die Hinweise in dem als Literaturbericht angelegten Beitrag von *D. Gosewinkel* Staatsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit, Geschichte und Gesellschaft 21 (1995), 553 ff.; es gibt inzwischen ein eigenes Teilgebiet der „citizenship studies“ (programmatisch *B. S. Turner* Citizenship Studies: A General Theory, Citizenship Studies 1 (1997), 5 ff.; siehe auch die Beschreibung der Teildisziplin bei *M. R. Somers* Genealogies of Citizenship, Cambridge 2008, 12 ff.; *D. Kostakopoulou* The Future Governance of Citizenship, Cambridge 2008) und sehr unterschiedliche programmatische Vorstellungen davon, was diesen Bürgerstatus ausmacht und ausmachen soll (siehe etwa die feministische Richtung in den citizenship studies bei *K. Knop* Relational Nationality: On Gender and Nationality in International Law, in: T. A. Aleinikoff/D. Klusmeyer (eds.) Citizenship Today – Global Perspectives and Practices, Washington 2001, 89 ff.; *G. Wilde* Staatsbürgerschaft und Bürgerschaftspolitik in Europa aus feministischer Perspektive, in: J. Mackert/H.-P. Müller (Hrsg.) Moderne (Staats)bürgerschaft, Wiesbaden 2007, 373 ff.).

⁷ Vgl. die Diskussionsbemerkung von *C. Tomuschat* in: Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), 178. Auch der gänzlich ins Private zurückgezogene Bürger, der Bourgeois (vgl. *R. Smend* Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: *ders.* Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze,

eine Werbung aus dem Jahr 2010, in welcher der heutige Bundespräsident (und damalige Wahlverlierer) als „kluger Kopf“ im Garten des Schloss Bellevue hinter einer bekannten deutschen Tageszeitung steckt. Unterschrift: „Joachim Gauck, Bürger“.⁸

Die überwiegend positive öffentliche Einstellung zum Bürger steht in einem nicht unerheblichen Gegensatz zu neueren sozialwissenschaftlichen Arbeiten zum Thema. Dort ist von der Erosion des Bürgerstatus die Rede⁹, von „fragmentierter Staatsbürgerschaft“¹⁰ oder von neuen Identitätsmustern jenseits des Bürgerstatus.¹¹ Ist es wirklich an der Zeit, das Ende des Bürgerstatus auszurufen?¹² Oder durchläuft der Bürgerstatus lediglich einen – weiteren¹³ – Bedeutungswandel? Und wenn ja, was bedeutet der Bürgerstatus dann heute im Zeichen von Europäisierung und Migration?

Will man sich diesen Fragen annähern, so bedarf es zunächst einiger Begriffsklärungen (I.). Im Anschluss möchte ich aufzeigen, dass und wie

3. Aufl. Berlin 1994, 309 ff. (311f.)), spielt in der heutigen Diskussion keine entscheidende Rolle mehr. In dem derzeit zu beobachtenden Gegensatz zwischen „den Politikern“ und „den Bürgern“ erscheint der Bürger selbst dann noch in einem positiven Licht, wenn er sich als „Wutbürger“ an gewaltsamen Auseinandersetzungen beteiligt, vgl. die Begründung der Gesellschaft für Deutsche Sprache für die Wahl des Begriffs „Wutbürger“ zum Wort des Jahres (<http://www.gfds.de/presse/pressemitteilungen/171210-wort-des-jahres-2010>). Die Einschätzung ist allerdings keineswegs eindeutig, wie der gleichzeitige Vorschlag für das Unwort des Jahres belegt (<http://www.sueddeutsche.de/kultur/unwort-des-jahres-der-wutbuenger-der-keiner-sein-will-1.1040887>).

⁸ Siehe die Darstellung unter <http://verlag.faz.net/unternehmen/kluge-koepfe/joachim-gauck-der-buerger-der-populaere-praesidentschaftskandidat-beim-grillen-im-tiergarten-vor-dem-schloss-bellevue-11129433.html>.

⁹ B. S. Turner The Erosion of Citizenship, *British Journal of Sociology* 52 (2001), 189 ff.

¹⁰ A. Wiener Editorial. Fragmentierte Staatsbürgerschaft, *PROKLA – Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 26 (1996), 488 ff.

¹¹ P. J. Spiro Beyond Citizenship. *American Identity After Globalization*, Oxford 2008.

¹² Schon früh auf einer konzeptionellen Ebene für die Entbehrlichkeit zumindest im nationalen Recht, S. H. Legomsky Why Citizenship?, *Virginia Journal of International Law* 35 (1994), 279 ff. (285ff.), der argumentiert, dass sich die mit dem Status verbundenen Rechte auch jeweils einzeln zuordnen ließen.

¹³ Zur Wandlungsfähigkeit des Bürgerbegriffs vgl. die einschlägigen Begriffsgeschichten von M. Riedel Bürger, Staatsbürger, Bürgertum, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.) *Geschichtliche Grundbegriffe – Historisches Lexikon zur politischen Sprache in Deutschland*, Bd. 1, Stuttgart 1972, 672ff.; P.-L. Wehnacht „Staatsbürger“ – Zur Geschichte eines politischen Begriffs, *Der Staat* 8 (1969), 41 ff.; M. Stolleis Untertan-Bürger-Staatsbürger – Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert, in: ders., *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, Frankfurt 1990, 298ff.

der Bürgerstatus durch die nationale und internationale Menschenrechtsentwicklung überlagert worden ist (II.), sodann über Lösungsmöglichkeiten für das Problem mangelnder politischer Partizipation nachdenken (III.) und Konsequenzen für das Verhältnis von Bürgerstatus und Integration aufzeigen (IV.). Der Vortrag endet mit einer Schlussbemerkung zur gewandelten Bedeutung des Völkerrechts (V.).

I. Begriffliche und konzeptionelle Klärungen

1. Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft

Die Begriffe der Staatsangehörigkeit und der Staatsbürgerschaft werden vielfach synonym verwendet.¹⁴ Dagegen ist in den meisten Zusammenhängen wenig einzuwenden.¹⁵ Für die weitere Behandlung des Themas ist aber eine Präzisierung gewonnen, wenn man die beiden Begriffe für eine gesonderte Behandlung der Angehörigkeits- und der Mitgliedschaftsbeziehungen verwendet.¹⁶ In dieser Unterscheidung bezeichnet Staatsangehörigkeit die formale Zuordnung einer Person zu einem Staat. Sie hat damit vor allem auf völkerrechtlicher Ebene Bedeutung für die Ausübung des diplomatischen Schutzes und für die extraterritoriale Juris-

¹⁴ Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass sie sich in ihrer historischen Entwicklung durchaus unterscheiden lassen, vgl. dazu die zahlreichen Hinweise bei C. Schönberger Unionsbürger, Tübingen 2005, 22ff.; das gilt auch für die sprachlichen Pendanten im Englischen (nationality/citizenship) und Französischen (nationalité /citoyenneté), auch wenn sich hier bestimmte Verwendungen herauskristallisiert haben. So werden die englischen und französischen Begriffe der „nationality“ und „nationalité“ für die völkerrechtlichen Wirkungen der Zuordnung eines Individuums zu einem Staat verwendet (für das englische „nationality“ statt anderer O. Dörr Nationality, in: R. Wolfrum (ed.) Max Planck Encyclopedia of International Law, Vol. VII, Oxford 2012, 496ff., Rn. 2; St. Kadelbach Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: J. Drexel/K. F. Kreuzer/D. H. Scheuing/U. Sieber (Hrsg.) Europäische Demokratie, Baden-Baden 1999, 89ff. (91)), während die Begriffe „citizenship“ und „citoyenneté“ die innerstaatlichen Wirkungen beschreiben. Teilweise werden auch historische Vorbehalte gegen den Begriff der Staatsbürgerschaft vorgebracht (siehe I. von Münch Die deutsche Staatsangehörigkeit. Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft, Berlin 2007, 17f.).

¹⁵ Hiervon abgesehen sind die Unterscheidungen, selbst dort wo solche vorgenommen werden, nicht immer übereinstimmend. So kann man etwa in der Soziologie eine Orientierung an der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft finden. Danach soll sich Staatsangehörigkeit auf die Mitgliedschaft in einem Staat, Staatsbürgerschaft auf die Mitgliedschaft in einer „nationalstaatlich verfassten Gesellschaft“ beziehen (M. Bös Die rechtliche Konstruktion von Zugehörigkeit. Staatsangehörigkeit in Deutschland und den USA, in: K. Holz (Hrsg.) Staatsbürgerschaft. Soziale Differenzierung und politische Inklusion, Wiesbaden 2000, 93ff. (96f.)).

¹⁶ Schönberger (Fn. 14), 24.

diktion durch Staaten.¹⁷ Die materiellen Rechtspositionen des Individuums, einschließlich des Aufenthalts- und des Freizügigkeitsrechts,¹⁸ und auch etwaige Pflichten werden dagegen der Staatsbürgerschaft zugeordnet.¹⁹ Dieser Ansatz ermöglicht ein breites Verständnis des für den Bericht vorgegebenen Titels, der unter „Bürgerstatus“ sicherlich nicht nur politische Mitwirkungsrechte behandelt sehen will.²⁰

2. Zur rechtlichen Bedeutung eines „Status“

Eine zweite konzeptionelle Klärung bezieht sich auf die Bedeutung der Staatsbürgerschaft als Status.²¹ In rechtlicher Hinsicht sind für einen Sta-

¹⁷ Dörr (Fn. 14), 43 ff. und 52 ff.

¹⁸ Diese werden teilweise der Staatsangehörigkeit zugerechnet, vgl. Schönberger (Fn. 14), 26.

¹⁹ In diesem Sinne auch das Plädoyer bei Dörr (Fn. 14).

²⁰ Außerdem erscheint eine solche Differenzierung anschlussfähiger an die allgemeine sozialwissenschaftliche Diskussion zum Bürgerbegriff, die – ungeachtet der vielen Unterschiede im Einzelnen (vgl. die Konzentration auf ein Bündel materieller Elemente des Bürgerstatus bei T. H. Marshall Bürgerrechte und soziale Klassen, Frankfurt 1992, 40 ff. Marshalls Werk – es handelt es sich um zwei im Jahr 1947 an der Universität Cambridge gehaltene Vorlesungen, die erstmals unter dem Titel Citizenship and Social Class and other Essays, Cambridge 1950 erschienen sind – gilt als Klassiker einer Soziologie des Bürgerstatus. Modernere Arbeiten betonen entweder den prozesshaften Charakter des Bürgerstatus (etwa Turner (Fn. 9), 192 ff.; ders. Contemporary Problems in the Theory of Citizenship, in: ders. (ed.) Citizenship and Social Theory, London 1993, 1 ff. (2 f.)) oder verstehen den Bürgerstatus sowohl als ein Bündel von Verhaltensweisen wie als ein Bündel von Rechten (E. F. Isin/P. K. Wood Citizenship and Identity, London u.a. 1999, 4; ähnlich L. Bosniak Denationalizing Citizenship, in: Aleinikoff/Klusmeyer (Fn. 6), 237 ff. (240 f.)); siehe auch A. Siehr Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, Berlin 2001, 192 f. Eine (rechts)philosophische Rekonstruktion der Staatsbürgerschaft bietet S. Murmann Demokratische Staatsbürgerschaft im Wandel, Würzburg 2000) – den Status des Staatsbürgers als eine „substantiell gehaltvolle Form der Mitgliedschaft“ versteht (J. Mackert Staatsbürgerschaft – eine Einführung, Wiesbaden 2006, 25).

²¹ Die umfassendsten Überlegungen zur Staatsangehörigkeit als Status stammen immer noch von Wilhelm Wengler (*W. Wengler Betrachtungen zum Begriff der Staatsangehörigkeit*, FS Schätzel, Düsseldorf 1960, 544 ff.). Wengler versteht die Staatsangehörigkeit als einen *Bereitschaftsstatus*, der durch eine formale Hülle gekennzeichnet ist. Der materielle Inhalt ergebe sich aber nicht aus der Statusbegründung, sondern in der Regel aus anderen gesetzlichen Regelungen (ebd., 546 und 554). Teilweise wird die Verwendung des Begriffs „Status“ als nicht mehr zeitgemäß angesehen, weil sie zu sehr an der historisch überkommenen „Gewährung“ des Status durch den Staat orientiert sei. Deshalb sei es vorzugswürdig von einem Rechtsverhältnis zu sprechen, welches durch die Staatsangehörigkeit begründet werde (*K. Hailbronner Begriff und Rechtsnatur der Staatsangehörigkeit*, in: ders./G. Renner/H.-G. Maaßen, Staatsangehörigkeitsrecht, 5. Aufl. München 2010, Rn. 4). Letztlich handelt es sich um ein terminologisches

tus mindestens drei Gesichtspunkte charakteristisch: Zum einen operiert er binär, d.h. man hat ihn oder man hat ihn nicht. Es gibt keine Zwischenstufen. Die Verschaffung des Status erfolgt zweitens durch eine rechtsförmige Entscheidung einer staatlichen Stelle. Dadurch wird der Status der autonomen Verfügungsgewalt des einzelnen weitgehend entzogen.²² Zum dritten, und darin liegt der regelungstechnische Vorteil eines Status, knüpft die Rechtsordnung üblicherweise ein Bündel von Rechten und Pflichten an den Status (Statusfolgen).²³ Besteht allerdings keine Möglichkeit, die einzelnen Rechte daneben auch gesondert zu erwerben, sind diese also zwingend vom Zugang zu Status abhängig, so gehen Differenzierungsmöglichkeiten verloren. Wer den Status nicht erlangen kann, erhält dann eben auch keinen Zugang zu den einzelnen mit ihm verbundenen Rechten.

3. Die einzelnen Statusrechte und -pflichten

Woraus besteht nun dieses Bündel an Rechten und Pflichten eines Staatsbürgers? In praktischer Hinsicht äußert bedeutsam sind zunächst das Aufenthalts- und das Freizügigkeitsrecht.²⁴ Der Unionsbürgerstatus

Problem. Im Folgenden wird mit dem Bundesverfassungsgericht am Begriff des Status festgehalten (vgl. etwa BVerfGE 36, 1, (30); 37, 217 (239); 116, 24 (60ff. – Sondervotum Broß, Osterloh, Lübke-Wolff und Gerhard), ohne dass damit übersehen wird, dass die Staatsangehörigkeit im modernen Verständnis nicht mehr als Privileg gewährt wird, sondern ein Rechtsverhältnis begründet (vgl. zur Abgrenzung zwischen Privileg und Recht im Staatsangehörigkeitsrecht *A. Wallrabenstein* Untertan, Bürger oder Volkszugehöriger? Zum Verständnis des deutschen Einbürgerungsrechts, *Der Staat* 38 (1999), 260 ff. (264 und 278)).

²² Beispiele bilden etwa Widmung und Entwidmung im öffentlichen Sachenrecht (vgl. *H.-J. Papier* Recht der öffentlichen Sachen, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. Berlin 2010, § 38 Rn. 6) oder Ernennung und Entlassung im Beamtenrecht.

²³ Die verschiedenen Rechte und Pflichten müssen nicht nach je eigenen Kriterien gesondert zugewiesen werden. Mit diesem regelungstechnischen Vorteil geht in aller Regel auch ein Gewinn an Rechtsklarheit einher. Der Status lässt sich normalerweise leicht ermitteln. Deswegen gilt beispielsweise für statusbegründende Verwaltungsakte der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit, siehe *M. Ruffert* Verwaltungs Handeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 22), § 23 Rn. 13.

²⁴ Staatsbürger haben einen – auch völkerrechtlich anerkannten (*Dörr* (Fn. 14), Rn. 50 f.) – Anspruch auf Aufenthalt im Heimatstaat sowie auf freie Wahl des Aufenthalts- und Wohnorts. Das Recht umfasst auch die Einreise. Für das deutsche Verfassungsrecht und Art. 11 GG siehe zuletzt BVerfGE 110, 177 (190 f.); für die völkerrechtlichen Regelungen siehe *W. Durner* Art. 11 Rn. 36 ff., in: Maunz/Dürig (Hrsg.) *GG-Kommentar*, München (Loseblatt; Stand: 64. Ergänzungslieferung Januar 2012); siehe *C. Tomuschat* Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in:

gleich in dieser Hinsicht dem Staatsbürgerstatus, weil er die früher marktbezogenen Rechte zu einem allgemeinen Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht ausbaut, das an den Status der Unionsbürgerschaft anknüpft und nicht mehr vom Gebrauch einer Grundfreiheit abhängig ist.²⁵

Einen zweiten wichtigen Aspekt des Staatsbürgerstatus bildet das Recht auf wirtschaftliche Betätigung, das in Deutschland durch die Berufsfreiheit und in der Europäischen Union durch die Freizügigkeitsrechte abgesichert ist.²⁶

Die politischen Mitwirkungsrechte sind das dritte zentrale Element des Staatsbürgerstatus. Zu ihnen gehören vor allem das aktive und das passive Wahlrecht, also diejenigen Rechte, die sich auf den Bereich der organisierten Staatswillensbildung beziehen.²⁷ Daneben sind hierfür aber auch Kommunikationsgrundrechte, wie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, letztlich auch die Meinungsäußerungsfreiheit von Bedeutung.²⁸

Als vierter großer Bereich der mit dem Staatsbürgerstatus verbundenen Rechtsstellung ist die sozialstaatliche Dimension anzusprechen. Mit dem Bürgerstatus geht traditionellerweise im Falle der Bedürftigkeit ein Anspruch auf soziale Unterstützung durch die Gemeinschaft einher.²⁹

Es bleibt noch die Frage nach den mit dem Bürgerstatus verbundenen Pflichten zu erörtern. Gesetzesgehorsam, allgemeine Wehr- und Steuerpflicht, Eigentumsabtretungspflicht sind die zentralen Grundpflichten gegenüber dem Gemeinwesen.³⁰ Sie sind der Preis für den Schutz durch

J. Drexl/K. F. Kreuzer/D. H. Scheuing/U. Sieber (Hrsg.) Europäische Demokratie, Baden-Baden 1999, 73 ff. (76 f.); umstritten ist allerdings die Ausreisefreiheit, dazu R. Hofmann Die Ausreisefreiheit nach Völkerrecht und nach nationalem Recht, Berlin u. a. 1988; H. Hannum The Right to Leave and Return in International Law and Practice, Dordrecht 1987.

²⁵ Statt anderer F. Wollenschläger Grundfreiheit ohne Markt – Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, Tübingen 2007, 122 ff.

²⁶ Ausländer hingegen verdanken ihren Aufenthaltstitel häufig den wirtschaftlichen Bedürfnissen im Aufenthaltsstaat, sind in ihrer Erwerbstätigkeit aber demgemäß auch teilweise beschränkt (s. §§ 4 Abs. 2 und 3, 18 AufenthG und die Beschäftigungsverordnung vom 22. November 2004, BGBl I 2937; vgl. ferner das Verbot der Erwerbstätigkeit für Flüchtlinge und Asylbewerber nach § 61 AsylVfG).

²⁷ R. Grawert Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft, Der Staat 23 (1984), 179 ff. (197).

²⁸ Ebd., 197 f.

²⁹ Vgl. dazu die Darstellung zur Entwicklung vom armenrechtlichen Staatsheimatrecht zur politischen Staatsangehörigkeit bei R. Grawert Staat und Staatsangehörigkeit, Berlin 1973, 133 ff. für den preußischen Bereich.

³⁰ Diese „Quadrige“ bürgerlicher Grundpflichten ist nicht etwa im Sinne einer Schrankenregelung gegenüber den Individualrechten zu verstehen, sondern als Grundpflichten gegenüber dem Gemeinwesen, vgl. ausführlich H. Hofmann Grundpflichten

die Gemeinschaft. Allerdings unterscheiden sie kaum zwischen Ausländern und Inländern. Das ist für den Gesetzesgehorsam selbstverständlich. Aber auch die Steuerpflicht knüpft schon seit langem nicht mehr allein an die Staatsangehörigkeit an, sondern vorrangig an den Ort der wirtschaftlichen Wertschöpfung.³¹ Schließlich unterscheiden sich auch die Voraussetzungen für die Enteignung nicht nach der Staatsangehörigkeit des Enteigneten.³²

Einen Sonderfall bildet die – inzwischen einfachrechtlich abgeschaffte³³ – Wehrpflicht. Sie ist zwar nach dem Wortlaut von Art. 12a GG nicht auf Deutsche beschränkt. Die ursprünglich im Wehrpflichtgesetz einmal vorgesehene Möglichkeit der Heranziehung von Ausländern ist aber niemals praktisch geworden und wäre auch völkerrechtlich nur in engen Grenzen zulässig.³⁴ Für die bürgerlichen Grundpflichten lässt sich deshalb – mit Einschränkungen bei der Wehrpflicht – festhalten, dass sie nicht in nennenswerter Weise zwischen Ausländern und Staatsangehörigen unterscheiden.³⁵

als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), 42 ff. (61 f.). Eine darüber hinaus gehende allgemeine Treuepflicht hat im modernen Verfassungsstaat unangemessene Anklänge an die Untertanenstellung. Sie ist auch angesichts der Pflicht zur Gesetzestreue nicht notwendig. Weiter reichende Pflichten treffen im Wesentlichen nur noch die Amtsträger (ebd., 64); daneben gibt es teilweise auf Deutsche beschränkte verpflichtende Ehrenämter (s. etwa § 31 GVG und § 20 VwGO für Schöffen bzw. ehrenamtliche Richter oder § 11 Abs. 1 BWahlG, der für Beisitzer der Wahlausschüsse für Bundestagswahlen die Wahlberechtigung voraussetzt).

³¹ *H. Schaumburg* Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. Köln 2011, 102; *V. Kluge* Das Internationale Steuerrecht, 4. Aufl. München 2000, 30; *K. Vogel* in: ders./M. Lehner, Doppelbesteuerungsabkommen – Kommentar, 5. Aufl. München 2008, Einleitung Rn. 2.

³² Das gilt sowohl für Art. 14 Abs. 1 GG als auch Art. 1 ZP EMRK, die beide für natürliche Personen nicht nach der Staatsangehörigkeit differenzieren; vgl. zum weitgehend identischen Schutzzumfang der beiden Vorschriften *H.-J. Cremer* Eigentumschutz, in: R. Grote/Th. Marauhn (Hrsg.) EMRK-GG Konkordanzkommentar, Tübingen 2006, 1222 ff., Rn. 27.

³³ §§ 2 und 54 f. WPflG, BGBl. 2011 I 678.

³⁴ Siehe näher *H. Krieger* in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12a Rn. 27; für eine verfassungsrechtliche Begrenzung der Wehrpflicht auf Deutsche *M. Wollenschläger/E. Kreßel* Wehrpflicht für Ausländer?, NVwZ 1989, 722 ff.; dem folgend *W. Heun* in: H. Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. Tübingen 2004, Art. 12a Rn. 18.

³⁵ Siehe bereits *Hofmann* (Fn. 30), 72 ff.

4. Staatsangehörigkeit – Staatsbürgerschaft – Bürgerstatus

Klare Konturen erhält der Bürgerstatus, wenn man ihn auf Staatsangehörigkeit *und* Staatsbürgerschaft bezieht, also die formale Zugehörigkeit und die vollumfängliche materielle Berechtigung aus den gerade beschriebenen Rechtspositionen als Charakteristika des Bürgerstatus ansieht.³⁶

Ein so enger Zusammenhang ist zwar im geltenden Recht verschiedentlich durchbrochen. So gibt es etwa Altersgrenzen, die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG und die Möglichkeit, in bestimmten Fällen vom Wahlrecht ausgeschlossen zu sein.³⁷ Aber an der grundsätzlichen Vorstellung vom Bürgerstatus als vollumfänglicher Zugehörigkeit in formeller und materieller Hinsicht ändern solche Durchbrechungen nichts. Ein so verstandener Bürgerbegriff kann allerdings die mit der Migration verbundenen Entwicklungen nur schwer verarbeiten. Das gilt es nun näher aufzuzeigen.

³⁶ Auch die Jellineksche Statuslehre bezieht sich in diesem Sinn umfassend auf die öffentlichen Rechte des Bürgers, siehe *G. Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, 86, neu hrsg. von J. Kersten, Tübingen 2011, der von der „Zugehörigkeit zum Staate“ spricht und damit nur Staatsangehörige, nicht aber Ausländer meinen kann; vgl. auch *J. Kersten* Georg Jellineks System. Eine Einleitung, ebd., 1ff. (37), der in Bezug auf die Statuslehre explizit von den Status spricht, „in denen der Bürger zum Staat steht.“

³⁷ Diese betrifft einerseits Auslandsdeutsche (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 BWahlG, s. ferner den vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärten § 12 Abs. 2 BWahlG, BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 4. Juli 2012 – 2 BvC 1/11 und 2 BvC 2/11 – http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20120704_2bvc000111.html) und andererseits Straftäter, vgl. dazu die Regelung in § 45 Abs. 1 und Abs. 5 StGB, die vielfach als kriminalpolitisch fragwürdig eingestuft wird (etwa *U. Nelles* Statusfolgen als „Nebenfolgen einer Straftat“ (§ 45 StGB), JZ 1991, 17ff. (22); *H.-J. Albrecht* in: U. Kindhäuser/U. Neumann/H.-U. Paeffgen (Hrsg.) Strafgesetzbuch, Bd. 1, Baden-Baden, 3. Aufl. 2010, § 45 Rn. 1; für die Gegenposition siehe *A. Mosbacher* in: H. Satzger/B. Schmitt/G. Widmaier (Hrsg.) StGB-Kommentar, Köln u.a. 2009, § 45 Rn. 2; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat den generellen und pauschalen Ausschluss aller Strafgefangenen vom Wahlrecht im Vereinigten Königreich für einen Verstoß gegen Art. 3 des Zusatzprotokolls zu EMRK angesehen (EGMR (GK), Urteil vom 6. Oktober 2005, Appl. Nr. 74025/01 – *Hirst gg. Vereinigtes Königreich*). Nachdem es zunächst so aussah, als werde konventionsrechtlich immer eine gerichtliche Einzelfallentscheidung verlangt (vgl. EGMR, Urteil vom 8. April 2010, Appl. Nr. 20201/04 – *Frodl gg. Österreich*), hat sich nun eine vermittelnde Linie durchgesetzt, nach der auch die Bildung von Fallgruppen durch den Gesetzgeber als verhältnismäßige Beschränkung des Wahlrechts angesehen wird (EGMR, Urteil vom 22. Mai 2012, Appl. Nr. 126/05 – *Scoppola gg. Italien*); zur Problematik auch *C. Walter* Gibt es einen Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft?, in: E. Klein/C. Menke (Hrsg.) Der Mensch als Person und als Rechtsperson, Berlin 2011, 203 ff. und 221 ff.).

