

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades einer Doktorin der Rechte
durch die Juristische Fakultät der Universität Potsdam

Susanne Lenz

Der konsularische Schutz

Notfälle Deutscher im Ausland

Dissertation, Universität Potsdam, 2017

Gutachter: Prof. Dr. Andreas Zimmermann
Prof. Dr. Christian Bickenbach

Tag der Disputation: 12.07.2017

Online veröffentlicht auf dem
Publikationsserver der Universität Potsdam:
URN urn:nbn:de:kobv:517-opus4-406069
<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-406069>

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	6
Vorbemerkungen	9
<u>Kapitel 1 Staatliche Handlungspflichten und Individualanspruch</u>	11
Abschnitt 1 Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes	11
A. Diplomatischer Schutz	12
B. Konsularischer Schutz	14
C. Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute	14
I. Begriffliche Abgrenzung	15
II. Inhaltliche Abgrenzung	15
Abschnitt 2 Völkerrecht	17
A. Recht des Staates auf Ausübung konsularischen Schutzes	17
B. Anspruch des Individuums auf Gewährung konsularischen Schutzes	18
I. Völkerrechtssubjektivität	19
II. Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen	19
III. Völkergewohnheitsrecht	21
IV. Internationale Menschenrechtsverträge	21
1. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	22
a) Extraterritoriale Geltung	22
b) Handlungspflichten	25
2. Sonstige internationale Menschenrechtsabkommen	27
a) Extraterritoriale Geltung	27
b) Handlungspflichten	32
C. Ergebnis	33
Abschnitt 3 Europarecht	33
A. Recht des Europarates	33
I. Europäische Menschenrechtskonvention	33
1. Handlungspflichten der EMRK	34
2. Ausübung von Hoheitsgewalt durch den Vertragsstaat	35
a) Extraterritoriale Ausübung von Hoheitsgewalt	36
b) Unterlassen durch die Auslandsvertretungen	36
3. Staatliches Ermessen	40
4. Ergebnis	41
II. Europäisches Abkommen über konsularische Aufgaben	42
B. Recht der Europäischen Union	43
I. Tatbestandsvoraussetzungen	44
1. Adressatenkreis	44
a) Unionsbürgerschaft	45
(1) Unionsbürger mit weiterer Staatsangehörigkeit eines Drittstaates	45
(2) Unionsbürger mit Staatsangehörigkeiten mehrerer EU-Mitgliedstaaten	46
b) Familienmitglieder	46
c) Juristische Personen	48
2. Entsendestaat nicht konsularisch vertreten	48
3. Einverständnis des Empfangsstaates	49
II. Rechtsfolgen	51
1. Rechtsanspruch	52
2. Inhalt des Rechtsanspruches	53
a) Schutz durch jeden Mitgliedstaat	54
b) Umfang	56
(1) Nationales Recht der Mitgliedstaaten	56
(2) Begrenzung der Ausführungsregelungen auf Notfälle	57
3. Pflichten der Mitgliedstaaten zur Kooperation und Information	58

III. Ergebnis	59
Abschnitt 4 Verfassungsrecht	59
A. Verfassungsgewohnheitsrechtliche Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes	60
I. Verfassungsgewohnheitsrecht im Allgemeinen	61
II. Historische Regelungen	62
1. Verfassung von 1849	62
2. Verfassungen von 1867 und 1871	63
3. Verfassung von 1919	66
III. Keine gewohnheitsrechtliche Schutzpflicht	68
1. Schweigen des Grundgesetzes	69
2. Schweigen als Anknüpfung	70
3. Ergebnis	71
B. Konsularische Schutzpflicht aus der Staatsangehörigkeit	71
I. Art. 16 GG	72
II. Schutz- und Treueverhältnis	72
C. Schutzpflichten der Grundrechte	74
I. Begriff der Schutzpflicht	74
II. Geltung der Grundrechte im Ausland	75
III. Schutzpflichten als objektive staatliche Handlungspflichten	77
IV. Schutzpflichten als Individualansprüche	78
1. Kein allgemeines subjektives Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes	78
2. Subjektiver Anspruch aus den Schutzpflichten der Grundrechte	80
a) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	80
b) Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG	82
c) Art. 6 GG	82
D. Ergebnis	83
Abschnitt 5 Einfaches Bundesrecht	84
A. Ermessensvorschriften im Konsulargesetz	84
B. Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung	85
I. Ermessensreduzierung auf Null	86
II. Selbstbindung der Verwaltung	88
C. Ergebnis	89
<u>Kapitel 2 Rechtsgrundlagen für konsularische Hilfen in Notfällen</u>	90
Abschnitt 1 § 5 KonsG - Hilfeleistung an Einzelne	90
A. Tatbestand	91
I. Hilfsbedürftigkeit/Notlage	91
1. Grammatische Auslegung	92
2. Systematische Auslegung	95
a) Sprachliche Systematik	96
(1) Hilfsbedürftig	97
(2) Hilfeleistung	101
b) Inhaltliche Systematik	104
(1) Nähe zum Sozialhilferecht	104
(a) § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG	105
(b) § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG	106
(c) § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG	107
(d) § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG	110
(e) § 5 Abs. 4 KonsG	112
(f) § 5 Abs. 6 KonsG	113
(2) Argumente der Rechtsprechung	116
(3) Systematischer Vergleich mit §§ 6 und 7 KonsG	120
c) Zusammenfassendes Ergebnis der systematischen Auslegung	123
3. Historische Auslegung	124

a) Historische Auslegung im engeren Sinn	124
b) Genetische Auslegung	127
(1) Entwurf 1965	127
(2) Entwurf 1972	129
(3) Entwurf 1973	131
c) Zusammenfassendes Ergebnis der historischen Auslegung	132
4. Teleologische Auslegung	133
a) Umfassende Notlageregelung	133
b) Gewährung und Rückforderung von Hilfen in wirtschaftlichen Notlagen	137
c) Abgrenzung zur Sozialhilfe	138
d) Zusammenfassendes Ergebnis der teleologischen Auslegung	139
5. Zusammenfassendes Ergebnis der Auslegung	139
6. Anwendbarkeit auf Entführungsfälle	142
a) Entführungen als konsularischer Notfall im Sinne des Konsulargesetzes	142
(1) Entführungen als Fälle vergleichbar diplomatischen Schutzes	143
(2) Maßgebliche Tätigkeit durch das Auswärtige Amt im Inland	144
(3) Tätigkeit im Bereich des Unnormierbaren	146
b) Direkte Anwendung auf Entführungsfälle	146
(1) Hilfsbedürftigkeit während einer Entführung	146
(2) Hilfsbedürftigkeit nach Beendigung einer Entführung	147
c) Analoge Anwendung auf Entführungsfälle	149
(1) Planwidrige Regelungslücke	149
(2) Vergleichbare Interessenlage	150
II. Gegenwärtigkeit der Notlage	150
1. Keine Schuldentilgung	151
2. Bestattungskosten	152
a) Übernahme der Bestattungskosten nach § 74 SGB XII	153
(1) Örtliche Zuständigkeit nach § 98 Abs. 3 SGB XII	154
(2) Zuständigkeitslücke bei Sterbeort im Ausland	156
b) Übernahme der Bestattungskosten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG	157
(1) Todesfall im Ausland	157
(2) Bestattungskostenschuldner mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland	159
c) Ergebnis	162
III. Zuständigkeit des Konsularbeamten	163
1. Sachliche Zuständigkeit	163
2. Örtliche Zuständigkeit	164
3. Zeitliche Beschränkung der Zuständigkeit	164
IV. Subsidiarität der Hilfe	166
V. Hilfsbedürftige	168
1. Deutsche	168
a) Natürliche Personen	168
b) Juristische Personen	170
2. Ausländer	171
a) Familienangehörige	171
b) Unionsbürger	172
c) Staatenlose	173
d) Flüchtlinge	174
3. Mehrstaater	176
a) Mehrstaater mit weiterer Staatsangehörigkeit eines Drittstaates	176
b) Mehrstaater mit weiterer Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates	177
4. Sonstige	178
VI. Antrag	179
B. Rechtsfolgen	180
I. Entschließungsermessen	180

1. Soll-Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG	180
2. Kann-Vorschriften des § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG	182
II. Auswahlermessen	183
1. Gewährung der erforderlichen Hilfe	183
2. Einzelne Hilfen nach § 5 KonsG	185
a) Heimführung	185
b) Gewährung von Rechtsschutz	186
3. Bindung an das Recht des Empfangsstaates	187
Abschnitt 2 § 6 KonsG - Hilfe in Katastrophenfällen	188
A. Tatbestand	189
I. (Drohendes) Vorliegen eines Katastrophenfalls	189
II. (Drohender) Schaden für die Bevölkerung oder Bevölkerungsteile	190
1. Bezugspunkt des Tatbestandsmerkmals der Gemeingefahr	190
2. Erfordernis der Gemeingefahr	191
III. Personeller Anwendungsbereich	193
1. Schutzbedürftige	193
2. Keine Begrenzung auf Ansässige	194
IV. Zuständigkeit	196
V. Anwendbarkeit auf Entführungsfälle	197
1. Direkte Anwendung auf Entführungsfälle	197
a) Keine Begrenzung auf präventive Maßnahmen	197
b) Entführungen als vergleichbares Ereignis	198
c) Entführungen als Folge kriegerischer oder revolutionärer Verwicklungen	199
2. Analoge Anwendung auf Entführungsfälle	201
B. Rechtsfolgen	201
I. Ermessen	202
II. Gewährung von Hilfe und Schutz	202
Abschnitt 3 § 7 - KonsG Hilfe an Gefangene	203
A. Tatbestand	204
I. Haft	204
II. Schutzbedürftige	204
III. Tätigwerden auf Verlangen des Inhaftierten	205
1. Antrag	205
2. Völkerrechtliche Informationspflicht	206
3. Kontaktaufnahme mit dem Konsularbeamten	209
B. Rechtsfolgen	210
Abschnitt 4 Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG	212
A. Tatbestand	213
I. Anwendungsbereich	213
II. Schutzbedürftige	214
B. Rechtsfolgen	214
<u>Kapitel 3 Kostentragung</u>	<u>216</u>
Abschnitt 1 Kostenerstattung unter dem KonsG 1867	216
A. Verauslagte Mittel nach dem Konsulargesetz	216
B. Gebühren und Auslagen für konsularische Amtshandlungen	217
Abschnitt 2 Geltende Rechtslage	218
A. Ermächtigungsgrundlagen	220
B. Zur Behebung der Notlage gewährte Leistungen	224
I. § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG	224
1. Umfang der Erstattungspflicht	225
2. Keine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei gebundenen Entscheidungen	226
3. Mitwirkung des Auswärtige Amtes	228

4. Kostenschuldner	229
a) Unterhaltspflicht der Erben	229
b) Unterhaltspflicht der Angehörigen	229
II. § 6 Abs. 2 KonsG in Verbindung mit § 5 Abs. 5 KonsG	231
C. Gebühren und Auslagen für konsularische Amtshandlungen	232
I. Umfang der Erstattungspflicht	232
1. Gebühren	233
2. Auslagen	234
a) Abgrenzung von Auslagen des Auswärtigen Amtes	234
b) Zusätzliche und individuelle zurechenbare Kosten	236
3. Besondere Befreiungs- und Ermäßigungstatbestände	237
II. Kostenschuldner	240
D. Kostenerstattung in Entführungsfällen	240
E. Stundung, Niederschlagung und Erlass	241
Abschnitt 3 Ausblick: Die Strukturreform des Gebührenrechts	243
A. Rechtsgrundlagen für die künftige Kostenerstattung	244
I. Übergangsregelungen	244
II. Systematik des künftigen Kostenrechts	246
B. Grundsätze der Gebührenerhebung	248
I. Individuelle Zurechenbarkeit der Kosten	248
II. Kostendeckungsprinzip	248
Kapitel 4 Ergebnis und Gesetzesvorschlag	250
Abschnitt 1 Zusammenfassung	250
A. Zusammenfassung Kapitel 1	250
I. Sachverhalt Erläuterungsbeispiel	250
II. Völkerrecht	252
III. Europarecht	254
1. Recht des Europarates	254
a) Verletzungen der EMRK	255
b) Handlungspflichten der Bundesrepublik Deutschland	255
2. Recht der Europäischen Union	257
IV. Bundesrecht	257
a) Verfassungsrecht	257
b) Konsulargesetz	258
V. Ergebnis	259
B. Zusammenfassung Kapitel 2	259
I. § 5 KonsG – Wirtschaftliche Notlagen Einzelner	260
1. Begrenzung des Tatbestandes auf wirtschaftliche Notlagen	260
2. Keine Anwendbarkeit auf Entführungsfälle	261
3. Sonderfall Todesfall im Ausland	261
II. § 6 KonsG – Notlage aufgrund eines Katastrophenfalls	262
III. § 7 KonsG – Notlage aufgrund einer Inhaftierung	262
IV. § 1 Spiegelstrich 2 KonsG – Generalklausel	263
C. Zusammenfassung Kapitel 3	263
Abschnitt 2 Gesetzesvorschlag	264
A. Gesetzestext	264
B. Begründung	266
I. Zu Artikel 1 – Änderung des SGB XII	266
II. Zu Artikel 2 – Änderung des Konsulargesetzes	269
III. Zu Artikel 3 – Inkrafttreten	272
Normenglossar	273
Literaturverzeichnis	276

Abkürzungsverzeichnis

ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AKostG	Auslandskostengesetz
AKostV	Auslandskostenverordnung
Art.	Artikel
AVR	Archiv des Völkerrechts
Az.	Aktenzeichen
BAGüS	Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I oder II	Bundesgesetzblatt Teil 1 oder Teil 2
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
Brem. GBl.	Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz)
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
ebd.	ebenda, Verweis auf die in der voranstehenden Fußnote angegebene letzte Quelle
EG	Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGL	Ergänzungslieferung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Entwurf 1965	Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsstellung und die Befugnisse der Konsuln der Bundesrepublik Deutschland (Konsulargesetz) vom Januar 1965.
Entwurf 1972	Entwurf eines Gesetzes über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz) vom Mai 1972
Entwurf 1973	Entwurf eines Gesetzes über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz) vom Februar 1973
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift

