

Dr. jur. Wolfgang Ziebarth\*

## Elfes und das „ewige Ärgernis“ Büsingen – Partielle Ausreisefreiheit aus Art. 11 GG

### Abstract

In der juristischen Ausbildung spielt das Grundrecht auf Freizügigkeit nur eine untergeordnete Rolle. Allenfalls wird auf die Elfes-Entscheidung des *BVerfG* hingewiesen, wonach die Freizügigkeit – entsprechend des Wortlauts des Art. 11 GG – nur „im“ Bundesgebiet gilt, nicht aber für Reisen über die Bundesgrenzen hinaus. Die Entscheidung ist vor allem aus rechtspolitischen Gründen kritisiert worden. Sie wird zudem durch europarechtliche Bestimmungen (z. B. Art. 45 AEUV) überlagert. Bisher niemandem aufgefallen ist jedoch die Tatsache, dass sich die Unterscheidung zwischen Inlandsreise und grenzüberschreitender Reise nicht vollständig aufrechterhalten lässt, wenn ein Staat eine Exklave besitzt. Mit diesem Argument wird herausgearbeitet werden, dass Art. 11 GG zumindest partiell Ausreisefreiheit gewährleistet.

---

\* Der Verfasser ist der behördliche Datenschutzbeauftragte der Stadt Mannheim.

## I. Grundlagen

Seit der Elfes-Entscheidung des BVerfG<sup>1</sup> scheint geklärt, dass das Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) nur das Recht der Deutschen beinhaltet, Wohn- und Aufenthaltsort „im“ Bundesgebiet frei zu wählen. Das Recht, das Bundesgebiet zu verlassen, wird dagegen als nur von der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, gewährleistet angesehen.<sup>2</sup>

Diese Rechtsprechung, der diesbezügliche Meinungsstreit<sup>3</sup> und die europarechtliche Dimension<sup>4</sup> der Thematik sollen hier nicht näher dargestellt werden. Der vorliegende Beitrag will die Elfes-Entscheidung auch nicht in dogmatischer Hinsicht angreifen. Vielmehr soll auf einen bislang unbeachtet gebliebenen historisch-rechtstatsächlichen Umstand hingewiesen werden, der eine Lücke in das Ergebnis dieser Rechtsprechung reißt.

Dieser Umstand reicht bis in das Jahr 1693 zurück, als ein gewisser *Eberhard Im Thurn*, Lehnsherr der zu dieser Zeit noch vorderösterreichischen Gemeinde Büsingen,<sup>5</sup> von Verwandten von dort aus in das westlich angrenzende, bereits eidgenössische Schaffhausen verschleppt wurde. Das Verbrechen hätte schon damals kaum, erst recht aber heute keine Beachtung gefunden, wäre *Eberhard* nicht in den Schaffhauser Kerker gesperrt worden. Dadurch wurde aus der „privaten“ Entführung eine hoheitliche Handlung der Schweiz gegen den Büsinger Amtsträger. Österreich verlangte vergeblich seine Freilassung, übte diplomatischen Druck aus und stoppte 1694 alle Getreidelieferungen in die Schweiz. Zur Freilassung *Eberhards* ließen sich die Schaffhauser erst 1699 „überzeugen“, nachdem der Druck nochmals erhöht worden war und österreichische Truppen an der Grenze erschienen.<sup>6</sup>

Als Österreich Jahrzehnte später das umliegende Gebiet an die Schweiz abtrat, wurde Büsingen absichtlich von dem Geschäft ausgenommen. Es sollte „zum ewigen Ärgernis Schaffhausens“ außerhalb der Schweiz verbleiben.<sup>7</sup> Büsingen kam 1805 an Württemberg und wurde 1810 von Baden erworben.<sup>8</sup>

1 BVerfGE 6, 32; bestätigt z. B. in BVerfGE 72, 200 (246).

2 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, 10. Aufl., Art. 11 Rn. 3; *Gnatzy*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau*, 12. Aufl., Art. 11 Rn. 12; *Merten*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte IV, 2011, § 94 Rn. 2; weitere Nachweise bei *Rojahn*, *Elfes – Mehr als ein Urteil*, 2010, S. 170.