II. Der Bürgerstatus unter Anpassungsdruck

1. Migration als Herausforderung für den Bürgerstatus

Migration ist zum neuen Schlüsselbegriff der rechtlichen Behandlung von ausländerrechtlichen, aufenthaltsrechtlichen, asylrechtlichen und staatsangehörigkeitsrechtlichen Fragen geworden.³⁸ Mit dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes³⁹ zum 1. Januar 2005 verbinden sich gestufte Formen des Aufenthalts und die Perspektive einer dauerhaften Aufenthaltsverfestigung. Erstmals wird gesetzlich ausdrücklich von einer Zuwanderung nach Deutschland gesprochen.⁴⁰

Für die Veränderungen lassen sich auch statistische Belege anführen. Das gilt zunächst für die Erhebungsmethode selbst: Seit dem Jahr 2005 unterscheidet der Mikrozensus nach Einwohnern mit und ohne Migrationshintergrund und nicht mehr allein nach Deutschen und Ausländern.⁴¹ Der Migrationshintergrund definiert sich entweder über den Zuzug nach Deutschland nach 1949, die Geburt als Ausländer in Deutschland oder die Geburt als Deutscher in Deutschland, wenn zumindest ein Elternteil nach Deutschland zugezogen ist oder als Ausländer in Deutschland geboren wurde. Die Statistik erfasst also auch den Migrationshintergrund von Deutschen. Für die Zwecke der Beobachtung von Migration und Integration kommt es offenbar nicht mehr entscheidend auf die Staatsangehörigkeit an, sondern auf eine Migrationsgeschichte in der persönlichen Biographie. Diese kann bis in die dritte Generation zurückreichen. Nach diesen Kriterien hatte im Jahr 2011 ein Anteil von 19,5% der Gesamtbe-

³⁸ Stellvertretend für viele weitere Publikationen sei verwiesen auf die beiden Habilitationsschriften von *D. Thym* Migrationsverwaltungsrecht, Tübingen 2010 und *J. Bast* Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, Tübingen 2011. Die neue Terminologie ist Ausdruck einer geänderten Perspektive auf die genannten Teilrechtsgebiete: Kam es in der herkömmlichen Sicht vor allem auf die Unterschiede zwischen den verschiedenen Status an, so richtet der migrationsrechtliche Blickwinkel das Augenmerk auf den Übergang von einem Status in einen anderen vgl. *Thym* ebd., 18 ff.

³⁹ Das Zuwanderungsgesetz (Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern, BGBl. 2004 I 1950) beinhaltet in seinem Art. 1 das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet.

⁴⁰ Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, nach dem das Gesetz die Zuwanderung „ermöglicht“.

⁴¹ Gesetz zur Durchführung einer Repräsentativstatistik über die Bevölkerung und den Arbeitsmarkt sowie die Wohnsituation der Haushalte (Mikrozensusgesetz 2005), BGBl. 2004 I 1359; vgl. die Beschreibung der Erhebungsmethoden unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/MigrationIntegration/Migrationshintergrund/Aktuell.html>.

völkerung einen Migrationshintergrund; dabei sind 10,7% Deutsche mit Migrationshintergrund. Entsprechend liegt der Ausländeranteil an der Gesamtbevölkerung bei 8,8%.⁴²

Unter dem Gesichtspunkt des Bürgerstatus aufschlussreich sind Zahlen über die Aufenthaltsdauer von Ausländern in Deutschland. Nach den Angaben im Migrationsbericht 2010 lebten zum Ende des Jahres 2010 gut zwei Drittel (67,4 %) der ausländischen Bevölkerung seit über zehn Jahren in Deutschland, bei 39,1 % sind es mehr als zwanzig Jahre und exakt ein Viertel lebt sogar seit über dreißig Jahren in Deutschland. Die durchschnittliche Aufenthaltsdauer beträgt derzeit 19,0 Jahre. Fast drei Viertel der Ausländer erfüllen eine der Einbürgerungsvoraussetzungen, ohne aber von der Möglichkeit der Einbürgerung Gebrauch gemacht zu haben.⁴³

Welche Auswirkungen hat diese Entwicklung auf den Bürgerstatus?

2. „Entbündelung“ des Bürgerstatus durch die nationale und internationale Menschenrechtsentwicklung

Die zentrale Veränderung liegt in der Überlagerung des Bürgerstatus durch die nationale und internationale Menschenrechtsentwicklung. Betrachtet man das mit dem Bürgerstatus verbundene Rechtebündel, so ist es vor allem das Aufenthaltsrecht, welches durch die internationale Menschenrechtsentwicklung der autonomen Entscheidung der Staaten mehr und mehr entzogen wird (a). Betroffen sind aber auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (b), die politischen Mitwirkungsrechte mit Ausnahme des Wahlrechts (c) und die Unterstützung durch die Solidargemeinschaft (d). Der Bürgerstatus wird durch diese Entwicklung „entbündelt“.⁴⁴

⁴² Statistisches Bundesamt, Fachserie 1 Reihe 2.2: Bevölkerung und Erwerbstätigkeit: Bevölkerung mit Migrationshintergrund – Ergebnisse des Mikrozensus 2011, 32. Die Prozentangaben sind eine eigene Berechnung auf der Basis der dort in Zeile 14 angegebenen absoluten Zahlen.

⁴³ Migrationsbericht 2010, 179 f.; im Internet verfügbar unter: http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Migrationsberichte/migrationsbericht-2010.pdf?_blob=publicationFile.

⁴⁴ Vgl. auch S. *Benhabib* Die Rechte der Anderen, Frankfurt 2008, 144 f. die von „Auflösung und Modularisierung zusammenhängender Rechte“ und vom Zerfall des einheitlichen Modells spricht; ähnlich auch P. *Häberle* Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. Baden-Baden 2011, 365 f., der den Begriff der Staatsangehörigkeit zugunsten einer erweiterten Vorstellung von Bürgergesellschaft verabschieden möchte.

a) *Aufenthaltsrecht*

Beim Aufenthaltsrecht spielt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Recht auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK eine besondere Rolle.⁴⁵ Schon im Bereich des Familiennachzugs (bzw. dem Schutz von Familienangehörigen vor Ausweisung) bestehen erhebliche konventionsrechtliche Bindungen.⁴⁶ Darüber hinausgehend hat der Gerichtshof in einer bis in das Jahr 1991 zurückreichenden Kette von Entscheidungen aufenthaltsbeendende Maßnahmen der Mitgliedstaaten als Eingriff in das *Privatleben* der ausgewiesenen Person gewertet.⁴⁷ Zentraler Gesichtspunkt ist dabei, dass mit zunehmender Dauer des Aufenthalts ein immer dichteres „Netzwerk aus persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen entsteht, welches das Privatleben eines jeden Menschen ausmacht.“⁴⁸ Auf ein Familienleben im Aufenthaltsstaat kommt es dann gar nicht mehr an. Inzwischen ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Figur des Langzeitmigranten anerkannt,⁴⁹ dem er wegen seiner Integration in den Aufenthaltsstaat besonderen Schutz aus Art. 8 EMRK zukommen lässt.⁵⁰

⁴⁵ C. Grabenwarter *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 290 ff. (314 f.); für eine Analyse der neueren Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK unter dem Topos „Integration“, siehe C. Murphy *The Concept of Integration in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, EJML 12 (2010), 23 ff.

⁴⁶ Umfassend A. Walter *Familienzusammenführung in Europa*, Baden-Baden 2007, 69 ff.; s. auch A. Zimmermann *Ausweisungsschutz*, in: Grote/Marauhn (Fn. 32), 1487 ff., Rn. 109 ff.

⁴⁷ EGMR, Urteil vom 18. Februar 1991, Appl. Nr. 12313/86 – *Moustaquim gg. Belgien*.

⁴⁸ In der Entscheidung *Slivenko gg. Lettland*, in der es um die Ausweisung russischer Staatsangehöriger aus Lettland ging, die ihr gesamtes Leben in Lettland verbracht hatten, prägt der Gerichtshof diese Formel: EGMR (GK), Urteil vom 9. Oktober 2003, Appl. Nr. 48321/99, Rn. 96, “[The applicants were] removed from the country where they had developed, uninterruptedly since birth, the network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being.”

⁴⁹ EGMR, Urteil vom 19. Februar 1998, Appl. Nr. 26102/95, Rep. 1998-I, 88 ff., Rn. 45 – *Dalia gg. Frankreich*; bestätigt in *Slivenko gg. Lettland* (Fn. 48), Rn. 95; vgl. zum Ganzen F. Fritzsche *Der Schutz sozialer Bindungen von Ausländern – eine Untersuchung zu Art. 8 EMRK*, Baden-Baden 2009, 102 ff.; W. Kluth *Anwesenheit und Zugehörigkeit – Zur grundrechtsdogmatischen Verortung von Verwurzelung als neuem Topos des Aufenthaltsrechts*, ZAR 2009, 381.

⁵⁰ In der Entscheidung *Boultif* entwickelte der Gerichtshof detaillierte Kriterien für die Beurteilung der konkreten Betroffenheit von einer Ausweisung. Diese Kriterien sind: Art und Schwere des vorgeworfenen Rechtsverstoßes, Dauer des Aufenthalts im Aufenthaltsstaat, Dauer der Zeit seit dem Rechtsverstoß und Verhalten des Ausgewiesenen während dieser Zeit, Staatsangehörigkeit der verschiedenen von der Ausweisung betroffenen Personen, familiäre Situation des Ausgewiesenen, Kenntnis des Partners vom Rechtsverstoß bei Beziehungsbeginn, Vorhandensein von Kindern und deren Alter,

Die Rechtsprechung wurde zuletzt in Bezug auf die Situation von Staatenlosen oder Staatsangehörigen ehemaliger jugoslawischer Teilrepubliken in Slowenien bestätigt. Nun handelt es sich beim Zerfall der ehemaligen föderativen jugoslawischen Republik sicher um einen Sonderfall, der spezifische Härten für Personen mit sich brachte, die sich auf dem Staatsgebiet einer anderen Teilrepublik dauerhaft niedergelassen hatten. Dennoch ist es bemerkenswert, mit welcher Deutlichkeit der Gerichtshof in dieser Entscheidung nicht nur ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht aus Art. 8 EMRK ableitet, sondern darüber hinaus anklingen lässt, dass dieses gerade auch unabhängig vom Zugang zur Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats geschützt sein könne. Zur Begründung führt er an, dass Migranten unter bestimmten Umständen ein legitimes Interesse daran haben könnten, sich dauerhaft in einem fremden Staat aufzuhalten, *ohne dessen Staatsangehörigkeit zu erwerben*.⁵¹ Insgesamt ist so im Aufenthaltsrecht ein „paneuropäischer Grundrechtsstatus für Ausländer“ entstanden,⁵² der – selbst wenn man mit der Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts davon ausgeht, dass Art. 8 EMRK in Deutschland nicht unmittelbar ein Aufenthaltsrecht begründen kann⁵³ – doch über die Auslegung des AufenthG in vielen Bereichen das Aufenthaltsrecht von Ausländern determiniert.⁵⁴

mögliche Umsiedlungshindernisse für den Partner (EGMR, Urteil vom 2. August 2001, Appl. Nr. 54273/00, Rn. 48 – *Boultif gg. Schweiz*). Die Kriterien wurden später noch ergänzt, darunter um die Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen sowohl mit dem Aufenthaltsstaat als auch mit dem Heimatstaat (EGMR (GK), Urteil vom 18.10.2006, Appl. Nr. 46410/99, Rn. 58 – *Üner gg. Niederlande*); zum Ganzen *D. Thym* Abschied von Ist- und Regelausweisung bei Verwurzelung – Zugleich ein Beitrag zur Vielfalt europäischer Grundrechtsordnungen, DVBl. 2008, 1346 ff. (1347).

⁵¹ In der Entscheidung heißt es: “[...] the Court points out that an alien lawfully residing in a country may wish to continue living in that country without necessarily acquiring its citizenship. As shown by the difficulties faced by the applicants, for many years, in obtaining a valid residence permit, the Slovenian legislature failed to enact provisions aimed at permitting former SFRY citizens holding the citizenship of one of the other republics to regularise their residence status if they had chosen not to become Slovenian citizens or had failed to do so. Such provisions would not have undermined the legitimate aims of controlling the residence of aliens or creating a corpus of Slovenian citizens, or both.”, EGMR (GK), Urteil vom 26. Juni 2012, Appl. Nr. 26828/06, Rn. 357 – *Kurić u.a. gg. Slowenien*.

⁵² *Thym* (Fn. 50), 1346 ff. (1347).

⁵³ *M. Eckertz-Höfer* Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008 41 ff. (42).

⁵⁴ Die deutschen Gerichte haben diese Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK in ihrer ausländerrechtlichen Entscheidungspraxis rezipiert. Das gilt namentlich im Ausweisungsrecht, siehe etwa BVerwGE 129, 367 (373f.): „Insbesondere bei der im Laufe der Zeit angewachsenen Gruppe im Bundesgebiet geborener und aufgewachsener

Neben diese Entwicklung, welche die Rechte von Ausländern betrifft, die sich bereits im Land aufhalten, treten Wirkungen des Flüchtlings-schutzes, also Normen, die den Zugang zum Land betreffen. Hierzu sei auf die inzwischen gefestigte Rechtsauffassung verwiesen, nach der eine Zurückweisung an der Grenze unzulässig ist, wenn eine Person sich auf den Flüchtlingsstatus beruft.⁵⁵ Inwieweit Prüfverfahren auf Schiffe oder in Drittstaaten ausgelagert werden dürfen, ist Gegenstand aktueller Auseinandersetzungen.⁵⁶ Die jüngste Entscheidung des EGMR im Verfahren *Hirsi gegen Italien*, in der die Überstellung der Flüchtlinge an die liby-schen Behörden als durch Art. 4 ZP 4 zur EMRK verbotene Kollektiv-ausweisung qualifiziert wurde,⁵⁷ hat den umstrittenen Anspruch auf Zu-gang zum Staatsgebiet während der Dauer des Asylverfahrens jedenfalls gestärkt, wengleich nicht zwingend vorgeschrieben.⁵⁸

b) *Wirtschaftliche Betätigungsfreiheit*

Auch im Bereich der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gibt es eine Überlagerung durch das europäische und internationale Recht. Das be-darf für die Freizügigkeit innerhalb der EU keiner näheren Erläuterung. Darüber hinaus dürften sich aber auch die arbeitnehmerbezogenen Schutz-rechte aus Art. 15 Abs. 3 Grundrechte-Charta auf die Rechtstellung jedenfalls solcher Drittstaatsangehöriger auswirken, die im Hoheitsgebiet

Ausländer bedarf es bei der Entscheidung über eine Ausweisung einer individuellen Würdigung, inwieweit der Ausländer im Bundesgebiet verwurzelt ist und dies angesichts der konkreten Ausweisungsgründe bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles einer Ausweisung entgegensteht.“; dazu näher *H. Alexy* Subsumtion oder Abwägung – Was gilt im Ausweisungsrecht?, DVBl. 2011, 1185 ff. (1187ff.); *Thym* (Fn. 50), 1346ff.

⁵⁵ Einzelheiten bei *R. Hofmann/T. Löhr* Introduction to Chapter V, in: A. Zimmermann (ed.) The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, Oxford 2011, 1081ff., Rn. 51f.; *W. Kälin/M. Caron/L. Heim* in: ebd., 1327ff., Art. 33 para. 1 Rn. 105 ff.

⁵⁶ Kritisch dazu *Hofmann/Löhr* (Fn. 55), Rn. 55; *G. Noll* Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones, EJML 5 (2003), 303ff.; *M. Lehnert/N. Markard* Mittelmeerroulette – Das Hirsi-Urteil des EGMR und die europäische Grenzschutzpolitik auf See, ZAR 2012, 194ff. (197ff.); *A. Fischer-Lescanol/T. Löhr/T. Tohidipur* Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law, IJRL 21 (2009), 256ff. (287f.); *S. Klepp* A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea, EJML 12 (2010), 1 ff.; zum Ganzen auch *H.-M. Bröcker* Die externen Dimensionen des EU-Asyl- und Flüchtlingsrechts im Lichte der Menschenrechte und des Völkerrechts, Hamburg 2010.

⁵⁷ EGMR (GK), Urteil vom 23. Februar 2012, Appl. Nr. 27765/09, Rn. 166ff. – *Hirsi gg. Italien*.

⁵⁸ *Lehnert/Markard* (Fn. 56), 194 ff. (197ff.).

der Mitgliedstaaten „arbeiten dürfen“.⁵⁹ Außerdem bewirkt die Richtlinie 2003/109/EG eine Erstreckung sozialrechtlicher Positionen auf Drittstaatsangehörige.⁶⁰ Im allgemeinen Völkerrecht gibt es zwar keinen Anspruch auf Zugang zum Staatsgebiet zum Zwecke der wirtschaftlichen Betätigung. Teilweise gibt es aber Ansprüche auf wirtschaftliche Tätigkeit für Personen, die sich bereits rechtmäßig im Land aufhalten, etwa Art. 17 GFK.⁶¹ Auch wird das Diskriminierungsverbot im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in einer Weise herangezogen, die dafür sorgt, dass Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit als problematisch angesehen werden, wenn eine Person sich rechtmäßig im Land aufhält.⁶²

c) Politische Mitwirkungsrechte

Das klassische völkerrechtliche Fremdenrecht erlaubt die Begrenzung der politischen Betätigung von Ausländern.⁶³ In der Allgemeinen Staatslehre von *Herbert Krüger* findet sich dazu die pointierte Aussage, es verstehe sich „überhaupt in jeder Beziehung von selbst, dass Ausländer [...] sich aller Beteiligung an der Politik ihres Gastlandes zu enthalten haben.“⁶⁴ Diese Aussage ist schon in der Formulierung von der Vorstellung des Ausländers als „Gast“ geprägt, die inzwischen unzweifelhaft überholt ist. Es lassen sich aber auch nach wie vor aktuelle Gründe für die Beschränkung der politischen Tätigkeit von Ausländern finden. So sollen etwa politische Auseinandersetzungen aus dem Heimatstaat nicht nach Deutschland „importiert“ und Interessen Deutschlands im Ausland nicht beeinträchtigt werden.⁶⁵

⁵⁹ Näher *M. Ruffert* in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV-Kommentar, 4. Aufl. München 2011, Art. 15 GRCh Rn. 9.

⁶⁰ Vgl. näher unten 4.b).

⁶¹ Vgl. Art. 17 GFK; zu den damit im einzelnen verbundenen Rechten *A. Edwards* in: Zimmermann (Fn. 55), 951 ff., Art. 17 Rn. 30 ff.

⁶² *M. Ssenyonjo* Economic, Social and Cultural Rights in International Law, Oxford-Portland 2009, 285 ff. (287).

⁶³ Statt anderer *K. Doehring* Völkerrecht, 2. Aufl. Heidelberg 2004, Rn. 863.

⁶⁴ *H. Krüger* Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Stuttgart u.a. 1966, 592, Fn. 66.

⁶⁵ Dieser Hintergrund kann die vielfach in Verfassungen, so auch in Art. 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG, enthaltene Beschränkung politischer Mitwirkungsrechte auf eigene Staatsangehörige erklären (*M. Heintzen* Ausländer als Grundrechtsträger, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Heidelberg 2006, 1163 ff. Rn. 38 ff.); vgl. auch die besonderen Verbotstatbestände für Ausländervereine in § 14 Abs. 2 VereinsG (zu dessen *ratio* etwa *K. Groh* Vereinsgesetz, München 2012, § 14 Rn. 8 ff.) und die Möglichkeit, die politische Betätigung von Ausländern nach § 47 AufenthG zu untersagen.

Die internationale menschenrechtliche Entwicklung hat aber auch hier die Rechtsposition von Ausländern ausgebaut. Weder die EMRK noch der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte unterscheiden hinsichtlich der politischen Mitwirkungsrechte nach der Staatsangehörigkeit.⁶⁶ Zwar enthält die EMRK – anders als der IPbPR – in Art. 16 eine etwas gewundene⁶⁷ spezielle Beschränkungsmöglichkeit für die politische Betätigung von Ausländern.⁶⁸ Die Vorschrift ist allerdings nach allgemeiner Auffassung eng auszulegen.⁶⁹ Sie beschränkt sich auf den „Kernbereich des politischen Prozesses“, also etwa die Gründung und Tätigkeit politischer Parteien und Vereine sowie Meinungsäußerungen im Zusammenhang mit Parteiprogrammen und Wahlkämpfen.⁷⁰ Die überwiegende Auffassung im konventionsrechtlichen Schrifttum hält die Vorschrift für überholt,⁷¹ was sich auch darin ausdrückt, dass die Parlamentarische Versammlung des Europarats schon 1977 ihre Abschaffung verlangt hat.⁷² Sofern in der Praxis noch zwischen der politischen Betäti-

⁶⁶ C. Grabenwarter/K. Pabel Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. München/Basel/Wien 2012, § 18 Rn. 25.

⁶⁷ R. Grote/N. Wenzel Die Meinungsfreiheit, in: R. Grote/Th. Marauhn (Hrsg.) EMRK-GG Konkordanzkommentar, Tübingen 2006, 895ff. Rn. 52.

⁶⁸ Die Vorschrift lautet: „Die Artikel 10, 11 und 14 sind nicht so auszulegen, als untersagten sie den Hohen Vertragsparteien, die politische Tätigkeit ausländischer Personen zu beschränken.“

⁶⁹ C. Mensching in: U. Karpenstein/F. C. Meyer (Hrsg.) EMRK-Kommentar, München 2012, Art. 16 Rn. 3 und 6, zur engen Auslegung gehört auch, dass sie gegenüber Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten der EU keine Differenzierung ermöglicht, also mit Blick auf die politische Betätigung Unionsbürger mit eigenen Staatsangehörigen gleichstellt (EGMR, Urteil vom 27. April 1995, Appl. Nr. 15773/89 und 15774/89, Rn. 64 – *Piermont gg. Frankreich*); Grabenwarter/Pabel (Fn. 66), Rn. 27; C. Grabenwarter/Th. Marauhn Grundrechtseingriff und Schranken, Rn. 61, in: Grote/Marauhn (Fn. 67), 332ff.; J. A. Frowein in: ders./W. Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. Kehl 2009, Art. 16 Rn. 1.

⁷⁰ Grabenwarter/Pabel (Fn. 66), § 18 Rn. 26; ermöglicht werden Beschränkungen der Meinungsäußerungs- sowie der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit für Ausländer, die über die allgemeinen Schrankenklauseln hinausgehen, also etwa nach Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 EMRK unverhältnismäßig wären (vgl. C. Grabenwarter/Th. Marauhn Grundrechtseingriff und Schranken, in: Grote/Marauhn (Fn. 67), 332ff. Rn. 60).

⁷¹ Siehe neben den bereits erwähnten Beiträgen noch D. Ehlers Allgemeine Lehren der EMRK, in: ders. (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. Berlin 2009, Rn. 61.

⁷² Empfehlung 799 (1977), in: Council of Europe, Parliamentary Assembly, 28th ordinary session, 3rd part, 24 ff., January 1977; im Internet verfügbar unter: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta77/EREC799.htm>.

gung von In- und Ausländern unterschieden wird,⁷³ gerät dies jedenfalls unter konventionsrechtlichen Rechtfertigungsdruck.⁷⁴

Anders sieht die Situation allerdings im Bereich des Wahlrechts aus. Art. 25 IPbPR gewährt das Recht ausdrücklich nur den „Staatsbürgern“.⁷⁵ In Art. 3 ZP 1 EMRK ist von der „freien Äußerung der Meinung *des Volkes*“ die Rede. Hier sprechen sicherlich systematische und historische Gesichtspunkte dafür, gleichfalls zumindest grundsätzlich von einer Beschränkung auf die Staatsangehörigen auszugehen.⁷⁶ Dennoch kann man nicht übersehen, dass die Regelung interpretationsoffener formuliert ist, als der klare Bezug auf die Staatsbürger in Art. 25 IPbPR. In der englischsprachigen Lehrbuchliteratur wird dementsprechend argumentiert, man könne kaum annehmen, dass mit dem Begriff des „Volkes“ Bewohner ausgeschlossen werden sollten, die sich seit langem im Land aufhalten und zum wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben des Landes beitragen, ohne die Staatsangehörigkeit erworben zu haben.⁷⁷ Erwäh-

⁷³ Im Versammlungsrecht ist dies schon auf gesetzlicher Ebene nicht der Fall. Im Vereinsrecht besteht zwar eine nach §§ 14, 15 VereinsG erleichterte Verbotsmöglichkeit für Ausländervereine und ausländische Vereine. Die Praxis der letzten Jahre zeigt aber, zumindest was die gerichtlich überprüften und in juris veröffentlichten Streitfälle betrifft, dass für ein Vereinsverbot immer (auch) auf die allgemeinen, für alle Vereine geltenden Verbotstatbestände des Art. 9 Abs. 2 GG, § 3 VereinsG abgestellt wurde. Von der Möglichkeit des § 47 AufenthG, die politische Tätigkeit einzelner Ausländer gezielt zu beschränken, wird in einem gewissen Umfang Gebrauch gemacht (s. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke u.a. BT-Drs. 17/9076: politische Betätigungsverbote für 14 Personen im Februar 2012).

⁷⁴ Die Frage eines unterschiedlichen Grundrechtsstandards für ausländische und inländische Vereine wurde vor dem EGMR unlängst relevant, weil das Bundesverfassungsgericht einem ausländischen Verein den Schutz der Religionsfreiheit mit Blick auf Art. 19 Abs. 3 GG versagt hatte (BVerfG, NVwZ 2008, 670). Der EGMR versagte dem Verein, der das Existenzrecht Israels geleugnet und zur Tötung seiner Bürger aufgerufen hatte, die Berufung auf Art. 11 EMRK unter Verweis auf Art. 17 EMRK, der den Missbrauch von Konventionsrechten verbietet, EGMR, Urteil vom 12. Juni 2012, Appl. Nr. 31098/08 – *Hizb ut-Tahrir u.a. gg. Deutschland*.

⁷⁵ Die verbindlichen Fassungen sprechen von „citizen“ bzw. „citoyen“.

⁷⁶ Soweit sich die Literatur mit dieser Frage beschäftigt, tendiert sie in diese Richtung, *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 66), § 23 Rn. 103; *R. Thienel* Staatsangehörigkeit und Wahlrecht im sich einigenden Europa: Das „Volk“ im Sinne des Art. 3 1. ZP EMRK, FS Öhlinger, Wien 2004, 356 ff.

⁷⁷ *J. Schokkenbroek* Free Elections by Secret Ballot, in: P. van Dijk/F. van Hoof/A. van Rijn/L. Zwaak (eds.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed. Antwerpen-Oxford 2006, 911 ff. (920). Bei der konventionsrechtlichen Beurteilung von Anforderungen an die Dauer des Wohnsitzes als Voraussetzung für die Zuerkennung des Wahlrechts fragt der EGMR auch danach, ob der Beschwerdeführer „wie ein resident citizen“ betroffen ist (vgl. EGMR, Urteil vom 11. Januar 2005, Appl. Nr. 66289/01, Rn. 51 – *Py gg. Frankreich*); im konkreten Fall ging es allerdings um die

nenswert ist schließlich noch eine Initiative der Parlamentarischen Versammlung des Europarats, die in den Jahren 2008–2010 mehrfach zur Ausweitung der politischen Betätigungsmöglichkeiten von Ausländern aufgerufen hat.⁷⁸ Konkrete rechtliche Folgen haben sich daraus aber nicht ergeben.

d) Unterstützung durch die Solidargemeinschaft

Im Bereich der Unterstützung durch die Solidargemeinschaft bewirken die allgemeinen und speziellen Gleichheitssätze und das Antidiskriminierungsrecht gleichfalls eine Annäherung der Rechtstellung von Staatsbürgern und Ausländern. Sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch nach derjenigen des EGMR ist eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit nicht grundsätzlich verboten.⁷⁹ Allerdings betonen beide Gerichte, dass dies nicht den Umkehrschluss trage, jede Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit sei automatisch gerechtfertigt. Vielmehr bedürfe es eines sachlichen Grundes für die Unterscheidung, der gerade nicht allein in der ausländischen Staatsangehörigkeit liegen könne.⁸⁰ Diese Rechtsprechung betrifft vor allem Sozialleistungen und wurde vom Bundesverfassungsgericht erst in diesem Jahr in zwei Entscheidungen nachdrücklich bestätigt.⁸¹ Die in den Ent-

Beschränkung des Wahlrechts eines französischen Staatsangehörigen, nicht um die Erstreckung auf Ausländer. Deshalb können aus dieser Entscheidung keine Folgerungen für ein weites Verständnis von „Volk“ im Sinne von Art. 3 ZP 1 EMRK gezogen werden.