EuR	Europarecht, Zeitschrift
f.	folgende
ff.	folgenden
Fn.	Fußnote
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GV. NRW.	Gesetz- und Ordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GVBl. Schl.-H.	Gesetz- und Ordnungsblatt für Schleswig-Holstein
Hrsg.	Herausgeber
IGH	Internationaler Gerichtshof
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
KG	ebenfalls verwendete Abkürzung für das Gesetzes über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz)
KonsG	Gesetzes über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz)
KonsG 1867	Gesetz betreffend die Organisation der Bundeskonsulate sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln vom 8. November 1867
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz)
LSG	Landessozialgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PassG	Passgesetz
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RiVAST	Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
S.	Seite
SG	Sozialgericht
SGB I	Sozialgesetzbuch Erstes Buch: Allgemeiner Teil
SGB II	Sozialgesetzbuch Zweites Buch: Grundsicherung für Arbeitssuchende
SGB XII	Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch: Sozialhilfe
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StV	Strafverteidiger

SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
UN Doc.	United Nations Document - Dokument der Vereinten Nationen
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WÜD	Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen
WÜK	Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBIJR	Zentralblatt für Jugendrecht (und Jugendwohlfahrt)
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfF	Zeitschrift für das Fürsorgewesen
ZfSH	Zeitschrift für Sozialhilfe
ZFSH/SGB	Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Vorbemerkungen

Der konsularische Schutz ist ein sehr altes Rechtsinstitut mit ungebrochen großer Aktualität. Aufgrund des allgemeinen Wohlstandes in der Bundesrepublik Deutschland und der vergleichsweise günstigen und schnellen Erreichbarkeit auch entfernter und abgelegener Orte nehmen die Auslandsaufenthalte der Deutschen stetig zu. Mit steigender Tendenz unternehmen jährlich etwa 50 Millionen Deutsche eine Auslandsreise mit einer durchschnittlichen Dauer von zehn Tagen.¹

Zuständig für die Vielfalt an dabei auftretenden Problemen sind die deutschen Auslandsvertretungen. Laut Informationen des Auswärtigen Amtes verfügt die Bundesrepublik Deutschland zum 30. Mai 2017 über 153 Botschaften sowie 61 Generalkonsulate und Konsulate und damit insgesamt 227 deutsche Auslandsvertretungen. Zusätzlich wurden 337 ehrenamtlich tätige Honorargeneralkonsuln und Honorarkonsuln ernannt.²

Anlass dieser Untersuchung waren die gehäuften Berichte von Entführungen Deutscher im Ausland sowie der personal- und kostenintensiven Tätigkeiten deutscher Behörden zur Befreiung dieser Menschen. In die Erleichterung über geglückte Rettungen schlichen sich schnell kritische Kommentare über die Kosten und den Leichtsinn so manches Reisenden.

Hinzu kamen kritische Berichte über „Florida-Rolf“ und andere Deutsche, die sich angeblich auf Kosten des Steuerzahlers ein unbeschwertes Leben im sonnigen Ausland gönnten. Einmal auf das Thema gestoßen, ist kaum eine Zeitungslektüre mehr möglich ohne Berichte aus dem Ausland über beim Bergsteigen oder Autofahren verunfallte, aus Notsituationen wie Überschwemmungen, Vulkanausbrüchen oder Erdbebenregionen gerettete oder aber zum Opfer von Verbrechen wie Diebstahl und Raub gewordene Deutsche.

Über die Tätigkeiten der Auslandsvertretungen bei Notfällen Deutscher im Ausland ist hingegen wenig bekannt. Einschlägige Literatur und Rechtsprechung zu den Rechtsgrundlagen und Kostenfolgen findet sich kaum. Ein Einzelfall ist ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2009,³ welches zum Anlass genommen werden soll, das Rechtsinstitut des konsularischen Schutzes näher zu untersuchen.

Die vorliegende Arbeit soll insbesondere die Frage beantworten, inwieweit der Einzelne einen Anspruch auf konsularischen Schutz und damit auf Hilfe durch die Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland hat, welche rechtlichen Regelungen bestehen und welche im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes entstandenen Kosten ersatzfähig sind. Zentraler Bestandteil der Untersuchung ist hierbei die Analyse des genannten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts, welches die Bedeutung der dort streitgegenständlichen Rechtsgrundlage verkennt.

1 Homepage des Auswärtigen Amtes, zuletzt abgerufen am 15.08.2017 unter http://www.konsularinfo.diplo.de/Vertretung/konsularinfo/de/04/Hilfe/_Hilfe.html.

2 Homepage des Auswärtigen Amtes, zuletzt abgerufen am 01.09.2017 unter http://www.auswaertiges-amt.de/DE/AAmt/Auslandsvertretungen/Uebersicht_node.html.

3 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08.

Otto von Bismarck jedenfalls war als Reichskanzler schon Ende des vorletzten Jahrhunderts über die Höhe der Ausgaben der Konsularbeamten zur Unterstützung Deutscher im Ausland derart erbost, dass es in der von ihm erlassenen Verordnung betreffend die von den Kaiserlichen Konsuln zu gewährenden Unterstützungen vom 1. April 1882 heißt:

„Wenn es auch nach Lage der Gesetzgebung nicht möglich ist, die wanderlustigen deutschen Abenteurer an dem Besuche fremder Länder zu verhindern, so haben die staatlichen Organe doch die Aufgabe, dem Unwesen nach Kräften zu steuern, und vor allen Dingen die Pflicht, sich jeder Förderung desselben zu enthalten.“⁴

In der vorliegenden Arbeit wird bei Personenbezeichnungen aus Gründen der vereinfachten Lesbarkeit ausschließlich die männliche Form verwendet. Diese steht selbstverständlich stellvertretend auch für die weibliche Form, da insoweit keine inhaltlichen Unterschiede denkbar sind.

4 Zitiert aus Hoffmann/Glietsch, § 5 Vorbemerkungen, Absatznr. 1.1.

Kapitel 1 Staatliche Handlungspflichten und Individualanspruch

In diesem ersten Kapitel wird dargestellt, ob und inwieweit staatlichen Handlungspflichten sowie damit einhergehende Ansprüche des Einzelnen auf die Ausübung konsularischen Schutzes existieren. Es wird mit anderen Worten untersucht, wann und inwieweit die Bundesrepublik Deutschland zur Hilfe bei Notfällen Deutscher im Ausland verpflichtet ist und verpflichtet werden kann. Zunächst werden der Untersuchungsgegenstand bestimmt und der Begriff des konsularischen Schutzes eingeführt (hierzu unter Abschnitt 1).

Eine Pflicht staatlicher Stellen, bei Notfällen deutscher Staatsangehöriger⁵ im Ausland tätig zu werden, sowie ein korrespondierender Anspruch des Einzelnen kann sich im Einzelfall aus dem Völkerrecht ergeben (hierzu unter Abschnitt 2). Auch das Europarecht gewährt unter bestimmten Voraussetzungen ein subjektives Recht auf die Ausübung konsularischen Schutzes (hierzu unter Abschnitt 3).

Dem Grundgesetz lassen sich ebenfalls im Einzelfall entsprechende Handlungspflichten sowie ein korrespondierender Schutzanspruch entnehmen (hierzu unter Abschnitt 4). Das einfache Bundesrecht bestimmt, dass die Konsularbeamten grundsätzlich zur Ausübung konsularischen Schutzes verpflichtet sind, soweit dem keine schutzwürdigen Interessen entgegenstehen. Die Wahl der geeigneten Maßnahmen obliegt den Konsularbeamten (hierzu unter Abschnitt 5).

Abschnitt 1 Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes

Die vorliegende Untersuchung befasst sich nicht mit Fragen des diplomatischen sondern ausschließlich mit solchen des konsularischen Schutzes. Unter dem Begriff des Notfalles eines Deutschen im Ausland sind diejenigen Notfälle zu verstehen, deren Ursache(n) entweder in der Person des Betroffenen selbst (zum Beispiel Verlust von Geld), in dem Verhalten privater Dritter (zum Beispiel Gewaltverbrechen) oder in einem Naturereignis (zum Beispiel Überschwemmungen) liegen.⁶ Auch der Beistand des Entsendestaates gegenüber staatlichen Maßnahmen des Empfangsstaates wie beispielsweise Inhaftierungen wird untersucht, solange sich diese noch unter den Begriff des konsularischen Schutzes subsumieren lassen, also insbesondere solange der Schutzbedürftige den jeweiligen innerstaatlichen Rechtsweg noch nicht erschöpft hat.

Der völkerrechtliche Auslandsschutz ist der Sammelbegriff für das Tätigwerden des Staates zugunsten seiner Staatsangehörigen im Ausland.⁷ Begrifflich wird zwischen dem diplomatischen

5 Im Folgenden wird im Allgemeinen der Einfachheit halber der Begriff des Staatsangehörigen verwendet. Die Bundesrepublik Deutschland zählt auch die sogenannten Statusdeutschen zu ihren Angehörigen. Siehe näher hierzu unter Kapitel 2 Abschnitt 1 V.1.a).

6 Die rechtlichen Besonderheiten bei Notfällen von Seeleuten werden in dieser Arbeit nicht berücksichtigt. Insoweit wird auf die zu diesem speziellen Thema erschienene Literatur hingewiesen, vgl. zum Beispiel Hecker, Handbuch konsularische Praxis, Kapitel M; Seeberg-Elverfeldt, RIW 1985, 942 ff.

7 Geiger, GG und Völkerrecht, S. 258; Isensee/Kirchhof/*Blumenwitz*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, § 211 Rn. 16; Kleinlein/Rabenschlag, ZaöRV 67 (2007), 1277, 1281 m.w.N.

(hierzu unter A) und dem konsularischen Schutz (hierzu unter B) unterschieden.⁸ Diese beiden Rechtsinstitute können sich im Einzelfall überschneiden, lassen sich in der Regel aber gut voneinander abgrenzen (hierzu unter C).

A. Diplomatischer Schutz

Der diplomatische Schutz ist das Recht eines Staates (des Entsendestaates)⁹, zugunsten seiner Staatsangehörigen¹⁰ im Fall der Gefährdung oder Verletzung geltenden Völkerrechts durch eine fremde Hoheitsgewalt und damit in der Regel durch einen anderen Staat¹¹ (den Empfangsstaat)¹² tätig zu werden.¹³ Das Verlangen des Entsendestaates wird in der Regel auf Beendigung der völkerrechtswidrigen Maßnahme und ihrer Folgen sowie auf

8 Verbreitet sind auch die Begriffe des diplomatischen Schutzes im engeren und des diplomatischen Schutzes im weiteren Sinn für den diplomatischen respektive für den konsularischen Schutz, siehe hierzu unter C.I.

9 Der Entsendestaat ist der Staat, welcher die Mitarbeiter der diplomatischen und konsularischen Vertretungen bestellt also entsendet hat und damit in der Regel der Staat, dessen Staatsangehörigkeit derjenige besitzt, welcher des Auslandsschutzes bedarf.

10 Zu der Frage, ob und in welchen Fällen der Staat auch zugunsten von Personen tätig werden kann, die nicht (ausschließlich) seine Staatsangehörigkeit besitzen, siehe unter Kapitel 2 Abschnitt I A.V.2 und 3.

11 Diplomatischer Schutz ist auch gegen Internationale und Supranationale Organisationen möglich, vgl. Geck, Monatsschrift der Vereinigung Deutscher Auslandsbeamten e. V. 25 (1962), 337, 355 f.

12 Der Empfangsstaat ist der Staat, in dessen Hoheitsgebiet diplomatische und konsularische Stellen ihre Aufgaben wahrnehmen und damit auch in der Regel der Staat, auf dessen Territorium der in einen Notfall Geratene des diplomatischen oder konsularischen Schutzes bedarf. Diesbezüglich wird auch der Begriff des Aufenthaltsstaates verwendet.

13 Für eine ausführliche Erläuterung des Begriffes des diplomatischen Schutzes siehe zum Beispiel Seidl-Hohenveldern/Ress, Lexikon Völkerrecht, S. 70 ff.; Bernhardt/Geck, EPIL, Band 1, S. 1045 f. Zum Begriff auch Art. 1 Draft Articles on Diplomatic Protection der International Law Commission: „For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.“, zuletzt abgerufen am 15.08.2017 unter http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf.

Wiedergutmachung gerichtet sein.¹⁴ Hierbei kann er sich insbesondere der Mittel des Protestes¹⁵, der Retorsion¹⁶ und der Repressalie¹⁷ bedienen.¹⁸

Die Voraussetzungen und der Inhalt des Rechts auf Ausübung diplomatischen Schutzes sind dem Völkergewohnheitsrecht zu entnehmen.¹⁹ Hiernach müssen die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt sein, damit sich der Entsendestaat auf dieses Rechtsinstitut berufen kann: (1) Vorliegen eines völkerrechtswidrigen Verhaltens des Empfangsstaates, (2) Staatsangehörigkeit²⁰ des Entsendestaates des Betroffenen,²¹ (3) Ausschöpfung der effektiven innerstaatlichen Rechtsbehelfe im Empfangsstaat und (4) kein völkerrechtswidriges Verhalten auf Seiten des Entsendestaates.²²

Von dem diplomatischen Schutz ist das Rechtsinstitut der humanitären Intervention abzugrenzen. Dieses Rechtsinstitut des Völkergewohnheitsrechts besagt, dass die völkerrechtliche Souveränität eines Staates in Fällen schwerwiegendster Menschenrechtsverletzungen ausnahmsweise nicht beachtet werden muss und jeder andere Staat sich zum Schutz der von diesen Menschenrechtsverletzungen Betroffenen in die inneren Angelegenheiten dieses Staates insbesondere auch mit Waffengewalt einmischen darf.²³ Die