3 Kritisch etwa *Pagenkopf*, in: *Sachs*, 6. Aufl., Art. 11 Rn. 18; vgl. auch *Model/Müller*, 11. Aufl., Art. 11 Rn. 1 m. w. N.

4 Dazu *Merten* (Fn. 2), § 94 Rn. 2 m. w. N.; *Pagenkopf* (Fn. 3), Art. 11 Rn. 18.

5 Seit 1961: Büsingen am Hochrhein.

6 Siehe dazu *Oberer*, *Die staats- und völkerrechtlichen Besonderheiten der deutschen Enklave Büsingen in der Schweiz*, 1955, S. 7–9.

7 *Ebd.*, S. 7, der auch strategische Interessen Österreichs an dem am schiffbaren Rhein gelegenen Ort vermutet.

8 Dazu und zur Geschichte der Gemeinde im Übrigen vgl. auch *Götz*, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, Artikel „Büsingen“ unter <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D7037.php>.

Die damit geschaffene geographisch-politische Situation besteht noch heute: das vom Gebiet des Kantons Schaffhausen umschlossene<sup>9</sup> Gemeindegebiet Büsingsen gehört zu Baden-Württemberg und damit zur Bundesrepublik Deutschland.<sup>10</sup> Im Osten und Nordosten ist das schweizerische Gebiet, das Büsingen vom deutschen „Mutterland“ trennt, nur wenige hundert Meter breit. Dennoch kann Büsingen nicht erreicht werden, ohne Schweizer Territorium zu überqueren.

Versuche, die Gemeinde doch noch der Schweiz einzugliedern, scheiterten immer wieder. Zur Regelung und Vereinfachung der Verhältnisse wurde 1964 ein Staatsvertrag geschlossen, der 1967 in Kraft trat.<sup>11</sup>

## II. Die Freizügigkeit angesichts der Existenz einer Exklave

### 1. Herleitung eines Ausreiserechts aus Art. 11 GG

Diese im doppelten Sinne exklusive Lage Büsingsen reißt die erwähnte Lücke in die Elfes-Rechtsprechung des BVerfG: Büsingen gehört zweifelsfrei zum Staatsgebiet der Bundesrepublik.<sup>12</sup> Die Gemeinde gehört also zum „Bundesgebiet“ i. S. d. Art. 11 Abs. 1 GG. Sie vom Mutterland aus zu erreichen ist aber nur durch Ausreise in die Schweiz möglich. Das Recht auszureisen erweist sich im Verhältnis von Mutterland und Exklave als notwendige Voraussetzung für die Einreise in den jeweils anderen Teil des Bundesgebiets. Es muss daher ebenfalls von Art. 11 Abs. 1 GG geschützt sein. Ansonsten wäre die Freizügigkeit nicht „im ganzen Bundesgebiet“ gewährleistet, wie es Art. 11 Abs. 1 GG anordnet. Das Grundrecht auf Einreise<sup>13</sup> liefe ins Leere.

9 Zur geographischen Lage *Oberer* (Fn. 6), S. 5; *Rausser*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 24 I GG, 1991, S. 202 f.; Lediglich im Süden grenzt die Exklave nicht an den Kanton Schaffhausen: hier fließt der Rhein, in dessen Mitte das Büsinger Gebiet an die Kantone Zürich und Thurgau grenzt, vgl. dazu *Brintzinger*, Untersuchungen über die rechtliche Stellung der deutschen Exklave Büsingen im Kanton Schaffhausen unter besonderer Berücksichtigung der verkehrs- und zollrechtlichen Fragen, 1957, S. 7 und den dort abgedruckten Kartenausschnitt (S. 8).

10 *Brintzinger* (Fn. 9), S. 86.

11 Vgl. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i6/0.631.112.136.de.pdf>. Er löste einen Vertrag von 1895 ab, Art. 42 des Staatsvertrags von 1964. Gleichzeitig wurde eine zweite Exklave, Verenahof, zusammen mit anderen Gebieten im Wege des Tauschs an die Schweiz abgetreten, vgl. dazu den Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Bereinigung der Grenze im Abschnitt Konstanz-Neuhausen am Rheinfall vom 23.11.1964, in Kraft seit 4.10.1967, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i1/0.132.136.3.de.pdf>; vgl. dazu *Brintzinger* (Fn. 9), S. 6 f.

