



Kölner Schriften zu Recht und Staat

Band 49

CHRISTIAN PETER KOKEW

Der Auslandsschutz deutscher Staatsangehöriger bei Entführungen

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
A. Einführung in die Thematik	1
B. Ziel und Gang der Untersuchung	2
C. Aktualität der Fragestellungen	6
Teil I: Anspruch des im Ausland entführten deutschen Staatsangehörigen auf Befreiung gegen die deutsche Staatsgewalt?	
A. Begriffliche Vorabfestlegung	9
I. Das Institut des Auslandsschutzes	9
II. Begriffliche Einordnung von Befreiungsmaßnahmen	12
III. Terminologische Unterschiede	15
B. Europarechtliche Ebene	16
I. Art. 23 AEUV	17
II. Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. c) AEUV	18
III. Art. 46 GRCh	19
C. Völkerrechtliche Ebene	20
I. Kein Anspruch auf Befreiung aus dem Völkerrecht	20
1. Das staatliche Recht zur Gewährung von Auslandsschutz	21
a) Das staatliche Recht zum konsularischen Schutz	24
b) Konsularischer Schutz und die nationality rule	26
c) Zwischenergebnis	27
2. Kein Rechtsanspruch	27
a) Keine Pflicht zum konsularischen Schutz kraft Völkervertragsrecht	29
aa) Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen	30
bb) Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte	31

cc) Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten	31
dd) Das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen	34
(1) Die Ansicht von Bloß	34
(2) Die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs zu Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK	36
ee) Das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen	37
ff) Ergebnis: keine völkerrechtliche Pflicht	37
b) Keine Pflicht zum konsularischen Schutz kraft Völkergewohnheitsrecht	37
3. Zusammenfassung und Ausblick	39
4. Ergebnis: Kein völkerrechtlicher Anspruch auf Befreiung	40
II. Kein kollidierendes Völkerrecht	40
D. Befreiungsanspruch auf einfachgesetzlicher Ebene	41
I. Das Konsulargesetz als Anspruchsgrundlage	41
1. Anwendbarkeit des KonsG auf Entführungsfälle	41
a) Konsularische Tätigkeit bei Handlungsträgerschaft des Auswärtigen Amtes	41
b) Befreiungsmaßnahmen als konsularische Tätigkeit	44
aa) Befreiungsaktion als nicht alltägliche konsularische Aufgabe	44
bb) Exterritorialität des amtlichen Handelns	45
cc) Befreiungsmaßnahme als diplomatischer Schutz	46
dd) Entführungen und der Bereich des Unnormierbaren	48
c) Ergebnis: KonsG ist auf Entführungsfälle anwendbar	49
2. Hilfe in Notfällen nach § 5 Abs. 1 S. 1 KonsG	49
a) Begriff der Hilfsbedürftigkeit	49
aa) Beschränkung des Anwendungsbereichs auf soziale Leistungen	50
bb) Weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „hilfsbedürftig“	51
cc) Stellungnahme	52
(1) Wortlaut	52
(2) Systematische Argumente	53
(a) Die Regelung des § 5 Abs. 3 KonsG	53

(b) Die Regelung des § 5 Abs. 4 KonsG	57
(c) Die Regelung des § 5 Abs. 5 KonsG	58
(d) Die Regelung des § 5 Abs. 6 KonsG	59
(e) Die Regelung des § 6 KonsG	59
(3) Historische Argumente	63
(4) Teleologische Erwägungen	66
dd) Zusammenfassung des Auslegungsergebnisses	67
b) Ergebnis: kein Befreiungsanspruch aus § 5 Abs. 1 S. 1 KonsG	68
3. Hilfe in Katastrophenfällen nach § 6 Abs. 1 S. 1 KonsG	68
a) Personeller Anwendungsbereich	68
aa) Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Ortsansässige	68
bb) Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs auf alle vom Katastrophenfall betroffenen Deutschen	69
cc) Stellungnahme	69
dd) Ergebnis: § 6 Abs. 1 S. 1 KonsG nicht auf Ortsansässige beschränkt	71
b) Keine ausschließlich präventive Funktion	71
c) Entführung als Katastrophenfall	72
aa) Bestimmung des „vergleichbaren Ereignisses“	73
(1) Gemeingefahr als Voraussetzung für ein vergleichbares Ereignis	73
(2) Stellungnahme	75
bb) Ergebnis: Geiselnahme kein Katastrophenfall i.S.d. § 6 KonsG	76
d) Entführung als Folge eines Katastrophenfalls	76
aa) Eintritt eines Katastrophenfalls	77
bb) Gemeingefährlichkeit	77
cc) Kausalität zwischen Katastrophenfall und Notlage erforderlich	78
e) Ergebnis	79
4. Befreiungsmaßnahme als konsularische Hilfe gemäß § 1 2. Spiegelstrich KonsG	80
a) Aufgabennorm als Handlungsgrundlage	81
b) Befreiungsmaßnahmen als „Beistand“ i. S. d. § 1 2. Spiegelstrich KonsG	81