- 14 Als Wiedergutmachung kommen zum Beispiel eine Entschuldigung, Geldersatz, Bestrafung des Schuldigen oder Naturalrestitution also die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes in Betracht, Blumenwitz, *Konflikt und Ordnung*, S. 440.
- 15 Mit dem Protest legt ein Staat gegen ein völkerrechtswidriges Verhalten eines anderen Staates formell Einspruch ein, Schlochauer/*Kunz*, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Band 2, S. 810 ff.
- 16 Die Retorsion ist eine unfreundliche Maßnahme des Entsendestaates (zum Beispiel Abbruch der diplomatischen Beziehungen), die den Empfangsstaat zur Beendigung seines völkerrechtswidrigen Verhaltens bewegen soll, ohne selbst völkerrechtswidrig zu sein, Bernhardt/*Partsch*, *EPIL*, Band 4, S. 232 f.; Schlochauer/*Partsch*, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Band 3, S. 110; Seidl-Hohenveldern/*Hahn*, *Lexikon Völkerrecht*, S. 339 ff.
- 17 Die Repressalie oder auch Gegenmaßnahme ist eine völkerrechtswidrige Maßnahme, die als Reaktion auf eine andere völkerrechtswidrige Maßnahme ausnahmsweise zulässig ist, vgl. auch Art. 22 i.V.m. Art. 49 ff. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, zuletzt abgerufen am 15.08.2017 unter http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf; Bernhardt/*Partsch*, *EPIL*, Band 4, S. 201 f.; Schlochauer/*Partsch*, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Band 3, S. 104 f.; Seidl-Hohenveldern/*Steinkamm*, *Lexikon Völkerrecht*, S. 336 f. Die Repressalie muss insbesondere verhältnismäßig sein und darf nicht die Anwendung von Waffengewalt beinhalten, vgl. Art. 50 und 51 *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*.
- 18 Ipsen/*Heintze*, *Völkerrecht*, S. 521; Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, Rn. 562.
- 19 Eine Kodifizierung wird durch die International Law Commission vorbereitet. Ein Entwurf wurde bereits 2004 veröffentlicht, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, UN Doc. GAA/CN.4/L.647 vom 24.04.2004, S. 3. Das Recht als solches ist auch in Art. 3 WÜK und Art. 5 WÜD anerkannt, vgl. Dugard, *First Report on Diplomatic Protection* vom 07.03. und 20.04.2000, A/CN.4/506 and Add. 1, S. 216.
- 20 Im Art. 8 *Draft Articles on Diplomatic Protection* (UN Doc. GAA/CN.4/L.647 vom 24.04.2004, S. 3) ist unter bestimmten Voraussetzungen auch die Möglichkeit der Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten von Staatenlosen und anerkannten Flüchtlingen vorgesehen.
- 21 Die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates muss vom Zeitpunkt der Schädigung durchgängig bis zum Zeitpunkt der Ausübung des diplomatischen Schutzes bestanden haben, Graf Vitzthum/*Kau*, *Völkerrecht*, S. 175; Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, Rn. 568.
- 22 Zu den Voraussetzungen des Rechtsinstitutes des diplomatischen Schutzes im Einzelnen: Bernhardt/*Geck*, *EPIL*, Band 1, S. 1045 f.; Ipsen/*Epping*, *Völkerrecht*, S. 103 ff.; Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, Rn. 565 ff.
- 23 Ausführlich zum Rechtsinstitut der humanitären Intervention: Deiseroth, „Humanitäre Interventionen“ und *Völkerrecht*, *NJW* 1999, 3084 ff.; Hobe, *Völkerrecht*, S. 277 ff.; Probst, *Die humanitäre Interventionspflicht*; Simms/Trim, *Humanitarian Intervention: A History*.

vier wesentlichen Unterschiede zum Rechtsinstitut des diplomatischen Schutzes liegen also darin, dass (1) jeder Staat zugunsten (2) jeder Person, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, (3) ausschließlich in eng umgrenzten Ausnahmefällen schwerwiegendster Menschenrechtsverletzungen (4) mit militärischen Mitteln tätig werden darf.

B. Konsularischer Schutz

Der konsularische Schutz beziehungsweise die konsularische Hilfe ist die allgemeine Unterstützung, die ein Staat, insbesondere über seine konsularischen und diplomatischen Vertretungen, seinen Staatsangehörigen im Ausland zukommen lässt. Unter den Begriff des konsularischen Schutzes fallen diejenigen Maßnahmen eines Staates zugunsten seiner Staatsangehörigen im Ausland, die nicht von dem Begriff des diplomatischen Schutzes erfasst sind, die also insbesondere kein völkerrechtswidriges Verhalten des Empfangsstaates voraussetzen.²⁴ Beispiele sind das Erteilen von Rat und Auskünften sowie die Gewährung von Beistand jeder Art.²⁵ Die dem konsularischen Schutz umfassenden Aufgaben werden insbesondere in Art. 5 lit. a) und e) des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen²⁶ (im Folgenden „WÜK“) und in Art 3 lit. b) des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen²⁷ (im Folgenden „WÜD“) benannt.

Weiterhin existieren auch bilaterale Konsularverträge,²⁸ welche allerdings neben den Regelungen des WÜK kaum praktische Relevanz haben.²⁹ Die Bundesrepublik Deutschland hat den letzten bilateralen Konsularvertrag 1958 mit der damaligen Sowjetunion geschlossen.³⁰

C. Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute

Insbesondere in der älteren Literatur wird oftmals nicht ausreichend zwischen den Rechtsinstituten des konsularischen Schutzes und des diplomatischen Schutzes unterschieden (hierzu unter I). In der Regel lassen sich Sachverhalte eindeutig dem diplomatischen oder konsularischen Schutz zuordnen, auch wenn sie im Einzelfall Elemente beider Rechtsinstitute aufweisen können (hierzu unter II).

24 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 561.

25 Schlochauer/*Freudenberg*, Wörterbuch des Völkerrechts, Band 2, S. 286.

26 Das WÜK wurde am 24.04.1963 verabschiedet und trat für die Bundesrepublik Deutschland mit Ratifikationsgesetz vom 26.08.1969 (BGBl. 1969 II S. 1585) am 07.10.1971 in Kraft (BGBl. 1971 II S. 1285).

27 BGBl. 1964 II S. 958. Das WÜD ist für die Bundesrepublik Deutschland am 11.12.1964 in Kraft getreten, vgl. BGBl. 1965 II S. 147.

28 Die Bundesrepublik Deutschland hat mit Spanien (RGBl. 1872 S. 211), den USA (RGBl. 1925 II S. 795), der Türkei (RGBl. 1930 II S. 748), dem Vereinigten Königreich (BGBl. 1957 II S. 285) und der Sowjetunion (BGBl. 1959 II S. 233) bilaterale Konsularabkommen geschlossen.

29 Hecker/*Götze*, Handbuch konsularische Praxis, § 2 B IV Rn. 3.

30 BGBl. 1959 II S. 233.

I. Begriffliche Abgrenzung

Teilweise wird in der Literatur bezogen auf den diplomatischen Schutz auch vom diplomatischen Schutz im engeren Sinne und bezogen auf den konsularischen Schutz vom diplomatischen Schutz im weiteren Sinne gesprochen.³¹ Der Begriff des diplomatischen Schutzes wird nicht einheitlich verwendet. Oftmals wird – insbesondere in der älteren wissenschaftlichen Literatur – zwischen den Rechtsinstituten des diplomatischen und des konsularischen Schutzes nicht oder zumindest nicht mit der gebotenen Sorgfalt unterschieden.³² Häufig ist ausschließlich vom diplomatischen Schutz die Rede, obwohl zugleich auch der konsularische Schutz gemeint ist.³³ Nicht selten wird zunächst auf beide Rechtsinstitute Bezug genommen, danach aber ausschließlich über den diplomatischen Schutz referiert, um die so gefundenen Ergebnisse dann wieder pauschal auf den konsularischen Schutz zu übertragen. Die wissenschaftliche Literatur zu dem Thema des konsularischen Schutzes ist daher zum einen vergleichsweise rar und zum anderen mit besonderer Vorsicht zu genießen.

Für diese mangelnde Genauigkeit der Unterscheidung dürfte es mehrere Gründe geben. Die wissenschaftliche Literatur hat sich lange fast ausschließlich mit dem diplomatischen Schutz beschäftigt.³⁴ Zudem ist die Abgrenzung im Einzelfall schwierig. Außerdem können diplomatische Vertretungen auch konsularischen Schutz und ebenso konsularische Vertretungen auch diplomatischen Schutz ausüben.

II. Inhaltliche Abgrenzung

Der konsularische Schutz richtet sich anders als der diplomatische Schutz in der Regel nicht gegen eine völkerrechtswidrige Handlung beziehungsweise ein völkerrechtswidriges Unterlassen des Empfangsstaates. Ein Sachverhalt ist daher insbesondere dann eine Frage des konsularischen Schutzes, wenn sich der Notfall des Hilfebedürftigen entweder aus einer Verletzung ausschließlich nationalen Rechts des Empfangsstaates, einer Rechtsverletzung durch Private wie beispielsweise Diebstähle oder Verkehrsunfälle, aus in der Person des Hilfebedürftigen liegenden Ursachen wie eine plötzliche schwere Krankheit oder ein Wanderunfall oder aber aus einem Naturereignis wie zum Beispiel einem Vulkanausbruch ergibt.

Nicht selten enthält ein Sachverhalt sowohl Elemente des konsularischen als auch des diplomatischen Schutzes. Liegt der Notfall zum Beispiel darin, dass der Hilfebedürftige Opfer einer rechtswidrigen staatlichen Maßnahme ist, stellt dies zunächst einen Fall des konsularischen Schutzes dar. Der konsularische Schutz besteht dann erst einmal darin, dass

31 So zum Beispiel Brunner, Anspruch des Bürgers auf diplomatischen Schutz, S. 6 f.; Klein, DÖV 1977, 704, 705.

32 Schlochauer/Geck, Wörterbuch des Völkerrechts, Band 1, S. 379. Beispiele für eine solche Begriffsunauigkeit: Graf Vitzthum/Kau, Völkerrecht, S. 173 ff.; Heintzen, Auswärtige Beziehungen privater Verbände, S. 134.

33 Zur Mehrdeutigkeit des Begriffes des diplomatischen Schutzes, Geck, Monatsschrift der Vereinigung Deutscher Auslandsbeamten e. V. 25 (1962), S. 337 ff.

34 So auch Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 791; Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 24.

der Entsendestaat den Hilfebedürftigen bei der Geltendmachung der Rechtsverletzung vor den nationalen Gerichten des Empfangsstaates zum Beispiel durch die Vermittlung eines Rechtsanwaltes unterstützt. Erst wenn die nationalen Gerichte der Rechtsverletzung nicht abhelfen und hierdurch zugleich geltendes Völkerrecht verletzt wird, darf sich der Entsendestaat des Rechtsinstitutes des diplomatischen Schutzes bedienen.³⁵

Ein Beispiel für einen Sachverhalt, der Elemente sowohl des konsularischen als auch des diplomatischen Schutzes enthält, ist der Fall von Elisabeth Käsemann. Elisabeth Käsemann wurde 1977 während der argentinischen Militärdiktatur in ein geheimes Haft- und Folterlager verschleppt und nach 2 1/2-monatiger Inhaftierung durch Militärangehörige erschossen. Die Betreuung von Inhaftierten ist eine Frage des konsularischen Schutzes. Da aber die zuständige deutsche Auslandsvertretung über die Inhaftierung auch auf Nachfrage nicht informiert wurde und somit ein Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 bis 3 WÜK vorlag,³⁶ hätte die Bundesrepublik Deutschland auch diplomatischen Schutz ausüben können. Sowohl die Verhaftung als solche als auch die Haftbedingungen verstießen ferner gegen argentinisches Recht,³⁷ was wiederum ein Anknüpfungspunkt für den konsularischen Schutz gewesen wäre. Das Vorgehen verstößt zudem zumindest gegen heute geltendes Völkerrecht,³⁸ was wiederum ein Anknüpfungspunkt für die Ausübung diplomatischen Schutzes gewesen wäre. Leider hat das Auswärtige Amt in diesem Fall weder den erforderlichen konsularischen noch diplomatischen Schutz ausgeübt.³⁹

Das Verwaltungsgericht Berlin hat in einem Urteil aus dem Jahr 2006 die Rechtsinstitute des konsularischen und des diplomatischen Schutzes auch danach abgegrenzt, ob für die Behebung der Notlage die Beteiligung des Empfangsstaates und hier insbesondere der oberen staatlichen Ebene erforderlich sei.⁴⁰ Ist eine entsprechende Beteiligung erforderlich, unterfalle die Hilfe dem Rechtsinstitut des diplomatischen und nicht mehr des konsularischen Schutzes. Allerdings finden sich für dieses Abgrenzungskriterium keine weiteren Belege in Theorie und Praxis.⁴¹ Insbesondere in Notfällen mit hohen Opferzahlen wie zum Beispiel schwerwiegenden Naturkatastrophen, in denen als Folge die lokalen staatlichen Strukturen überlastet oder sogar

35 Brunner, Anspruch des Bürgers auf diplomatischen Schutz, S. 8. Absatz 10 Begründung zu Art. 1 Draft Articles on Diplomatic Protection der International Law Commission, zuletzt abgerufen am 15.08.2017 unter http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf.

36 Das WÜK ist für Argentinien am 06.04.1967 in Kraft getreten, BGBl. 1971 II S. 1285.

37 Mittlerweile ist die argentinische Justiz auch tätig geworden. Es wurden mehrere ehemalige Militärangehörige unter anderem wegen Mordes, Entführung, Folter und Vergewaltigung in dem geheimen Haft- und Folterzentrum, in dem auch Frau Käsemann inhaftiert war, verurteilt. Die Bundesrepublik Deutschland trat in den Verfahren als Nebenklägerin auf, vgl. BT-Drs. 17/13816, S. 2. Zur Beteiligung deutscher Stellen an der juristischen Aufarbeitung vgl. BT-Drs. 17/3184, S. 4 f.

38 Die Antifolterkonvention (vgl. Fn. 99) sowie der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (vgl. Fn. 66) sind für Argentinien erst am 26.06.1987 (vgl. BGBl. 1993 II S. 715) beziehungsweise am 08.11.1986 (vgl. BGBl. 1987 II S. 241) in Kraft getreten.

39 Unter Kapitel 4 Abschnitt 1 A.I. werden die Ergebnisse dieses ersten Kapitels bezogen auf den konsularischen Schutz anhand des Falles Käsemann zusammengefasst und der Sachverhalt dieses Falles noch einmal ausführlicher dargestellt.

40 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 39 ff. (zitiert nach juris).

41 Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 793 f.; Ipsen/*Heintze*, Völkerrecht, S. 515.

handlungsunfähig sind, dürfte regelmäßig die obere staatliche Ebene als alleiniger Ansprechpartner fungieren.

Eine Abgrenzung der Rechtsinstitute des diplomatischen und des konsularischen Schutzes kann weiterhin nicht danach vorgenommen werden, welche Stelle helfend tätig wird, da es keine strikte institutionelle Trennung zwischen konsularischen und diplomatischen Vertretungen gibt. Konsularische Aufgaben werden sowohl von den konsularischen als auch den diplomatischen Vertretungen wahrgenommen.⁴² Gemäß Art. 3 Abs. 2 WÜD ist die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben durch diplomatische Missionen zulässig. Gemäß Art. 17 WÜK können auch Konsularbeamte diplomatische Amtshandlungen vornehmen, wenn keine diplomatische Vertretung vorhanden und der Empfangsstaat hiermit einverstanden ist.