12 *Oberer* (Fn. 6), S. 10; ausdrücklich klargestellt in Art. 1 des Staatsvertrags.

13 Die Einreise ist nach der Rechtsprechung des BVerfG von der Freizügigkeit umfasst, vgl. BVerfGE 2, 266; *Baldus*, in: *Epping/Hillgruber*, Beck'scher Online-Kommentar, Ed. 15, Art. 11 Rn. 11; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 29 Rn. 4.

Soweit ersichtlich, hat sich bisher nur *Oberer* mit den Konsequenzen der Lage Büsingens für die Freizügigkeit beschäftigt.<sup>14</sup> Nach seiner Ansicht muss die Grundrechtsposition der Bürger aus Art. 11 GG mit der Verpflichtung der Bundesrepublik in Einklang gebracht werden, Völkerrecht zu beachten (Art. 25 GG). Aus der Möglichkeit der Schweiz, den Austausch zwischen Mutterland und Exklave zu regeln, folge, dass die Freizügigkeit nicht das Recht umfasse, auszureisen. Diese Ansicht ist falsch: Aus den Möglichkeiten der Schweiz kann nicht auf das Nichtbestehen von Grundrechtsbindungen der Bundesrepublik geschlossen werden. Einschränkungen durch deutsche Stellen lassen sich nicht deshalb leichter rechtfertigen, weil die Schweiz Einschränkungen durchsetzen kann. Richtig ist immerhin, dass *Oberer* das Recht, die Exklave zu erreichen, im Grundsatz Art. 11 GG zuordnet, also stillschweigend von der hier entwickelten Ausreisefreiheit aus Art. 11 GG ausgeht.

Die Bedeutung Büsingens als Ausreiseziel im übrigen Land befindlicher Deutscher soll hier nicht überhöht werden. Sie dürfte sich für die überwältigende Mehrheit in engen Grenzen halten. Große Bedeutung hat die soeben hergeleitete Ausreisefreiheit aus Art. 11 Abs. 1 GG aber umgekehrt für die in Büsingens befindlichen Deutschen. Sie können den Rest der Republik nur erreichen, wenn sie vorübergehend aus Deutschland (nämlich aus der Exklave) in die Schweiz ausreisen. Für sie ist es von existenzieller Bedeutung, ob ihr Zugang zum deutschen Mutterland durch jedes Gesetz, das die Allgemeine Handlungsfreiheit einschränkt, verhindert werden kann, oder ob solche Beschränkungen die hohen Hürden des Art. 11 Abs. 2 GG zu beachten haben.

Genau das ist die Konsequenz der hier vertretenen Ausreisefreiheit aus Art. 11 Abs. 1 GG: Ausreisebeschränkungen, wie sie etwa *Wilhelm Elfes* auferlegt wurden, müssen sich an Art. 11 Abs. 2 GG messen lassen, wenn der Ausreisewillige plausibel darlegt, nach Büsingens (oder umgekehrt: von Büsingens in das deutsche Mutterland) einreisen zu wollen.

## 2. Inhaltliche Grenzen des Rechts

Hierin liegen auch die inhaltlichen Grenzen der aus der Freizügigkeit hergeleiteten Ausreisefreiheit. Sie erlaubt nicht jede Ausreise, sondern nur jene nach oder aus Büsingens. Wer das Bundesgebiet bei Görlitz oder mittels Interkontinentalflugs verlassen will, wird sich nicht auf sie berufen können. Solange ein Reisepass zur Einreise in die Schweiz entbehrlich ist, gewährt die nur partielle Ausreisefreiheit aus Art. 11 GG keinen Anspruch auf Erteilung eines solchen.