⁷⁸ Vgl. dazu insbes. das Übereinkommen über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben vom 5. Februar 1992 (CETS 144), das allerdings bislang erst von acht Mitgliedstaaten des Europarats ratifiziert wurde, sowie Empfehlung 1500 (2001), Resolution 1617 (2008) und Empfehlung 1840 (2008) und Resolution 1705 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats (im Internet verfügbar unter: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/EREC1500.htm>; <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/ERES1617.htm>; <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/EREC1840.htm>; <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1705.htm>).

⁷⁹ Siehe im Einzelnen die Nachweise bei *D. König/A. Peters* Das Diskriminierungsverbot, in: Grote/Marauhn (Fn. 67), 1114 ff. Rn. 136 ff.

⁸⁰ Bei Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit bildet Art. 3 Abs. 1 GG den Prüfungsmaßstab, weil die Staatsangehörigkeit nicht zu den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Differenzierungsverboten gehört, vgl. BVerfGE 90, 27 (37).

⁸¹ Die erste Entscheidung betraf das Bayerische Landeserziehungsgeld (BVerfG, NJW 2012, 1711 (1712)); die zweite die Bedingungen, unter denen Ausländer, die sich aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen erlaubt in Deutschland aufhalten, vom Bezug von Erziehungs- und Elterngeld ausgeschlossen werden können (BVerfG, Beschluss vom 10. Juli 2012; noch unveröffentlicht; im Internet verfügbar unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20120710_1bvl000210.html); vgl. bereits BVerfGE 111, 160 (169 ff.).

scheidungen zugrunde gelegten Gleichheitsmaßstäbe folgen der Rechtsprechung des EGMR, der entsprechende Anforderungen bereits ab Mitte der 1990er Jahre entwickelt hat.⁸² Das Bundesverfassungsgericht nimmt in beiden Fällen eine strenge Prüfung nach der sog. „neuen Formel“ vor. Maßgeblich dafür ist, dass die Leistung im Anwendungsbereich eines nicht auf Deutsche beschränkten Freiheitsrechts liegt (konkret dem des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG), und dass mit der Staatsangehörigkeit an ein Kriterium angeknüpft wird, das der eigenen Verfügungsgewalt der Antragsteller weitgehend entzogen ist.⁸³ Daneben betont das Bundesverfassungsgericht erstmals, dass eine strenge Prüfung bei Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit auch deshalb veranlasst ist, weil diese „jedenfalls in bestimmten Konstellationen“ einer Unterscheidung nach den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen nahe komme.⁸⁴ Damit wird eine Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit unter Gleichheitsgesichtspunkten tendenziell „verdächtig“. Wer die Aufregung um die Rechtsprechung des EuGH zur Erstreckung von Sozialleistungen auf Unionsbürger anlässlich der Fälle *Martinez Sala*⁸⁵ und *Grzelczyk*⁸⁶ noch in Erinnerung hat,⁸⁷ der reibt sich erstaunt die Augen: Was gestern noch unionsrechtliche Zumutung war, ist heute verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit.⁸⁸

⁸² EGMR, Urteil vom 30. September 2003, Appl. Nr. 40892/98, Rn. 46 – *Koua Poirrez gg. Frankreich*; zuvor bereits EGMR, Urteil vom 16. September 1996, Appl. Nr. 17371/90, Rn. 42 – *Gaygusuz gg. Österreich*, der allerdings eine beitragsfinanzierte Sozialleistung betraf.

⁸³ BVerfG, NJW 2012, 1711 ff. (1712 f.).

⁸⁴ Ebd., 1713.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 ff. – *Martinez Sala*.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 ff. – *Rudy Grzelczyk*.

⁸⁷ Etwa *K. Hailbronner* Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 ff.; *ders.* Diskriminierungsverbot, Unionsbürgerschaft und gleicher Zugang zu Sozialleistungen, ZaöRV 64 (2004), 603 ff.; siehe auch *C. Tomuschat* Case Note, CommMLR 37 (2000), 449 ff.

⁸⁸ Und das nicht nur zugunsten von Unionsbürgern, sondern grundsätzlich zugunsten aller Ausländer. Unter dem Gesichtspunkt des Bürgerstatus ist außerdem wichtig, dass es in beiden Fällen nicht um Leistungen aus einem beitragsfinanzierten Versicherungssystem ging, sondern um Leistungen unabhängig von eigenen Beiträgen der Anspruchsberechtigten. Letztlich standen also Leistungen der Solidargemeinschaft in Rede, die sich nach dieser Rechtsprechung nicht auf die Staatsangehörigen beschränken dürfen, sondern am Aufenthalt oder der Erwerbstätigkeit in Deutschland orientieren müssen. Dieser Ansatz der Rechtsprechung wird auch durch die Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz bestätigt. Dort geht es zwar nicht um eine unzulässige Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit, denn die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz können nur von Ausländern in Anspruch genommen werden. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert aber im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 GG

3. *Ein Menschenrecht auf Staatsangehörigkeit?*

Ein weiterer Bereich mit zumindest Ansätzen für eine Überlagerung des Bürgerstatus durch die menschenrechtliche Entwicklung betrifft nicht lediglich einzelne Aspekte des Rechtsbündels, sondern sogar einen möglichen Anspruch auf Verleihung der Staatsangehörigkeit.⁸⁹ Das Völkerrecht geht traditionell davon aus, dass es zur staatlichen Souveränität gehört, frei über die Vergabe der eigenen Staatsangehörigkeit zu entscheiden.⁹⁰ Auch wenn diese Aussage prinzipiell immer noch richtig ist, so gibt es doch Anzeichen für Veränderungen. Neben der Sorge um das Schicksal von Staatenlosen⁹¹ – beispielsweise verpflichtet Art. 20 Abs. 2 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention den Staat des Geburtsorts zur Verleihung der Staatsangehörigkeit, wenn die betreffende Person andernfalls staatenlos würde⁹² – ist es vor allem das Antidiskriminierungsrecht, wel-

hinsichtlich des Existenzminimums durchaus mit einem Vergleich mit Leistungen für deutsche Bedürftige, vgl. BVerfG, NVwZ 2012, 1024 ff. (1027 f.). Dazu auch die Anm. von P. Tiedemann ebd., 1031 ff., der die Ableitung des Anspruchs auf Gewährung des Existenzminimums als Menschenrecht als zu ungenau kritisiert.

⁸⁹ Dazu namentlich P. J. Spiro *A New International Law of Citizenship*, AJIL 105 (2011), 694 ff.; A. Kesby *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity and International Law*, Oxford 2012, 48 ff.; zur menschenrechtlichen Überlagerung auch A. von Arnould in: I. von Münch/Ph. Kunig (Hrsg.) *GG-Kommentar*, 6. Aufl. München 2012, Art. 16 Rn. 4; Häberle (Fn. 44), 369 spricht vom „menschenrechtlichen ‚Statusrecht‘“, allerdings ohne dass deutlich wird, ob damit ein Anspruch auf eine bestimmte Staatsangehörigkeit gemeint ist.

⁹⁰ Klassisch dazu die Position des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Verfahren *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, PCIJ Rep. 1923, Ser. B, No. 4, 7 ff (24). Selbst dort, wo es Regeln gibt, betreffen diese vielfach nur einzelne Rechtsfolgen im Verhältnis zu anderen Staaten (dazu die allgemeine Darstellung bei Dörr (Fn. 14), Rn. 4 ff.).

⁹¹ Vgl. allgemein die Beschreibung bei K. Göcke *Stateless Persons*, in: R. Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Vol. IX, Oxford 2012, 551 ff.; Spiro (Fn. 89), 709 ff. sowie I. van Waas *Nationality Matters: Statelessness under International Law*, Antwerpen 2008, 31 ff. und 193 ff.

⁹² “Every person has the right to the nationality of the state in whose territory he was born if he does not have the right to any other nationality.”, für eine nähere Analyse der amerikanischen regionalen Entwicklung in diesem Bereich siehe S. Uslucan *Zur Weiterentwicklungsfähigkeit des Menschenrechts auf Staatsangehörigkeit*, Berlin 2012, 127 ff.; weitergehende Regeln finden sich im Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 30. August 1961 (dazu die Darstellung im Überblick bei W. Han-nappel *Staatsangehörigkeit und Völkerrecht*, Frankfurt 1986, 41 ff.) und im Europäischen Staatsangehörigkeitsübereinkommen vom 6. November 1997 (insbes. Art. 6; näher Uslucan ebd., 284 ff.). Der prinzipielle Anspruch auf Zugang zu einer Staatsangehörigkeit ist auch Bestandteil der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Art. 15). Die Erklärung ist als solche völkerrechtlich nicht verbindlich, sie ist aber in weiten Teilen inzwischen zu Völkergewohnheitsrecht erstarkt und hat verbindliche

ches mittelbare Wirkungen entfaltet.⁹³ Dabei verdient erneut die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte besondere Hervorhebung. Weil das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK als akzessorisches Recht nur eingreift, wenn die in Rede stehende staatliche Maßnahme „in den Regelungsbereich“ eines Konventionsrechts fällt,⁹⁴ kam es vor dem EGMR darauf an, ob dies beim Zugang zur Staatsangehörigkeit der Fall ist. Der Gerichtshof hat hierzu entschieden, dass die Konvention zwar keinen Anspruch auf den Erwerb einer bestimmten Staatsangehörigkeit beinhaltet. Dessen ungeachtet könne das willkürliche Vorenthalten einer Staatsangehörigkeit wegen des Einflusses der Staatsangehörigkeit auf die Persönlichkeit und ihre sozialen Beziehungen unter Umständen einen Verstoß gegen das Recht auf Achtung des Privatlebens begründen. Auf dieser Basis hat der Gerichtshof eine Regelung des maltesischen Rechts für konventionswidrig erklärt, in der uneheliche Kinder beim Erwerb der Staatsangehörigkeit benachteiligt wurden.⁹⁵ Die Entscheidung ist in ersten Stellungnahmen als Meilenstein in der Rechtsentwicklung gefeiert worden.⁹⁶ Daran ist sicherlich richtig, dass sie Auswirkungen auf eine Reihe mitgliedstaatlicher Regelungen zum Erwerb der Staatsangehörigkeit für uneheliche Kinder haben wird.⁹⁷ Von einem menschenrechtlichen Anspruch auf Erwerb einer bestimmten Staatsangehörigkeit ist man aber schon deswegen noch ein gutes Stück entfernt, weil die genannte Rechtsprechung nur diskriminierende Regelungen erfasst.

4. Beschleunigung der Entwicklung durch das Unionsrecht

Die beschriebenen Entwicklungen werden durch die Unionsbürgerschaft und einen neuen Schwerpunkt der Unionspolitik auf der Behandlung von Drittstaatsangehörigen beschleunigt.

völkerrechtliche Verträge inspiriert. Außerdem kann sie bei der Auslegung nationalen Rechts herangezogen werden. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht mit Blick auf § 60 Abs. 1 S. 5 AufenthG getan (BVerwGE 133, 203 (208 ff.)).

⁹³ *Kesby* (Fn. 89), 50.

⁹⁴ Statt anderer *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 66), § 26 Rn. 3.

⁹⁵ EGMR, Urteil vom 11. Oktober 2011, Appl. Nr. 53124/09, Rn. 30 – *Genovese gg. Malta*; siehe auch EGMR, Beschluss vom 12. Januar 1999, Appl. Nr. 31414/96 – *Karas-sev gg. Finnland*.

⁹⁶ *L. van Waas Fighting Statelessness and Discriminatory Nationality Laws in Europe*, EJML 14 (2012), 243 ff. (253); ähnlich die Tendenz bei *R. de Groot/O. Vonk Nationality, Statelessness and ECHR's Article 8: Comments on Genovese v. Malta*, EJML 14 (2012), 317 ff. (319).

⁹⁷ Siehe die rechtsvergleichende Analyse bei *de Groot/Vonk* (Fn. 96), 320 f.

a) Unionsbürgerschaft

Nach den Entscheidungen des EuGH in den Verfahren *Rottmann*⁹⁸ und *Ruiz Zambrano*⁹⁹ dürfte klar sein, dass es sich bei der Unionsbürgerschaft¹⁰⁰ um einen eigenständigen Status handelt,¹⁰¹ der freilich in seiner Begründung akzessorisch ist zur Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats. In *Rottmann* entschied der EuGH anlässlich eines Rechtsstreits über den Entzug einer erschlachtenen Einbürgerung, dass die Mitgliedstaaten ungeachtet der Akzessorietät der Unionsbürgerschaft unionsrechtliche Bindungen beachten müssen, wenn sie eine einmal erteilte Staatsangehörigkeit wieder entziehen wollen.¹⁰² In *Ruiz Zambrano* wurden Rechtswirkungen der Unionsbürgerschaft (ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht drittstaatsangehöriger Eltern von Kindern mit Unionsbürgerschaft) angenommen, obwohl jeglicher grenzüberschreitende Bezug fehlte.¹⁰³ Die Eigenständigkeit der Unionsbürgerschaft zeigt sich gerade an dem zuletzt genannten Gesichtspunkt der Wirkungen ohne jeden grenzüberschreitenden Bezug.¹⁰⁴

⁹⁸ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-01449 – *Rottmann*.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-34/09, EuZW 2011, 359 ff. – *Ruiz Zambrano*.

¹⁰⁰ Die Unionsbürgerschaft bündelt Rechte *erstens* der Mobilität (Freizügigkeit und Aufenthalt), *zweitens* der Gleichbehandlung (nicht nur, aber gerade auch mit Blick auf die soziale Sicherheit (dazu statt anderer *K. Hailbronner* Union Citizenship and Access to Social Benefits, CMLR 42 (2005), 1245 ff.), und *drittens* – begrenzt auf das Kommunalwahlrecht – der politischen Mitwirkung.

¹⁰¹ Gegen die Qualifikation als Status und stattdessen nur für ein Rechtsverhältnis, *W. Kluth* in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV-Kommentar, 4. Aufl. München 2011, Art. 20 AEUV Rn. 6 und 16f.; siehe allerdings auch *dens.* Migrationsgerechtigkeit, ZAR 2011, 329 ff. (334); überzeugend für eine Einordnung als Status *S. Magiera* in: R. Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV-Kommentar, 2. Aufl. München 2012, Art. 20 AEUV Rn. 19; *Th. Giegerich* Unionsbürgerschaft, politische Rechte, in: R. Schulze/M. Zuleeg/St. Kadelbach (Hrsg.) Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl. Baden-Baden 2010, 338 ff. Rn. 14 ff.; ausführlich insbes. *F. Wollenschläger* (Fn. 25), 325 ff. (mit den Aspekten Freizügigkeit, Gleichheit, Solidarität und Freiheit); überzeugend die Analyse bei *M. Nettesheim* Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds, JZ 2011, 1030 ff. (1036 f.), wo die *Zambrano*-Rechtsprechung zur Begründung der Eigenständigkeit des unionsbürgerlichen Status herangezogen wird.

¹⁰² *Rottmann* (Fn. 98), Rn. 41 ff.

¹⁰³ *N. Graf Vitzthum* Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, 550 ff. (563 ff.); zu den aufenthaltsrechtlichen Folgen im deutschen Recht: *B. Huber* Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils *Zambrano*, NVwZ 2011, 856 ff., *R. Gutmann* Vom Ende der Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht, InfAusLR 2011, 177 ff.

¹⁰⁴ EuGH (Fn. 99); dazu *Nettesheim* (Fn. 101), 1030 ff. (1036 f.) und *K. Hailbronner*/*D. Thym* *Ruiz Zambrano* – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, 2008 ff.; zurückhaltend gegenüber der Bedeutung der *Zambrano*-Entschei-

b) *Ausweitung der Rechte von Drittstaatsangehörigen*

Von potentiell noch weiter reichender Bedeutung sind bis in das Jahr 1999 zurückreichende Bestrebungen, den Rechtsstatus von Drittstaatsangehörigen demjenigen von Unionsbürgern anzugleichen.¹⁰⁵ In diesem Kontext ist zunächst auf Rechte von Familienangehörigen zu verwei-

dung allerdings *H. van Eijken/S.A. de Vries* A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano, E.L.Rev. 36 (2011), 704 ff. (720). Wenn im Folgenden die Unionsbürgerschaft nicht weiter betrachtet wird, soll dies die Bedeutung der genannten neueren Rechtsprechung für die Konzeption der Unionsbürgerschaft als europäischer Bürgerstatus nicht geringachten (vgl. den instruktiven zusammenfassenden Überblick über die gesamte Rechtsentwicklung zum Unionsbürgerstatus bei *F. Wollenschläger* A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration, ELJ 17 (2011), 1 ff.). Maßgeblich ist vielmehr, dass der Personenkreis, der sich unmittelbar auf die Unionsbürgerschaft berufen kann, über das Erfordernis der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats klar umrissen ist. Das Gleiche gilt auch für die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen einzelnen Statusrechte. Schließlich kann noch auf die umfassende Behandlung der Unionsbürgerschaft in der Literatur verwiesen werden (neben den Monographien von *Schönberger* (Fn. 14) und *Wollenschläger* (Fn. 25) sei verwiesen auf die Handbuchbeiträge von *Giegerich* (Fn. 101) und *St. Kadelbach* Union Citizenship, in: A. von Bogdandy/J. Bast (eds.) Principles of European Constitutional Law, Revised 2nd ed. Oxford 2011, 443 ff.).

¹⁰⁵ Bereits die Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere 1999 enthalten eine entsprechende programmatische Aussage: „Die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen sollte der Rechtsstellung der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten angenähert werden. Einer Person, die sich während eines noch zu bestimmenden Zeitraums in einem Mitgliedstaat rechtmäßig aufgehalten hat und einen langfristigen Aufenthaltstitel besitzt, sollte in diesem Mitgliedstaat eine Reihe einheitlicher Rechte gewährt werden, die sich so nahe wie möglich an diejenigen der EU-Bürger anlehnen, z.B. das Recht auf Wohnsitznahme, das Recht auf Bildung und das Recht auf Ausübung einer nicht-selbständigen oder selbständigen Arbeit sowie der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gegenüber den Bürgern des Wohnsitzstaates. Der Europäische Rat billigt das Ziel, dass Drittstaatsangehörigen, die auf Dauer rechtmäßig ansässig sind, die Möglichkeit geboten wird, die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats zu erwerben, in dem sie ansässig sind.“, Europäischer Rat von Tampere, 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rn. 21; diese Zielsetzung wurde mit dem Stockholmer Programm des Europäischen Rats vom Frühjahr 2010 noch einmal bekräftigt und intensiviert. In dem dort verabschiedeten „Stockholmer Programm“ heißt es: „Die Union muss eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen sicherstellen, die sich im Hoheitsgebiet ihrer Mitgliedstaaten rechtmäßig aufhalten. Eine energischere Integrationspolitik sollte darauf ausgerichtet sein, ihnen vergleichbare Rechte und Pflichten wie Unionsbürgern zuzuerkennen. Dies sollte weiterhin das Ziel einer gemeinsamen Zuwanderungspolitik sein und so schnell wie möglich, spätestens aber 2014, erreicht werden.“ (Abl. 2010 C 115/1 (30)); Hervorhebungen vom Verfasser. Siehe dazu insgesamt auch den Überblick bei *B. Laubach* Bürgerrechte für Ausländer und Ausländerinnen in der Europäischen Union, Baden-Baden 1999, 87 ff.

sen,¹⁰⁶ die freilich weitgehend unproblematisch sind, weil es im Kern um die Durchsetzung einer anerkannten Grundrechtsposition (Achtung des Familienlebens i.S. von Art. 8 EMRK) geht.

Anders sieht es dagegen mit der allgemeinen Angleichung des Rechtsstatus von Drittstaatsangehörigen aus. In diesem Bereich gibt es seit dem Jahr 2003 die Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen.¹⁰⁷ Diese Richtlinie begründet u.a. eine Gleichbehandlung dieser Drittstaatsangehörigen mit Staatsbürgern des Aufenthaltsstaats hinsichtlich des Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit und bei der sozialen Sicherheit;¹⁰⁸ ferner vermittelt sie einen erhöhten Ausweisungsschutz.¹⁰⁹ In der englischsprachigen Literatur ist angesichts dieser Entwicklung und vor dem Hintergrund der Arbeit der Kommission an einem Europäischen Einwanderungsgesetzbuch¹¹⁰ die Rede von einem „neuen Europäischen Bürgerstatus für Drittstaatsangehörige“.¹¹¹ Dieser würde sich freilich in einem zentralen Punkt von der Unionsbürgerschaft unterscheiden: Während die Unionsbürgerschaft

¹⁰⁶ Hierfür ist inzwischen die Richtlinie 2003/86/EG (Abl. 2003, L 251/12) maßgeblich. Zu Einzelfragen ihrer verfassungs- und EMRK-konformen Umsetzung *Th. Großl A. Tryjanowski* Der Status von Drittstaatsangehörigen im Migrationsrecht der EU – eine kritische Analyse, *Der Staat* 48 (2009), 259 ff. (263); *N. Markard/N. Truchseß* Neuregelung des Ehegattennachzugs im Aufenthaltsgesetz, *NVwZ* 2007, 1025 ff.; speziell zu den verfassungsrechtlichen Fragen einerseits *C. Hillgruber* Mindestalter und Integrationsvorleistung – verfassungsgemäße Voraussetzungen des Ehegattennachzugs, *ZAR* 2006, 304 ff., und andererseits *Th. Kingreen* Verfassungsfragen des Ehegatten- und Familiennachzugs im Aufenthaltsrecht, *ZAR* 2007, 13 ff.; umfassend zum Hintergrund *Walter* (Fn. 46), 149 ff.

¹⁰⁷ ABl. 2004, L 16/44.

¹⁰⁸ Art. 11 Abs. 1 lit a) und lit d) der Richtlinie; allerdings mit Einschränkungsmöglichkeiten nach Art. 11 Abs. 2 und Abs. 4, vgl. *S. Boelaert-Suominen* Non-EU nationals and Council Directive 2003/109/EC on the status of third-country nationals who are long-term residents: Five paces forward and possibly three paces back, *CMLR* 42 (2005), 1011 ff. (1026 f.).

¹⁰⁹ Art. 12, der weitgehend dem Schutz für Unionsbürger entspricht, vgl. *C. Thiele* Einwanderung im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Familienzusammenführung und Daueraufenthalt von Drittstaatsangehörigen, *EuR* 2007, 419 ff. (438).

¹¹⁰ Vgl. den „Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms“, KOM (2010) 171 endgültig vom 20. April 2010, 8; dort wird erneut das Ziel einer Angleichung an die Rechtsstellung der Unionsbürger formuliert und ein „Einwanderungskodex“ in Aussicht gestellt; näher zu konkreten Inhalten *S. Peers* An EU Immigration Code: Towards a Common Immigration Policy, *EJLM* 14 (2012), 33 ff.

¹¹¹ *S. Carreral A. Wiesbrock* Whose European Citizenship in the Stockholm Programme? The Enactment of Citizenship by Third Country Nationals in the EU, *EJML* 12 (2010), 337 ff. (358): “a new European citizenship of TCNs is already in the making.”

vollständige Freizügigkeit für Unionsbürger sichert und damit diesen gegenüber jede Migrationssteuerung ausschließt, hat Migrationspolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen gerade Steuerung (und damit immer auch Begrenzung) zum Ziel.¹¹² Insgesamt ist aber absehbar, dass auch aus Gründen des Unionsrechts die Zahl derjenigen weiter zunehmen wird, die einen mehr oder weniger großen Teil der Statusrechte in Anspruch nehmen können, ohne die Staatsbürgerschaft zu besitzen.

5. *Konsequenz: Dauerhafter Aufenthalt ohne Wahlrecht als Partizipationsproblem*

Die Analyse der menschenrechtlichen Entwicklung hat gezeigt, dass neben die Begründung des Bürgerstatus durch den Erwerb der Staatsangehörigkeit zahlreiche andere Möglichkeiten getreten sind, einzelne oder gar einen großen Teil der mit der Staatsbürgerschaft üblicherweise verbundenen Statusrechte zu erwerben. Das Ergebnis ist eine „Entbündelung“ der Statusrechte: Binär wird nur noch bei der Staatsangehörigkeit (also bei der formalen Zuordnung einer Person zu einem Staat) entschieden. Das kann schon aus Gründen der Rechtsklarheit nicht anders sein. Die materiellen Rechte der Staatsbürgerschaft, insbesondere ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht, werden hingegen inzwischen weitgehend unabhängig von der Staatsangehörigkeit zugewiesen. Dies führt dazu, dass sich Migranten mit dauerhaftem Aufenthaltsrecht hinsichtlich des Bürgerstatus in der Praxis letztlich nur noch beim Wahlrecht von den Staatsangehörigen unterscheiden.¹¹³ Für diese Personengruppe wird in der sozialwissenschaftlichen Diskussion der aus dem britischen Englisch entlehnte Begriff der „denizens“ verwendet.¹¹⁴ Er bezeichnet Einwohner mit eingeschränkten Bürgerrechten.

Solange die Statusrechte überwiegend gebündelt mit dem Bürgerstatus verliehen wurden, konnte der Bürgerstatus Gleichheit garantieren, gerade auch hinsichtlich der Partizipationsmöglichkeiten. In dem Maße, in dem der

¹¹² Siehe *D. Thym* Freizügigkeit in Europa als Modell? – EU-Migrationspolitik zwischen Offenheit und Abschottung, *EuR* 2011, 487 ff. (500).

¹¹³ Dies ist eine Beobachtung, die in den Sozialwissenschaften vielfach gemacht wird, siehe etwa: *J. Habermas* Faktizität und Geltung, Frankfurt 1998, 653; *R. Brubaker* Staatsbürger – Deutschland und Frankreich im historischen Vergleich, Hamburg 1994, 234; *Y. N. Soysal* Changing Citizenship in Europe. Remarks on Postnational Membership and the National State, in: *D. Cesarani/M. Fulbrook* (eds.) *Citizenship, Nationality and Migration in Europe*, London-New York 1996, 17 ff. (20); *A. Nassehil/M. Schroer* Staatsbürgerschaft. Über das Dilemma eines nationalen Konzepts unter postnationalen Bedingungen, in: *Holz* (Fn. 15), 31 ff. (44); *Benhabib* (Fn. 44), 151 f.

¹¹⁴ Siehe etwa *T. Hammar* Democracy and the Nation State, Aldershot 1990, 13.

Bürgerstatus entbündelt und der dauerhafte Aufenthalt unabhängig von der Staatsangehörigkeit ermöglicht wird, drohen Ungleichheiten, die sich als demokratisches Mitwirkungsproblem darstellen.¹¹⁵ Für die repräsentative Demokratie kann das zum Krisenfall werden, denn es droht eine Inkongruenz „zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen“.¹¹⁶

III. Lösungsmöglichkeiten für das Partizipationsproblem

Für den Umgang mit diesem Problem demokratischer Partizipation sind prinzipiell zwei Lösungswege denkbar. Der erste hält an der Statuslösung fest und setzt auf erleichterte Einbürgerung (1.), gegebenenfalls unter erweiterter Hinnahme von Mehrstaatigkeit (2.). Die Alternative besteht darin, auch das Wahlrecht von der Staatsangehörigkeit abzukoppeln und damit die Statusrechte vollständig zu entbündeln (3.).