5. Rechtsfolge aus § 1 2. Spiegelstrich KonsG und	
§ 6 Abs. 1 S. 1 KonsG	83
a) Subjektives Recht	83
b) Anspruch auf eine bestimmte Befreiungsmaßnahme oder Ermessen der Behörde	84
aa) Entschließungsermessen oder Anspruch auf Hilfe	85
bb) Auswahlermessen oder Anspruch auf bestimmte Befreiungsmaßnahme	88
cc) Kein Anspruch auf Gleichbehandlung	90
dd) Ergebnis: kein Anspruch auf Befreiung	91
c) Anspruchsinhaber und Anspruchsgegner	91
d) Zusammenfassung der Prüfung von § 1 2. Spiegelstrich KonsG und § 6 Abs. 1 KonsG	92
6. Ergebnis: Anspruch auf Hilfe in Entführungsfällen	92
II. Zusammenfassung Teil C	92
III. Würdigung des Ergebnisses	93
E. Befreiungsanspruch auf verfassungsrechtlicher Ebene	93
I. Vorbemerkung	93
1. Ziel der Untersuchung	93
2. Ausgangspunkt der Untersuchung: das Institut des Auslandsschutzes	94
3. Keine Thematisierung des konsularischen Schutzes	96
4. Aufbau der Prüfung	97
II. Die Rechtsprechung zum Auslandsschutz	98
1. Die Rechtsprechung des BVerfG	98
a) „Vermögenswerte in der Schweiz“	98
b) „Grundlagenvertragsurteil“	99
c) „Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen“	100
d) „Ostverträge“	102
e) „Reparationsschäden“	102
f) „Rudolf Hess“	102
2. Die Verwaltungsgerichte	103
3. Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Auslandsschutz	104
III. Keine staatliche Befreiungspflicht aufgrund einer verfassungsrechtlichen Tradition	104
1. Bisherige Regelungen in deutschen Verfassungen	104

2.	Keine Anerkennung einer konsularischen Hilfspflicht aufgrund dieser Verfassungstradition	106
a)	Schweigen des Grundgesetzes aufgrund der besonderen politischen Situation	106
b)	Schweigen als Unterbrechung der Verfassungstradition ...	107
c)	Stellungnahme	108
d)	Ergebnis: Keine Pflicht kraft deutscher Verfassungstradition	110
3.	Zwischenergebnis: Kein Anspruch aus Verfassungstradition oder nach gefestigter Rechtsprechung	110
IV.	Keine Begründung eines Befreiungsanspruchs aus Art. 16 Abs. 1 GG und Art. 16 Abs. 2 GG	110
1.	Kein Befreiungsanspruch aus Art. 16 Abs. 1 GG	110
a)	Streit um Art. 16 Abs. 1 GG als Grundlage für den Auslandsschutz	111
b)	Stellungnahme	112
c)	Ergebnis	114
2.	Kein Befreiungsanspruch aus Art. 16 Abs. 2 GG	115
V.	Begründung einer Befreiungspflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG	115
1.	Die grundrechtliche Schutzpflicht	116
a)	Rechtsprechung des BVerfG	117
b)	Herleitung und Grundlage der Schutzpflicht	119
c)	Zusammenfassung	121
d)	Fallgruppe der grundrechtlichen Schutzpflichten: Geiselnahmen und Entführungen im Inland	121
2.	Anwendung der grundrechtlichen Schutzpflicht im Ausland	122
a)	Grundsatz der Bindung deutscher Staatsgewalt an die Grundrechte bei Auslandssachverhalten	122
aa)	Universelle Bindung deutscher Staatsgewalt mit Modifikationen	123
bb)	Keine Einschränkung durch rein territoriale Anknüpfung	124
cc)	Ergebnis: Bindung deutscher Staatsgewalt an Grundrechte im Ausland	125