Abschnitt 2 Völkerrecht

Das Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes ist nach geltendem internationalen Recht ein Recht des Entsendestaates (hierzu unter A). Ein entsprechendes Recht des Individuums, im Einzelfall Adressat konsularischen Schutzes zu sein, existiert im Völkerrecht grundsätzlich nicht. Im Einzelfall hat der Betroffene aber ein subjektives Recht auf Hilfe gegen den Entsendestaat, soweit sich dieser in einem völkerrechtlichen Vertrag zum Schutz des betroffenen Rechtes verpflichtet hat (hierzu unter B).⁴³

A. Recht des Staates auf Ausübung konsularischen Schutzes

Art. 5 lit. a) bis l) WÜK benennt die wesentlichen Aufgaben der Konsularbeamten. Zu diesen konsularischen Aufgaben gehört es gemäß Art. 5 lit. a) WÜK, die Interessen der Angehörigen des Entsendestaates zu schützen, und gemäß Art. 5 lit. e) WÜK, den Angehörigen des Entsendestaates Hilfe und Beistand zu leisten.

Haben zwei Staaten gemäß Art. 2 Abs. 1 oder 2 WÜK im gegenseitigem Einvernehmen konsularische Beziehungen aufgenommen und hat der Entsendestaat gemäß Art. 4 WÜK mit Zustimmung des Empfangsstaates konsularische Vertretungen errichtet und der Empfangsstaat dem Personal gemäß Art. 11 ff. WÜK zugestimmt beziehungsweise keine Einwände nach Art. 23 Abs. 3 WÜK geltend gemacht, hat der Entsendestaat das Recht, seine konsularischen Aufgaben auch wahrzunehmen (vgl. Art. 3 Satz 1 WÜK).

Bei der Wahrnehmung der konsularischen Aufgaben sind die Konsularbeamten an das innerstaatliche Recht des Empfangsstaates und das Völkerrecht gebunden.⁴⁴ Dies ergibt sich

42 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, Art. 5 Rn. 1.

43 Wäre dem allgemeinem Völkerrecht (zum Begriff Maunz/Dürig/Herdegen, GG Kommentar, Art. 25 Rn. 19 ff.) ein von der überwiegenden Mehrheit der Staaten anerkanntes Recht auf konsularischen Schutz zu entnehmen, wäre dieses Recht gemäß Art. 25 Satz 1 GG Teil des Bundesrechts der Bundesrepublik Deutschland und hätte gemäß Art. 25 Satz 2 GG Vorrang vor dem übrigen Bundesrecht.

44 Einfachgesetzlich stellt die Einhaltung dieser völkerrechtlichen Grundsätze für die Konsularbeamten

zum einen ausdrücklich aus dem Wortlaut des WÜK. So darf zum Beispiel der Entsendestaat, die Interessen seiner Angehörigen im Empfangsstaat gemäß Art. 5 lit. a) WÜK „innerhalb der völkerrechtlich zulässigen Grenzen schützen“ oder gemäß Art. 5 lit. f) WÜK notarielle, standesamtliche und ähnliche Befugnisse ausüben sowie bestimmte Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, „soweit die Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften des Empfangsstaates dem nicht entgegenstehen“. Zum anderen ergeben sich diese Grenzen direkt aus dem Völkerrecht, namentlich aus dem Grundsatz der Gebietshoheit⁴⁵ und für den Fall der Ausübung von Zwang aus dem sich aus dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten ergebenden Prinzip der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates.⁴⁶

Damit hat der Entsendestaat ein Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes zugunsten seiner Staatsangehörigen und sonstigen Schutzbefohlenen,⁴⁷ begrenzt durch das geltende Völkerrecht und das innerstaatliche Recht des Empfangsstaates.

Der Internationale Gerichtshof (im Folgenden „IGH“) hat zudem in mehreren Entscheidungen geurteilt, dass das WÜK dem Entsendestaat ein Recht auf Kontakt mit seinen Staatsangehörigen nach Art. 36 Abs. 1 lit. a) WÜK und auf konsularischen Betreuung von inhaftierten Staatsangehörigen nach Art. 36 Abs. 1 lit. c) WÜK gewährt.⁴⁸

B. Anspruch des Individuums auf Gewährung konsularischen Schutzes

Der Einzelne kann ebenfalls Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten sein (hierzu unter I). Ein allgemeines subjektives Recht des Individuums auf Gewährung konsularischen Schutzes existiert nach geltendem Völkerrecht nicht. Eine entsprechende Bestimmung findet sich weder im WÜK (hierzu unter II) noch ist bisher entsprechendes Völkergewohnheitsrecht nachweisbar (hierzu unter III). Auch von der Bundesrepublik Deutschland geschlossene bilaterale

der Bundesrepublik Deutschland § 4 Satz 1 und 2 KonsG sicher.

45 Gebietshoheit ist die ausschließliche Zuständigkeit der einzelnen Staaten zum Erlass von Hoheitsakten auf ihrem Staatsgebiet. Zum Prinzip im Einzelnen und einer möglichen Verletzung Seidl-Hohenveldern/*Habscheid*, Lexikon Völkerrecht, S. 131 ff.; Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, § 5 Rn. 59 ff.

46 Das Prinzip der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates – auch als Interventionsverbot bezeichnet – ergibt sich aus dem Völkergewohnheitsrecht (vgl. zum Beispiel Resolution der Generalversammlung 2625 (XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations UN Doc. A/RES/25/2625 vom 24.10.1970). Zu dem Prinzip im Einzelnen zum Beispiel Seidl-Hohenveldern/*Beyerlin*, Lexikon Völkerrecht, S. 296 ff.; Bernhardt/Schröder, EPIL, Band 3, S. 619 ff.; Ipsen/*Heintschel von Heinegg*, Völkerrecht, § 51 Rn. 41 ff. Unter den inneren Angelegenheiten eines Staates fallen diejenigen Angelegenheiten, die nicht durch das Völkerrecht geregelt werden und daher in die ausschließliche Zuständigkeit der einzelnen Staaten fallen, vgl. Hobe, Völkerrecht, S. 292; Seidl-Hohenveldern/*Beyerlin*, Lexikon Völkerrecht, S. 297.

47 Zu der Frage, für wen der Entsendestaat konsularischen Schutz ausüben darf, siehe insbesondere unter Kapitel 2 Abschnitt 1 A.V.I.

48 IGH, LaGrand, Germany v. United States of America, Judgment vom 27.06.2001, ICJ Reports 2001, S. 466; IGH, Case concerning Avena and other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America, Judgment vom 31.03.2004, ICJ Reports 2004, S. 12.

Konsularabkommen enthalten keine Individualrechte auf konsularischen Schutz, was insbesondere auch mit dem Alter der Abkommen zusammenhängen dürfte.⁴⁹

Allerdings kann sich im Einzelfall ein Anspruch auf Gewährung konsularischen Schutzes für den Einzelnen aus internationalen Menschenrechtsabkommen ergeben, wenn ein Unterlassen des konsularischen Beistandes ein dort gewährtes Recht verletzt (hierzu unter IV).

I. Völkerrechtssubjektivität

Nach früherer Auffassung waren allein Staaten Subjekte des Völkerrechts und damit Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten.⁵⁰ Das Individuum wurde als bloßes Objekt der Völkerrechtsordnung angesehen und ausschließlich durch seinen Heimatstaat vertreten.⁵¹ Diese Auffassung hat sich gewandelt.⁵² Nach heutiger Rechtsauffassung können auch Individuen Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten sein. Der Einzelne ist als partielles Völkerrechtssubjekt anerkannt.⁵³ Er ist Inhaber völkerrechtlicher Rechte, wenn und soweit ihm diese ausdrücklich verliehen werden.⁵⁴

II. Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen

Gemäß Art. 5 lit. a) und e) WÜK bestehen die konsularischen Aufgaben insbesondere darin, die Interessen des Entsendestaates sowie seiner Angehörigen, und zwar sowohl natürlicher als auch juristischer Personen, im Empfangsstaat innerhalb der völkerrechtlich zulässigen Grenzen zu schützen sowie den Angehörigen des Entsendestaates, und zwar sowohl natürlichen als auch juristischen Personen, Hilfe und Beistand zu leisten. Aus dieser Norm lassen sich keine Rechte des Einzelnen auf die Gewährung konsularischen Schutzes ableiten. Sie legt lediglich die Aufgaben der Konsularbeamten fest, ist also eine Aufgabenzuweisungsnorm.⁵⁵ Dies ergibt sich sowohl aus der Überschrift des Art. 5 WÜK „Consular functions“ als auch aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Norm „Consular functions consist in: . . .“, welcher keine Anhaltspunkte für die Gewährung eines Individualrechts enthält.

49 Das letzte bilaterale Konsularabkommen stammt vom 25.04.1958 und wurde mit der damaligen Sowjetunion geschlossen. Zu den von der Bundesrepublik Deutschland geschlossenen Konsularabkommen siehe Fn. 28.

50 Zum Beispiel Zorn, Grundzüge des Völkerrechts, S. 26.

51 Sogenannte Mediatisierung des Einzelnen, vgl. zum Beispiel IGH, Barcelona Traction, Belgien/Spanien, Judgment vom 05.02.1970, ICJ Reports 1970, S. 3, 54; Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, S. 308.

52 Zur Geschichte des Individuums im Völkerrecht Hobe, Völkerrecht, S. 166 ff.; Stein/von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 493 ff. Eine Mediatisierung findet aber auch weiterhin statt, zum Beispiel im Bereich des diplomatischen Schutzes, Graf Vitzthum/*Kau*, Völkerrecht, S. 141.

53 Graf Vitzthum/*Kau*, Völkerrecht, S. 141 ff.; Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, S. 309.

54 Daneben ist umstritten, ob ein völkerrechtliches Recht nur dann gegeben ist, wenn der Einzelne dieses auch wirksam gegen den Staat durchsetzen kann, Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, S. 309 ff.; Stein/von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 500 ff.; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 424.

55 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 84.

Besonders deutlich wird dies nach einem Vergleich mit anderen Normen des WÜK, welche einen Individualanspruch gewähren, allerdings nicht gegen den Entsende- sondern gegen den Empfangsstaat. Gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. a) Satz 2 WÜK steht es den Angehörigen des Entsendestaates frei, mit den Konsularbeamten ihres Staates zu verkehren und sie aufzusuchen. Nach Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 WÜK hat der Empfangsstaat die konsularische Vertretung des Entsendestaates auf Verlangen des Betroffenen unverzüglich zu unterrichten, wenn in deren Konsularbezirk ein Angehöriger dieses Staates festgenommen oder anderweitig der Freiheit entzogen ist. Gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 2 WÜK hat der Empfangsstaat jede Mitteilung des Betroffenen an die konsularische Vertretung des Entsendestaates weiterzuleiten. Nach Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 3 WÜK ist der Betroffene über diese Rechte unverzüglich aufzuklären. Aus diesem ausdrücklichen Wortlaut sowie dem Bedeutungszusammenhang ergibt sich,⁵⁶ dass die zuvor aufgezählten Rechte auch Rechte des betroffenen Individuums sind. Entsprechend heißt es in einem Urteil des IGH:

„Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person.“⁵⁷

Der Einzelne kann die Durchsetzung seiner Rechte allerdings nicht selbst vor internationalen Gerichten verfolgen. Gemäß Art. 1 Fakultativprotokoll zum WÜK über die obligatorische Beilegung von Streitigkeiten⁵⁸ unterliegen Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des Übereinkommens der obligatorischen Gerichtsbarkeit des IGH. Gemäß Art. 34 Abs. 1 Statut des IGH⁵⁹ sind nur Staaten berechtigt, vor dem IGH als Parteien aufzutreten. Vor nationalen Gerichten muss dem Betroffenen aber aufgrund der Regelung des Art. 36 Abs. 2 WÜK⁶⁰ die Möglichkeit eingeräumt werden, eine Verletzung dieser Rechte zu rügen.⁶¹

Eine Verletzung der im WÜK gewährten subjektiven Rechte wiederum kann – nach Ausschöpfung der Rechtsbehelfe des Empfangsstaates⁶² – im Wege des diplomatischen

56 So heißt es im Urteil LaGrand des IGH: „The clarity of these provisions, viewed in their context, admits of no doubt.“, vgl. IGH, LaGrand, Germany v. United States of America, Judgment vom 27.06.2001, ICJ Reports 2001, S. 466, 494.

57 Ebd.

58 BGBl. 1969 II S. 1689. Das Fakultativprotokoll ist für die Bundesrepublik Deutschland am 07.10.1971 in Kraft getreten, vgl. BGBl. 1971 II S. 1285.

59 BGBl. 1973 II S. 505. Das Statut des IGH ist für die Bundesrepublik Deutschland am 18.09.1973 in Kraft getreten, vgl. BGBl. 1974 II S. 1397.

60 Art. 36 Abs. 2 WÜK hat folgenden Wortlaut: „Die in Absatz 1 genannten Rechte sind nach Maßgabe der Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften des Empfangsstaats auszuüben; hierbei wird jedoch vorausgesetzt, dass diese Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften es ermöglichen müssen, die Zwecke vollständig zu verwirklichen, für welche die in diesem Artikel vorgesehenen Rechte eingeräumt werden.“

61 So urteilte der IGH, dass im Fall LaGrand die USA auch Art. 36 Abs. 2 WÜK verletzt haben, weil die Brüder LaGrand die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 36 Abs. 1 WÜK nicht vor den Gerichten der USA geltend machen konnten, IGH, LaGrand, Germany v. United States of America, Judgment vom 27.06.2001, ICJ Reports 2001, S. 466, 497 f.

62 So schon 1929 Pohl, Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, S. 259: „Der geschädigte Deutsche muß allerdings, ehe zu seinem Gunsten die Schutzpflicht des Reiches praktisch wird, zunächst den ordnungsmäßigen Instanzenzug in dem fremden Staate erschöpft haben. Die Schutzaktion des Reiches soll dem deutschen Staatsbürger nicht die Anrufung der territorialen

Schutzes geltend gemacht werden. Ob der Einzelne hierauf einen Anspruch gegenüber seinem Heimatstaat hat, ist eine andere Frage. Im geltenden Völkerrecht existiert ein solcher Anspruch nicht.⁶³

III. Völkergewohnheitsrecht

Die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht setzt zum einen eine allgemeine Übung und zum anderen die Überzeugung der internationalen Gemeinschaft voraus, dass diese Übung geltendem Recht entspricht und daher verpflichtend ist.⁶⁴ Eine entsprechende Übung der Staaten ließe sich möglicherweise nachweisen. Die allgemeine Rechtsüberzeugung der Staaten, zu dieser Übung auch rechtlich verpflichtet zu sein, existiert aber nicht. Einige Staaten vertreten zwar die Auffassung, dass es eine Pflicht des Entsendestaates zur Gewährung konsularischen Schutzes gibt. Andere Staaten sprechen sich jedoch dagegen aus, so dass von einer einheitlichen Rechtsüberzeugung und damit von der Existenz entsprechenden Völkergewohnheitsrechtes nicht gesprochen werden kann.⁶⁵

IV. Internationale Menschenrechtsverträge

Aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte⁶⁶ (im Folgenden „IPbPR“) (hierzu unter 1) und anderen internationalen Menschenrechtsverträgen (hierzu unter 2) kann sich im Einzelfall mittelbar ein Recht auf konsularischen Schutz ergeben.