1. Großzügigerer Zugang zur Staatsangehörigkeit

Mit der Reform des Staatsangehörigkeitsrechts zum 1. Januar 2000 wurde der Zugang zur deutschen Staatsangehörigkeit durch erleichterte Einbürgerungsmöglichkeiten¹¹⁷ und durch die Einführung einer Staatsangehörigkeit *iure soli* erweitert. Danach erwerben Kinder ausländischer Eltern die deutsche Staatsangehörigkeit durch Geburt im Inland, wenn ein Elternteil seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt (§ 4 Abs. 3 StAG). Dieser Erwerbstatbestand wird allerdings durch eine Options-

¹¹⁵ Der amerikanische Verfassungsrechtler *Gerald L. Neuman* hat in einem Beitrag Mitte der 1990er Jahre die Wahrnehmung der deutschen Staatsrechtslehre korrigiert, das *iure soli*-Prinzip habe in den Einwanderungsstaaten lediglich dazu gedient, deren Bevölkerungszahlen zu vergrößern. *Neuman* hält dem für die amerikanische Entwicklung entgegen, dass es bei der Einführung des 14. Amendments nach dem Ende des amerikanischen Bürgerkriegs darum gegangen sei, formale Gleichheit sicher zu stellen. Es habe vermieden werden sollen, „die U.S.-Bevölkerung aufgrund der Abstammung in eine übergeordnete Kategorie von Bürgern und eine untergeordnete Kategorie von Untertanen einzuteilen.“, *G. L. Neuman* Staatsangehörigkeitsrecht als Mittel der Integration, KJ 28 (1995), 439 ff. (440).

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 83, 37 (52).

¹¹⁷ Bei mindestens achtjährigem gewöhnlichen Aufenthalt und unbefristetem Aufenthaltsrecht besteht ein Einbürgerungsanspruch (§ 10 StAG). Dazu die Darstellung bei *K. Hailbronner* Neuere Entwicklungen des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts, in: ders./Renner/Maaßen (Fn. 21), Rn. 21; *J. Masing* Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, Tübingen 2001, 5 ff.

pflicht begrenzt: Da die Kinder regelmäßig eine weitere Staatsangehörigkeit – diejenige der ausländischen Eltern – erwerben, müssen sie sich gemäß § 29 StAG nach Eintritt der Volljährigkeit für eine Staatsangehörigkeit entscheiden.¹¹⁸

Welche Wirkungen hatte diese Reform? Im Jahr 2011 wurden ca. 107.000 Personen eingebürgert; das entspricht einer Einbürgerungsquote von 1,44 %.¹¹⁹ Wichtiger als die Einbürgerungsquote, welche die Gesamtzahl der Einbürgerungen ins Verhältnis zur Gesamtzahl aller in Deutschland lebenden Ausländer setzt und nicht danach unterscheidet, ob die Einbürgerungsvoraussetzungen vorliegen,¹²⁰ ist die sog. Ausschöpfung des Einbürgerungspotentials. Diese Quote gibt an, wie viele der Ausländer, die grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Einbürgerung erfüllen, sich auch tatsächlich einbürgern lassen.¹²¹ Diese Quote liegt bei 2,44 %.¹²² Man kann also insgesamt festhalten, dass von der Möglichkeit der Einbürgerung nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht wird. Das zentrale Ziel der Reform, dem Auseinanderfallen von Wohnbevölkerung und Staatsbürgern durch erweiterte Einbürgerungsmöglichkeiten entgegen zu treten,¹²³ wurde demnach nicht erreicht.¹²⁴

¹¹⁸ Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Optionspflicht unter dem Gesichtspunkt des Verbots, die Staatsangehörigkeit zu entziehen, überzeugen nicht. Es handelt sich bei der Option nicht um einen Entzug, weil der Betroffene es selbst in der Hand, ihn zu verhindern (vgl. ausführlich *J. Masing* in: H. Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. Tübingen 2004, Art. 16 Rn. 71; *ders.* (Fn. 117), 40 ff.; *J. A. Kämmerer* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt; Stand: 157. Ergänzungslieferung, Juni 2012, Art. 16 Rn. 70 ff.

¹¹⁹ Bevölkerung und Erwerbstätigkeit – Einbürgerungen, Statistisches Bundesamt, Fachserie 1 Reihe 2.1, 2011, 15; die durchschnittliche Aufenthaltsdauer dieser Personen im Zeitpunkt der Einbürgerung betrug 15,6 Jahre; türkische Staatsangehörige lebten im Durchschnitt 20,0 Jahre in Deutschland, bevor sie eingebürgert wurden.

¹²⁰ Vgl. die methodischen Hinweise in: Bevölkerung und Erwerbstätigkeit – Einbürgerungen (Fn. 119), 6.

¹²¹ Ebd.

¹²² Interessant ist auch eine Aufschlüsselung nach Herkunftsländern. Innerhalb der EU gibt es aufgrund der mit der Freizügigkeit und der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte wenig Anreize, sich in Deutschland einbürgern zu lassen. Entsprechend liegt die Ausschöpfung des Einbürgerungspotentials bei EU-Bürgern nur bei 1,1 %. Für die in Deutschland lebenden türkischen Staatsangehörigen liegt die Ausschöpfung allerdings ebenfalls nur bei 2,0 % (ebd., 128); vergleichsweise hohe Quoten haben Rumänien (7,6 %) und Bulgarien (10,9 %) sowie Afrika (8,5 %) und Asien (7,1 %).

¹²³ Vgl. dazu *K. Hailbronner* Die Reform des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts, NVwZ 1999, 1273 ff. mit einer vergleichenden Perspektive auf die Erfahrungen anderer europäischer Staaten (1279 f.).

¹²⁴ *Th. Groß* Das demokratische Defizit bei der Grundrechtsverwirklichung der ausländischen Bevölkerung, KJ 2011, 303 ff. (309).

2. *Erweiterte Hinnahme der Mehrstaatigkeit*

Aufschlussreich für die Ursachen ist eine im Sommer 2012 veröffentlichte Studie,¹²⁵ in der mehr als zwei Drittel der befragten türkischen Staatsangehörigen und 57,4 % der insgesamt Befragten als Haupthindernis für eine Einbürgerungsentscheidung die Notwendigkeit nannten, ihre bisherige Staatsangehörigkeit aufzugeben.¹²⁶ Damit ist das Thema der doppelten oder mehrfachen Staatsangehörigkeit angesprochen.¹²⁷ Auch hierzu sollen einige Zahlen präsentiert werden: Im Jahr 2011 behielten 50,4 % der Eingebürgerten ihre bisherige Staatsangehörigkeit, 49,6 % mussten sie abgeben.¹²⁸ Damit überwiegt in der Einbürgerungspraxis inzwischen die Hinnahme der Mehrstaatigkeit, wenn auch nur knapp. Ursächlich sind hohe Quoten bei der Hinnahme von Mehrstaatigkeit insbesondere bei Einbürgerungen aus Amerika (78,8 %), Afrika (61,9 %) und Asien (57,2 %). Dagegen ist die Hinnahme von Mehrstaatigkeit für europäische Nichtunionsbürger vergleichsweise gering. Für die Kandidatenländer (Kroatien, Mazedonien, Montenegro und die Türkei) liegt sie bei 25,6 %, für das sonstige Europa (mit Ausnahme des Europäischen Wirtschaftsraums und der Schweiz) beträgt sie 26,4 %.¹²⁹

Die Zahlen sprechen dafür, *de lege ferenda* zu erwägen, die auf Vermeidung der Mehrstaatigkeit gerichteten Regelungen des Einbürgerungsrechts abzuschaffen.¹³⁰ Eine Regelung, bei der sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Rechtsanwendung in sein Gegenteil verkehrt, ist unter Gleichheitsgesichtspunkten problematisch. Mehrstaatigkeit wird dann

¹²⁵ Immigrant Citizens Survey: Wie Zuwanderer Integration erleben. Eine Erhebung in 15 europäischen Städten, im Internet verfügbar unter: http://www.immigrantsurvey.org/downloads/ICS_ENG_Full.pdf.

¹²⁶ Siehe die gesonderte deutsche Publikation „Deutsche Integrationsmaßnahmen aus der Sicht von Nicht-EU-Bürgern. Die Ergebnisse des Immigrant Citizens Survey für Deutschland“, die vom Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration veröffentlicht wurde (im Internet verfügbar unter: http://www.svr-migration.de/content/wp-content/uploads/2012/06/studie-ics_svr-fb_deutschland.pdf, 21 f.); die Daten beziehen sich auf die Städte Berlin und Stuttgart; weitere Analysen bei F. Lämmermann Einbürgerung – Aktuelle Entwicklungen und Perspektiven, ZAR 2009, 289 ff.; R. Göbel-Zimmermann/A. Eichhorn Entwicklungen des Staatsangehörigkeitsrechts seit 2000 – eine kritische Bilanz, ZAR 2010, 293 ff. (Teil 1) und 348 ff. (Teil 2).

¹²⁷ Allgemein dazu aus verfassungsrechtlicher und verfassungsvergleichender Sicht N. I. Goes Mehrstaatigkeit in Deutschland, Baden-Baden 1996; für den Begriff der Mehrstaatigkeit spricht, dass er auch die Doppelstaater umfasst, vgl. von Münch (Fn. 14), 159.

¹²⁸ Bevölkerung und Erwerbstätigkeit – Einbürgerungen (Fn. 119), 147.

¹²⁹ Bevölkerung und Erwerbstätigkeit – Einbürgerungen (Fn. 119), 143 ff. (Tabelle 12).

¹³⁰ Dazu Lämmermann (Fn. 126), 293 f.; ders. Ein Jahrzehnt *ius soli* – Bilanz und Ausblick, ZAR 2011, 1 ff. (6 f.); Göbel-Zimmermann/Eichhorn (Fn. 126), 296 f.

hingenommen, wenn der Herkunftsstaat besonders restriktive Regelungen hat, also der Betroffene diese Staatsangehörigkeit entweder gar nicht oder nur unter unzumutbaren Schwierigkeiten aufgeben kann.¹³¹ Warum andere Personen, deren Herkunftsstaat weniger restriktiv vorgeht, nicht in den Genuss beider Staatsangehörigkeiten kommen sollen, ist jedenfalls dann nicht mehr recht einzusehen, wenn die Zahl der Personen mit doppelter oder mehrfacher Staatsangehörigkeit ohnehin wächst und inzwischen in mehr als der Hälfte aller Einbürgerungen die Mehrstaatigkeit hingenommen wird.¹³² Wenig einsichtig ist auch, dass die Hinnahme der Mehrstaatigkeit bei Unionsbürgern unproblematisch sein (§ 12 Abs. 2 StAG),¹³³ bei allen anderen Ausländern hingegen ein Integrationshindernis darstellen soll.¹³⁴

Diese Überlegungen werden durch die oben analysierte Rechtsprechung des EGMR und des EuGH noch verstärkt. Aufgrund des Optionsmodells wird es ab dem Jahr 2018 eine größere Zahl von Personen geben, die sich mit Erreichen der Volljährigkeit für eine Staatsangehörigkeit entscheiden müssen und gegebenenfalls die deutsche Staatsangehörigkeit verlieren. Soweit damit auch die Unionsbürgerschaft verloren geht, ist das auch eine Frage des Unionsrechts. Man darf bezweifeln, dass der EuGH, angesichts der großen Zahl akzeptierter Mehrstaater, den Verlust nach einem so langen Zeitraum ohne weiteres als verhältnismäßig ansieht.¹³⁵ Und die neuere Rechtsprechung des EGMR, in der die Staatsangehörigkeit in den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens gebracht wird, wirft gleichfalls die Frage auf, ob ein Verlust nach einem Zeitraum zwischen 18 und 23 Jahren verhältnismäßig wäre.¹³⁶

¹³¹ Vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1–3 StAG.

¹³² Vgl. die statistischen Angaben oben im Text bei (Fn. 128); hinzukommt, dass diese nur die Hinnahme der Mehrstaatigkeit bei der Einbürgerung erfassen. Für eine Gesamtbetrachtung müssten noch Mehrstaater einbezogen werden, deren mehrfache Staatsangehörigkeiten sich bei bi-nationalen Ehen aus der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit der Eltern ergeben können.

¹³³ Siehe näher *Hailbronner* in: ders./Renner/Maaßen (Fn. 21), § 12 StAG Rn. 48 ff.

¹³⁴ *W. Kluth* Variable Staatsbürgerschaftsrechte – eine Alternative zum Optionsmodell?, ZAR 2009, 134 ff. (137); *J. Niesten-Dietrich* Integration und Staatsangehörigkeit, ZAR 2012, 85 ff. (90), deren Hinweis auf die Gesetzesbegründung allerdings fehlt geht, weil dort die Europäische Integration in Bezug genommen ist, nicht die Integration von Ausländern in die deutsche Gesellschaft; zur Widersprüchlichkeit der verschiedenen Regelungen des Staatsangehörigkeitsrechts zur Mehrstaatigkeit auch *Masing* (Fn. 117), 18 f.

¹³⁵ Dieses Ergebnis wird auch durch einen Vergleich mit anderen Wertungen des Einbürgerungsrechts nahe gelegt, *F. Lämmermann* Unionsbürgerschaft und Optionspflicht – ein Widerspruch?, NVwZ 2012, 75 ff. (79).

¹³⁶ Schließlich ist auch auf der Ebene des Völkerrechts die der bisherigen Regelung zugrunde liegende Vorstellung von der Mehrstaatigkeit als „Übel“ weitgehend aufge-

Zwei zentrale Argumente werden gegen die mehrfache Staatsangehörigkeit immer wieder angeführt. Das eine, die behauptete gespaltene Loyalitätspflicht, ist mit der sprichwörtlichen Unmöglichkeit, zweier Herren Diener zu sein gut umschrieben.¹³⁷ Das andere Argument behauptet eine Übervorteilung des Mehrstaaters, weil dieser in zwei Staaten Rechte, z.B. politische Mitwirkungsrechte habe, und damit besser stehe als Bürger mit nur einer Staatsangehörigkeit.¹³⁸ Beides überzeugt nicht. Loyalitätskonflikte sind bei engen Bindungen in andere Staaten ohnehin nicht zu vermeiden.¹³⁹ Dem Argument der Übervorteilung ist zu entgegnen, dass Mitwirkung der Mehrstaater in verschiedenen Staaten nicht zu einem rechtlichen Nachteil der Einfachstaater führt.¹⁴⁰ Hiervon abgesehen gibt es Möglichkeiten, diese Probleme auf der Ebene des Völkervertragsrechts zu lösen. Spanien hat entsprechende Vereinbarungen über eine „herrschende“ und eine „ruhende“ Staatsangehörigkeit mit verschiedenen südamerikanischen Staaten geschlossen, und es gibt weitere Beispiele für solche „variablen Staatsbürgerschaftsrechte“.¹⁴¹

3. Ausländerwahlrecht

Während die bisher diskutierten Wege an der Bündelung der Statusrechte durch die Staatsangehörigkeit festhalten und die Partizipation durch erleichterte Einbürgerung ermöglichen wollen, würde das Ausländerwahlrecht den Bürgerstatus vollständig entbündeln und auch das Wahlrecht nicht mehr an den Status, sondern an den dauerhaften Aufenthalt knüpfen.¹⁴² In Deutschland hat bekanntlich das Bundesverfas-

geben worden (dazu die umfassende Darstellung bei *K. Hailbronner* Mehrfache Staatsangehörigkeit, in: ders./Renner/Maaßen (Fn. 21), 125 ff. Rn. 27 ff.; *A. M. Boll* Multiple Nationality and International Law, Leiden-Boston 2007). Die Gründe für die sog. „Übeltheorie“ finden sich anschaulich zusammengefasst bei *W. Löwer* Abstammungsprinzip und Mehrstaatigkeit, ZAR 1993, 156 ff. (158 f.). Vereinzelt wird sogar schon – sicherlich übertrieben – von einem Menschenrecht auf doppelte Staatsangehörigkeit gesprochen (*P. J. Spiro* Dual citizenship as human right, I-CON 8 (2010), 111 ff.).

¹³⁷ *B. Ziemskie* Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundgesetz, Berlin 1995, 231.

¹³⁸ *Löwer* (Fn. 136), 158.

¹³⁹ Überzeugend *T. Hammar* State, Nation and Dual Citizenship, in: W. R. Brubaker (ed.) Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America, Lanham-London, 1989, 81 ff. (89).

¹⁴⁰ *U. Sacksofsky* Mehrfache Staatsangehörigkeit – ein Irregulare?, FS Böckenförde, Berlin 1995, 317 ff. (336).

¹⁴¹ Siehe im Einzelnen *Kluth* (Fn. 134), 138 f.; *Hailbronner* (Fn. 136), Rn. 31 ff.

¹⁴² Dazu die allgemeinen konzeptionellen Überlegungen bei *Hammar* (Fn. 114), 169 ff. und 191 ff.

sungsgericht 1989 in den beiden Verfahren aus Schleswig-Holstein und Hamburg solchen Bestrebungen einen Riegel vorgeschoben, der weitere politische Initiativen stark gebremst hat. Das Thema ist dennoch nicht ganz von der Agenda verschwunden.¹⁴³

Die hierzu vertretenen Positionen sind breit gestreut. Sie reichen von der restriktiven Auffassung, nach der das kommunale Wahlrecht für Ausländer durch Art. 79 Abs. 3 GG iVm. Art. 20 Abs. 2 GG ausgeschlossen sei,¹⁴⁴ bis zu der Einschätzung, dass ein Wahlrecht sogar auf Bundesebene durch einfache Gesetzesänderung eingeführt werden könne.¹⁴⁵ Überwiegend wird eine Verfassungsänderung für erforderlich gehalten.¹⁴⁶

Jedenfalls die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers aus Art. 79 Abs. 3 GG ist nach der Ergänzung von Art. 28 Abs. 1 GG um einen Satz 3 zugunsten der Wahlberechtigung von Unionsbürgern nicht mehr überzeugend. Die Argumente, welche für die Beschränkung des Begriffs „Volk“ auf die deutschen Staatsangehörigen angeführt werden, differenzieren nicht nach unterschiedlichen Kategorien von Ausländern. Vor dem Maßstab des Art. 116 Abs. 1 GG, den das Bundesverfassungs-

¹⁴³ So enthielt etwa der Koalitionsvertrag zwischen SPD und Bündnis90/Die Grünen aus dem Jahr 1998 eine Klausel, nach der das kommunale Ausländerwahlrecht auch für Drittstaatsangehörige eingeführt werden sollte, vgl. „Aufbruch und Erneuerung – Deutschlands Weg ins 21. Jahrhundert, Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, 39, im Internet verfügbar unter http://www.boell.de/downloads/stiftung/1998_koalitionsvertrag.pdf; aus der Literatur siehe insbes. *F. Hanschmann* „Die Ewigkeit dauert lange, besonders gegen Ende“ – eine rechtliche (Neu-)Bewertung des kommunalen Wahlrechts für Drittstaatsangehörige, ZParl 2009, 74ff.; *Th. Groß* Das demokratische Defizit bei der Grundrechtsverwirklichung der ausländischen Bevölkerung, KJ 44 (2011), 303ff.; *V. Pfaff* Kommunalwahlrecht für Drittstaater? Eine Polemik, ZAR 2011, 102ff.; aus der ausländischen Literatur etwa *C.M. Rodríguez* Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of the polity, I-CON 8 (2010), 30ff.; *D.C. Earnest* Old Nations, New Voters: Nationalism, Transnationalism, and Democracy in the Era of Global Migration, New York 2008.

¹⁴⁴ *P. Kirchhof* Die Identität der Verfassung, in: J. Isensee/ders. (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 261ff. Rn. 79ff. (Rn. 89); *K.-P. Sommermann* in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, München 2005, Art. 20 Rn. 153.

¹⁴⁵ *H. Meyer* Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. Heidelberg 2005, 543ff. Rn. 7ff. (10).

¹⁴⁶ *H. Dreier* in: ders. (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. Tübingen 2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 94; *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (351); *U. Volkman* in: Friauf/Höfling (Fn. 34), Art. 20 Rn. 30; *B. Grzeszick* in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, München (Loseblatt; Stand: 65. Ergänzungslieferung; April 2012), Art. 20 II Rn. 80ff. und 87.

gericht in den Mittelpunkt rückt,¹⁴⁷ gibt es keinen Unterschied zwischen nicht-deutschen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen.¹⁴⁸ Beide Gruppen sind Ausländer. Wenn die Verfassungsänderung des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar ist, dann muss folglich auch eine Erstreckung des kommunalen Ausländerwahlrechts auf Drittstaatsangehörige mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar sein.

Vor dem Hintergrund der oben analysierten Entwicklung des Bürgerstatus kann man aber auch noch einmal die grundsätzliche Frage aufwerfen, ob es richtig ist, den Volksbegriff in Art. 20 Abs. 2 GG auf die deutschen Staatsangehörigen und die ihnen nach Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellten Personen zu beschränken.¹⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht argumentiert mit einer Zusammenschau derjenigen Bestimmungen des Grundgesetzes, die einen Bezug zum Volk aufweisen.¹⁵⁰ Zu diesen gehört aber inzwischen auch die Regelung in Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG.

Darüber hinaus hat das Gericht in seiner Lissabon-Entscheidung einen engen Bezug zwischen Demokratie und Menschenwürde hergestellt. Damit erscheint auch die Formulierung aus der Entscheidung zum schleswig-holsteinischen Ausländerwahlrecht in einem neuen Licht, der zu Folge es der demokratischen Idee entspricht, „eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen“.¹⁵¹ Im Lissabon-Urteil heißt es nun: „Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an den der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert.“ Dies relativiert nicht nur die in den Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht und zum Vertrag von Maastricht anklingende Vorstellung von der Notwendigkeit einer vorrechtlichen

¹⁴⁷ BVerfGE 83, 37 (51).

¹⁴⁸ Überzeugend *Hansmann* (Fn. 143), 74 ff.

¹⁴⁹ Neben dem BVerfG nachdrücklich für eine Beschränkung auf die deutschen Staatsangehörigen *E.-W. Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 144), 429 ff. Rn. 26 ff.; *J. Isensee* Die staatsrechtliche Stellung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland, *VVDStRL* 34 (1974), 49 ff. (91 ff.); *ders.* Abschied der Demokratie vom Demos? Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, *FS Mikat*, Berlin 1989, 705 ff.; dem folgt die Kommentarliteratur weitgehend, siehe *H. Dreier* in: *ders.* (Hrsg.) *GG-Kommentar*, Bd. II, 2. Aufl. Tübingen 2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 94; siehe daneben auch *M. Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, Berlin 1993, 207 ff.

¹⁵⁰ BVerfGE 83, 37 (51).

¹⁵¹ BVerfGE 83, 37 (52); vgl. dazu auch *A. Tschantcher* Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, Tübingen 2006, 27 und 64 ff.

Homogenität,¹⁵² sondern es muss sich angesichts der zentralen Bedeutung der Menschenwürde für die deutsche Verfassungsordnung auch in einer großzügigeren Herangehensweise an die Interpretation des Volksbegriffs in Art. 20 Abs. 2 GG niederschlagen.¹⁵³

Die Zurückweisung dieser Konsequenz durch *Klaus Ferdinand Gärditz* und *Christian Hillgruber* überzeugt nicht. Es ist zwar richtig, dass „das Volk sich als politisches Herrschaftssubjekt nicht nach dem Menschsein schlechthin, sondern nach selbst geschaffenen normativen Kriterien ein[setzt], was immer reziprok den Ausschluss derjenigen von der politischen Herrschaft bedeutet, die nicht Bestandteil des durch demokratisches Recht definierten Volkes sind.“¹⁵⁴ Aber es würde mit dem Ausländerwahlrecht ja auch kein universelles Mitwirkungsrecht aller Menschen geschaffen, sondern es würden andere Kriterien von Inklusion und Exklusion zugelassen als allein die Staatsangehörigkeit.¹⁵⁵ Selbstverständlich nehmen diejenigen Staaten, die ein Ausländerwahlrecht kennen, Abgrenzungen vor, etwa indem sie einen Mindestaufenthalt im Land fordern.¹⁵⁶ Unter Legitimationsgesichtspunkten ist entscheidend, dass die das Ausländerwahlrecht tragende Zuordnung zum Bundesgebiet nicht beliebig locker sein darf.¹⁵⁷ Von der Wahrung dieses Mindestkriteriums kann man aber bei dem in Frage kommenden Personenkreis von Ausländern mit dauerhaftem Aufenthalt ausgehen. Ich verweise noch einmal auf die Statistik zur Aufenthaltsdauer.

¹⁵² Vgl. dazu auch die demokratie-theoretische Analyse bei *S. Unger* Das Verfassungsprinzip der Demokratie, Tübingen 2008, 56 ff. (holistisch-monistisches Demokratieverständnis); zur Diskussion um das Homogenitätsargument in der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 89, 155 (186)), *J. H. H. Weiler* Der Staat „über alles“, Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 44 (1996), 91 ff.; *B.-O. Bryde* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1994, 305 ff.; *I. Pernice* Carl Schmitt, Rudolf Smend und die Europäische Integration, AöR 120 (1995), 100 ff.; zum Ganzen umfassend *F. Hanschmann* Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, Heidelberg u.a. 2008.

¹⁵³ So zu Recht *D. Thym* Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit, Der Staat 49 (2010), 559 ff. (583).

¹⁵⁴ *K. F. Gärditz/C. Hillgruber* Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, 872 ff. (873).

¹⁵⁵ So auch die demokratie-theoretische Aussage bei *C. Möllers* Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2. Aufl. Berlin 2009, 24 f.

¹⁵⁶ Für Neuseeland Section 74 Electoral Act 1993; dazu *Rodriguez* (Fn. 143), 41: “The noncitizen voting rule does not create a universal polity; it merely pushes the decision about whom to include to the point at which the immigration laws are made, rather than placing it at the point of screening for citizenship.”

¹⁵⁷ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 146), 351.

Auch das Argument von der Schicksalsgemeinschaft, welches in der Diskussion um das kommunale Ausländerwahlrecht eine wichtige Rolle gespielt hat,¹⁵⁸ vermag angesichts der Entwicklungen beim menschenrechtlich gefestigten dauerhaften Aufenthalt nicht mehr zu überzeugen. Es ist hier eine Verbundenheit entstanden, die sich vielleicht nicht in gleicher Weise als „Schicksalsgemeinschaft“ überhöhen lässt, wie das bei den Begriffen „Volk“ oder „Nation“ der Fall ist.¹⁵⁹ Aber einfach durch staatlichen Akt auflösen kann man sie eben auch nicht mehr. Eine Gleichsetzung von Ausländern mit „Transitbürgern“¹⁶⁰ ist vor dem Hintergrund des Migrationsgeschehens nicht mehr zutreffend.¹⁶¹ Im Ergebnis liegt die Frage des Ausländerwahlrechts in den Händen des verfassungsändernden Gesetzgebers.¹⁶² Um es abschließend mit einem amerikanischen Beobachter der deutschen Entwicklung auf den Punkt zu bringen: „Nur Staatsangehörige haben einen Anspruch auf das Wahlrecht. Aber sie können das Wahlrecht mit anderen teilen.“¹⁶³

Was bedeutet dies nun für das Verhältnis von Integration und Bürgerstatus?

¹⁵⁸ *Isensee* Abschied der Demokratie vom Demos? (Fn. 149), 710; *ders.* Antragschrift im Verfahren gegen das kommunale Ausländerwahlrecht in Schleswig-Holstein, abgedruckt in: *ders./E. Schmidt-Jortzig* (Hrsg.) Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht, Heidelberg 1993, 1 ff. (16, 28); ebenso *P.M. Huber* in: *M. Sachs* (Hrsg.) GG-Kommentar, 6. Aufl. München 2011, Präambel Rn. 16, wo auf „das deutsche Volk als Schicksals- und Handlungsgemeinschaft (Nation)“ Bezug genommen wird.