b) Anwendung der grundrechtlichen Schutzpflichten im Ausland	125
aa) Forschungsbeiträge in der Literatur zur Anwendbarkeit der grundrechtlichen Schutzpflichten auf Sachverhalte mit Auslandsbezug	126
(1) Unmittelbare Ableitung des Auslandsschutzes aus den grundrechtlichen Schutzpflichten	127
(2) Art. 1 Abs. 3 GG als „Adapter“ von völkerrechtlichem Auslandsschutz und grundrechtlicher Schutzpflicht	128
(3) Beschränkung der Reichweite der grundrechtlichen Schutzpflichten auf der Tatbestandsseite	130
(4) Anwendbarkeit der Grundrechte auf Sachverhalte mit Auslandsbezug kraft ihrer „Erweiterung“	131
(5) Zusammenfassung	132
bb) Forschungsbeiträge in der Literatur zur Ablehnung einer Anwendung der grundrechtlichen Schutzpflichten im Ausland	133
cc) Schweigen der Rechtsprechung	134
dd) Stellungnahme	140
(1) Keine Vereinbarung mit der nationality rule	141
(2) Klein und die Korrektur auf der Rechtsfolgendeite	142
(3) Staatstheoretische Erwägungen	142
(4) Keine „Allzuständigkeit“ des Grundgesetzes	144
(5) Zwischenergebnis	145
(6) Bedenken gegen die Konstruktion von Heintzen	145
ee) Zusammenfassung	146
c) Begrenzung des Schutzbereichs der grundrechtlichen Schutzpflichten über Art. 25 S. 1 GG	147
aa) Ausgangslage des hier vertretenen Ansatzes	147
bb) Lösungsmodell: Kollidierende Regeln des Völkerrechts als Verkürzung des Schutzbereichs der grundrechtlichen Schutzpflichten im Ausland	149

cc) Rechtsfolge	151
dd) Würdigung	151
(1) Nationality rule und Territorialprinzip von Art. 25 S. 1 GG erfasst	151
(2) Keine Korrektur auf der Rechtsfolgenreise nötig	152
(3) Vereinbarkeit mit der staatsrechtlichen Begründung der grundrechtlichen Schutzpflichten	152
ee) Zusammenfassung	153
d) Schlussfolgerung: Pflicht zur Gewährung von Auslandsschutz aus den grundrechtlichen Schutzpflichten	153
3. Ergebnis: Pflicht zur Befreiung eines Deutschen aus Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (i.V.m. Art. 25 S. 1 GG)	153
VI. Begründung einer staatlichen Befreiungspflicht über das Schutz-Treue-Verhältnis als Bestandteil der Staatsangehörigkeit	154
1. Die Pflicht des Staates zum Auslandsschutz als allgemeine Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Angehörigen	154
2. Schutz-Treue-Verhältnis auch im Ausland	155
3. Herleitung des Schutz-Treue-Verhältnisses	156
4. Zwischenergebnis	157
5. Verankerung des Schutz-Treue-Verhältnisses in der Staatsangehörigkeit	158
a) Das Rechtsinstitut der Staatsangehörigkeit	158
b) Der sachliche Gehalt der Staatsangehörigkeit: das Schutz-Treue-Verhältnis	159
aa) Staatsangehörigkeit als formell definierter, nach außen hin begrenzter Mitgliedstatus	162
bb) Staatsangehörigkeit beinhaltet bestimmte Rechte und Pflichten	163
cc) Stellungnahme	164
c) Ergebnis: Schutz-Treue-Verhältnis ist Bestandteil der Staatsangehörigkeit	166