Die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus von ihr ratifizierten internationalen Menschenrechtsverträgen beinhalten die Pflicht, die rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährleistung der in den Verträgen niedergelegten Rechte sowie effektive Rechtsdurchsetzungsmechanismen für den Fall des Verstoßes gegen diese Rechte zu schaffen. Der Großteil der Verträge sieht hierfür auch eine internationale Beschwerdestelle wie zum Beispiel den Menschenrechtsausschuss für Individualbeschwerden nach dem IPbPR⁶⁷ vor.⁶⁸ Der Einzelne hat daher ein subjektives Recht auf Gewährung der in diesen Abkommen gewährten Rechte. Er kann ihre Verletzung geltend machen. Eine wirksame Abhilfe im

Gerichtsbarkeit ersparen.“

63 Ipsen/*Heintze*, Völkerrecht, S. 521; ausführlich zum Meinungsstand, Ress/*Stein/Döhring*, Diplomatischer Schutz im Völker- und Europarecht, S. 13 ff.

64 Art. 38 Abs. 1 lit. b) Statut des IGH; Graf *Vitzthum/Kau*, Völkerrecht, S. 131 ff.; Hobe, Völkerrecht, S. 209 ff.; Ipsen/*Heintschel von Heinegg*, Völkerrecht, S. 473; Verdross/*Simma*, Universelles Völkerrecht, §§ 553 ff.

65 OVG Münster, Urteil vom 30.10.1961, Az.: II A 480/61, in: DVBl. 1962, 139; Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 797; Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 37 ff.; Lee, Consular Law and Practice, S. 116 ff.

66 BGBl. 1973 II S. 1534. Der IPbPR ist für die Bundesrepublik Deutschland am 23.03.1976 in Kraft getreten, BGBl. 1976 II S. 1068.

67 Art. 1 Satz 1 1. Fakultativprotokoll zum IPbPR, BGBl. 1992 II S. 1247. Das Fakultativprotokoll ist für die Bundesrepublik Deutschland am 25.11.1993 in Kraft getreten, BGBl. 1994 II S. 311.

68 Eine gute Übersicht über die Individualbeschwerdeverfahren findet sich in der vom Deutschen Institut für Menschenrechte herausgegebenen Broschüre Menschenrechtsschutz Vereinte Nationen: Individualbeschwerdeverfahren, zuletzt abgerufen am 15.08.2017 unter http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/menschenrechtsschutz_vereinte_nationen.pdf.

individuellen Notfall können diese Beschwerdeinstanzen allein aufgrund der Voraussetzung der Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges⁶⁹ und der langen Entscheidungsdauer⁷⁰ erst mit erheblicher Verzögerung und damit im Regelfall nicht gewährleisten. Allerdings stellen diese Individualbeschwerdemechanismen bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Vertragsverletzung fest und verpflichten den betreffenden Staat so zur Abhilfe in künftigen gleichgelagerten Fällen.

1. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

Der IPbpr kann im Einzelfall eine Verpflichtung des Entsendestaates zum Tätigwerden enthalten. Hierfür müssen grundsätzlich zwei Voraussetzungen gegeben sein. Zum einen müssen die im IPbpr gewährten Rechte eine extraterritoriale Geltung entfalten und damit den Vertragsstaat zumindest in Einzelfällen über sein Staatsgebiet hinaus binden (hierzu unter a), zum anderen müssen sie den Vertragsstaaten positive Handlungspflichten auferlegen (hierzu unter b).

a) Extraterritoriale Geltung

Der personale Anwendungsbereich des IPbpr ist dann eröffnet, wenn sich eine Person auf dem Staatsgebiet oder „in der Herrschaftsgewalt“ eines Vertragsstaates des IPbpr befindet.⁷¹ Der Anwendungsbereich des IPbpr bestimmt sich nach Art. 2 Abs. 1 IPbpr:

„Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen . . . zu gewährleisten.“⁷²

69 So zum Beispiel nach Art. 2 1. Fakultativprotokoll zum IPbpr, Art. 3 Abs. 1 Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN Doc. A/63/435, von der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht unterzeichnet), Art. 22 Abs. 5 lit. b) Antifolterkonvention und Art. 7 lit. e) Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19.12.2011 (BGBl. 2012 II S. 1547). Das Fakultativprotokoll ist für die Bundesrepublik Deutschland am 14.04.2014 in Kraft getreten (BGBl. 2014 II S. 300).

70 Es besteht grundsätzlich die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes (sogenannte „provisional measures“ oder „interim measures“). Die jeweilige Streitbeilegungsinstanz fordert (in aller Regel) den Vertragsstaat auf entweder eine konkrete Maßnahme zu ergreifen oder zu unterlassen oder aber allgemein sicherzustellen, dass ein bestimmtes Recht nicht verletzt wird. Hierfür muss aber das Bestehen einer unmittelbaren und unumkehrbaren Gefährdung essentieller Rechtsgüter mit einer gewissen Überzeugung dargelegt werden sowie nationale Rechtsschutzmöglichkeiten zumindest erfolglos eingeleitet worden sein. Zudem wären im Rahmen des konsularischen Schutzes diese vorläufigen Schutzmaßnahmen auf eine positive Handlungsverpflichtung des betreffenden Staates gerichtet, welche insbesondere aufgrund der Vielzahl der Handlungsmöglichkeiten und der Notwendigkeit der Mitwirkung eines anderen Staates kaum überprüfbar wäre. Der Verstoß gegen eine vorläufige Anordnung durch den verpflichteten Staat stellt in der Regel eine selbständige Konventionsverletzung dar. Vergleich zum einstweiligen Rechtsschutz durch den Menschenrechtsausschuss Keller/Marti, ZaöRV 73 (2013), 325 ff. m.w.N.

71 Coomans/Kamminga/McGoldrick, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, S. 47 ff.

72 Die entscheidende Stelle heißt im verbindlichen englischen Wortlaut „within its territory and subject to its jurisdiction“ und im verbindlichen französischen Wortlaut „se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence“. Zur Bedeutungsvielfalt des Begriffes der „jurisdiction“: Gondek, Reach of Human Rights in a Globalising World, S. 47 ff.; Milanovic, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, S. 21 ff.

Für den Anwendungsbereich des IPbpR ist entscheidend, wie man das zweite „und“ in Art. 2 Abs. 1 IPbpR auslegt. Es stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen „in seinem Gebiet befindlichen Personen“ und „seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen“ kumulativ oder alternativ vorliegen müssen. Die grammatische Auslegung spricht dem ersten Anschein nach für ein kumulatives Vorliegen.⁷³ Bei dem Vorliegen alternativer Voraussetzungen wird zumeist vorzugsweise das Wort „oder“ gewählt oder die Alternativität auf andere Weise verdeutlicht, zum Beispiel durch eine Formulierung wie „allen in seinem Gebiet befindlichen und allen seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen“.

Nach allgemeiner Überzeugung in Rechtsprechung⁷⁴ und Literatur ist aber von der zweiten Auslegungsvariante auszugehen. Hierfür sprechen die folgenden Erwägungen: Nur die zweite Auslegungsvariante ist im Sinne des Art. 31 Abs. 1 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge⁷⁵ (im Folgenden „WVRK“) mit dem „Ziel und Zweck“ des IPbpR vereinbar. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass manche im IPbpR niedergelegten Rechte nur vom Ausland aus ausgeübt werden können oder aber ausgeübt werden müssen, um verwirklicht werden zu können. So darf nach Art. 12 Abs. 4 IPbpR niemand willkürlich an der Einreise in das eigene Land gehindert werden. Wird dieses Recht verweigert, etwa durch eine Ablehnung, für die Einreise notwendige Dokumente zu verlängern oder auszustellen, oder durch die Verweigerung der Einreise auf andere Art und Weise, befindet sich der Betroffene im Ausland.⁷⁶ Ein anderes Beispiel wäre die Verletzung von Rechten beispielsweise durch rechtsgrundlose Durchsuchungen von Wohnraum oder die Beschlagnahme privater Dokumente, während der Betroffene sich im Ausland aufhält. Möchte der Einzelne nun – zum Beispiel aus Angst vor weiteren gegen seine Person gerichteten Rechtsverletzungen – nicht wieder in seinen Heimatstaat einreisen, muss er trotzdem eine mögliche Verletzung seiner Rechte zum Beispiel aus Art. 17 oder 19 IPbpR geltend machen können.⁷⁷

Weiterhin spricht für diese Auslegung das Missbrauchsverbot des Art. 5 Abs. 1 IPbpR, wonach keine Bestimmung des IPbpR so ausgelegt werden darf, dass sie zu einer Beeinträchtigung der im IPbpR gewährten Rechte führt. Es wäre widersprüchlich, wenn ein Vertragsstaat bei der Vornahme einer Handlung im Inland gegen den IPbpR verstößt, im Ausland diese Handlungen zum Beispiel durch seine diplomatischen und konsularischen Vertretungen vornehmen könnte,

73 Coomans/Kamminga/McGoldrick, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, S. 48; Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, S. 222 f.

74 IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion vom 09.07.2004, ICJ Reports 2004, S. 136, Rn. 109; Menschenrechtsausschuss, Ansicht vom 29.07.1981, Communication No. R.12/52, Lopez Burgos/Uruguay, UN Doc. A/36/40 at 176 (1981), Rn. 12.3; Menschenrechtsausschuss, Ansicht vom 29.07.1981, Communication No. R.13/56, Celiberti de Casariego/Uruguay, UN Doc. A/36/40 at 185 (1981), Rn. 10.1 ff.

75 BGBl. 1985 II S. 927. Für die Bundesrepublik Deutschland ist das Übereinkommen am 20.08.1987 in Kraft getreten, BGBl. 1987 II S. 757.

76 Coomans/Kamminga/McGoldrick, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, S. 48.

77 Diese Fragen wurden auch schon bei der Ausarbeitung des IPbpR angesprochen, UN Doc. A/2929 vom 01.07.1955, Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, Kapitel V, Rn. 4. Auch dies spricht laut IGH für die extraterritoriale Anwendbarkeit des IPbpR, IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, S. 136, Rn. 109.

ohne sich hierfür rechtfertigen zu müssen.⁷⁸ Daher ist auch gemäß Art. 32 WVRK die Auslegung am Wortlaut nach Art. 31 Abs. 1 WVRK nicht allein maßgeblich, wenn die so gefundene Bedeutung mehrdeutig ist oder aber zu einem offensichtlich sittenwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt.

Auch Art. 1 des 1. Fakultativprotokolls zum IPbpr vom 16. Dezember 1966⁷⁹ (im Folgenden „FP I“) spricht für diese Auslegungsvariante. Gemäß Art. 1 FP I erkennt jeder Vertragsstaat des FP I die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses für die Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen seiner Herrschaftsgewalt unterstehender Einzelpersonen an, die behaupten, Opfer einer Verletzung eines im IPbpr niedergelegten Rechts durch diesen Vertragsstaat zu sein. Das Erfordernis eines Aufenthalts des betroffenen Individuums im Vertragsstaat ist in dieser Bestimmung anders als in Art. 2 Abs. 1 IPbpr nicht enthalten.⁸⁰ Zwar sind nicht alle Vertragsstaaten des IPbpr auch Vertragsstaaten des FP I⁸¹ und diese beiden Verträge wurden auch nicht gleichzeitig ausgearbeitet, dennoch soll Art. 1 FP I die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses für Verletzungen des IPbpr eröffnen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Anwendungsbereiche des IPbpr und des FP I identisch sein sollen. Dies gilt umso mehr, da keine Bestimmungen des IPbpr vom Anwendungsbereich des FP I ausdrücklich ausgenommen wurden.⁸²

Auch die bisherige Rechtsprechungspraxis des Menschenrechtsausschusses⁸³ folgt dieser Auslegungsvariante.⁸⁴ So hat er bereits 1981 entschieden:

„Article 2 (1) of the Covenant places an obligation upon a State party to respect and to ensure rights 'to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction', but does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for

78 Menschenrechtsausschuss, Ansicht vom 29.07.1981, Communication No. R.12/52, Lopez Burgos/Uruguay, UN Doc. A/36/40 at 176 (1981), Rn. 12.3; Menschenrechtsausschuss, Ansicht vom 29.07.1981, Communication No. R.13/56, Celiberti de Casariego/Uruguay, UN Doc. A/36/40 at 185 (1981), Rn. 10.3.

79 BGBl. 1992 II S. 1247. Das Fakultativprotokoll ist für die Bundesrepublik Deutschland am 25.11.1993 in Kraft getreten, BGBl. 1994 II S. 311.

80 Coomans/Kamminga/McGoldrick, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, S. 48.

81 Während der IPbpr 169 Ratifikationen zählt, haben nur 116 Staaten das FP I ratifiziert. Der Stand der Ratifikationen wurde zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en# beziehungsweise unter https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en.

82 So heißt es in der Präambel zum Fakultativprotokoll: „In der Erwägung, dass es zur weiteren Verwirklichung der Ziele des Paktes über bürgerliche und politische Rechte . . . und zur Durchführung seiner Bestimmungen angebracht wäre, den . . . errichteten Ausschuss für Menschenrechte . . . zu ermächtigen, nach Maßgabe dieses Protokolls Mitteilungen von Einzelpersonen, die behaupten, Opfer einer Verletzung eines in dem Pakt niedergelegten Rechts zu sein, entgegenzunehmen und zu prüfen“.