¹⁵⁹ Zu den unterschiedlichen staatsangehörigkeitsrechtlichen Leitbildern in Deutschland und Frankreich *Brubaker* (Fn. 113), 234, dazu auch die Besprechungen von *D. Gosewinkel* Staatsangehörigkeit in Deutschland und Frankreich, im 19. und 20. Jahrhundert, in: *C. Conrad/J. Kocka* (Hrsg.) Staatsbürgerschaft in Europa, Hamburg 2001, 48 ff.

¹⁶⁰ *Isensee* Die staatsrechtliche Stellung (Fn. 149), 93.

¹⁶¹ *S. Oeter* Allgemeines Wahlrecht und Ausschluss von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, in: *U. Davy* (Hrsg.) Politische Integration der ausländischen Wohnbevölkerung, Baden-Baden 1999, 30 ff. (41 f.); *S. Lenski* Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und Europäisierung, DVBl. 2012, 1057 ff. (1063 f.).

¹⁶² *C. Gusy/K. Ziegler* Der Volksbegriff des Grundgesetzes: Ist die Position des Bundesverfassungsgerichts alternativlos?, in: *Davy* (Fn. 161), 222 ff. (245 f.).

¹⁶³ “The right to have a right to vote is reserved to citizens, but the right to vote can be shared with others.” *G. L. Newman* “We are the People”: Alien Suffrage in German and American Perspective, *Michigan Journal of Int’l Law* 13 (1991), 259 ff. (334).

IV. Integration als Prozess – Bürgerstatus als Zustand?

Integration ist ein Prozess des Hineinwachsens eines Individuums in eine kulturelle, sprachliche, soziale und politische Gemeinschaft und sie ist auch ein Prozess des Zusammenwachsens einer solchen Gemeinschaft.¹⁶⁴ Es versteht sich deshalb eigentlich von selbst, dass punktuelle Ereignisse, wie die Einbürgerung oder die Zuerkennung des Wahlrechts, nicht schon *per se* entscheidende Integrationseffekte erzeugen können.¹⁶⁵ Auch sie sind eben nur einzelne Schritte in einem Prozess. Der Begriff des Bürgerstatus suggeriert demgegenüber ein Angekommensein. Schon begrifflich geht es um einen Zustand, nicht um Veränderung.¹⁶⁶ Der Begriff bildet das Prozesshafte der Integration nur unzureichend ab. In einer durch Migration geprägten Gesellschaft geht es vor allem um das Bürgerwerden, weniger um das Bürgersein.¹⁶⁷ In den Sozialwissenschaften wird deshalb der prozesshafte Charakter des Bürgerstatus betont.¹⁶⁸ Rechtlich erscheint es demgegenüber auf den ersten Blick ausgeschlossen, einen Status als Prozess zu verstehen, wenn man an der binären Codierung festhalten will.

Aber die in diesem Bericht analysierte Überlagerung des Bürgerstatus durch den nationalen und internationalen Grund- und Menschenrechtsschutz eröffnet doch eine prozesshafte Perspektive auf den Bürgerstatus. Man kann die Entwicklung nämlich so deuten, dass ein *Zustand* durch einen *Prozess der Annäherung* ersetzt wird. Die Entbündelung des Status, verbunden mit dem Festhalten am binären Code für die Staatsangehörigkeit und der Zuweisung einzelner Statusrechte unabhängig vom Status als solchem, ermöglicht genau jene Differenzierungen, die ein am Zustand des Bürgerseins orientiertes Verständnis vom Bürgerstatus ausschließen würde. Es wird möglich, Bürgerrechte zu haben, ohne die Staatsange-

¹⁶⁴ Grundlegend R. Smend *Verfassung und Verfassungsrecht*, abgedruckt in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. wiederum erweiterte Auflage 1994, 119ff. (136ff. und 142ff.); dazu St. Koriath *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, VVDStRL 62 (2003), 122f.

¹⁶⁵ Dazu die Skepsis bei Oeter (Fn. 161), 56.

¹⁶⁶ Dieser Gesichtspunkt wird auch betont bei Lenski (Fn. 161), 1059ff.

¹⁶⁷ Dieser Punkt wird besonders betont bei C. Joppke *Immigration and the Nation State*, Oxford 1999, 199 ff.; siehe auch den programmatischen Titel bei G. D'Amato *Vom Ausländer zum Bürger*, Münster 1998.

¹⁶⁸ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 20; dies wirkt in der englischen Terminologie („citizenship as process“) weniger widersprüchlich, als das bei der deutschen Übersetzung „Bürgerstatus als Prozess“ der Fall ist (was auch die Attraktivität des englischen Begriffs gegenüber dem deutschen ein Stück weit erklären mag).

hörigkeit zu besitzen.¹⁶⁹ Die Rede vom „ausländischen Mitbürger“ ist dann nicht mehr paradox,¹⁷⁰ sondern sie bildet die Entwicklung sprachlich ab.

V. Schlussbemerkung

Betrachtet man zum Abschluss die Gesamtentwicklung seit der in der Einleitung zitierten Entscheidung des U.S. Supreme Court, so wird deutlich welchen enormen Veränderungsprozess das Völkerrecht in den vergangenen 60 Jahren durchlaufen hat. Die von Justice *Jackson* verfasste Entscheidung, in der die Ausweisung als „Verteidigung und Vergeltung“ qualifiziert wird und in der von der „traditionelle[n] Macht der Nation über den Fremden“ die Rede ist,¹⁷¹ ist einer Zeit verhaftet, in der Interessenausgleich und Machtkoordination zwischen Staaten die zentralen Regelungsanliegen des Völkerrechts waren. Die Analyse zum Bürgerstatus zeigt demgegenüber nicht nur, dass das moderne Völkerrecht individuelle Rechtspositionen begründet,¹⁷² und damit den Status von Ausländern in vielen Bereichen demjenigen von Inländern annähert, sondern sie belegt auch das Hineinwirken dieser Rechtspositionen in die innerstaatlichen Rechtsordnungen.¹⁷³ Der universelle Anspruch der Menschenrechte wirft damit ein neues Licht auf den Begriff des Weltbürgers. Dieser ist zwar vorbelastet mit einerseits manchen elitären und idealistischen Vor-

¹⁶⁹ Über einen allmählichen Zuwachs dieser Rechte wird eine schrittweise Annäherung möglich. Das führt *de facto* zu einer Entnationalisierung der Statusrechte und damit mittelbar auch der Staatsbürgerschaft, vgl. dazu die Überlegungen bei *H. Klegler* Transnationale Staatsbürgerschaft oder: Lässt sich Staatsbürgerschaft entnationalisieren?, in: F. Paychère (Hrsg.) Herausforderungen an das Recht am Ende des 20. Jahrhunderts, ARSP Beiheft 62, Stuttgart 1995, 85 ff.; ähnlich *R. Bauböck* Citizenship and migration – concepts and controversies, in: ders. (ed.) Migration and Citizenship – Legal Status, Rights and Political Participation, Amsterdam 2006, 14 ff. (22f.); ob sich zu einem späteren Zeitpunkt über die Anbindung des Bürgerstatus an den dauerhaften Aufenthalt wieder eine vergleichbare Bündelung erreichen lässt, ist eine andere Frage. In der Literatur werden entsprechende Konzeptionen vertreten, siehe *Kostakopolou* (Fn. 6), 112 ff.

¹⁷⁰ *Isensee* Diskussionsbemerkung, VVDStRL 55 (1996), 140.

¹⁷¹ Vgl. die Zitate oben in Fn. 2.

¹⁷² Dazu die Grundlegung eines „subjektiven internationalen Rechts“ bei *A. Peters* Das subjektive internationale Recht, JöR N.F. 59 (2011), 411 ff.

¹⁷³ Hieran zeigt sich der durch den internationalen Menschenrechtsschutz begründete „fundamentale Paradigmenwechsel“ im Völkerrecht, *M. Kotzur* Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes, Berlin 2001, 143.

stellungen vom Kosmopolitismus der Aufklärungszeit¹⁷⁴ und andererseits utopischen Anklängen an einen Weltstaat.¹⁷⁵ Man sollte sich davon aber nicht irritieren lassen. In der Vermittlung von Bürgerrechten durch den internationalen Menschenrechtsschutz liegt der Kern für einen Bürgerstatus jenseits des Staates.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Vgl. die Hinweise bei *S. Thielking* Weltbürgertum. Kosmopolitische Ideen in Literatur und politischer Publizistik seit dem 18. Jahrhundert, München 2000, 24 ff.; *A. Albrecht* Kosmopolitismus. Weltbürgerdiskurse in Literatur, Philosophie und Publizistik um 1800, Berlin-New York 2005, 391 ff.; *P. Coulmas* Weltbürger. Geschichte einer Menschheitssehnsucht, Reinbek bei Hamburg 1990, 341 ff.

¹⁷⁵ *D. Held* Cosmopolitanism. Ideals and Realities, Cambridge 2010; *O. Höffe* Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, München 1999, 335 ff.; vgl. auch die entsprechende Kritik bei *Tomuschat* (Fn. 24), 79.

¹⁷⁶ So auch die Tendenz bei *K. Dicke* Der Fremde als Weltbürger. Zur Tradition und Relevanz des Kosmopolitismus, in: J. Dummer/M. Vielberg (Hrsg.) Der Fremde – Freund oder Feind? Stuttgart 2004, 43 ff. (54); *D. Thürer* „Citizenship“ und Demokratieprinzip: „Föderative“ Ausgestaltungen im innerstaatlichen, europäischen und globalen Rechtskreis, in: H. Brunkhorst/M. Kettner (Hrsg.) Globalisierung und Demokratie, Frankfurt 2000, 177 ff. (205).

Leitsätze des 1. Referenten über:

Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration

1. *Staatsangehörigkeit bezeichnet die formale Zuordnung einer Person zu einem Staat, Staatsbürgerschaft umfasst die materiellen Rechtspositionen des Individuums, einschließlich etwaiger Pflichten.*

2. *Die Begründung eines Status erfolgt durch eine rechtsförmige Entscheidung und nach einem binären Code, der Zwischenstufen ausschließt. Üblicherweise knüpft die Rechtsordnung ein Bündel von Rechten und Pflichten an den Status (Statusfolgen). Diese Struktur hat den Vorteil der Rechtsklarheit, wird aber jedenfalls dann mit einem Differenzierungs- nachteil erkaufte, wenn die Statusrechte exklusiv über den Status vermittelt werden.*

3. *Das Rechtebündel umfasst typischerweise das Aufenthalts- und Freizügigkeitsrecht, Rechte der wirtschaftlichen Betätigung, politische Mitwirkungsrechte an der organisierten Staatswillensbildung und für die Kommunikation im öffentlichen Raum, sowie schließlich einen Anspruch auf Unterstützung durch die Solidargemeinschaft.*

4. *Die bürgerlichen Grundpflichten (Gesetzesgehorsam, allgemeine Wehr- und Steuerpflicht, Eigentumsabtretungspflicht) unterscheiden – mit Ausnahme der inzwischen allerdings abgeschafften Wehrpflicht – nicht in nennenswerter Weise zwischen Ausländern und Staatsangehörigen.*

5. *Klare Konturen erhält der Bürgerstatus, wenn man ihn auf Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft bezieht, also die formale Zugehörigkeit und die vollumfängliche materielle Berechtigung aus den gerade beschriebenen Rechtspositionen als Charakteristika des Bürgerstatus ansieht.*

6. *Der Mikrozensus erhebt seit 2005 den Migrationshintergrund der Wohnbevölkerung. Der Migrationshintergrund definiert sich entweder über den Zuzug nach Deutschland nach 1949, die Geburt als Ausländer in Deutschland oder die Geburt als Deutscher in Deutschland, wenn zumindest ein Elternteil nach Deutschland zugezogen oder als Ausländer in Deutschland geboren wurde. Danach hatte im Jahr 2011 ein Anteil von 19,5% an der Gesamtbevölkerung einen Migrationshintergrund. 10,7% der Bevölkerung hatte einen Migrationshintergrund bei Besitz der deutschen Staats-*

angehörigkeit. Der Ausländeranteil an der Gesamtbevölkerung lag entsprechend bei 8,8%. Nach den Angaben im Migrationsbericht 2010 lebten zum Ende des Jahres 2010 gut zwei Drittel (67,4%) der ausländischen Bevölkerung seit über zehn Jahren in Deutschland, bei 39,1% sind es mehr als zwanzig Jahre und exakt ein Viertel lebt sogar seit über dreißig Jahren in Deutschland. Die durchschnittliche Aufenthaltsdauer beträgt derzeit 19,0 Jahre. Fast drei Viertel der Ausländer erfüllen eine der Einbürgerungsvoraussetzungen, ohne aber von der Möglichkeit der Einbürgerung Gebrauch gemacht zu haben.

7. Der Bürgerstatus wird in zentralen Bereichen durch die nationale und internationale Menschenrechtsentwicklung überlagert.

a) Inzwischen ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die Figur des Langzeitmigranten anerkannt, dessen Integration in den Aufenthaltsstaat in den Schutzbereich des Privatlebens nach Art. 8 EMRK fällt. Darüber hinaus hat der Gerichtshof akzeptiert, dass Migranten unter bestimmten Umständen ein legitimes Interesse daran haben könnten, sich dauerhaft in einem fremden Staat aufzuhalten, ohne dessen Staatsangehörigkeit zu erwerben.

b) Neben der Freizügigkeit für Unionsbürger dürften sich die arbeitnehmerbezogenen Schutzrechte aus der Grundrechte-Charta auf die Rechtsstellung jedenfalls solcher Drittstaatsangehöriger auswirken, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten „arbeiten dürfen“.

c) Weder die EMRK noch der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte unterscheiden hinsichtlich der politischen Mitwirkungsrechte nach der Staatsangehörigkeit. Die Ausnahme in Art. 16 EMRK beschränkt sich auf den Kernbereich des politischen Prozesses und wird zu Recht für überholt gehalten.

d) Der EGMR und das Bundesverfassungsgerichts verlangen bei Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit einen sachlichen Grund, der gerade nicht allein in der ausländischen Staatsangehörigkeit liegen darf. Im Ergebnis folgen damit Ansprüche auf Unterstützung durch die Solidargemeinschaft grund- und menschenrechtlichen Maßstäben der Gleichheit, die sich überwiegend an der Situation eigener Staatsangehöriger orientieren.

8. Es gibt keinen allgemeinen menschenrechtlichen Anspruch auf eine bestimmte Staatsangehörigkeit. Allerdings ist die diskriminierende Vergabe der Staatsangehörigkeit durch das allgemeine Diskriminierungsverbot (etwa des Art. 14 EMRK) untersagt.

9. Die Unionsbürgerschaft bündelt Rechte der Mobilität, der Gleichbehandlung und – begrenzt auf das Kommunalwahlrecht – der politischen Mitwirkung. Sie fügt sich in die Entwicklung, nach der die Statusrechte des Bürgerstatus inzwischen vielfach eher vom gefestigten Aufenthalt abhängen als vom formalen Band der Staatsangehörigkeit.

10. Die Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen wird dazu führen, dass die Zahl derjenigen weiter zunimmt, die einen mehr oder weniger großen Teil der Statusrechte in Anspruch nehmen können, ohne die Staatsbürgerschaft zu besitzen.

11. Die grund- und menschenrechtliche Entwicklung bewirkt eine „Entbündelung“ der Statusrechte. Binär wird nur noch bei der Staatsangehörigkeit entschieden. Die materiellen Rechte der Staatsbürgerschaft, insbesondere ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht, werden hingegen inzwischen weitgehend unabhängig von der Staatsangehörigkeit zugewiesen. Dies führt dazu, dass sich Migranten mit dauerhaftem Aufenthaltsrecht hinsichtlich des Bürgerstatus in der Praxis letztlich nur noch beim Wahlrecht von den Staatsangehörigen unterscheiden. Die hierdurch entstehende Ungleichheit kann für die repräsentative Demokratie zum Krisenfall werden, denn es droht eine Inkongruenz „zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen“.

12. Der großzügigere Zugang zur deutschen Staatsangehörigkeit seit der Reform zum 1. Januar 2000 hat das Mitwirkungsproblem nicht beseitigt. Im Jahr 2011 wurden ca. 107.000 Personen eingebürgert; das entspricht einer Einbürgerungsquote (bezogen auf den Ausländeranteil an der Gesambevölkerung) von 1,44%. Die sog. Ausschöpfung des Einbürgerungspotentials, also die Einbürgerungsquote bezogen auf alle grundsätzlich einen Einbürgerungstatbestand erfüllenden Ausländer, liegt bei 2,44%.

13. In der Einbürgerungspraxis überwiegt inzwischen die Hinnahme der Mehrstaatigkeit (im Jahr 2011: 50,4% zu 49,6%). Maßgeblich hierfür sind insbesondere hohe Quoten der Mehrstaatigkeit bei Einbürgerungen aus Amerika (78,8%), Afrika (61,9%) und Asien (57,2%). Dagegen ist die Hinnahme von Mehrstaatigkeit für europäische Nichtunionsbürger vergleichsweise gering. Für die Kandidatenländer (Kroatien, Mazedonien, Montenegro und die Türkei) liegt sie bei 25,6%, für das sonstige Europa (mit Ausnahme des Europäischen Wirtschaftsraums und der Schweiz) beträgt sie 26,4%. Hierdurch entstehen Ungleichheiten, die möglicherweise einer Prüfung anhand des Unionsrechts (beim Verlust der Unionsbürgerschaft durch die Optionspflicht) und der EMRK nicht standhalten werden.

14. Seit der Ergänzung von Art. 28 Abs. 1 GG um einen Satz 3 zugunsten der kommunalen Wahlberechtigung von Unionsbürgern ist es nicht mehr überzeugend, ein allgemeines Kommunalwahlrecht für Ausländer als Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG anzusehen. Vor dem Maßstab des Art. 116 Abs. 1 GG, den das Bundesverfassungsgericht in den Mittelpunkt rückt, gibt es keinen Unterschied zwischen nicht-deutschen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen. Beide Gruppen sind Ausländer.

15. Die Gesamtentwicklung beim Bürgerstatus gibt Anlass, noch einmal die grundsätzliche Frage nach der Beschränkung des Volksbegriffs in Art. 20 Abs. 2 GG auf die deutschen Staatsangehörigen und die ihnen nach Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellten Personen aufzuwerfen. In der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird ein enger Bezug zwischen Demokratie und Menschenwürde hergestellt: „Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert.“ Dieser Ansatz muss sich angesichts der zentralen Bedeutung der Menschenwürde für die deutsche Verfassungsordnung in einer großzügigeren Interpretation des Volksbegriffs in Art. 20 Abs. 2 GG niederschlagen.

16. Der Begriff „Bürgerstatus“ bildet das Prozesshafte gesellschaftlicher Integration nur unzureichend ab. In einer durch Migration geprägten Gesellschaft geht es viel mehr um das Bürgerwerden als um das Bürgersein. Die „Entbündelung“ der Statusrechte erweist sich als notwendige Flexibilisierung. Es wird möglich, Bürgerrechte zu haben, ohne die Staatsangehörigkeit zu besitzen.

Erster Beratungsgegenstand:

Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration

2. Referat von Professor Dr. *Klaus Ferdinand Gärditz*, Bonn*

Inhalt

	Seite
I. Territorialität von Herrschaft – Personalität von Herrschaftslegitimation	51
II. Bürger, Staatsbürger, Staatsangehöriger, Bürgerstatus	53
III. Gewichtsverlagerungen von der Personalität zur Territorialität	60
1. Differenzierung und Verfestigung des Aufenthaltsstatus Nicht-Staatsangehöriger	62
2. Angleichung der Freiheit im Aufenthalt	67
3. Territorialer Rechtsgehorsam und personale Sonderpflichten	73
4. Sozialstaatlich funktionalisierte Solidarität	74
5. Territorialiserte staatliche Schutzverantwortung	84
6. Bestandsaufnahme: Statusdifferenzierung und poröse Territorialität	87
IV. Politische Teilhabe der „Anderen“?	89
1. Befund: Die politische Exklusion von Ausländern	90
2. Divergenzen zwischen Herrschaftsbetroffenheit und Herrschaftslegitimation	95
3. Demokratisches Optimierungsgebot?	97
a) Formalisierungsbedarf freiheitlicher Ordnungen	98
b) Pragmatistische Demokratisierung statt demokratietheoretischer Idealisierung	101
c) Individualfreiheit zur politischen Interessenartikulation	104

* Für kritische Durchsicht und Diskussion von Entwürfen des Vortrages sowie für wertvolle Anregungen danke ich sehr herzlich *Wolfgang Durner, Klaus Frey, Wolfgang Kahl, Johannes Orth* und *Hendrik Steudel*.

4.	Politische Gleichheit als Konsequenz der Menschenwürde?	106
V.	Legitimationssubjekte als Produkte demokratisch gesetzten Rechts	107
VI.	Demokratieadäquater Zugang zum Bürgerstatus durch Einbürgerung	118
	1. Zumutbare Einbürgerungschancen	119
	2. Demokratieadäquate Begrenzungen des Zugangs zum Bürgerstatus	122
	a) Schutz der Funktionsbedingungen des demokratischen Rechtsstaats	124
	b) Integrationsanforderungen	129
	3. Staatsangehörigkeitsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten auf Migration	133
	a) Verfassungsrechtliche Gestaltungsoffenheit der Staatsangehörigkeit	134
	b) Territorialisierung durch Ausbau des Geburtsortprinzips?	135
	c) Personale Auffächerung durch Mehrfachstaatsangehörigkeit?	137
VII.	Unionsbürgerschaft als europäischer Bürgerstatus	140
	1. Politischer Bürgerstatus qua territorialer Repräsentation	140
	2. Unionsbürgerschaft als grundlegender Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten	143
	a) Materialisierung durch Territorialisierung	144
	b) Personale Verselbstständigung der Unionsbürgerschaft?	146
	3. Europäisierung der Staatsangehörigkeit?	150
VIII.	Konsequenz: Fortschreibung des Bürgerstatus als Demokratiepolitik	155

I. Territorialität von Herrschaft – Personalität von Herrschaftslegitimation

Als im Jahr 2000 der Konzeptkünstler *Hans Haacke* der Inschrift „Dem Deutschen Volke“ am Reichstagsgebäude einen Pflanzkasten mit dem Schriftzug „Der Bevölkerung“ gegenüberstellte, verwies er auf „die Feststellung, dass die im Parlament verhandelten Fragen alle Bürger gleichermaßen betreffen.“¹ Die Provokation ging auf und löste eine kontroverse Bundestagsdebatte aus,² in deren Rahmen eine Abgeordnete das Kunstwerk als Ausdruck „demokratischer Territorialität“ deutete.³ Damit wären wir mitten im Thema.

Migration und europäische Integration berühren das personale Substrat des Staates⁴ und aktualisieren ein latentes Spannungsverhältnis im Fundament demokratischer Verfassungsstaaten:⁵ Der moderne Staat als Herrschaftsverband ist Territorialstaat, der sich gerade durch

¹ Projektbeschreibung, wiedergegeben in einem Flyer des Deutschen Bundestages, abrufbar unter http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/kunst/kuenstler/haacke/haacke_flyer.pdf.

² Siehe Plenarprotokoll 14. WP/97. Sitzung v. 5. 4. 2000, 9034 ff.; Dokumentation der öffentlichen Begleitdebatte bei *M. Diers/K. König* (Hrsg.) *Der Bevölkerung*, 2000. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kritisch *D. Murswiek* FS Hartmut Schiedermaier, 211 (223 ff.), der das Kunstprojekt als solches (!) für verfassungswidrig erachtet, was weder die Maßstäbe für die Beurteilung eines unter Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fallenden Kunstwerks noch die Freiheit des Bundestags bei der rechtsfolgenlosen Selbstdarstellung, die nicht Thema der Art. 20 Abs. 2, 38 Abs. 1 Satz 2, 79 Abs. 3 GG ist, zutreffend bestimmt; er weist aber im Übrigen zutreffend auf die Verkennung der spezifischen Repräsentationsfunktion des Parlaments hin.

³ Abgeordnete *Rita Süßmuth* (CDU/CSU), Plenarprotokoll 14. WP/97. Sitzung v. 5. 4. 2000, 9044.

⁴ Dies geschieht in durchaus unterschiedlicher Weise und spiegelt sich auch darin, dass einerseits die Internationalisierung und andererseits die Europäisierung des Migrationsverwaltungsrechts asynchron und teilweise durchaus gegenläufig (im Sinne von Europäisierung als Verdrängung der Internationalisierung) verlief, vgl. die Beobachtungen von *J. Bast* in: C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter (Hrsg.) *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, 279 ff. Jeweils wird aber gesellschaftliche Permeabilität abgebildet, so zutreffend *J. Habermas* in: ders., Ach, Europa, 2008, 88 (92 f.).

⁵ Eine andere Gegenläufigkeit, mit der hier beschrieben – wie sich zeigen wird – durchaus verwandt, mag man in der Gründung des Verfassungsstaates auf den kosmopolitischen Menschenrechten einerseits und der nationalstaatlichen Demokratie andererseits sehen, so *J. Isensee* VVDStRL 62 (2003), 208; zu den Antagonismen auch *S. Oeter* VVDStRL 67 (2008), 205.

Territorialisierung von mittelalterlichen Personenverbänden⁶ abgelöst hat.⁷ Demokratie ruht demgegenüber auf einer personalen Legitimationsstruktur von Herrschaft.⁸ Die vielfältigen Entgrenzungen, die mit einer Öffnung der Staaten⁹ und der Globalisierung¹⁰ sozialer Zusammenhänge

⁶ Prägend *H. Mitteis* Der Staat des Hohen Mittelalters, 5. Aufl. 1955, 4f., 10, 42; ferner (insbesondere auch zur mangelnden territorialen Radizierung) *W. Reinhard* Geschichte der Staatsgewalt, 2. Aufl. 2000, 31, 42f. Zu dinglichen Elementen des Lehnrechts, die die prädominante personale Komponente ergänzten, siehe *H. Mitteis* Lehnrecht und Staatsgewalt, 1972, 107 ff., 500 ff., 522; *S. Wiessner* Die Funktion der Staatsangehörigkeit, 1989, 98f.; grundlegend *O. Brunner* Land und Herrschaft, 5. Aufl. 1965. Die Staatsangehörigkeit als Produkt territorialer Radizierung ist demgegenüber eine vergleichsweise junge Institution, die erst Ende des 18. Jahrhunderts auftaucht und sich von früheren Formen bürgerschaftlicher Bindung unterscheidet. Siehe *R. Grawert* Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, 22ff.

⁷ Vgl. *U. Di Fabio* in: W. Brugger/G. Haverkate (Hrsg.) Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, 2002, 153ff.; *K. F. Gärditz* Weltrechtspflege, 2006, 39, 45ff.; *W. Graf Vitzthum* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) HStR II, 3. Aufl. 2004, § 18 Rn. 2, 4; *M. Heintzen* Der Staat 36 (1997), 327 (329); aA offenbar *D. Gosewinkel* FS Ernst-Wolfgang Böckenförde, 1995, 359. Eine primär personale und entterritorialisierte Vermittlung von Recht durch bloße Mitgliedschaft ist daher vor allem ein Element religiöser Rechtssysteme geblieben, die Gläubige meist universell (und auch in der Diaspora sowie als autonomes Recht unabhängig vom jeweils territorial geltenden staatlichen Recht) adressieren wollen. Vgl. mit bewunderndem Pathos *J.-J. Rousseau* Politische Schriften, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, 230f.; für die christlichen Kirchenrechte *H. de Wall* *S. Muckel* Kirchenrecht, 2009, § 17 Rn. 4 ff., § 26 Rn. 1ff.; das klassische islamische Recht kombiniert territoriale und personale Elemente (scil. Gebiet des Islam mit Sonderrecht für Ungläubige, religiöse Pflichten der Muslime in der Diaspora), vgl. *M. Rohe* Das islamische Recht, 2. Aufl. 2009, 149ff., 275ff.; *I. K. Salem* Islam und Völkerrecht, 1984, 59ff.