6. Verfassungsrechtliche Verankerung des Schutz-Treue-Verhältnisses	166
a) Verfassungsneutrales Grundverhältnis von Staat und Angehörigen	166
b) Verfassungsrang durch das Grundgesetz	167
c) Zwischenergebnis: Schutzpflicht des Staates verfassungsrechtlich verankert	170
7. Schutz-Treue-Verhältnis und Befreiungspflicht	170
8. Schutzpflicht gilt für alle Deutschen i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG	170
9. Zusammenfassung	172
10. Konturenlosigkeit des Schutzanspruchs	172
VII. Anspruch auf eine bestimmte Befreiungsmaßnahme oder auf ermessensfehlerfreie Entscheidung	173
1. Vorbemerkung	173
2. Unbedingter Anspruch oder Ermessen	175
3. Stellungnahme	177
a) Entschließungsermessen	178
b) Auswahlermessen	181
4. Ergebnis: Anspruch auf Schutz	184
VIII. Würdigung des Ergebnisses	184
IX. Zusammenfassung	185
F. Ergebnisse 1. Teil	185
Teil 2: Der Anspruch auf Hilfe bei Reisewarnungen und im Falle wiederholter Entführungen	189
A. Vorbemerkung	189
B. Reisewarnungen und Sicherheitshinweise des Auswärtigen Amtes	191
C. Der Fall Osthoff	192
I. Kein Verzicht, Verwirkung, unwürdiges Verhalten oder Missbrauch	192
II. Ermessensreduzierung auf Null im Fall Osthoff	195
III. Ergebnis	197
IV. Würdigung	197
D. Ergebnisse 2. Teil	198
Teil 3: Zulässigkeit von gewaltsamen Befreiungsoperationen im Ausland	199

A. Vorbemerkung	199
B. Rechtmäßigkeit von Befreiungsoperationen im Ausland durch die GSG 9 und die KSK	204
I. Rechtsgrundlage für einen Einsatz der GSG 9 als Spezialeinheit der Bundespolizei	205
1. § 8 Abs. 2 S. 1 BPolG als Rechtsgrundlage	205
2. Kritische Betrachtung des § 8 Abs. 2 S. 1 BPolG	205
II. Rechtsgrundlage für einen Einsatz der KSK als Sondereinsatztruppe der Bundeswehr	206
1. Rechtsgrundlage für Befreiungsaktionen der Bundeswehr im Rahmen mandatierter Operationen	207
2. Rechtsgrundlage für unilaterale Befreiungsaktionen im Ausland	207
a) Art. 87 a Abs. 1 GG als Rechtsgrundlage für extritoriale Einsätze der Bundeswehr	210
b) Militärischer Befreiungseinsatz als Maßnahme „zur Verteidigung“	213
aa) Theorie der Personalverteidigung	214
bb) Kritik an der Theorie der Personalverteidigung	216
(1) Akzessorität von Völker- und Verfassungsrecht ..	217
(2) Konturenlosigkeit des Konzepts der „Personalverteidigung“	218
(3) Ungeschriebene Schutzpflicht kein Auslegungsargument	219
(4) Ermessenselement als Gegenargument	220
(5) Entstehungsgeschichte als Gegenargument	221
(6) Deutsche im Ausland nicht Teil des Staatsvolks ..	222
(7) Gefahr der uferlosen Ausweitung der Verteidigungsobjekte	223
cc) Argumente für die Theorie der Personalverteidigung	224
c) Ergebnis und Bewertung	225
3. Vorheriger Parlamentsbeschluss grundsätzlich nicht notwendig	226
4. Ergebnis: Recht auf Befreiung aus Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG	227
III. Völkerrechtliche Zulässigkeit von gewaltsamen Befreiungsaktionen	227

1. Befreiungsaktion als Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht	228
2. Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit/ Rechtfertigungsgründe	231
a) Einwilligung des Aufenthaltsstaates	231
b) Bewaffnete Intervention in einem „failing/failed state“ ...	231
aa) Keine teleologische Reduktion des Gewaltverbots	232
bb) Kein Wegfall der Staatlichkeit	234
c) Rechtfertigung kraft Völkergewohnheitsrecht unter bestimmten Voraussetzungen	236
aa) Rechtfertigung durch Völkergewohnheitsrecht nur im Ausnahmefall	236
bb) Keine Rechtfertigung durch das Völkergewohnheitsrecht in den überwiegenden Entführungsfällen	241
3. Keine Rechtfertigung in sonstigen Fällen	242
IV. Ergebnis: Befugnis zur Befreiung unter bestimmten Voraussetzungen	246
C. Ergebnisse 3. Teil	246
Teil 4: Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf konsularischen Auslandsschutz	
A. Vorbemerkung	249
B. Rechtsweggarantie	250
C. Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vor dem Verwaltungsgericht	253
I. Zulässigkeit des Antrags	253
1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	253
2. Statthafte Antragsart	254
3. Zuständiges Gericht	256
4. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog	256
5. Antragsgegner	257
6. Rechtsschutzinteresse	257
7. Problem: Antragstellung aus tatsächlichen Gründen unmöglich	258
II. Begründetheit des Antrags	263
1. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	264
2. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	266