83 Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen wurde aufgrund Art. 28 Abs. 1 IPbpr errichtet. Er besteht aus 18 Mitgliedern, die von den Vertragsstaaten gewählt werden. Er nimmt insbesondere gemäß Art. 40 IPbpr Staatenberichte der Vertragsstaaten entgegen und entscheidet nach dem Fakultativprotokoll über Individualbeschwerdeverfahren bezüglich angeblicher Verletzungen der im IPbpr gewährten Rechte. Die getroffenen Entscheidungen werden als „Ansicht“ (englisch „view“) bezeichnet.

84 Gemäß Art. 31 Abs. 3 lit b) WVRK ist für die Auslegung eines Vertrages auch die spätere Übung zwischen den Vertragsparteien und damit auch die Rechtsprechung des Menschenrechtsausschusses relevant.

violations of rights under the Covenant which its agents commit upon the territory of another State, whether with the acquiescence of the Government of that State or in opposition to it.“⁸⁵

Seitdem hat der Menschenrechtsausschuss die extraterritoriale Anwendbarkeit des IPbpR sowohl in ständiger Rechtsprechung⁸⁶ als auch in einer Allgemeinen Bemerkung zur Auslegung des IPbpR bestätigt. Hierin stellt der Menschenrechtsausschuss unmissverständlich klar, dass Art. 2 Abs. 1 IPbpR dahingehend zu verstehen sei, dass die Voraussetzungen nicht kumulativ vorliegen müssen:

„States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party.“⁸⁷

Auch der IGH ist dieser Auslegung des Anwendungsbereiches des IPbpR durch den Menschenrechtsausschuss gefolgt:

„In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory.“⁸⁸

Der Anwendungsbereich des IPbpR ist also für die Bundesrepublik Deutschland eröffnet, entweder wenn sich die betreffende Person in der Bundesrepublik Deutschland aufhält oder aber wenn sie der staatlichen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland zum Beispiel über ihre Auslandsvertretungen unterliegt.

b) Handlungspflichten

Der IPbpR verpflichtet die Vertragsstaaten nicht nur, nicht aktiv in die gewährten Rechte einzugreifen, sondern enthält auch positive Verpflichtungen der Vertragsstaaten, diese Rechte zu verwirklichen, also insbesondere vor Eingriffen Dritter zu schützen. Der Menschenrechtsausschuss hat solche positiven Vertragspflichten und die sich daraus für die Vertragsstaaten ergebenden Verpflichtungen wie folgt formuliert:

„However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by

85 Menschenrechtsausschuss, Ansicht vom 29.07.1981, Communication No. R.12/52, Sergio Euben Lopez Burgos/Uruguay, UN Doc. A/36/40 at 176 (1981), Rn. 12.3.

86 Menschenrechtsausschuss, Ansicht vom 31.03.1983, Communication No. 77/1980, Samuel Lichtensztejn/Uruguay, UN Doc. A/38/40 at 166 (1983), Rn. 8.3; Menschenrechtsausschuss, Ansicht vom 03.04.1989, Ibrahima Gueye u.a./Frankreich, Communication No. 196/1985, UN Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989), Rn. 9.4.

87 General Comment No. 31 vom 26.05.2004: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Rn.10. Siehe auch bereits schon bezogen auf Art. 27 IPbpR in General Comment No. 23 vom 26.04.1994 zu Art. 27, UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 5, Rn. 4.

88 IGH, Advisory Opinion vom 09.07.2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, S. 136, Rn. 111.

private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities.⁸⁹

In der Literatur wird vorgeschlagen, positive Handlungspflichten nur auf solche Gebiete zu begrenzen, die sich unter der effektiven Kontrolle des Vertragsstaates befinden, während die Pflicht, positive Eingriffe in Rechte zu unterlassen, uneingeschränkt extraterritorial gelten soll. Die Vorteile dieser Trennung seien eine klare Abgrenzung und damit Rechtssicherheit sowie die beste Möglichkeit, Menschenrechten eine möglichst universale und zugleich effektive Geltung zu verschaffen.⁹⁰ Dieser Vorschlag erscheint einfach und gut umsetzbar, lässt aber insbesondere in Bezug auf das vorliegende Untersuchungsthema die Möglichkeiten konsularischer und diplomatischer Vertretungen außer Acht.

Selbstverständlich bringt es Schwierigkeiten mit sich, wenn die Handlungsmöglichkeiten von Staaten begrenzt sind. Die Handlungsmöglichkeiten der Auslandsvertretungen werden neben dem Völkerrecht durch das innerstaatliche Recht des Empfangsstaates eingeschränkt. Einen Staat aber grundsätzlich von Handlungspflichten zu befreien, nur weil die Bestimmung ihres Umfangs und die Bestimmung der Anforderungen an die Durchsetzung schwierig sind, wird dem Sinn und Zweck von Menschenrechtsverträgen nicht gerecht. Hat ein Staat die Möglichkeit, Menschenrechtsverletzungen zu verhindern, und ist ihm dies auch zumutbar, sollte der Staat auch diesbezüglich in die Pflicht genommen werden.

Empfehlenswert ist es daher dem Begriff der „Herrschaftsgewalt“ oder „jurisdiction“ in Art. 2 Abs. 1 IPbPR einen möglichst weiten Bedeutungsgehalt zukommen zu lassen. So wird in der Encyclopedia of Public International Law folgende Begriffserklärung vorgeschlagen:

„In its broadest sense, the jurisdiction of a State may refer to its lawful power to act and hence to its power to decide whether and, if so, how to act.“⁹¹

Ein Staat übt Herrschaftsgewalt entweder über sein Staatsgebiet aufgrund seiner Territorialhoheit oder aber über seine Staatsangehörigen aufgrund seiner Personalhoheit innerhalb des rechtlich Zulässigen aus.⁹²

89 General Comment No. 31 vom 26.05.2004: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Rn. 8. Positive Handlungspflichten sind auch ausdrücklich bezogen auf einzelne Gewährleistungen des IPbPR in anderen General Comments, so zum Beispiel in General Comment No. 6 vom 30.04.1982: The Right to Life, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), Rn. 5 bezogen auf das Recht auf Leben, in General Comment No. 16 vom 08.04.1988: Art. 17, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), Rn.1, 10 f. bezogen auf das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und in General Comment No. 20 vom 10.03.1992: Art. 7, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), Rn. 2 bezogen auf das Verbot von Folter enthalten.

90 Milanovic, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, S. 209 ff., 263.

91 Bernhardt/Oxman, EPIL, Band 3, S. 55.

92 Ebd. S. 56 f.

Seinen positiven Handlungspflichten dürfte der Staat zunächst dann nachgekommen sein, wenn er Gesetze erlassen hat, welche die Gewährleistung der Rechte sicherstellen, und zudem Rechtsschutzmöglichkeiten für den Fall einer möglichen Verletzung dieser gewährleisteten Rechte geschaffen hat.⁹³ So dürften bezogen auf die Bundesrepublik Deutschland die generelle Bindung der staatlichen Gewalt an Recht und Gesetz und die im Konsulargesetz geschaffenen Regelungen zum konsularischen Schutz, welche aufgrund ihrer Formulierung die Konsularbeamten grundsätzlich zur Hilfe in allen Notfällen anhalten sowie derart offen und flexibel ausgestaltet sind, um grundsätzlich alle Fälle der konsularischen Hilfe erfassen zu können, diesen Verpflichtungen gerecht werden.

2. Sonstige internationale Menschenrechtsabkommen

Weitere internationale Menschenrechtsabkommen sind insbesondere der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966,⁹⁴ das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung vom 21. Dezember 1965,⁹⁵ das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979^{96,97} das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989⁹⁸ und das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984⁹⁹. Auch diesen internationalen Abkommen lassen sich in weiten Teilen sowohl eine extraterritoriale Anwendbarkeit (hierzu unter a) als auch positive Handlungspflichten (hierzu unter b) entnehmen.

a) Extraterritoriale Geltung

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte enthält keine ausdrückliche Bestimmung über seinen Anwendungsbereich. Seine Regelungen sind eher

93 Vgl. Art. 2 Abs. 2 und 3 IPbpr.

94 BGBl. 1973 II S. 1570. Das Abkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 03.01.1976 in Kraft getreten, BGBl. 1976 II S. 428.

95 BGBl. 1969 II S. 962. Das Abkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 15.06.1969 in Kraft getreten, BGBl. 1969 II S. 2211.

96 BGBl. 1985 II S. 648. Das Abkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 09.08.1985 (BGBl. 1985 II S. 1234) und das Fakultativprotokoll vom 06.10.1999 (BGBl. 2001 S. 1238) am 14.04.2002 (BGBl. 2002 II S. 1197) in Kraft getreten.

97 Aufgrund der geringen Relevanz dieser beiden Konventionen bezüglich des konsularischen Schutzes wird auf den extraterritorialen Anwendungsbereich dieser Konventionen nicht näher eingegangen, siehe hierzu Gondek, Reach of Human Rights in a Globalising World, S. 257 f.

98 BGBl. 1992 II S. 122. Das Übereinkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 05.04.1992 (BGBl. 1992 II S. 990), die Fakultativprotokolle vom 25.05.2000 (BGBl. 2004 II S. 1355 und 2008 II S. 1223) sind am 13.01.2005 (BGBl. 2006 II S. 1015) beziehungsweise am 15.08.2009 (BGBl. 2011 II S. 1288) und das 3. Fakultativprotokoll vom 19.12.2011 (BGBl. 2012 II S. 1547) ist am 14.04.2014 (BGBl. 2014 II S. 300) in Kraft getreten.

99 BGBl. 1990 II S. 247. Das Abkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 31.10.1990 (BGBl. 1993 II S. 715) und das Fakultativprotokoll vom 18.12.2002 (BGBl. 2008 II S. 855) am 03.01.2009 (BGBl. 2009 II S. 536) in Kraft getreten.

territorial bezogen, dennoch ist im Einzelfall eine extraterritoriale Geltung möglich.¹⁰⁰ Im Rahmen des konsularischen Schutzes dürfte diesem Abkommen kaum praktische Relevanz zukommen, da die gewährten Rechte kaum einschlägig sein dürften und die Bundesrepublik Deutschland das Fakultativprotokoll, welches unter anderem das Individualbeschwerdeverfahren für die in diesem Abkommen gewährleisteten Rechte regelt, nicht ratifiziert hat.¹⁰¹

Die Vertragsstaaten des Übereinkommens über die Rechte des Kindes gewährleisten die in diesem Abkommen gewährten Rechte gemäß Art. 2 Abs. 1 „jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind“.¹⁰² Da diese Formulierung keine Begrenzung auf das Staatsgebiet des Vertragsstaat enthält, wird allgemein auch mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 IPbPR angenommen, dass das Übereinkommen über die Rechte des Kindes die Vertragsstaaten auch extraterritorial bindet.¹⁰³ Auch der IGH hat das Abkommen über die Rechte des Kindes für extraterritorial anwendbar erklärt.¹⁰⁴

Der Anwendungsbereich der Antifolterkonvention erstreckt sich gemäß Art. 2 Abs. 1 Antifolterkonvention auf alle der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates unterstehenden Gebiete.¹⁰⁵ Problematisch ist, dass die konsularischen Vertretungen zwar Hoheitsgewalt ausüben, ihnen dabei aber kein territorial abgrenzbares Gebiet untersteht. Ihre Hoheitsgewalt bezieht sich im Bereich des konsularischen Schutzes auf deutsche Staatsangehörige. Fraglich ist daher, ob die Antifolterkonvention dahingehend auszulegen ist, dass sie die Vertragsstaaten nicht extraterritorial bindet, soweit sie keine Hoheitsgewalt über ein bestimmtes Territorium ausüben. Der Ausschuss gegen Folter¹⁰⁶ hat in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 2 festgehalten:

„The Committee has recognized that “any territory” includes all areas where the State party exercises, directly or indirectly, in whole or in part, de jure or de facto effective control, in accordance with international law. . . . The Committee considers that the scope of “territory” under article 2 must also include situations where a State

100 Eine solche extraterritoriale Geltung hat der IGH zum Beispiel für Israel bezogen auf die besetzten Palästinensischen Gebiete bestätigt, IGH, Advisory Opinion vom 09.07.2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Rn. 112, und zugleich ihre Verletzung festgestellt, Rn. 134.

101 Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 10.12.2008, vgl. BT-Drs. 18/4332. Zur Frage der extraterritorialen Geltung des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte siehe *Coomans/Kamminga*, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, S. 183 ff.; *Coomans/Kamminga/Künnemann*, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, S. 201 ff.; *Gondek*, Reach of Human Rights in a Globalising World, S. 291 ff.

102 In der englischen Fassung heißt es „to each child within their jurisdiction“.

103 Zur extraterritorialen Anwendbarkeit aufgrund der Nähe des Art. 2 Abs. 1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes zu Art. 2 Abs. 1 IPbPR und zu Art. 1 EMRK *Gondek*, Reach of Human Rights in a Globalising World, S. 255 ff.

104 IGH, Advisory Opinion vom 09.07.2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Rn. 113, und seine Verletzung durch Israel in den besetzten Palästinensischen Gebieten festgestellt, Rn. 134.

105 Die englische verbindliche Fassung hat folgenden Wortlaut: „in any territory under its jurisdiction“.

106 Der Ausschuss gegen Folter wurde auf der Grundlage der Art. 17 ff. Antifolterkonvention errichtet.

party exercises, directly or indirectly, de facto or de jure control over persons in detention.¹⁰⁷

Hiernach soll der Anwendungsbereich der Antifolterkonvention für einen Staat eröffnet sein, soweit er die effektive Kontrolle über ein Gebiet ausübt. Die teilweise Kontrolle rechtlicher oder faktischer Art wird hierbei als ausreichend angesehen. Staatsangehörige unterliegen auch im Ausland der Personalhoheit ihres Heimatstaates und damit seiner teilweisen rechtlichen Kontrolle. Allerdings ist die Teilnahme an konsularischen Schutzmaßnahmen zumindest nach deutschem Recht freiwillig.¹⁰⁸ Art. 36 Abs. 1 lit. a) Satz 2¹⁰⁹ und lit. b) Satz 1¹¹⁰ WÜK bestimmt ausdrücklich den Aspekt der Freiwilligkeit der Inanspruchnahme konsularischer Hilfen bei Inhaftierungen. Es ist daher ebenfalls zweifelhaft, ob eine auch nur teilweise effektive Kontrolle im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes bestehen kann.