⁸ Hierin sieht *I. Maus* Über Volkssouveränität, 2011, 14, eine Ersetzung des Territorialprinzips durch die Selbstbestimmung des Personenverbandes. Dies ist freilich ungenau und unvollständig, weil – wie zu zeigen sein wird – auch das Territorialprinzip wirkmächtig bleibt und sich beide Verankerungen von Herrschaft in komplexen Wechsel-, mitunter auch Konkurrenzbeziehungen überlagern.

⁹ Stellvertretend statt vieler *U. Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998; *S. Hobe* Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998; *C. Tietje* Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001; *R. Wahl* in: G. F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.) Europawissenschaft, 2005, 147ff.

¹⁰ *M. Kment* Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2011, 12ff.; *G. Nolte* Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), 129ff.; *R. Poscher* Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), 160ff.; *M. Ruffert* Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, 2004; *C. Walter* DVBl. 2000, 1ff.

einhergehen,¹¹ fordern daher zwangsläufig auch die Personalität demokratischer Herrschaftslegitimation heraus.¹²

II. Bürger, Staatsbürger, Staatsangehöriger, Bürgerstatus

Der schillernde¹³ Begriff des Bürgers ist – anders als der des Unionsbürgers (Art. 20 AEUV) – im deutschen Recht jenseits des Kommunalrechts¹⁴ kein Rechtsbegriff,¹⁵ sondern meist entweder Chiffre für das Gegenüber

¹¹ Analytisch *W. Hoffmann-Riem* AöR 130 (2005), 5 (13 ff.); *W. Kahl* in: H.-H. Trute/ T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 71 (76 ff.); *S. Korioth* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 117 (119 f.); *J. Masing* Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, 20 ff.; aus soziologischer Sicht ferner stellvertretend *S. Mau* Transnationale Vergesellschaftung: Die Entgrenzung sozialer Lebenswelten, 2007, 17 ff.; *R. Stichweh* Inklusion und Exklusion: Studien zur Gesellschaftstheorie, 2009, 145 ff.

¹² Prononciert *S. Benhabib* Law & Ethics of Human Rights 2 (2008), 1 (10 f.); *B.-O. Bryde* in: J. Isensee/E. Schmidt-Jortzig (Hrsg.) Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht, 1993, 238 (246); *J. Shaw* The Transformation of Citizenship in the European Union, 2007, 243 f.; ferner *Di Fabio* (Fn. 9), 134. Am deutlichsten wird dies, wenn ein transnationaler Bürgerstatus menschenrechtlich konstruiert wird, um den nationalstaatlichen Definitionsrahmen zu überwinden; so grundlegend *Y. N. Soysal* Limits of citizenship, 1994, 140 ff. Vgl. zurückhaltender auch *B.-O. Bryde* StWuStP 1995, 305 (306, 311): Ermöglichung von Demokratie in kulturell diversifizierten Gesellschaften. Zur komplementären Verschiebung personal identitätsbildender Faktoren *H. Keller* in: A. v. Bogdandy/A. Büchler/H. Keller/H.-P. Mansel/G. Nolte/C. Walter (Hrsg.) Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, 2008, 39 ff.; *Korioth* Identität (Fn. 11), 138.

¹³ So auch *S.-C. Lenski* DVBl. 2012, 1057; eingehend zur begrifflichen Unsicherheit bereits *Wiessner* (Fn. 6), 29 ff.; ferner *Burgil/Durner* Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012, 159 f.

¹⁴ Bürger sind nach der gängigen Terminologie die wahlberechtigten Einwohner, vgl. stellvertretend § 21 Abs. 2 GO NW. Eingeschlossen sind damit wahlberechtigte Unionsbürger; ausgeschlossen bleiben Drittstaatsangehörige sowie Personen, die das Wahlalter nicht erreicht bzw. das Wahlrecht anderweitig verloren haben. Siehe hierzu stellvertretend § 7f. KommWahlG NW; *M.-E. Geis* Kommunalrecht, 2008, § 10 Rn. 4 ff. Dem gegenübergestellt sind die Einwohner der Gemeinde; der Einwohnerstatus knüpft an den formellen Wohnsitz an, vgl. § 21 Abs. 1 GO NW. Auch Einwohner haben gegenüber den Nichteinwohnern, die sich lediglich vorübergehend im Gemeindegebiet aufhalten, einen privilegierten Rechtsstatus, insbesondere was den Zugang zu kommunalen Leistungen und Einrichtungen betrifft. Siehe *M. Burgi* Kommunalrecht, 3. Aufl. 2010, § 11 Rn. 3 ff. Zu den unionsrechtlichen Problemen eingehend *P. M. Huber*/F. Wollenschläger Einheimischenmodelle, 2008; *A. Roeßing* Einheimischenprivilegierungen und EG-Recht, 2008.

¹⁵ Anders und unter präziser Benennung der juristischen Ableitungszusammenhänge Art. 37 Abs. 1 BV Schweiz: „Schweizerbürgerin oder Schweizerbürger ist, wer das Bür-

von Herrschaftsausübung¹⁶ oder Bezeichnung der Mitgliedschaft in einem Legitimationssubjekt.¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht rekurriert gelegentlich auf den Begriff des Bürgers oder Staatsbürgers,¹⁸ ohne dass damit ein argumentativer Mehrwert verbunden wäre oder stets eine rechtliche Differenz zu Nichtbürgern zum Ausdruck käme. Auch unbeholfene semantische Umarmungsversuche wie der des ‚ausländischen Mitbürgers‘

gerrecht einer Gemeinde und das Bürgerrecht des Kantons besitzt.“ Hierzu das Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz [BüG]).

¹⁶ Etwa *A. von Arnauld* JöR 59 (2011), 497 ff.; *H. Prantl* ZRP 2011, 24 (25). Dieser Begriffsgebrauch ist gerade im Verwaltungsrecht etabliert, wo Bürger meist Synonym für den Einzelnen ist, vgl. stellvertretend *J. Masing* in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 71 ff.

¹⁷ Zu Verwendungskonnotationen eingehend *S. Baer* „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, 2006, 7–43.

¹⁸ Die nachfolgenden Beispiele beschränken sich auf ausgewählte Entscheidungen der letzten drei Jahre. Eine eingehende Analyse der wichtigsten Kontexte der Begriffsverwendung von Bürger in der Rechtsprechung findet sich bei *Baer* Bürger (Fn. 17), 34 ff. Verwendung im Sinne von allgemeiner Grundrechtsträgerschaft unter (implizitem) Einschluss von Ausländern: BVerfGE 127, 1 (19); 127, 30 (47); 127, 61 (76); 128, 90 (106); 128, 226 (244); BVerfG-K, NVwZ-RR 2010, 905 (906); NJW 2011, 1863 (1864); NJW 2011, 1859 (1860); plastisch auch BVerfG-K, Beschl. v. 28. 11. 2011, 1 BvR 917/09, Rn. 24: Dem Staat komme „anders als dem einzelnen Staatsbürger“ kein grundrechtlicher Ehrenschutz zu. Staatsbürger als Synonym für Staatsangehörigkeit: BVerfG-K, EuGRZ 2009, 645; NJW 2011, 3020; Beschl. v. 24. 6. 2010, 1 BvR 3332/08, Rn. 2. Staatsbürger/Aktivbürger/Bürger als Wahlberechtigte: BVerfGE 11, 266 (272); 13, 54 (55, 87, 95); 123, 267 (273); 124, 1 (18); BVerfG, Beschl. v. 4. 7. 2012, 2 BvC 1/11, Rn. 41; *Urt. v. 12. 9. 2012*, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 208; abweichende Meinung der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* in: BVerfG, NVwZ 2012, 33 (42). Siehe auch BVerfGE 123, 39 (69), mit Rekurs auf die „bürgerschaftliche [...] Kontrollierbarkeit“ (74). Schlichter semantischer Missgriff: BVerfG-K, NVwZ 2011, 486 (488): „als Österreicher und damit EU-Staatsbürger“. Unklar bei BVerfG-K, NJW 2009, 2735, Rn. 18; Beschl. v. 4. 5. 2009, 1 BvR 2252/08, Rn. 18, da hier Staatsbürger im Kontext des Deutschengrundrechts der Berufsfreiheit steht. Selbst dort, wo es zentral um Fragen demokratischer Legitimation durch das Volk geht, misst das Gericht den Begriffen offenbar keine qualifizierte Bedeutung zu, wie das Lissabon-Urteil zeigt, BVerfGE 123, 267: „Bürger“ im Sinne von wahlberechtigten Deutschen nach Art. 38 Abs. 1 GG (340 f.); „Staatsbürger“ im gleichen Sinne (373); „Staatsbürgerschaft“ im Sinne von Staatsangehörigkeit (358); teils auch explizit „Staatsangehörige“ (374, 388, 404 f.) bzw. Staatsangehörigkeit (376); dann auch kreativ der „Staatsangehörigkeitsstatus“ (405); in besonderer Verbindung auch bei BVerfGE 123, 267, Ls. 1 (im Urteil selbst nicht mehr verwendet): „die staatsangehörigen Bürger“. Vgl. punktuell auch *W. Kluth* ZAR 2009, 329 (335), der nicht ausschließen will, dass sich dahinter eine dezente Botschaft verbirgt. Gemessen an der inkohärenten begrifflichen Vielfalt erscheint mir dies eher unwahrscheinlich. Siehe auch BVerfG, *Urt. v. 12. 9. 2012*, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 206/257: Bürger als Wahlbürger/Bürger im Plural als Chiffre für das Legitimationssubjekt Volk.

tragen wenig zur Präzisierung bei. Einen spezifischeren analytischen Wert erhält der Begriff des Bürgerstatus, wenn man ihn als politische Vollmitgliedschaft in der Gesellschaft¹⁹ und damit als Grundlage demokratischer Gleichheit²⁰ deutet.²¹ Basis des Bürgerstatus²² ist dann die besondere Formalisierungsleistung der Staatsangehörigkeit, mit der unterschiedliche – vor allem auch politische²³ – Rechte verbunden sind²⁴ und der die Personalhoheit des Staates korrespondiert²⁵.

¹⁹ R. Dahrendorf in: B. van Brink/W. van Reijen (Hrsg.) Bürgergesellschaft, Recht und Demokratie, 1995, 29 (33); C. Jobbke Citizenship and Immigration, 2010, 3; siehe auch Shaw (Fn. 12), 18f.: „citizenship as membership“. Beide gehen freilich darüber hinaus und ordnen dem Bürgerstatus neben politischen auch soziale und bürgerliche Rechte zu. Kritisch zu einer Differenz zwischen menschenrechtlichem Status und Bürgerstatus B.-O. Bryde StWuStP 1995, 305 (310). Grundlegend für einen holistischen Ansatz T. H. Marshall Citizenship and Social Class, 1949.

²⁰ P. M. Huber/K. Butzke NJW 1999, 2769 (2771); J. Isensee FS Paul Mikat, 1989, 705 (707); U. K. Preuß European Law Journal 1 (1995), 267 (269); A. Wallrabenstein in: K. Sahlfeld u.a. (Hrsg.) Integration durch Recht, 2003, 243 (249). Siehe auch BVerfGE 124, 1 (18): „Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG sichert die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Gleichberechtigung der Staatsbürger“. Abweichend aber S.-C. Lenski DVBl. 2012, 1057 (1063f.), die Art. 116 GG eine Ermächtigung entnehmen möchte, den Bürgerstatus abweichend von der Staatsangehörigkeit (scil. dieser gegenüber erweiternd) zu regeln.

²¹ Deutlich BVerfGE 116, 24 (44): „Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit“. In diesem Sinne etwa als „demokratische Staatsbürgerschaft“, die auf Inklusion Freier und Gleicher „in die politische Gemeinschaft“ beruhe: Habermas in: Europa (Fn. 4), 138 (140). Auch die rechtliche Gleichheit des Bürgerstatus ist keine Selbstverständlichkeit, wie etwa ein Blick nach Großbritannien zeigt, das als Produkt einer imperialen und kolonialen Vergangenheit eine filigrane und vielschichtige Auffächerung der Statusverhältnisse kennt. Siehe A. Dummett/A. G. L. Nicol Subjects, Citizens, Aliens and Others: Nationality and Immigration Law, 1990; M. Loughlin in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.) Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, § 4 Rn. 95.

²² Ausdrückliche Begriffsbildung bei S. Kadelbach in: D. Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 19 Rn. 23.

²³ Vgl. die Verschränkung von Bürgerstatus und Demokratie S. Kadelbach in: J. Drexler/K. F. Kreuzer/H. D. Scheuing/U. Sieber (Hrsg.) Europäische Demokratie, 89 (101 ff.). Auch Aristoteles (Politik, 1275a, zit. nach der von F. F. Schwarz übersetzten Ausgabe 2010) bestimmt den Bürgerbegriff durch die „Teilhabe an richterlicher Entscheidung und Herrschaft“, also beruhend auf funktionaler Politizität.

²⁴ BVerfGE 54, 53 (70): Staatsangehörigkeit als ein umfassendes Rechtsverhältnis, aus dem Rechte und Pflichten erwachsen. Für die Staatsbürgerschaft als inhaltliche Ausgestaltung der formellen Staatsangehörigkeit vor allem B. A. Corral Der Staat 46 (2007), 349 (356); ferner R. Grawert FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, 319 (329, 333); Kadelbach (Fn. 22), § 19 Rn. 22; S.-C. Lenski DVBl. 2012, 1057 (1058f.); U. K. Preuß European Law Journal 1 (1995), 267 (269 ff.). Bisweilen wird aber auch die Staatsangehörigkeit als völkerrechtlicher Zurechnungsgrund und die Staatsbürgerschaft als

Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Die Staatsangehörigkeit ist die rechtliche Voraussetzung für den gleichen staatsbürgerlichen Status, der einerseits gleiche Pflichten, zum anderen und vor allem aber auch die Rechte begründet, durch deren Gewährleistung die Staatsgewalt in der Demokratie legitimiert wird.“²⁶ Normativ gewendet enthält dies auch einen qualitativen Anspruch an die Rechtsordnung.²⁷ Der formal-

innerstaatlicher Status behandelt, so etwa *A. von Arnould* in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.) GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 16 Rn. 1; *P. Fischer* FS Günther Winkler, 1997, 237 (241f.); teils werden Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft aber auch synonym gebraucht, so namentlich BVerfGE 37, 217 (239); 123, 267 (358); insoweit in der Tradition von *G. Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. [2. Neudruck] 1919, 116. Siehe aber auch *W. Wengler* FS Walter Schätzel, 1960, 545, der zwischen essentiellen, statusimmanenten und sonstigen Rechtsfolgen differenzieren will. Allerdings weist *I. von Münch* Die deutsche Staatsangehörigkeit, 2007, 17ff., darauf hin, dass der in diesem Kontext gebräuchliche Begriff „Staatsbürgerschaft“ gleich doppelt historisch vorbelastet ist: durch die rassistisch diskriminierend konstruierte „Reichsbürgerschaft“ des Reichsbürgergesetzes v. 15.9.1935 (RGBl. 1935 I, 1146) und durch die „Staatsbürgerschaft der Deutschen Demokratischen Republik“. Freilich handelt es sich um einen älteren, traditionsreichen sowie auch anderweitig verbreiteten Begriff. Siehe nur Art. 33 Abs. 1 GG; *Grawert* ebd., 337; *H. Burger* in: W. Heindl/E. Saurer (Hrsg.) Grenze und Staat, 2000, 1 (96).

²⁵ *E.-W. Böckenförde* in: H. Barion/E.-W. Böckenförde/E. Forsthoff/W. Weber (Hrsg.) FG Carl Schmitt, 1968, 423 (431); *S. Haack* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) HStR X, 3. Aufl. 2012, § 205 Rn. 11; *Kadelbach* (Fn. 22), § 19 Rn. 19; *B. Kempen*/C. Hillgruber Völkerrecht, 2007, § 18 Rn. 28; *Wengler* (Fn. 24), 548 ff. Die Staatsangehörigkeit ist ein personales Rechtsverhältnis, nämlich ein auf wechselseitigen Rechten und Pflichten gründendes „Staatsangehörigkeitsband“, so EuGH, Urt. v. 26.5.1980, Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1980, 3881, Rn. 10; Urt. v. 27.11.1991, Rs. C-4/91 (Annegret Bleis/Ministère de l'Education Nationale), Slg. 1991, I-5627, Rn. 6; zurückgehend auf IGH, Urt. v. 6.4.1955, Nottebohm, ICJ Report 1955, 3 (23): „nationality is a legal bond“. Zur darin liegenden unmittelbaren Personalität *Grawert* Staatsangehörigkeit (Fn. 6), 216 ff.

²⁶ BVerfGE 113, 273 (294).

²⁷ Vgl. aussagekräftig BVerfGE 37, 217 (239): Auch das Verständnis der Staatsangehörigkeit „wird verfassungsrechtlich dadurch gekennzeichnet, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 2 GG), daß sich die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin vollzieht, und daß die staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten, die für jeden Einzelnen mit dem Besitz der Staatsbürgerschaft verbunden sind, zugleich konstituierende Grundlagen des gesamten Gemeinwesens bilden.“ Das BVerfG recurriert explizit auch auf die „besondere Verbindung der Bürger zu der von ihnen getragenen freiheitlichen Rechtsordnung“, so BVerfGE 113, 273 (294). Dies impliziert zugleich ein Mindestmaß an sozialer Sicherung, durch die die Ausübung individueller Freiheit sowie Teilhabe an demokratischer Selbstbestimmung erst möglich wird (demokratische Funktion des Sozialstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 1 GG). Siehe allgemein zum sozialstaatlichen Schutz von Freiheitsvoraussetzungen *S. Baer* in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, § 11 Rn. 74f.; *H. M. Heinig*

demokratische Bürgerbegriff öffnet den Zugang zu den politischen Institutionen und Verfahren, um die Regeln des Zusammenlebens demokratisch zu verändern,²⁸ und hebt sich damit auch von vermeintlich apolitischen Leitbildern des Bürgerlichen ab.²⁹ Die Formalität der Staats-

Der Sozialstaat im Dienste der Freiheit, 2008; *J. Isensee* in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.) HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 200; *P. Kirchhof* FS Hans F. Zacher, 1998, 323 (329 f.); *K.-P. Sommermann* in: *H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck* (Hrsg.) GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 110 ff. Eine qualitative Beschreibung der Rechtsordnung enthält auch die Kontrastierung des Bürgerstatus zum Untertanenverhältnis. Siehe etwa BVerwGE 1, 159 (161); *von Münch* (Fn. 24), 8; *U. Volkmann* in: *T. Vesting/S. Koriath* (Hrsg.) Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, 23 (29). Auch der Soldat als ‚Bürger in Uniform‘ ist kein Untertan, vgl. BVerwGE 53, 53 (57). Siehe ferner BVerfGE 45, 297 (335): Der „Stellung des Bürgers im Staat“ entspreche die eines Kommunikationspartners der Verwaltung. Zur Entwicklung vom Untertan zum Bürger unter dem Grundgesetz und der katalytischen Funktion des subjektiven Rechts: *C. Schönberger* in: *M. Stolleis* (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, 2006, 53 (66, 71 ff.). Eine weitsichtige Weichenstellung bildet insoweit das Fürsorge-Urteil: BVerwGE 1, 159, 161 f. Von „Untertanschaft“ spricht demgegenüber *H. Krüger* Allgemeine Staatslehre, 1964, 820 ff. und *passim* (im vorliegenden Kontext vor allem 948), was dort durchaus als Programm zu verstehen ist (vgl. hierzu auch die distanzierte bis ironische Analyse von *P. Badura* JZ 1966, 123 ff.).

²⁸ Für einen „politisch-demokratischen“ Bürgerbegriff auch *D. Thürer/M. Frei* ZSR 2004 I, 205 (229).

²⁹ Paradigmatisch für eine sterile Absonderung von (entpolitisierter) bürgerlicher Freiheit und (entindividualisierter) politischer Verfasstheit *C. Schmitt* Verfassungslehre, 7. Aufl. 1989, 125 ff.; kritisch zur verdeckten hintergründigen Ideologie *H. Hofmann* in: *C. Starck* (Hrsg.) Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, 9 (10 f.). Bürgerlichkeit fungiert insbesondere auch als Chiffre für eine politikabstinente Vertragsgesellschaft, klammert also Fragen der politischen Herrschaftslegitimation entweder aus oder begreift diese strukturell als externe Intervention (vgl. historisch-analytisch *D. Grimm* Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, 14 f.). Dies gilt namentlich für (ahistorische) Idealisierungen einer bürgerlichen Gesellschaft (begriffsgeschichtlich zu dieser instruktiv *U. Scheuner* in: *H. Quaritsch* [Hrsg.] Gesellschaftliche Strukturen als Verfassungsproblem, 1978, 97 [103 ff.]), die etwa im Zivilrecht herangezogen werden, um Grundkonzeptionen des BGB wie die Vertragsfreiheit als übergreifende Systementscheidungen einer materiellen Bürgerlichkeit zu hypostasieren. Politische Eingriffe in die Vertragsfreiheit werden dann pauschal als Fremdkörper angesehen, die schematische und überzogene Abwehrreflexe auslösen, wie stellvertretend die Diskussionen zum Verbraucherschutz- und Anti-Diskriminierungsrecht zeigen. Referierend hierzu *H.-W. Micklitz* in: *F. J. Säcker* (Hrsg.) Münchner Kommentar BGB, Bd. 1/1, § 13 Rn. 64 ff.; *M. Jestaedt* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 (300 ff.). Dies bedeutet keineswegs, dass die jeweiligen Neukonzeptionalisierungen unproblematisch wären, blendet aber die politischen Wertungen aus, die schon immer (nur eben meist mit anderer Marschroute) dem Bürgerlichen Recht inhärent waren und die eben auch demokratisch gestaltbar sind. Bezeichnenderweise ist im Übrigen gerade das BGB, ob schon oft zum Leitgesetz materieller Bürgerlichkeit stilisiert, von Migration und Zuwanderung von ‚Nichtbürgern‘ praktisch unberührt geblieben, auch weil der Regelungsbereich des BGB selbst nicht auf einen materiellen Begriff des Bürgerlichen Bezug

angehörigkeit sichert zugleich die materielle Freiheit des Einzelnen, da der gleichberechtigte Bürgerstatus nicht vom Bestand gesellschaftlicher Inte-

nimmt. Dass eine apolitische Bürgerlichkeit im Rechtsstaat weder jemals realistisch noch ihrerseits ideologiefrei war, ist offensichtlich. Mit Recht für die politische Anpassungsfähigkeit des Zivilrechts *M. Schmoeckel* in: *M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann* (Hrsg.) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. I, 2003, Vor § 1 Rn. 53; zutreffend für den notwendigen Blick auf Diskontinuitäten *J. Rückert* in: *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann*, ebd., Vor § 1 Rn. 70.

Materialisierungsversuche des Bürgerlichen sind auch aus dem – mit dem StGB letztlich derselben Epoche wie das BGB verhaftet gebliebenen – Strafrecht bekannt, dort vor allem, um entweder den Begriff des Bürgers als materielle Kontrastfolie zu modernen Humanrisiken zu positionieren (vgl. prägend *G. Jakobs* ZStW 107 [1995], 843 ff.; *ders.* in: *A. Eser/W. Hassemer/B. Burkhardt* [Hrsg.] *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, 47 ff.; *ders.* HRRS 2004, 88 ff.) oder einen ‚liberalen‘ Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts zu verklären (symptomatisch *W. Hassemer* *Freiheitliches Strafrecht*, 2001, 218 ff.; *B. Schünemann* ZRP 2009, 104 ff.). Migrationsbedingte Verschiebungen werden im Strafrecht dann vornehmlich als Konflikt zwischen Allgemeinheitsanspruch der Strafgesetze und Individualisierung wahrgenommen, was Pluralismus zu einem Problem werden lässt (vgl. stellvertretend *H. Jung* JZ 2012, 926 ff.; *B. Valerius* *Kultur und Strafrecht: Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 2011; konstruktiv sowie verfassungsrechtlich fundiert hingegen *T. Hörnle* *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, 2005; demokratisierend auch BVerfGE 120, 224 [241 ff.]), während die differenziert-arbeitsteilige Rechtserzeugung im demokratischen Rechtsstaat als Modus zur Verteilung von Freiheit in einem Gemeinwesen, das mit Grundrechten und Demokratie eben auf Pluralismus und nicht auf objektiver Wahrheit gründet, kaum wahrgenommen wird – auch eine Spätfolge des deutschen Idealismus.

Sowohl die zivil- als auch die strafrechtliche Materialisierung der Bürgerlichkeit läuft Gefahr, verklärte vordemokratische Leitbilder des 19. Jahrhunderts, geronnen in der Reichsjustizgesetzgebung, mental zu petrifizieren, also (unbewusst) auf die Ordnungserwartungen einer Gesellschaft zu verweisen, die als Konsequenz der folgenreichen Begründung des Rechtsstaats ohne Demokratie in Deutschland (hierzu nur *H. Hofmann* *Der Staat* 34 [1995], 1 [4 ff.]; *M. Stolleis* *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, 277 f.) den Bürger im Horizontalverhältnis individualfreiheitlich, aber ohne politische Selbstbestimmung konstruierte (treffend daher zur monarchisch-administrativen Prägung der bürgerlichen Gesellschaft im 19. Jahrhundert *R. Wahl* *Der Staat* 18 [1979], 321 [332 f.]), also letztlich ohne eigentliche Bürger blieb. Siehe nur *R. Smend* *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955, 311 ff., dessen gleichermaßen traditionsreiche wie klischeehafte Überzeichnung des Kontrastes von Citoyen und Bourgeois ihrerseits den Eigenwert sowohl wertfreier Individualfreiheit zur Beliebigkeit als auch rechtsstaatlicher Formalität in einer notwendig relativistischen Demokratie verdeckt. Entsprechende Konzepte sollen hier nicht weiterverfolgt werden und sind im Übrigen auch als Materialisierungsansätze nicht alternativlos. Vgl. etwa mit anderen (gerade auch politischen) Akzenten für eine Renaissance materieller Bürgerlichkeit im Sinne einer Ordnungs-, Integrations- und Tugendidee *U. Di Fabio* *Wachsende Wirtschaft und steuernder Staat*, 2010, 149 ff.; ferner *P. Kirchhof* *Deutschland im Schuldensog*, 2012 („Der Weg vom Bürger zurück zum Bürger“).

gration abhängt,³⁰ die Grundrechte den Bürgern nicht zuletzt eben auch sektorale Rechte auf Desintegration gewährleisten.³¹

Die wachsende Inkongruenz von Wohnbevölkerung und Staatsangehörigen³² macht es notwendig, verstärkt auch den Status der „Anderen“³³ –

³⁰ Zutreffend *B.-O. Bryde* StWuStP 1995, 305 (311). Siehe ähnlich zur sozialphilosophischen Grundierung des Konzepts der *citizenship* auch *U. K. Preuß* in: ders. (Hrsg.) Zum Begriff der Verfassung, 1994, 7 (26f.). Problematisch ist daher der Ansatz des BVerfG, das im Wahlrecht *innerhalb* der Staatsangehörigen Unterscheidungen nach Maßgabe der durch Aufenthaltsdauer indizierten politischen Integration in die inländische Gesellschaft zulassen möchte, BVerfG, Beschl. v. 4. 7. 2012, 2 BvC 1/11, Rn. 48 f.