Umgekehrt darf aber nicht an der Grenze zurückgewiesen werden, wer in örtlicher Nähe zur Exklave versucht, in die Schweiz zu gelangen und dabei glaubhaft macht, Büsingens (bzw. umgekehrt: das deutsche Mutterland) sei das Ziel. Ist dem Bürger aber der Landweg erlaubt, so wäre es unverhältnismäßig, ihm etwa einen Flug von Hamburg nach Zürich zu versagen: Angesichts der Entfernung wäre der Landweg

<sup>14</sup> *Oberer* (Fn. 6), S. 53 ff.

weniger zumutbar und brächte keinen Kontrollgewinn für die deutsche Seite: Auch auf dem Landweg kann nicht sichergestellt werden, dass der Reisende tatsächlich Büsingen (umgekehrt: das Mutterland) ansteuert, wenn er erst einmal schweizerisches Territorium erreicht hat. Ihn auf den Landweg zu verweisen wäre also ungeeignet, um sicherzustellen, dass er nicht mit anderem Ziel ausreist.

### 3. Schranken

Dass der deutsche Staat die Kontrolle über das wirkliche Reiseverhalten des Betroffenen verliert, wenn jener erst auf Schweizer Boden ist, darf nicht dazu führen, das Erreichen deutschen Bodens ohne Rücksicht auf Art. 11 GG zu erschweren. Beschränkungen sind also nur unter den Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 GG erlaubt.

Unzulässig wäre es jedenfalls, den reisewilligen Bürger beispielsweise durch die Polizei in den jeweils anderen Landesteil zu verbringen, um sicherzustellen, dass er seinen Aufenthalt in der Schweiz nicht zum dortigen Verbleib oder zur Weiterreise in andere Länder nutzt. Dies wäre mit Freizügigkeit, nämlich dem Recht, ungehindert, „frei zu ziehen“ unvereinbar. Eine solche „Eskorte“ (in Wahrheit: Gefangenentransport) müsste zudem über schweizerisches Gebiet führen, wäre also ein hoheitliches Handeln deutscher Stellen in der Schweiz. Dies wäre wegen der Gebietshoheit der Schweiz grundsätzlich völkerrechtlich verboten.<sup>15</sup> Der Staatsvertrag erlaubt es zwar in Art. 29, Personen, die „wegen einer nach deutschem Recht strafbaren Handlung oder auf Grund eines deutschen Vorführungsbefehls oder eines deutschen Haftbefehls festgenommen worden sind“, polizeilich durch Schweizer Territorium durchzuführen. Die Voraussetzungen eines solchen Haft- oder Vorführungsbefehls müssten aber eben vorliegen. Sie zu fingieren, um missliebigen Personen per Polizeieskorte die Ausreise zu erschweren, würde nicht nur gegen Völkerrecht und Art. 11 Abs. 1 GG verstoßen, sondern auch gegen die für diese Haft- oder Vorführungsbefehle maßgeblichen Rechtsvorschriften.

### 4. Konsequenzen des Missbrauchs

Sollte sich herausstellen, dass im Einzelfall die Freizügigkeit zur Ausreise mit anderem Ziel missbraucht wurde, können ggfs. weitergehende Reisebeschränkungen auferlegt werden bzw. spräche das bei nächster Gelegenheit gegen die Glaubwürdigkeit desselben Betroffenen, wenn er wieder die Ausreise mit der hier entwickelten Argumentation begehrt. Allerdings muss nicht in jeder Änderung der Reiseroute oder des Reiseziels ein Missbrauch liegen. Freizügigkeit bedeutet, Wohnsitz und Aufenthalt frei zu wählen.<sup>16</sup> Das schließt das Recht ein, sich auch während des „Ziehens“ umzuentcheiden.

15 Oberer (Fn. 6), S. 11; allgemein Jarass (Fn. 2), Art. 25 Rn. 9 m. w. N.

16 Zippelius/Würtenberger (Fn. 13), § 29 Rn. 2.

### III. Zusammenfassung

Art. 11 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, das Bundesgebiet zu verlassen, um die Exklave Büsingen (bzw. von dort aus das deutsche Mutterland) zu erreichen. Beschränkungen dieses Rechts durch deutsche Stellen sind entgegen dem Elfes-Urteil nicht an Art. 2 Abs. 1 GG, sondern an Art. 11 Abs. 2 GG zu messen. Die Freizügigkeit gewährt also ungeachtet der vom *BVerfG* entwickelten Dogmatik zumindest partielle Ausreisefreiheit.