Einige Aspekte sprechen dennoch dafür, auch der Antifolterkonvention extraterritoriale Geltung zukommen zu lassen. Der Tatbestand der Folter ist nur erfüllt, wenn staatliche Stellen an der Gewaltanwendung beteiligt sind.¹¹¹ Es ist daher wahrscheinlich, dass zum einen bei der Ausarbeitung des Konventionstextes nicht bedacht wurde und zum anderen aber auch nicht gewollt war, dass die Formulierung in Art. 2 Abs. 1 Antifolterkonvention den Fall des Einschreitens gegen (drohende) Folter im Wege des konsularischen Schutzes durch einen dritten Staat vom Anwendungsbereich dieser Konvention ausnehmen könnte. Hierfür sprechen drei Erwägungen: zum einen, das Verbot der Überstellung an einen Staat, in dem den Betroffenen Folter droht, zum zweiten die sonst weitergehende Bedeutung des Art. 7 IPbPR und zum dritten die besondere Stellung des Verbotes der Folter im Völkerrecht.

Die Antifolterkonvention richtet detaillierte positive Handlungspflichten an Staaten, die sie zur Verhütung von Folter zu ergreifen haben. Art. 3 Abs. 1 Antifolterkonvention verbietet die Überstellung einer Person an einen anderen Staat, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen, dass diese Person dort Gefahr laufe, gefoltert zu werden. Die Antifolterkonvention enthält damit diesbezüglich eine ausdrückliche Verpflichtung an die Vertragsstaaten, Einzelpersonen vor drohender Folter in einem anderen Staat zu schützen, wenn ihnen dies tatsächlich möglich ist. Diese Verpflichtung besteht unabhängig von der Staatsangehörigkeit des von Folter Bedrohten. Der Unterschied zum Einschreiten gegen drohende oder gegenwärtige Folter im Rahmen des konsularischen Schutzes besteht im Wesentlichen allein darin, dass der Staat nach Art. 3 Abs. 1 Antifolterkonvention zu einem Unterlassen verpflichtet wird, während er im Rahmen des konsularischen Schutzes aktiv tätig werden muss, und dass er

107 General Comment No. 2 vom 23.11.2007: „Implementation of article 2 by States parties“, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, § 16.

108 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.12 und § 6 Rn. 1.3.2.

109 Hiernach steht es Angehörigen des Entsendestaates frei, mit den Konsularbeamten ihres Staates zu verkehren und sie aufzusuchen.

110 Hiernach sind die konsularischen Vertretungen nur auf Verlangen des Inhaftierten über die Inhaftierung zu unterrichten. Die gleiche Formulierung findet sich in § 7 KonsG.

111 Teil der Begriffsdefinition gemäß Art. 1 Satz 1 Antifolterkonvention ist, dass die Schmerzen oder Leiden „von Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden.“ Ausführlich Steiger, Folterverbot und „Krieg gegen den Terror“, S. 299 ff., 371 f.

diesen Schutz nur zugunsten eigener Staatsangehöriger ausüben kann. Diese detaillierten Handlungspflichten der Antifolterkonvention und insbesondere diejenige des Art. 3 Abs. 1 Antifolterkonvention sprechen im Ergebnis dafür, dass die Antifolterkonvention die Vertragsstaaten zum Ergreifen umfangreicher Schutzmaßnahmen zwecks bestmöglicher Verhütung von Folter verpflichtet will. Eine Ausdehnung der Antifolterkonvention auf die Verpflichtung zur Ausübung konsularischen Schutzes in den Fällen gegenwärtiger oder drohender Folter wird der Zielsetzung dieser Konvention am Besten gerecht.¹¹²

Art. 7 Satz 1 IPbpR enthält ein umfassendes Verbot der Folter. Dieses Folterverbot verpflichtet die Vertragsstaaten auch zum Ergreifen von Schutzmaßnahmen in Bezug auf ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen und damit auch in Bezug auf dem des konsularischen Schutzes unterstehenden Personenkreises.¹¹³ Würde man den Anwendungsbereich der Antifolterkonvention einschränkend auslegen, hätte Art. 7 IPbpR einen weiteren Anwendungsbereich als die Antifolterkonvention. Diese wäre dann im Zweifel eine bloße Auslegungshilfe zum Folterverbot des Art. 7 IPbpR beziehungsweise zum völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Folterverbot. In der Präambel zur Antifolterkonvention wird aber unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 7 IPbpR das Ziel der Antifolterkonvention dahingehend bestimmt, „dem Kampf gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe in der ganzen Welt größere Wirksamkeit zu verleihen“. Dieses Ziel stünde aber ein gegenüber dem IPbpR eingeschränkter Anwendungsbereich entgegen.

Das Folterverbot ist Teil des Völkergewohnheitsrechts. Ihm wird sogar vermehrt der Status von *ius cogens*¹¹⁴ zugesprochen.¹¹⁵ Die Antifolterkonvention gestaltet daher nur ein allgemein anerkanntes Verbot aus, welches schon im Zeitpunkt der Ausarbeitung und Verabschiedung der Antifolterkonvention bestand.¹¹⁶ Dieses völkergewohnheitsrechtliche Folterverbot ist umfassend und als *ius cogens* unabänderbar. Ferner entfaltet es als eine Norm des *ius cogens* eine *erga omnes*-Wirkung,¹¹⁷ dass heißt die Verpflichtung eines Staates zur Einhaltung des Folterverbotes besteht gegenüber allen anderen existierenden Staaten und alle Staaten dürfen beziehungsweise mit Blick auf Art. 4 und 5 Antifolterkonvention müssen sogar auf eine entsprechende Verletzung angemessen reagieren.¹¹⁸ Auch dieser besondere Status des Folterverbotes im Völkerrecht spricht für einen weiten Anwendungsbereich dieses Übereinkommens.

112 Gemäß Art. 31 Abs. 1 WVRK ist ein Vertrag auch nach Treu und Glauben im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.

113 Vgl. hierzu soeben ausführlich unter B.IV.1.

114 Als *ius cogens* wird eine Norm des zwingenden Völkerrechts bezeichnet, über das die Staaten nicht disponieren dürfen, vgl. Art. 53, 64, 66 WVRK. Bernhardt/Frowein, EPIL, Band 3, S. 65 ff.; Ipsen/Heintschel von Heinegg, Völkerrecht, S. 449 ff.; Seidl-Hohenveldern/Mössner, Lexikon Völkerrecht, S. 333 f.; Steiger, Folterverbot und „Krieg gegen den Terror“, S. 240 ff.

115 Bernhardt/Kühner, EPIL, Band 4, S. 870; Gondek, Reach of Human Rights in a Globalising World, S. 247.

116 Ebd., S. 248.

117 Hobe, Völkerrecht, S. 219 f.; Steiger, Folterverbot und „Krieg gegen den Terror“, S. 243.

118 Graf Vitzthum/Bothe, Völkerrecht, S. 45 f., 643 und 645; Hobe, Völkerrecht, S. 219 f.

Die Antirassismuskonvention dürfte den Staat ebenfalls überall dort binden, wo er Hoheitsgewalt ausübt, auch wenn diese Ausübung von Hoheitsgewalt außerhalb des Staatsgebietes zum Beispiel durch seine Auslandsvertretungen erfolgt. Eine allgemeine Bestimmung über seinen Anwendungsbereich enthält dieses Übereinkommen nicht. In Art. 2 Antirassismuskonvention verpflichten sich die Vertragsstaaten, umfassende Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung zu ergreifen, ohne dass diese Verpflichtung auf das Staatsgebiet des jeweiligen Vertragsstaates beschränkt wird. Auch die einzelnen Bestimmungen enthalten jeweils Regelungen zum Geltungsbereich. So heißt es in Art. 3 Antirassismuskonvention „in ihren Hoheitsgebieten“¹¹⁹ und in Art. 6 Antirassismuskonvention „jeder Person in ihrem Hoheitsbereich“.¹²⁰ Auch der IGH hat diesbezüglich keine Anhaltspunkte für eine territoriale Beschränkung der Antirassismuskonvention gefunden:

„Whereas the Court observes that there is no restriction of a general nature in CERD relating to its territorial application; whereas it further notes that, in particular, neither Article 2 nor Article 5 of CERD, alleged violations of which are invoked by Georgia, contain a specific territorial limitation; and whereas the Court consequently finds that these provisions of CERD generally appear to apply, like other provisions of instruments of that nature, to the actions of a State party when it acts beyond its territory“.¹²¹

Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (im Folgenden „CEDAW“¹²²) enthält ebenfalls keine ausdrückliche Bestimmung über seinen Anwendungsbereich. Im Regelfall dürfte aber auch diesem Abkommen eine extraterritoriale Geltung zukommen. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass die sich aus dem Übereinkommen ergebenden Verpflichtungen keine Begrenzungen auf das Territorium eines Vertragsstaates enthalten. Zwar sind einige Regelungen territorial bezogen wie zum Beispiel die Verpflichtung in Art. 7 CEDAW alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im politischen und öffentlichen Leben ihres Landes zu treffen. Allerdings ist eine extraterritoriale Komponente in diesem Fall auch naturgemäß bereits nicht gegeben. Im Übrigen verpflichtet das Übereinkommen die Vertragsstaaten auf die Gleichstellung von Frauen und Männern mit allen geeigneten Maßnahmen und in allen Lebensbereichen hinzuwirken. So verpflichtet zum Beispiel Art. 2 lit. d) CEDAW alle Mitgliedstaaten, Handlungen oder Praktiken zu unterlassen, welche die Frau diskriminieren und dafür zu sorgen, dass alle staatlichen Stellen und öffentlichen Einrichtungen im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln. Die Bindung aller staatlichen Stellen und öffentlichen Einrichtungen dürfte auch die im Ausland tätigen Staatsorgane wie eben die konsularischen und diplomatischen Vertretungen erfassen.

119 In der verbindlichen englischen Sprachfassung heißt es: „in territories under their jurisdiction“.

120 In der verbindlichen englischen Sprachfassung heißt es: „to everyone within their jurisdiction“.

121 IGH, Anordnung vom 15.10.2008, Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Georgien/Russland, Rn. 109.

122 Die Abkürzung ergibt sich aus der englischen Konventionsbezeichnung „Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women“.

b) Handlungspflichten

Bei den meisten vorgenannten Menschenrechtsabkommen ergeben sich staatliche Handlungspflichten bereits aus dem ausdrücklichen Wortlaut der Abkommen, in dem zum Beispiel die Begriffe „verpflichten“, „gewährleisten“, „trägt dafür Sorge“, „stellt sicher“ oder „treffen alle Maßnahmen“ verwendet werden. So heißt es zum Beispiel in Art. 2 Abs. 1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes:

„Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind“.

und in Art. 2 lit b) CEDAW:

„Die Vertragsstaaten verurteilen jede Form von Diskriminierung der Frau; sie kommen überein, mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen, und verpflichten sich zu diesem Zweck, . . . durch geeignete gesetzgeberische und sonstige Maßnahmen, gegebenenfalls auch Sanktionen, jede Diskriminierung der Frau zu verbieten“

Daneben haben die Beschwerdemechanismen in ihren jeweiligen Allgemeinen Bemerkungen das Bestehen staatlicher Handlungspflichten ausdrücklich bestätigt. In der Allgemeinen Bemerkung Nr. 9 des CEDAW-Ausschusses heißt es:

„Articles 2 and 3 establish a comprehensive obligation to eliminate discrimination in all its forms in addition to the specific obligations under articles 5-16.“¹²³

und in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 2 des Ausschusses gegen Folter finden sich die folgenden Sätze:

„States Parties should adopt effective measures to prevent such authorities or others acting in an official capacity or under colour of law from consenting to or acquiescing in any acts of torture. The Committee has concluded that States parties are in violation of the Convention when they fail to fulfil these obligations.“¹²⁴

und in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 5 des Ausschusses für die Rechte des Kindes ist ausgeführt:

„When a State ratifies the Convention on the Rights of the Child, it takes on obligations under international law to implement it. Implementation is the process whereby States parties take action to ensure the realization of all rights in the Convention for all children in their jurisdiction. Article 4 requires States parties to take “all appropriate legislative, administrative and other measures” for implementation of the rights contained therein. While it is the State which takes on obligations under the Convention, its task of implementation - of making reality of the human rights of children - needs to engage all sectors of society and, of course, children themselves. Ensuring that all domestic legislation is fully compatible with the Convention and that the Convention’s principles and provisions can be directly applied and appropriately enforced is fundamental.“

123 General Recommendation No. 19 (11th session, 1992), Rn. 10, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom1>.

124 General Comment No. 2 vom 23.11.2007: „Implementation of article 2 by States parties“, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, § 17.

C. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes zunächst ein Recht des Heimatstaates des betroffenen Individuums ist. Daneben hat der Einzelne dann einen Anspruch auf konsularischen Schutz, wenn sein Heimatstaat im konkreten Einzelfall nach dem Völkerrecht verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz der verletzten Rechte auch außerhalb seines Staatsgebietes zu ergreifen. In jedem Einzelfall ist daher zu untersuchen, ob eine entsprechende Verpflichtung zum Tätigwerden des Heimatstaates und damit zur Ausübung konsularischen Schutzes im Einzelfall nach dem Völkerrecht besteht.

Abschnitt 3 Europarecht

Auch aus dem Europarecht lassen sich im Einzelfall Ansprüche auf konsularischen Schutz herleiten. Zur besseren Übersichtlichkeit wird zunächst das Recht des Europarates (hierzu unter A) und im Anschluss das Recht der Europäischen Union (hierzu unter B) untersucht.

A. Recht des Europarates

Rechte oder Ansprüche auf konsularischen Schutz lassen sich nicht im Allgemeinen, aber in Einzelfällen der Europäischen Menschenrechtskonvention (hierzu unter I) entnehmen. Andere im Rahmen des Europarates verabschiedete Abkommen, welche konsularrechtliche Regelungen enthalten, wie zum Beispiel das Europäische Abkommen über konsularische Aufgaben, regeln keine staatlichen Handlungspflichten in konsularischen Notfällen (hierzu unter II).

I. Europäische Menschenrechtskonvention

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten¹²⁵ oder auch Europäische Menschenrechtskonvention (im Folgenden „EMRK“) ist am 3. September 1953 in Kraft getreten und für alle Mitgliedstaaten des Europarates verbindlich.¹²⁶

Die EMRK legt ihren Mitgliedstaaten Verpflichtungen auf, deren Verletzung sowohl durch die anderen Mitgliedstaaten als auch durch den Einzelnen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden „EGMR“) geltend gemacht werden kann. Gemäß Art. 33 EMRK kann jeder Mitgliedstaat des Europarates den EGMR anrufen, wenn ein anderer Mitgliedstaat gegen eine Bestimmung der EMRK verstößt. Gemäß Art. 34 EMRK kann jeder Einzelne¹²⁷

125 BGBl. 1952 II S. 685, 963, zuletzt geändert durch BGBl. 2010 II S. 1198.

126 Der Europarat hat derzeit 47 Mitglieder, darunter die 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Liste der Mitglieder wurde zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.coe.int/de/web/portal/47-members-states>.