³¹ Zur fehlenden spezifischen Identitätsbildung negativer grundrechtlicher Freiheit *M. Droege* in: J. Bast u.a. (Hrsg.) Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa, 2005, 104 (121); *J. Gundel* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 198 Rn. 88; *J. Isensee* JZ 2010, 317 (318); *Korioth* Identität (Fn. 11), 133; *J. P. Terhechte* Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, 19; zur subjektiven Kontingenz kultureller Zugehörigkeit *G. Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 93 ff.; zum grundrechtlichen Schutz der Inhomogenität *B.-O. Bryde* StWuStP 1995, 305 (322); *U. Davy* in: K. Barwig/U. Davy (Hrsg.) Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit?, 2004, 83 (86); insbesondere zum grundrechtlichen Schutz auch verfassungsfeindlicher Meinungen BVerfG-K, NJW 2001, 2069 (2070); *H. Dreier* RW 2010, 11 (27). In der Negativität des Grundrechtsschutzes liegt gerade ein Eigenwert, nämlich die freie Selbstbestimmung ohne autoritative Qualifikation als werthalt oder wertvoll, zutreffend *C. Hillgruber* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 14. Auch dies ist ein abstrahierbarer Identitätsfaktor. Eingehend zur Ambivalenz eines grundrechtlich fundierten Identitätskonzepts auch *U. Haltern* Europarecht und das Politische, 2005, 351 ff.

³² Das Auseinanderfallen von demokratisch teilhabeberechtigten Staatsangehörigen (Aktivbürgern) und ansässiger Wohnbevölkerung ist auch das Produkt inkohärenter sowie anspruchloser Zuwanderungspolitik. Die für klassische Einwanderungsländer typische Einwanderung mit dem Ziel der Einbürgerung wurde nie gefördert, sondern es wurde im Wesentlichen das Leitbild des Wanderarbeitnehmers gepflegt, das zunehmend überlagert wurde durch eine notwendigerweise – weil individual-grundrechtlich determinierte – ungesteuerte Migration auf Grund von Asyl und Familienzusammenführung. Einwanderung wurde weder konzeptionell begrenzt noch als positiver Beitrag zur Gesellschaft gestaltet, sondern in Passivität überkommener Gefahrenabwehr verharrend (vgl. *J. Bast* RW 2012, 139 [141f.]) und unter Verzicht auf konstruktive – im wechselseitigen Interesse gleichermaßen auf Vermittlung von Teilhabechancen wie auch auf eine soziale Mindestintegration gerichtete – Integrationspolitik hingenommen (berechtigte Kritik *O. Depenheuer* FS Georg Brunner, 2001, 46 [61]), weshalb ‚der Ausländer‘ erst in jüngerer Zeit (und damit nach den großen Zuwanderungswellen) auch als potentieller künftiger Bürger wahrgenommen wurde. Siehe den anschaulichen Bericht mit rechtlicher Folgenanalyse bei *U. Davy* European Journal of Migration and Law 7 (2005), 123 ff.; *E. Eichenhofer* ZAR 2012, 135 ff.; sehr kritisch *W. Schmitt Glaeser* Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes, 2. Aufl. 2012, 95, 115.

³³ Nach dem Titel der programmatischen Streitschrift von *S. Benhabib* Die Rechte der Anderen, 2008.

spricht: der ‚Nichtbürger‘ – in den Blick zu nehmen. Der Bürgerstatus kann hier, wie die durchaus vielschichtige *citizenship*-Diskussion zeigt,³⁴ Bezugspunkt sein, um Statusdifferenzen zu beschreiben und nach Begründungen zu fragen.

III. Gewichtsverlagerungen von der Personalität zur Territorialität

In einer Weltordnung, in der die Staaten primärer Bezugspunkt von Herrschaftsausübung geblieben sind,³⁵ ist die – völkerrechtlich vorausgesetzte³⁶ – Unterscheidung zwischen Staatszugehörigen und Fremden unvermeidbar.³⁷ Verfassungs- und Unionsrecht knüpfen hieran an. Zu-

³⁴ Mit Bezügen zur Rechtswissenschaft etwa *L. Bosniak* Ohio State Law Journal 63 (2002), 1285ff.; *J. Chesterman/B. Galligan* Citizens without Rights: Aborigines and Australian Citizenship, 2010; *C. Jobbke* Law & Ethics of Human Rights 2 (2008), 1ff.; *ders.* (Fn. 19); *Soysal* (Fn. 12); *F. Twine* Citizenship and Social Rights, 1994. Für eine begriffliche Gleichsetzung von Bürgerstatus mit *citizenship* namentlich *Dahrendorf* (Fn. 19), 32f. Prominent für die Wertlosigkeit des Konzeptes freilich *A. Bickel* The Morality of Consent, 1975, 31–53. Zu den Differenzen sowie dem Fehlen einer entsprechenden Diskussion in Deutschland aber *S. Uslucan* Zur Weiterentwicklungsfähigkeit des Menschenrechts auf Staatsangehörigkeit, 2012, 42ff.

³⁵ Vgl. nur *A. Cassese* International Law, 2. Aufl. 2005, 71; *Di Fabio* (Fn. 9), 122ff.; *R. Wahl* Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 49, 62ff.

³⁶ Das Staatsvolk ist Bestandteil des völkerrechtlichen Staatsbegriffs, dem bis heute die sog. Drei-Elemente-Lehre zugrunde liegt. Grundlegend *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl./5. Neudruck 1928, 394ff.; ferner zur fortbestehenden systemprägenden Bedeutung *A. von Arnald* Völkerrecht, 2012, Rn. 70, 79ff.; *K. Doehring* Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 42ff.; *S. Hobe* JZ 1994, 191; *Kempen/Hillgruber* (Fn. 25), § 4 Rn. 2ff.; *S.-C. Lenski* DVBl. 2012, 1057 (1058); *A. N. Makarov* Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 1962, 12; *A. Proelß* in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.) Völkerrecht, 5. Aufl. 2009, Abschn. 5 Rn. 15; *T. Schweisfurth* Völkerrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 24ff.; *A. Verdross/B. Simma* Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §§ 380ff.; lediglich eine Bevölkerung fordert *M. N. Shaw* International Law, 6. Aufl. 2008, 198f. Die Differenzierung ist ferner relevant für die Aufnahmepflicht eigener Staatsangehöriger (Fn. 41), die Berechtigung zum Schutz (Fn. 109) und die Mindeststandards des völkerrechtlichen Fremdenrechts (Fn. 110).

³⁷ *M. Heintzen* Der Staat 36 (1997), 327 (333); *Jobbke* (Fn. 19), 3ff.; auch *J. Menzel* Internationales Verwaltungsrecht, 2011, 418: Bestandteil der „entscheidenden Weichenstellungen für das nationale Grenzrecht“; *R. Grawert* Der Staat 23 (1984), 179 (183), betont die besondere institutionelle Anbindung der Staatsangehörigkeit an das Konzept des Staates. Ohne Andeutung eines positiven Gegenmodells hiergegen aber *U. Lembke* RW 2012, 46 (69f.). Ablehnend ferner *R. Rubio-Marín* Immigration as a Democratic Challenge, 2000, 238. Dass die Staatsbürgerschaft und das Aufenthaltsrecht zwar typische Institutionen der allermeisten Staaten, aber rechtstheoretisch nicht begriffsnotwendige Voraussetzung von Staatlichkeit sind (*H. Kelsen* Allgemeine Staatslehre, 1925,

schreibungen bestimmen sich immer relational. Die rechtliche Bedeutung der Staatsangehörigkeit erschließt sich daher nicht aus dem Status als solchem,³⁸ sondern aus dem Bündel der verstreuten und keineswegs statischen Regelungen, die im Sinne eines materiellen Bürgerstatus Rechtsfolgen an die Staatsangehörigkeit knüpfen.³⁹ Statusbedingte Differenzen zwischen In- und Ausländern bestehen fraglos fort. Indes ist eine facettenreiche und fließende Annäherung im Rechtsstatus im Gange, die oft nicht einmal verfassungsrechtlichen Zwängen folgt, sondern Konsequenz veränderter gesellschaftlicher Problemwahrnehmungen in der Gesetzgebung eines faktischen Einwanderungslandes ist.⁴⁰

160), ändert nichts daran, dass die Ordnungsfunktionen des *geltenden* Rechts an diese Unterscheidung anknüpfen und alternative Anknüpfungspunkte aus praktischen Gründen auch nicht zur Verfügung stehen. Siehe zur geschichtlichen Bindung der Staatsangehörigkeit an den modernen Territorialstaat *M. Stiller* Eine Völkerrechtsgeschichte der Staatenlosigkeit, 2011, 15 ff.

³⁸ Vgl. *Kadelbach* (Fn. 22), § 19 Rn. 21; *Makarov* (Fn. 36), 30f. Eine Hypostasierung der Staatsangehörigkeit zu einem universellen, von konkreten Rechtsverhältnissen verabsolutierten Bürgerstatus bliebe in einem rechtswissenschaftlichen Kontext ohne Beschreibungswert. Anders aber *Böckenförde* (Fn. 25), 431; einen Eigenwert des bloßen Status befürwortend auch *Uslucan* (Fn. 34), 196. Namentlich eine substanzialistische Deutung der Staatsangehörigkeit als „Eigenschaft“, die als „präjudizielle Bedingung“ den „staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten, die das StAng konkret ausmachen“, voraus liege (*Böckenförde* ebd., 430), erfüllt keine unmittelbare rechtliche Funktion. Zutreffende Kritik bei *U. Sacksofsky* FS Ernst-Wolfgang Böckenförde, 1995, 317 (323), die darauf hinweist, dass schon die Grundrechte eine umfassende Inanspruchnahme der Person verhindern. Die insoweit unvermeidbare inhaltliche Konturenlosigkeit des Begriffs Staatsangehörigkeit wurde frühzeitig beklagt von *G. Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. [2. Neudruck] 1919, 117: „In der Regel ist man bei einer allgemeinen, nicht nur ein spezielles Merkmal hervorhebenden Definition der Staatsangehörigkeit nicht über eine leere Umschreibung des Tatbestandes hinausgekommen, dass der Staatsangehörige dem Staate angehört“. Der Inhalt solcher Zustände könne – anders als der von Rechten – nicht eindeutig bestimmt werden (118). Dies schließt es nicht aus, dass aus besonderen Gründen dem Status als solchem rechtliche Relevanz zugemessen wird. Dies war namentlich der Fall bezogen auf den Erhalt der Einheit der Staatsangehörigkeit und damit einer zu fingierenden Identität des Staatsvolkes als Konsequenz des Wiedervereinigungsgebots, vgl. BVerfGE 77, 137 (149 ff.). Im Übrigen bleibt die Staatsangehörigkeit Zurechnungsnorm. Eingehend zur Status-Rechtsverhältnis-Diskussion *Makarov* ebd., 19 ff.

³⁹ Traditionell *M. von Seydel* Bayerisches Staatsrecht, Band 1, 2. Aufl. 1896, 294: „Rundreise durch das gesamte Bereich des Staatsrechts“; ähnlich unter Bezugnahme hierauf *Jellinek* (Fn. 38), 117f. Eine solche Untersuchung versucht *Wiessner* (Fn. 6), 147–395.

⁴⁰ Insoweit zeigt sich einmal mehr, dass das beweglichere Verwaltungsrecht oft besser geeignet ist, Auswirkungen gesellschaftlicher Veränderungen auf das Recht abzubilden als das vergleichsweise starre Verfassungsrecht. Vgl. zu den potentiell überschießenden Lernertträgen für das Verfassungsrecht *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (589 ff.); ferner

1. Differenzierung und Verfestigung des Aufenthaltsstatus Nicht-Staatsangehöriger

Das Aufenthaltsrecht ist kein exklusives Privileg der Staatsangehörigen geblieben. Einen gebundenen Aufnahmeanspruch hat ein Ausländer – anders als der Staatsangehörige⁴¹ – zwar weiterhin grundsätzlich nicht.⁴² Aufenthaltsentscheidungen werden aber mit weitreichenden Konsequenzen unions-, grund- und menschenrechtlich überlagert.⁴³ Unionsbürgern

K. F. Gärditz Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, 6, 9. Allgemein zur gegenläufigen Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts *E. Schmidt-Aßmann* in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 1 ff.; *G. F. Schuppert/C. Bumke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; *R. Wahl* Herausforderung und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 16 ff., 35 ff.; eine durchaus kritische Bilanz zur Dominanz der Verfassungsrechtsprechung im Verwaltungsrecht aber bei *F. Schoch* in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 177 (198 ff.). Die unionsrechtliche Überlagerung dürfte auch diesen Prozess allmählich auslaufen lassen (*C. Schönberger* in: Vesting/Korioth [Fn. 27], 7 [20]), was letztlich zusätzlich das Verwaltungsrecht als problemspezifischere Regelungsebene zur Verzahnung des nationalen und des europäischen Rechts stärkt sowie ein Stück weit entkonstitutionalisiert (tendenziell anders aber *H. C. Röhl* in: Trutel/Groß/Röhl/Möllers [Fn. 11], 821 [834 f.]).

⁴¹ Art. 11 GG; zur korrespondierenden völkerrechtlichen Aufnahmespflicht siehe BVerfGE 113, 273 (294); *von Arnould* (Fn. 24), Art. 16 Rn. 2; *W. Durner* in: Maunz/Dürig (Begr.) GG, 2012, Art. 11 Rn. 57; *K. Hailbronner* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) HStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 152 Rn. 20; *A. Randelzhofer* in: R. Dolzer/W. Kahl/C. Waldhoff/K. Graßhof (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2012, Art. 11 Rn. 72; *Verdross/Simma* (Fn. 36), § 1202. Historisch betrachtet war auch dies keine Selbstverständlichkeit. So sahen die Strafgesetze zahlreicher Staaten noch gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Möglichkeit der Verbannung bzw. Landesverweisung auch eigener Staatsangehöriger vor. Kritisch hierzu *F. von Martitz* Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Abt. I, 1888, 14 ff.

⁴² Siehe etwa BVerfGE 49, 168 (183 f.); *Hailbronner* (Fn. 41), § 152 Rn. 16; *J. Isensee* Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVD-StRL 32 (1974), 49 (62); *G. Schwerdtfeger* Welche rechtlichen Vorkehrungen empfehlen sich, um die Rechtsstellung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland angemessen zu gestalten?, Gutachten 53. DJT (1980), A 31, 39; völkerrechtlich *Durner* (Fn. 41), Art. 11 Rn. 37; *C. Tomuschat* DÖV 1974, 757 (763); *Verdross/Simma* (Fn. 36), § 1210. Plastisch auch *von Martitz* (Fn. 41), 18: „Das Weltbürgerrecht gilt uns Modernen allerdings nicht mehr als ein menschliches Urrecht“; es würde gerade die zwischenstaatliche, auf Abgrenzung beruhende Rechtsgemeinschaft gefährden. In Kontrast von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen – gleichsam als Projektion der herkömmlichen Statusdifferenz von Ausländern und Inländern auf den Binnenraum der Union – auch *D. Thym* EuR 2011, 487 (497, 499 f.).

⁴³ Eine zentrale Rolle nimmt der *Schutz der Familieneinheit* ein. Diese genießt Schutz durch Art. 8 EMRK; Art. 7 GRCh; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 7 Abs. 2, Abs. 4, Art. 12, 13, 14 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v.

29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. L 158, 77), sog. Unionsbürgerrichtlinie; Richtlinie 2003/86/EG des Rates v. 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABl. L 251, 12). Hierzu stellvertretend *J. Bast* Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, 190 ff.; *H. Dörig* in: K. Barwig/S. Belchel-Benedetti/G. Brinkmann (Hrsg.) Gleichheit, 2012, 231 ff.; *F. Fritsch* ZAR 2011, 297 ff.; *K. Hailbronner* FamRZ 2005, 1 ff.; *C. Heckel* VBIBW 2012, 174 ff.; *H.-P. Welte* Der Familienschutz im Spektrum des Ausländerrechts, 2012. Die Rechtsprechung des BVerfG war ursprünglich eher zurückhaltend, hat aber im Laufe der Zeit den Schutz der Familieneinheit verfeinert und verstärkt. Dies gilt namentlich für Deutsche, denen eine Ausreise mit ihren ausländischen Familienmitgliedern in der Regel nicht zugemutet werden kann. Art. 6 Abs. 1 (ggf. i.V. mit Abs. 2) GG verpflichtet nach der Rechtsprechung die Ausländerbehörde bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren, die bestehenden familiären Bindungen des Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, zu berücksichtigen und entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Siehe BVerfGE 76, 1 (49 ff.); 80, 81 (93); BVerfGK 2, 190 (193 f.); BVerfG-K, NVwZ-RR 2011, 585 (586 f.); für die Befristung der Ausweisung BVerwG, ZAR 2012, 344 (347). Der Betroffene braucht es hiernach nicht hinzunehmen, unter unverhältnismäßiger Vernachlässigung dieser Gesichtspunkte daran gehindert zu werden, bei seinem im Bundesgebiet lebenden Ehepartner ständigen Aufenthalt zu nehmen. Eingriffe in seine diesbezügliche Freiheit sind nur dann und insoweit zulässig, als sie unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich sind. Vgl. BVerfGK 13, 26 (27); BVerfG-K, NVwZ-RR 2011, 585 (586); FamFR 2011, 384. Ein ähnlicher Entwicklungspfad ist auch im europäischen Grundrechtsschutz sub specie Art. 8 EMRK/Art. 7 GRC zu verzeichnen. Siehe EuGH, Urt. v. 27.6.2006, Rs. C-540/03 (Europäisches Parlament/Rat), Slg. 2006, I-5826, Rn. 52f.

Für das Aufenthaltsrecht kardinal ist daneben der *Schutz von Asylsuchenden und Flüchtlingen*. Siehe zum Schutz von Asylberechtigten und Flüchtlingen Art. 16a Abs. 1 GG, § 2 Abs. 1 AsylVfG (Asylberechtigung); Genfer Flüchtlingskonvention v. 28.7.1951 (BGBl. 1953 II, 560); Art. 18f. GRCh; Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. L 304, 12); Richtlinie 2005/85/EG des Rates v. 1.12.2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (ABl. L 326, 13); zur Entwicklung eingehend *D. Fröhlich* Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011; *J. Hecker* ZAR 2011, 46 ff.; zu den supranationalen Wirkmechanismen, namentlich zur Überlagerung des nationalen Grundrechtsschutzes über Art. 51 GRCh, siehe EuGH, Urt. v. 21.12.2011, Rs. C-411/10 (N. S./Secretary of State for the Home Department), NVwZ 2012, 417 Rn. 68 f., 76 ff.; *K. Hailbronner*/ *D. Thym* NVwZ 2012, 406 (407); zur unmittelbaren Anwendbarkeit des europäischen Ausländer- und Asylrechts siehe *K. Hailbronner* ZAR 2007, 6 ff. Zudem besteht eine lange Rechtsprechungslinie des EGMR, wonach einer Abschiebung Art. 3 EMRK entgegenstehen kann, sofern im Zielstaat Folter oder unmenschliche Behandlung droht. Siehe EGMR, EuGRZ 1989, 314; NJW 1991, 3079; NVwZ 1992, 869; NVwZ 1997, 1100; NVwZ 1997, 1093; NVwZ 1998, 161; European Human Rights Review 26 (1998), 278; International Journal of Refugee Law 12 (2001), 597; NVwZ 2001, 301; NVwZ 2002, 453; NVwZ 2011, 413 (414 f.); NVwZ 2012, 809 (812). BVerwGE 104, 265; 99, 331 (334 f.); BVerwG, NVwZ 1999, 311; *R. Alleweldt* Schutz vor Abschiebung bei drohender

wird bereits qua Binnenfreizügigkeit statusbedingt⁴⁴ ein weitgehendes, zunehmend entökonomisiertes⁴⁵ und staatlicher Migrationssteuerung ent-

Folter, 1996, 14 ff.; *S. Breitenmoser/G. Wilms* Michigan Journal of International Law 11 (1989/90), 845 ff.; *J.A. Frowein/A. Zimmermann* Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts, 1997, 29 ff.; *C. Gusy* ZAR 1993, 63 (66 f.); *K. Hailbronner* FS Rudolf Bernhardt, 1995, 365 (379 f.); *O. Lagodny* NJW 1990, 2189 f.; *Lorz/Sauer* EuGRZ 2010, 389 ff.; *A. Peters* Einführung in die EMRK, 2003, 52 ff.; *P. Popp* Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2001, Rn. 350 ff.; *H. G. van der Wilt* Netherland International Law Review 1995, 53 ff.; *C. Van den Wyngaert* International & Comparative Law Quarterly 39 (1990), 757 ff.; *S. Zühlkel/J.-C. Pastille* ZaöRV 59 (1999), 749 ff. Siehe als Konsequenz der unterschiedlichen Schutzbedürfnisse insbesondere den differenzierten *Ausweisungsschutz* nach den §§ 51 ff. AufenthG. Daneben kommen Abschiebungshindernisse wegen drohender asylrelevanter Verfolgung oder Verletzung von Art. 3 EMRK in Betracht, siehe § 60 AufenthG; hierzu etwa *U. Berlit* NVwZ 2012, 193 (197 ff.); *F. Moll* Das Asylgrundrecht bei staatlicher und frauenspezifischer Verfolgung, 2007. Verfassungsrechtlich geboten ist bei bestehenden zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernissen insoweit freilich nur der Schutz des Aufenthalts vor Beendigung, nicht die positive Schaffung eines Daueraufenthaltsstatus. So BVerwG, NVwZ 2009, 246 (248); *Bast* Aufenthaltsrecht (ebd.), 270. Mit Zeitablauf wird freilich irgendwann ein ungesicherter Übergangstatus inadäquat, sodass – abhängig vom Grund des Abschiebungshindernisses – zumutbare Legalisierungschancen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bestehen müssen. Künftig wird wahrscheinlich auch das Problem der Klimaflüchtlinge (vor allem in Europa) neue Rechtsfragen aufwerfen, die teils schon heute diskutiert werden. Vgl. hierzu *J. McAdam* Climate Change, Forced Migration, and International Law, 2012; *dies.* (Hrsg.) Climate Change and Displacement, 2010.

⁴⁴ Zutreffend *C. Schönberger* Unionsbürger, 2005, 232 ff., der darauf hinweist, dass es hierbei nicht um eine Erscheinung der Territorialisierung geht, sondern um Folgen, die an einen vorausliegenden personalen Status anknüpfen.

⁴⁵ Grundlegende Untersuchung bei *F. Wollenschläger* Grundfreiheit ohne Markt, 2007; ferner *A. Arnall* The European Union and its Court, 2. Aufl. 2006, 508 ff., 527; *N. Burrows/R. Greaves* The Advocate General and EC Law, 2007, 268 ff.; *A. Graser* Gemeinschaft ohne Grenzen?, 2008, 251 f.; *D. Kostakopoulou* The Modern Law Review 68 (2005), 233 ff.; *dies.* European Political Science 7 (2008), 285 ff.; *D. Rabenschlag* Leitbilder der Unionsbürgerschaft, 2009, 135; *T. Oppermann* FS Karl Doebering, 1989, 713 (714 ff.); *S. Stewen* Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, 2011. Zum epochalen Ursprungsmodell des Marktbürgers begriffsprägend *H. P. Ipsen/G. Nicolaysen* NJW 1964, 339 (340). Eine Vervollständigung des Aufenthaltsrechts von den Marktfreiheiten liegt letztlich in der Doktrin begründet, dass zwar das Aufenthaltsrecht nur nach Maßgabe des geltenden Primär- und Sekundärrechts gewährleistet ist (jetzt Art. 21 Abs. 1 AEUV), diese Bedingungen indes der gerichtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle unterliegen und sich der Betroffene insoweit zugleich unmittelbar auf sein Aufenthaltsrecht berufen könne. So etwa EuGH, Urt. v. 17.9.2002, C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 83 ff.; Urt. v. 19.10.2004, C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 25 ff. Hieraus hat sich sukzessive ein eigenständiges und marktunabhängiges Aufenthaltsrecht kraft Bürgerstatus herauskristallisiert. Zum Mechanismus *F. Wollenschläger* European Law Journal 17 (2011), 1 (17 ff.); mit Recht kritisch *Stewen* ebd., 87 f.

gegengerichtetes⁴⁶ Recht auf Aufenthalt garantiert.⁴⁷ Mit der Gewährung von Gebietszugang verfestigt sich schließlich sukzessive⁴⁸ der Status eines Ausländers – Drittstaatsangehörige eingeschlossen⁴⁹ – im Aufenthalt.⁵⁰ Der Status wird an die inländische Verwurzelung, sprich: territorial an eine qualifizierte Ansässigkeit, gebunden.⁵¹ Der ursprünglich als vorübergehend konstruierte Aufenthaltsstatus⁵² wurde daher von einem feingliedrig austarierten Bündel an Aufenthaltstiteln abgelöst, die einen – zwar nicht vorbehaltlosen⁵³, aber doch praktisch weitgehend gesicher-

⁴⁶ D. Thym EuR 2011, 487 (488 ff.).

⁴⁷ Art. 5, 6 ff. UnionsbürgerRiL (Fn. 43); §§ 2 ff. FreizügG/EU. Demgegenüber sieht das Assoziationsrecht für Drittstaatsangehörige weiterhin kein Recht auf Einreise vor, sondern lediglich die Verfestigung des Aufenthaltsstatus nach erlaubter Einreise und Wohnsitznahme, siehe EuGH, Urt. v. 29.9.2012, Rs. C-187/10 (Unal), NVwZ 2012, 31, Rn. 42.

⁴⁸ Vgl. analytisch *Depenheuer* (Fn. 32), 57, 59; auch *K. Hailbronner* ZAR 2011, 138 (139), der hierin mit Recht ein Gegenmodell zum abrupten Statuswechsel in klassischen Einwanderungsländern sieht.

⁴⁹ Vgl. für diese unionsrechtlich Art. 4 ff. Richtlinie 2003/109/EG des Rates v. 25. 11. 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (ABl. L 16, 44); hierzu *K. Hailbronner* ZAR 2004, 163 ff.

⁵⁰ Zur fortbestehenden Differenz der Rechte auf Aufenthalt und im Aufenthalt etwa *T. Kingreen* Soziale Rechte und Migration, 2010, 53 ff. Die Möglichkeit der Rückkehr bleibt Ausländern unbenommen, sodass sie grundsätzlich zunächst einmal nicht unent rinnbar auf den Aufenthaltsstaat angewiesen bleiben. So zutreffend *Isensee* Ausländer (Fn. 42), 59. Mit der zunehmenden Verfestigung der Lebensverhältnisse im Inland (insbesondere bei Ausländern der sog. zweiten oder dritten Generation) verliert diese Option freilich ihre praktische Bedeutung (siehe auch Fn. 135). Auch das Recht trägt dem durch einen Schutz des Aufenthalts Rechnung (siehe Fn. 55, 56). Korrespondierend löst sich faktisch zunehmend auch die Bindung einer internationalisierten (Bildungs-)Elite an den Heimatstaat, sofern globale Mobilität und Arbeitsmarkt die primären Faktoren der (entpolitisierten) Lebensgestaltung werden. Auch wenn Deutsche keinen Anspruch auf Aufnahme in einem anderen Land haben, bestehen doch faktisch diese Optionen – oftmals mit Perspektive auf Daueraufenthalt oder Einbürgerung – durchaus, was jedenfalls zu einer graduellen Bedeutungserosion der Staatsangehörigkeit führt.