III. Ergebnis: Antrag in der Regel unbegründet	268
D. Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vor dem Verfassungsgericht	268
E. Ergebnisse 4. Teil	270
Teil 5: Der Ersatzanspruch des Staates	271
A. Vorbemerkung	271
B. Kostenpositionen einer Befreiung	274
C. Diskutierte Erstattungsgrundlagen	275
D. Anwendbarkeit des KonsG	277
I. Keine Befugnis zum Erlass eines Kostenbescheids nach § 25 KonsG i. V. m. §§ 1 Abs. 2, 7 Abs. 2 AKostG	278
II. Befugnis zum Erlass eines Kostenerstattungsbeschei- des aus §§ 1 2. Spiegelstrich, 25 KonsG i. V. m. § 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 AKostG	280
1. „Anschlusskosten“ als Auslagen i.S.v. § 7 Abs. 1 AKostG ...	281
2. „Befreiungskosten“ als Auslagen i.S.v. § 7 Abs. 1 AKostG ...	282
a) Rettungsmaßnahmen als Amtshandlung i.S.v. § 1 Abs. 1 AKostG	282
b) Befreiungskosten als Auslagen i.S.v. § 7 Abs. 1 AKostG	282
c) Problem: Die weite Auslegung des Auslagenbegriffs und der Vorbehalt des Gesetzes	284
d) Entstehung der Kostenschuld, Kostenschuldner, Kostengläubiger	285
e) Zwischenergebnis: Befugnis zum Erlass eines Kostenerstattungsbescheides aus §§ 1 2. Spiegelstrich, 25 KonsG i. V. m. § 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 AKostG	285
3. Einschränkung der Ersatzpflicht in Härtefällen	286
a) Einschränkung nach § 10 Abs. 1 AKostG	287
b) Einschränkung nach § 19 AKostG i. V. m. § 59 Abs. 1 BHO	289
4. Kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	289
5. Ergebnis: Einschränkung der Ersatzpflicht in Härtefällen möglich	291
III. Befugnis zum Erlass eines Kostenerstattungsbescheides aus § 6 Abs. 2 KonsG i.V.m. § 5 Abs. 5 KonsG	291

IV.	Kein Erstattungsanspruch aus § 3 Abs. 1 KonsG i. V. m. §§ 683 S. 1, 670 BGB analog	293
V.	Erstattungsansprüche gegen den Arbeitgeber eines Befreiten ...	294
VI.	Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kostenbescheide des Auswärtigen Amtes	298
VII.	Ergebnis und Würdigung	300
E.	Keine Anwendbarkeit des KonsG	301
I.	Zulässigkeit der Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag auf Entführungsfälle	302
II.	Geschäftsbesorgung und Fremdheit des Geschäfts	304
III.	Vorgehen im Interesse und nach dem Willen des Geschäftsherren	305
IV.	Fehlen einer Geschäftsführungsberechtigung	305
	1. Der Ansatz von Dahm	305
	2. Stellungnahme	306
V.	Ergebnis	308
F.	Ergebnisse 5. Teil	308
Teil 6: Anspruch eines Unionsbürgers auf Befreiung gegen die deutsche Staatsgewalt		311
A.	Anspruch auf Hilfe	311
I.	Anspruch aus Art. 23 Abs. 1 AEUV i.V.m. den Regelungen des KonsG	311
	1. Kein Institutioneller Bezug zur Auslandsvertretung erforderlich	311
	a) Die Auslegung von Art. 23 Abs. 1 AEUV	312
	b) Unterschiedliche Formulierung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. c) AEUV	314
	2. Individualanspruch	315
	3. Ergebnis	316
II.	Kein Anspruch aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. c) AEUV i.V.m. mit den Regelungen des KonsG	316
B.	Ergebnisse 6. Teil	317
Teil 7: Gesamtergebnis und Folgerungen		319
A.	Teil 1	319
B.	Teil 2	321
C.	Teil 3	321

D. Teil 4	322
E. Teil 5	322
F. Teil 6	325
Teil 8: Ergebnisse in Thesen	327
Literaturverzeichnis	331