⁵¹ Hierzu *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 43), 197 ff.; speziell zu den kulturellen Aspekten in diesem Kontext *Britz* Kulturelle Rechte (Fn. 31), 27 f.

⁵² So noch als statusprägendes Merkmal hervorgehoben bei *Isensee* Ausländer (Fn. 42), 59: „status temporarius“.

⁵³ Treffend spricht *D. Thym* Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 211 ff., von der „Bedingtheit“ des Aufenthaltsstatus, die ein wichtiges migrationsrechtliches Steuerungsinstrument sei. Die wichtigsten Fälle sind die gestuften Ausweisungsgründe wegen unterschiedlich schwerer Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung: obligatorische Ausweisung bei schweren Straftaten nach § 53 AufenthG; Regelausweisung nach § 54 AufenthG; Ermessensausweisung nach § 55 AufenthG. Siehe im Einzelnen *K. Hailbronner* Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 537 ff.; *B. Huber/R. Göbel-Zimmermann* Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1025 ff. Die Ausweisung ist hierbei

ten⁵⁴ – Daueraufenthalt gewährleisten⁵⁵ oder jedenfalls ermöglichen⁵⁶. Daueraufenthalt tritt damit in lebensweltliche Konkurrenz zur Staats-

ein klassisches Instrument der Gefahrenabwehr, vgl. *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 43), 76 ff.; *A. Kießling* Die Abwehr terroristischer und extremistischer Gefahren durch Ausweisung, 2012. Hinzu tritt der Widerruf nach § 52 AufenthG.

⁵⁴ Von besonderer Bedeutung ist hier der qualifizierte Ausweisungsschutz nach § 56 AufenthG; Art. 12 Richtlinie 2003/109/EG (Fn. 49). Im Rahmen der anzustellenden Ermessenserwägungen nach §§ 54–56 AufenthG ist dann auch dem Grad der inländischen Verwurzelung und etwaigem qualifiziertem Grundrechtsschutz Rechnung zu tragen, und zwar einzelfallbezogen. Siehe *K. Dienelt* in: *J. Bergmann/K. Dienelt/S. Röseler* (Hrsg.) Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, Vor §§ 53–56 AufenthG Rn. 12 ff., 23 ff.; *Hailbronner* (Fn. 53), Rn. 549; *Huber/Göbel-Zimmermann* (Fn. 53), Rn. 1119 ff.; *C. Langeheine* in: *W. Kluth/M. Hund/H.-G. Maaßen* (Hrsg.) Zuwanderungsrecht, 2008, § 5 Rn. 100 f., 114. Auch in Fällen des § 53 AufenthG ist nach der Rechtsprechung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten. So BVerfG-K, NVwZ 2007, 1300; *Hailbronner* ebd., Rn. 544. Praktisch gesehen ist die vollziehbare Ausweisung zum Ausnahmefall geworden. Für Unionsbürger gelten vorrangig die besonderen Vorschriften nach Art. 28 Unionsbürgerrichtlinie (Fn. 43); §§ 6, 7 FreizügigkeitsG/EU. Dies wird vom EuGH im Lichte der Grundfreiheiten als erhebliche Schutzverstärkung ausgelegt, weshalb die Anforderungen an eine hinreichende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung tendenziell streng ausgelegt werden, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09 (Panagiotis Tsakouridis), 2010 I-11979, Rn. 24 ff.; Urt. v. 8.12.2011, Rs. C-171/08 (Nural Ziebell), NVwZ 2012, 422, Rn. 69 ff. Eine Ist-Ausweisung ohne Ermessen wurde vom EuGH im Hinblick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit als unionsrechtswidrig beanstandet. EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri/Baden-Württemberg), Slg. 2004, I-5257, Rn. 62 ff. Auch Art. 14 Abs. 1 Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation (ANBA 1981, 4) wird analog tendenziell eng interpretiert. Vgl. EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-308/08 (Bozkurt), Slg. 2010, I-4281, Rn. 55 ff. Namentlich analytisch zum Bedeutungsschwund der Ausweisung *Thym* Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 53), 215.

⁵⁵ Siehe vor allem § 9 AufenthG (Niederlassungserlaubnis); BVerwGE 77, 188 (191); für Unionsbürger ferner § 9a AufenthG. Eingehend *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 43), 269 ff., der das Erreichen des Daueraufenthaltsstatus als „den rechtlichen Abschluss des Einwanderungsprozesses“ versteht. Dies ist bemerkenswert und steht in einem Kontrast zum traditionellen Modell, die Einbürgerung als Schlussstein zu setzen.

⁵⁶ Vor allem § 7 iVm § 8 AufenthG (Aufenthaltsurlaubnis). Verschiedene Ansprüche auf einen Aufenthaltstitel oder jedenfalls auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung hierüber enthalten die §§ 22 ff., 27 ff. AufenthG; die befristeten Titel können auf unterschiedlichen Wegen zu einer Verfestigung des Aufenthalts und zu einem rechtlich sanktionierten Dauerzustand führen. Vgl. etwa für Kettenduldung nach § 60a AufenthG sub specie Art. 8 EMRK bei Hineinwachsen in die hiesigen Lebensverhältnisse VGH Mannheim, DVBl. 2011, 370 ff.; *G. Benassi* InfAusLR 2006, 397 (401 ff.); *J. Bergmann* ZAR 2007, 128 ff.; *M. Eckertz-Höfer* ZAR 2008, 41 (44 f.); *R. Marx* ZAR 2006, 261 (266); *K.-G. Mayer* VerwArch 101 (2010), 482 (523); *D. Sander* Der Schutz des Aufenthalts nach Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008, 342 ff.; *D. Thym* EuGRZ 2006, 541 (546 ff.); restriktiv *M. Hoppe* ZAR 2006, 125 (128 f.). Funktional von vornherein nur vorübergehende Titel sind etwa § 10 AufenthG (Asylverfahren); Aufent-

angehörigkeit und, bezogen auf Drittstaatsangehörige, auch zur Unionsbürgerschaft.⁵⁷ Ein Heimatrecht ist vielschichtig geworden.⁵⁸

2. Angleichung der Freiheit im Aufenthalt

Deutschengrundrechte zeigen, dass sich die Verfassung – im Einklang mit der EMRK⁵⁹, aber zunehmend unionsrechtlich nivelliert⁶⁰ – Privile-

haltserlaubnis für einen vorübergehenden Zweck nach § 7 iVm § 16ff. AufenthG. Auch Abschiebungshindernisse (Fn. 43, 54) sind praktisch meist dauerhaft und unvermeidbar, weil Drittstaaten zur Aufnahme nicht bereit sein werden, führen also zu einem rechtlich induzierten Daueraufenthalt.

⁵⁷ Deutlich *Bast* Aufenthaltsrecht (Fn. 43), 270, der insoweit eine Annäherung konstatiert; *J. Masing* in: W. Bottke/T. M. J. Möllers/R. Schmidt (Hrsg.) *Recht in Europa – Festgabe zum 30jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät*, 2003, 171 (184), der zutreffend auf die geringe praktische Relevanz der Einbürgerung im Alltag hinweist; *Shaw* (Fn. 12), 169: “permanent resident” als Alternativstatus zur Einbürgerung; für Unionsbürger *Oppermann* (Fn. 45), 713 (723). Luzide auch *H. Motomura* *Americans in Waiting*, 2006, 89: Soziale Zugehörigkeiten müssten nicht notwendig vom echten Bürgerstatus abhängen, solange Aufenthalt und persönliche Rechte gesichert seien. Auch die Möglichkeiten auf Grund der rasanten Entwicklung globaler (elektronischer) Kommunikationsmöglichkeiten und globaler Dienstleistungen trotz Auswanderung weiterhin Identitäten und intensiven Kontakt zum Herkunftsstaat aufrecht zu erhalten, erleichtert die Pflege einer Diaspora-Kultur. Analytisch *S. Benhabib* in: R. Kreide/A. Niederberger (Hrsg.) *Transnationale Verrechtlichung*, 2008, 209 (218). Legt man auf politische Mitwirkung keinen gesteigerten Wert, ähnelt der gesicherte Daueraufenthalt im Wesentlichen der Lebenswirklichkeit des wachsenden Kreises notorischer Nichtwähler. Treffend wurde bemerkt, dass das Wahlrecht auch nicht zu denjenigen Vorzügen gehört, mit denen um Zuwanderer erworben wird, so *Shaw* (Fn. 12), 275. Verbleibende – obschon eher graduelle als prinzipielle – Differenzen zum Staatsangehörigen auch im Falle eines rechtmäßigen Daueraufenthalts des Ausländers bestehen vor allem hinsichtlich des Familiennachzugs. Siehe §§ 28ff. AufenthG; mit Folgen auch für das Spracherwerbserfordernis, siehe BVerwG, Urt. v. 4.9.2012, 10 C 12/12. Realistisch und differenziert *Uslucan* (Fn. 34), 93f. Insoweit wird bisweilen der Ausbau von Rechten unterhalb des Bürgerstatus auch als „Falle eines Zwischenstatus“ kritisiert, bei dem sich das Recht einerseits mit dem Daueraufenthalt abfinde, andererseits die politische Integration vorenthalte. So *R. Brubaker* *Der Staat* 28 (1989), 1 (8).

⁵⁸ Vgl. korrespondierend zur juristischen Konturenlosigkeit eines fiktiven Rechts auf Heimat, das bisweilen Art. 11 GG entnommen wird, *Durner* (Fn. 41), Art. 11 Rn. 92. Diese Unschärfe erlaubt es auch, die Sicherung des Daueraufenthalts als Schutz eines Rechts auf eine Heimat qua Ansässigkeit zu bezeichnen.

⁵⁹ Vgl. Art. 16 EMRK. Diese Bestimmung bezieht sich auf politische Betätigung, was eng auszulegen ist und nur Tätigkeiten im Kernbereich des politischen Prozesses einschließt. Siehe *C. Grabenwarter/K. Pabel* *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl. 2012, § 18 Rn. 27. Hintergrund ist der demokratische Funktionsbezug zum politischen Legitimationsprozess, der auch nach der EMRK dem jeweiligen Staatsvolk verbleibt. Das Deutschengrundrecht des Art. 12 GG fällt hiernach zwar nicht unter Art. 16

gierungsoptionen für eigene Staatsangehörige punktuell offen hält.⁶¹ Die Staatsangehörigkeit ist auch weiterhin ein grundsätzlich zulässiges Differenzierungskriterium,⁶² vorausgesetzt freilich, dass es im jeweiligen

EMRK, was jedoch unschädlich ist, weil die EMRK keine Berufsfreiheit kennt. Eine Beschränkung von Rechten der Unionsbürger nach Art. 16 EMRK ist ebenfalls ausgeschlossen. Siehe EGMR, *Piermont/Frankreich*, InfAuslR 1996, 45 (47); *D. Ehlers* in: ders. (Hrsg.) *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 61; *R. Esser* in: *Löwe-Rosenberg, StPO*, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 16 EMRK Rn. 6; *Grabenwarter/Pabel* ebd., § 18 Rn. 27.

⁶⁰ Für eine Erstreckung auf Unionsbürger qua allgemeinem Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) *J. Masing* in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 42, 198; ablehnend und auf einen gleichwertigen Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG verweisend mit Recht *H. Bauer/W. Kahl* JZ 1995, 1077ff.; *H. Dreier* in: ders. (Hrsg.) *GG*, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Vor Art. 1 Rn. 115 f. Einen ersten Schritt in Richtung einer Ausdehnung der Deutschengrundrechte auf Unionsbürger in der Rechtsprechung bildet die Erstreckung des Begriffs *inländisch* im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG im Lichte des Art. 18 AEUV auf juristische Personen mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten, so BVerfG, JZ 2011, 1112 (1114ff.). Dies lässt sich grundrechtsdogmatisch nur schwer begründen und wäre auch unionsrechtlich nicht geboten gewesen, weil die Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes und der daran anknüpfende Verfassungsrechtsschutz weiterhin in die Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten fällt. Berechtigte Kritik bei *C. Hillgruber* JZ 2011, 1118ff.; zuvor *ders.* in: W. Kluth (Hrsg.) *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 2007, 97 (133f.). Es liegt jedenfalls in der Ratio des nunmehr betretenen Rechtsprechungspfades, auch eine Gleichstellung im Rahmen der Art. 8, 9, 12 GG einzuleiten – über welchen Angleichungshebel auch immer. Vorliegend erübrigt sich jedenfalls eine weitergehende Diskussion der Besonderheiten ausländischer juristischer Personen und deren Rechtsstellung im Rahmen des Art. 19 Abs. 3 GG, da es insoweit nicht um den personalen Bürgerstatus, sondern lediglich um grundrechtlich derivative Handlungsfreiheit geht. Vgl. *J. Isensee* in: *ders./P. Kirchhof* (Hrsg.) *HStR IX*, 3. Aufl. 2011, § 199 Rn. 88.

⁶¹ *Isensee* *Ausländer* (Fn. 42), 58. Grundlegend zur Problematik der damit verbundenen Spannungsverhältnisse zum Universalitätsanspruch von Menschenwürde und Menschenrechten *A. Siehr* *Die Deutschenrechte des Grundgesetzes*, 2001, 65 ff. Zur Tradition der bloßen Staatsbürgerrechte im Frühkonstitutionalismus siehe *E.-W. Böckenförde* *EuGRZ* 2004, 598.

⁶² Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbietet nur eine Ungleichbehandlung wegen der Herkunft oder Heimat, nicht aber wegen der Staatsangehörigkeit. Zutreffend BVerfGE 51, 1 (30); 90, 27 (37); BVerfG, NJW 2012, 1711 (1713), Rn. 46; BVerfGE 22, 66 (70); *K. Doehring* *Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland*, VVDStRL 32 (1974), 7 (43); *Gundel* (Fn. 31), § 198 Rn. 84; *Hailbronner* (Fn. 53), Rn. 493; *U. Sacksofsky* in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.) *GG*, Bd. 1, 2002, Art. 3 II, III Rn. 326; *Schwerdtfeger* (Fn. 42), A 37; *C. Starck* in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.) *GG*, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 395. Dies bedeutet aber nicht, dass Differenzierungen generell zulässig wären, da eine unterschiedliche Behandlung von In- und Ausländern immer noch an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen ist (Fn. 63). Zu weit geht es hingegen, wenn postuliert wird, dass bei einem langfristigen Aufenthalt die

Regelungskontext plausibel auf personale Zugehörigkeit ankommt.⁶³ Zunehmend ist dies weniger der Fall. Der Arbeitsmarktzugang für drittstaatsangehörige Ausländer ist zwar reguliert,⁶⁴ die Gleichstellung von Ausländern als Wirtschaftssubjekte im Übrigen aber durchgehend verwirklicht,⁶⁵ für Unionsbürger sogar die Essenz der Grundfreiheiten und

Staatsangehörigkeit in die Nähe der Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG rücke, so *Wallrabenstein* (Fn. 20), 256; ähnlich BVerfG, NJW 2012, 1711 (1713), Rn. 46. Siehe auch *D. König/A. Peters* in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.) EMRK/GG, 2006, Kap. 21 Rn. 138; *L. Osterloh* in: M. Sachs (Hrsg.) GG, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 297, die von einer regelmäßigen mittelbaren Diskriminierung wegen der Heimat ausgehen. Parallel nimmt auch das – an sich ausgreifendere – europäische Antidiskriminierungsrecht Differenzierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit ausdrücklich vom Anwendungsbereich aus. Siehe Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303, 16); Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. L 180, 22). Der EuGH lehnt daher mit Recht eine mittelbare Diskriminierungsrelevanz ab, vgl. EuGH, Urt. v. 24. 4. 2012, Rs. C-571/10 (Kamberaj), NVwZ 2012, 950, Rn. 49f.

⁶³ In diesem Sinne BVerfG, NJW 2012, 1711 (1712, 1713 f.), Rn. 41, 49 ff.; allgemein *Gundel* (Fn. 31), § 198 Rn. 86; sub specie Verhältnismäßigkeit *Hailbronner* (Fn. 53), Rn. 494. Anders noch BVerwGE 22, 66 (70).

⁶⁴ Vgl. § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, wonach Ausländer eine Erwerbstätigkeit nur aufnehmen dürfen, wenn der jeweilige Aufenthaltstitel hierzu berechtigt. Zu den Zugangsvoraussetzungen siehe §§ 39 ff. AufenthG, §§ 288, 292 SGB III iVm ArbeitsgenehmigungsVO; *E. Eichenhofer* Sozialrecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 461. Mit der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis als dem stärksten Aufenthaltstitel geht automatisch die uneingeschränkte Berechtigung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit einher (§ 9 Abs. 1 Satz 2 [ggf. iVm § 9a Abs. 1 Satz 2] AufenthG). Weitere gesetzliche Öffnungsklauseln bestehen im Bereich der Aufnahme aus humanitären Gründen (§ 22 Satz 3, § 25 Abs. 1 Satz 4 AufenthG), beim Familiennachzug zu Deutschen (§ 28 Abs. 5 AufenthG) und unter qualifizierten Voraussetzungen beim Familiennachzug zu Ausländern (§ 29 Abs. 5 AufenthG), jeweils auch mit Möglichkeit der Verselbstständigung nach § 31 AufenthG, beim Recht auf Wiederkehr (§ 37 Abs. 1 Satz 2 AufenthG) sowie für ehemalige Deutsche (§ 38 Abs. 4 AufenthG). Im Übrigen besteht parallel hierzu die Möglichkeit der Erteilung von Erlaubnissen zur Aufnahme einer Beschäftigung nach der Beschäftigungsverfahrensverordnung v. 22. 11. 2004 (BGBl. I 2934), die zuletzt durch Art. 12 Abs. 5 des G. v. 22. 11. 2011 (BGBl. I 2258) geändert worden ist. Siehe eingehend *W. Breidenbach* in: Kluth/Hund/Maaßen (Fn. 54), § 4 Rn. 280 ff.

⁶⁵ *Gundel* (Fn. 31), § 198 Rn. 86; *Starck* (Fn. 62), Art. 3 Rn. 397, gehen sogar davon aus, dass eine einfachgesetzliche Schlechterstellung von Ausländern im Berufsrecht in der Regel gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße. Vergleichend für die USA (betreffend den 14. Verfassungszusatz) US Supreme Court, *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33, 42f. (1915); *Takahashi v. Fish and Game Commission*, 334 U.S. 410 (1948). Siehe bereits Art. 41 der Magna Charta Libertatum (1215), zit. nach *D. Maierl/M. Hunziker* (Hrsg.) Verfassungsstrukturen, Freiheits- und Gleichheitsrechte, 2009, 211 (212). Diesen Hinweis verdanke ich *Durner* (Fn. 41), Art. 11 Rn. 7.

ihres spezifischen Integrationsansatzes.⁶⁶ Die meisten Rechtsregime stellen daher nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern auf die Ansässigkeit ab.⁶⁷ Ausländern wird weitgehend⁶⁸ gleiche politische Freiheit im indi-

⁶⁶ Etwa *H. P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 593 f.; *S. Magiera* DÖV 1987, 221 (222 f.); *Wollenschläger* Grundfreiheit (Fn. 45), 315 f. Plastisch Schlussanträge GA *Villalón* v. 14.9.2010, Rs. C-47/08 u.a. (Kommission/Königreich Belgien u.a.), Rn. 129: „In einer Union, die die Schaffung eines Marktes ohne Binnengrenzen proklamiert, bildet das Bestehen von unmittelbaren Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine Negation des Integrationsgedankens selbst.“ Auch das Assoziationsrecht sieht daher akzessorisch in der Regel unter bestimmten Voraussetzungen und nach einem Mindestaufenthalt ein Recht auf freien Zugang zum Arbeitsmarkt vor, vgl. stellvertretend Art. 6, 10 Assoziationsratsbeschluss 1/80 (Fn. 54).

⁶⁷ Beispiel *Internationales Steuerrecht*: Art. 4 Abs. 1 OECD-Musterabkommen zur Doppelbesteuerung; hierzu *F. Haase* Internationales und Europäisches Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 602; *M. Lehner* in: K. Vogel/M. Lehner (Hrsg.) Doppelbesteuerungsabkommen, 5. Aufl. 2008, Art. 4 Rn. 11 ff.; *Menzel* (Fn. 37), 429; Begriff der Ansässigkeit rezipiert durch § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AStG; hierzu *G. Frotscher* Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 91; *Haase* ebd., Rn. 349; die Kombination personaler und territorialer Elemente stellt hier zugleich eine verfassungskonforme Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sicher, eingehend *M. Lehner/C. Waldhoff* in: P. Kirchhof/H. Söhn/R. Mellinghoff (Hrsg.) EStG, Bd. 1, 2012, § 1 Rn. A 4 ff., A 76, zur Ansässigkeit A 218 ff.

Beispiel *Klagebefugnis*: Für Klagerechte (insbesondere § 42 Abs. 2 VwGO) ist die Staatsangehörigkeit unerheblich. Zutreffend *D. Ehlers* in: F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier (Hrsg.) VwGO, 2012, Vor § 40 Rn. 72; *K. F. Gärditz* in: ders. (Hrsg.) VwGO, 2013, § 42 Rn. 83; *Menzel* (Fn. 37), 699. Die territoriale Geltung der Klagerechte hängt daher schlicht von der Reichweite des jeweiligen materiellen Rechts ab. Siehe BVerwGE 75, 285 (286); 132, 151 (157); OVG Saarlouis, NVwZ 1995, 97 f.; *Menzel* ebd., 700 f.; *R. Schmidt/W. Kahl* Umweltrecht, 8. Aufl. 2010, § 9 Rn. 43 ff.; *M. Schmidt-Preuß* Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, 439 f.; *C. Sennekamp* in: Kluth/Hund/Maaßen (Fn. 54), § 9 Rn. 4; *H. Sodan* in: ders./J. Ziekow (Hrsg.) NK-VwGO, 3. Aufl. 2010, § 42 Rn. 414.

Beispiel *Kommunalrecht*: Der Zugang zu kommunalen Einrichtungen ist ebenfalls partiell territorialisiert und steht allen Einwohnern der Gemeinde offen, vgl. z.B. § 8 Abs. 2 GO NW.

Beispiel: *Umwelt- und Planungsrecht*: Ausländer können Teil der (betroffenen) Öffentlichkeit sein, der in Planungs- und Genehmigungsverfahren qualifizierte Partizipationsrechte zukommen (etwa nach § 73 VwVfG; §§ 9, 14i UVPG; § 10 Abs. 3–4 BImSchG iVm §§ 8 ff. 9. BImSchV; § 83 Abs. 4 WHG). Da diese Öffentlichkeitsbeteiligung zutreffenderweise allein rechtsstaatlich und nicht demokratisch begründet wird – *K. F. Gärditz* GewArch 2011, 273 (274 ff.); *E. Hien* UPR 2012, 128 (130 f.); *F. Ossenbühl* Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, 1974, 125 f.; *W. Schmitt Glaeser* Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), 179 (220); ähnlich (für eine demokratische Funktion, aber ohne eigenständigen Legitimationsbeitrag) *E. Hofmann* JZ 2012, 701; aA aber *F. Ekaradt/K. Senderlein* NVwZ 2008, 1059 (1063); *A. Fisahn* Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 331 ff.; *C. Franzius* GewArch 2012, 225

vidual-grundrechtlichen Bereich (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Art. 17 GG⁶⁹) gewährt.⁷⁰ Der Nichtbürger darf also zumindest Wutbürger sein.⁷¹

Der Zugang zum öffentlichen Dienst wurde vor allem für Unionsbürger⁷² als Ausdruck personaler Europäisierung⁷³ in weitem Umfang ge-

(235); G. Lübbe-Wolff Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 (278 ff.); M. Röckinghausen EurUP 2008, 210 (211, 219); G. Winter ZUR 2012, 329 f.; vorsichtig auch M. Knauff DÖV 2012, 1 (2) –, bereitet hier die Teilhabe von Nichtstaatsangehörigen auch keine legitimatorischen Probleme.

Siehe *rechtsvergleichend* zur Statusangleichung für die USA Bickel (Fn. 34), 48.

⁶⁸ Die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG ist zwar nur Deutschengrundrecht. Jedoch ist sie einfachgesetzlich nach § 1 Abs. 1 VersG auch Ausländern gewährleistet.

⁶⁹ Auch auf europäischer Ebene ist das Petitionsrecht sowie das Befassungsrecht der Bürgerbeauftragten über die Unionsbürger hinaus ausdrücklich auch auf andere im Unionsgebiet wohnhafte Personen erstreckt worden, vgl. Art. 227, 228 AEUV; Art. 44 GR-Charta.

⁷⁰ Siehe *Isensee* Ausländer (Fn. 42), 99f., der mit Recht darauf hinweist, dass politische Freiheitsgrundrechte des Ausländers ihren Eigenstand haben und sich nicht schlicht unter Verweis auf die demokratische Komponente von Meinungsbildung verfassungskonform aushebeln lassen; ferner K.-P. Dolde Die politischen Rechte des Ausländers in der Bundesrepublik, 92ff., 186ff.; M. Zuleeg DÖV 1973, 361 (369). Restriktiver C. Tomuschat Zur politischen Betätigung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, 51ff. Wie hier parallel für die EMRK C. Grabenwarter Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 290 (313). Siehe zur grundsätzlichen Freiheit des Ausländers zur politischen Betätigung § 47 AufenthG mit den abschließend genannten und eng gefassten Untersagungsgründen, die grundsätzlich auf allgemeinen – nach Art. 5 Abs. 2 GG zulässigen, freilich restriktiv anzuwendenden (vgl. nur *Dienelt* [Fn. 54], § 47 Rn. 5ff.) – Gründen der Gefahrenabwehr beruhen. Ähnliche Feststellungen werden für die USA getroffen; zugleich wird hiermit die Beobachtung erklärt, dass Fragen der *citizenship* in der Rechtsprechung nur eine sehr untergeordnete Rolle spielten, so P. J. Bruer in: K. L. Hall/J. W. Ely, Jr./J. B. Grossmann (Hrsg.) *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. Aufl. 2005, 169. Vgl. bahnbrechend insbesondere US Supreme Court, *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886); hierzu eingehend *Motomura* (Fn. 57), 63ff.

⁷¹ Plakativ BayVGh, Beschl. v. 2. 7. 2012, Az. 10 CS 12.1419: Protest von Asylbewerbern durch Hungerstreik mit zugenähtem Mund zulässig; ferner BayVGh, Beschl. v. 20. 4. 2012, Az. 10 CS 12.845: Schutz durch einfachgesetzliche Versammlungs- und Meinungsfreiheit, die freilich nicht das Aufstellen eines Zelttes auf einer öffentlichen Straße deckt.

⁷² Für nicht völkervertragsrechtlich privilegierte Angehörige von Drittstaaten bleibt es dabei, dass der Zugang insbesondere zum Beamtenverhältnis versagt werden kann, wobei auch hier Ausnahmemöglichkeiten im Ermessen der Verwaltung bestehen. Siehe § 7 Abs. 3 BBG; § 7 Abs. 3 BeamtStG; auch hier hat der Bewerber immerhin einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung, so wohl auch U. Battis BBG, 4. Aufl. 2009, § 7 Rn. 9; A. Reich BeamtStG, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 10.

⁷³ K. F. Gärditz EWS 2012, 209 (220); zum personellen Austausch als Europäisierungsfaktor A. K. Mangold Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, 380 f.