127 Auch juristische Personen unterfallen grundsätzlich dem Anwendungsbereich der EMRK, vgl. Art. 34 Satz 1 EMRK, wonach auch nichtstaatliche Organisationen und Personengruppen berechtigt sind, Individualbeschwerden vor dem EGMR einzureichen.

unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit¹²⁸ nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges einen Verstoß gegen die EMRK rügen.

Die Vertragsstaaten sind zur Gewährung konsularischen Schutzes verpflichtet, wenn sich aus der EMRK eine entsprechende Handlungspflicht (hierzu unter 1) für den jeweiligen Vertragsstaat (hierzu unter 2) ergibt. Hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen steht dem nach der EMRK verpflichteten Staat ein Ermessensspielraum zu (hierzu unter 3).

1. Handlungspflichten der EMRK

Eine allgemeine Handlungspflicht der Vertragsstaaten zur Gewährung konsularischen Schutzes ist in der EMRK nicht enthalten:

„the Convention organs have repeatedly stated that the Convention does not contain a right which requires a High Contracting Party to exercise diplomatic protection, or espouse an applicant’s complaints under international law or otherwise to intervene with the authorities of another State on his or her behalf“.¹²⁹

Die EMRK verpflichtet ihre Vertragsstaaten nach ständiger Rechtsprechung des EGMR aber nicht nur zu einem Unterlassen von Eingriffen in die in der EMRK gewährten Rechte, sondern vielfach auch dazu, aktiv Maßnahmen zum Schutz dieser Rechte zu ergreifen:

„The Court has long held that, although the essential object of many provisions of the Convention is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective respect of the rights concerned.“¹³⁰

Solche Schutzpflichten hat der EGMR insbesondere für Art. 2 (Recht auf Leben),¹³¹ Art. 3 (Verbot der Folter),¹³² Art. 4 (Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit),¹³³ Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren),¹³⁴ Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens),¹³⁵ Art. 9

128 Meyer-Ladewig, EMRK Kommentar, Art. 34 Rn. 3. Auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen kommt es grundsätzlich nicht an. Bei einigen Rechten ist aber eine bestimmte Staatsangehörigkeit Tatbestandsvoraussetzung, siehe Art. 16 EMRK sowie Art. 3 Abs. 1, 2 und 4 Protokoll Nr. 4 zur EMRK, vgl. BGBl. 2002 II S. 1074, 1075.

129 EGMR, Urteil vom 31.07.2012, Nr.: 40020/03, M. und andere/Italien und Bulgarien, Rn. 127.

130 EGMR, Urteil vom 16.03.2000, Nr.: 23144/93, Özgür Gündem/Türkei, Rn. 42.

131 EGMR, Urteil vom 17.01.2008, Nr.: 59548/00, Dodov/Bulgarien, Rn. 79 ff.; EGMR, Urteil vom 28.10.1998, Nr.: 23452/94, Osman/Vereinigtes Königreich, Rn. 115; EGMR, Urteil vom 27.09.1995, Nr.: 18984/91, McCann und andere/Vereinigtes Königreich, Rn. 161.

132 Bezogen auf Ermittlungspflichten: EGMR, Urteil vom 28.10.1998, Nr.: 24760/94, Assenov und andere/Bulgarien, Rn. 102; bezogen auf unterlassenes Einschreiten bei Kindeswohlgefährdung EGMR, Urteil vom 10.05.2001, Nr.: 29392/95, Z. und andere/Vereinigtes Königreich, Rn. 72 ff. und EGMR Urteil vom 23.09.1998, Nr.: 25599/94, A./Vereinigtes Königreich, Rn. 22.

133 Bezogen auf die Unzulänglichkeit strafrechtlicher und zivilrechtlicher Normen hinsichtlich von Sklaverei: EGMR, Urteil vom 26.07.2005, Nr.: 73316/01, Siliadin/Frankreich, Rn. 143 ff.; bezogen auf Ermittlungs- und Verhinderungsmaßnahmen EGMR vom 07.01.2010, Nr.: 25965/04, Rantsev/Zypern und Russland, Rn. 286, 288.

134 Bezogen auf die Pflicht das Justizsystem so zu organisieren, dass angemessen zeitnah entschieden wird: EGMR, Urteil vom 29.01.2004, Nr.: 53084/99, Kormacheva/Russland, Rn. 54 und EGMR, Urteil vom 25.02.2000, Nr.: 29357/95, Gast und Popp/Deutschland, Rn. 75.

135 Bezogen auf das Recht auf Einsichtnahme in persönliche Akten: EGMR, Urteil vom 07.07.1989, Nr.: 10454/83, Gaskin/Vereinigtes Königreich, Rn. 38 ff.; bezogen auf die Duldung von Ausschreitungen gegen Roma und die anschließende fehlende Wiedergutmachung für erlittene

(Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit),¹³⁶ Art. 10 (Freiheit der Meinungsäußerung),¹³⁷ Art. 11 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit)¹³⁸ und Art. 1 Zusatzprotokoll 1 zur EMRK¹³⁹ (Schutz des Eigentums)¹⁴⁰ bejaht.¹⁴¹

Nach Art. 2 EMRK ist der Vertragsstaat verpflichtet, das menschliche Leben wirksam zu schützen. Hierzu gehören zum Beispiel das Ergreifen geeigneter Maßnahmen in Situationen von Lebensgefahr wie zum Beispiel Entführungsfällen,¹⁴² aber auch die Pflicht, die Versorgung mit dem absolut Lebensnotwendigen sicherzustellen.¹⁴³ Beide Fallgestaltungen können im Rahmen der konsularischen Hilfe relevant werden. Auch ergeben sich bei einem anderen Fall typischer konsularischer Hilfe, nämlich dem von Kindesentführungen durch einen Elternteil in das Ausland, Pflichten für den Vertragsstaat aus Art. 8 EMRK. Insbesondere muss der Vertragsstaat alles tun, um ein Rückführungs Urteil schnell zu vollstrecken.¹⁴⁴

2. Ausübung von Hoheitsgewalt durch den Vertragsstaat

Handlungspflichten nach der EMRK bestehen nur für den Vertragsstaat, der im Einzelfall Hoheitsgewalt ausübt beziehungsweise ausüben kann. Gemäß Art. 1 EMRK sichern die Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt¹⁴⁵ unterstehenden Personen die in der Konvention bestimmten Rechte und Freiheiten zu.¹⁴⁶

Hoheitsgewalt kann auch außerhalb des eigenen Staatsgebietes ausgeübt werden (hierzu unter a). Nach der EMRK kann sogar eine Pflicht zur Ausübung von Hoheitsgewalt im Ausland bestehen und ein entsprechendes Unterlassen eine Konventionsverletzung darstellen (hierzu unter b).

-
- Schäden: EGMR, Urteil vom 12.07.2005, Nr.: 41138/98, Moldovan und andere/Rumänien, Rn. 93 ff.
- 136 EGMR, Urteil vom 03.05.2007, Nr.: 71156/01, 97 Mitglieder der Zeugen Jehovas u.a./Georgien, Rn. 134 f.
- 137 EGMR, Urteil vom 14.09.2010, Nr.: 2668/07, Dink/Türkei, Rn. 106; EGMR, Urteil vom 16.03.2000, Nr.: 23144/93, Özgür Gündem/Türkei, Rn. 43 ff.
- 138 EGMR, Urteil vom 21.06.1988, Nr.: 10126/82, Ärzte für das Leben/Österreich, Rn. 32.
- 139 Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20.03.1952, BGBl. 1956 II S. 1879, Neufassung BGBl. 2002 II S. 1054.
- 140 EGMR, Urteil vom 20.03.2008, Nr.: 15339/02, Budayeva und andere/Russland, Rn. 172 ff.
- 141 Eine gute Übersicht über die Rechtsprechung des EGMR zu den Handlungspflichten nach der EMRK findet sich in Szczekalla, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 729 ff. sowie Koenen, Wirtschaft und Menschenrechte, S. 58 ff.
- 142 EGMR, Urteil vom 31.05.2005, Nr.: 27305/95, Koku/Türkei, Rn. 125 ff.
- 143 Meyer-Ladewig, EMRK Kommentar, Art. 2 Rn. 10. Einen Anspruch auf einen bestimmten Lebensstandard gewährt Art. 2 EMRK aber nicht, vgl. EGMR, Urteil vom 03.05.2005, Nr.: 19872/02, Vasilenkov/Ukraine, Rn. 18.
- 144 EGMR, Urteil vom 24.04.2003, Nr.: 36812/97 und 40104/98, Sylvester/Österreich, Rn. 57 ff.
- 145 In den verbindlichen englischen und französischen Sprachfassungen wird das Wort „jurisdiction“ beziehungsweise „jurisdiction“ verwendet, welches übersetzt, die durch Völkerrecht zulässige und begrenzte Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt bedeutet, vgl. Frowein/Peukert, EMRK Kommentar, Art. 1 Rn. 4.
- 146 Zur Entstehungsgeschichte von Art. 1 EMRK siehe Coomans/Kamminga/Lawson, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, S. 88 ff.; Gondek, Reach of Human Rights in a Globalising World, S. 84 ff.

a) Extraterritoriale Ausübung von Hoheitsgewalt

Der Begriff der Hoheitsgewalt ist im Wesentlichen territorial bestimmt, da Staaten Hoheitsgewalt in erster Linie auf ihrem Staatsgebiet ausüben.¹⁴⁷

Hoheitsgewalt kann im Einzelfall aber auch außerhalb des Staatsgebietes ausgeübt werden. So hat der EGMR zum Beispiel 2004 erklärt:

„The Court has accepted that in exceptional circumstances the acts of Contracting States performed outside their territory, or which produce effects there, may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention.“¹⁴⁸

Beispiele hierfür sind die Ausübung von Kontrolle über ein fremdes Hoheitsgebiet insbesondere aufgrund eines Militäreinsatzes¹⁴⁹ oder aber auch Amtshandlungen konsularischer und diplomatischer Vertretungen. Die Europäische Kommission für Menschenrechte¹⁵⁰ (im Folgenden „EKMR“) hat bereits 1965 festgestellt:

„Whereas, in certain respects, the nationals of a Contracting State are within its „jurisdiction“ even when domiciled or resident abroad; whereas, in particular, the diplomatic and consular representatives of their country of origin perform certain duties with regard to them which may, in certain circumstances, make that country liable in respect of the Convention.“¹⁵¹

Ein Tätigwerden der konsularischen und diplomatischen Vertretungen im Empfangsstaat und mithin auch die Ausübung oder eben Nichtausübung konsularischen Schutzes eröffnet den Anwendungsbereich der EMRK.

b) Unterlassen durch die Auslandsvertretungen

Dass Handlungen eines Vertragsstaates insbesondere über seine Auslandsvertretungen Auswirkungen im Ausland entfalten können, die eine Verletzung der EMRK darstellen, ist einleuchtend, da in diesen Fällen die hoheitliche Handlung dem Vertragsstaat zuzuordnen ist:

147 EGMR, Urteil vom 03.03.2005, Nr.: 60861/00, *Manoilescu und Dobrescu/Rumänien und Russland*, Rn. 101; *Karpenstein/Mayer/Johann*, EMRK Kommentar, Art. 1 Rn. 20; Meyer-Ladewig, EMRK Kommentar, Art. 1 Rn. 5 und 7. „From the standpoint of public international law, the words “within their jurisdiction” in Article 1 of the Convention must be understood to mean that a State’s jurisdictional competence is primarily territorial [. . .], but also that jurisdiction is presumed to be exercised normally throughout the State’s territory.“, EGMR, Urteil vom 08.07.2004, Nr.: 48787/99, *Ilaşcu und andere/Moldau und Russland*, Rn. 312.

148 Ebd. Rn. 314.

149 EGMR, Urteil vom 23.03.1995, Nr.: 15318/89, *Loizidou/Türkei (preliminary objections)*, Rn. 62 ff.; EGMR, Urteil vom 26.06.1992, Nr.: 12747/87, *Drozd und Janousek/Frankreich und Spanien*, Rn. 91 m.w.N.; EGMR, Entscheidung vom 12.12.2001, Nr.: 52207/99, *Banković und andere/Belgien und andere*, Rn. 71.

150 Die Europäische Kommission für Menschenrechte existierte von 1954 bis 1998. Sie war ursprünglich für die aufgrund der EMRK eingereichten Beschwerden zuständig. Hielt sie einen Fall für zulässig, erstattete sie dem Ministerkomitee des Europarates Bericht. Innerhalb von drei Monaten konnten dann der betreffende Vertragsstaat oder das Ministerkomitee den EGMR anrufen, der dann ein rechtsverbindliches Urteil erlassen konnte. Der EGMR konstituierte sich 1959 als nicht ständiges Gericht.

151 EKMR, Entscheidung vom 25.09.1965, Nr.: 1611/62, *X./Deutschland*, Yearbook, Vol. 8, S. 158, 168.

„First, it is clear that the acts of diplomatic and consular agents, who are present on foreign territory in accordance with provisions of international law, may amount to an exercise of jurisdiction when these agents exert authority and control over others“.¹⁵²

So dürfte zum Beispiel die grundlose Einziehung des Passes durch ein Konsulat für den Fall, dass dann eine Einreise in den Vertragsstaat nicht mehr möglich ist, gegen Art. 3 Abs. 2 4. Zusatzprotokoll zur EMRK¹⁵³ und für den Fall, dass hierdurch eine Familie getrennt wird, zugleich gegen Art. 8 EMRK verstoßen.

Problematischer sind aber insbesondere diejenigen Fälle, in denen den konsularischen Vertretungen ein Unterlassen vorgeworfen wird. In diesen Fällen können und gegebenenfalls sollen mindestens zwei Staaten Hoheitsgewalt ausüben, nämlich zum einen der Empfangsstaat und zum anderen der die konsularische Hilfe leistende beziehungsweise nicht leistende Staat. Fraglich ist also, inwieweit zwei Staaten gleichzeitig nach Art. 1 EMRK Verpflichtete sein können.

Zunächst ist festzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung der EKMR auch ein Unterlassen des Tätigwerdens im Ausland und damit auch das Unterlassen des Ergreifens konsularischer Schutzmaßnahmen im Einzelfall eine Verletzung der EMRK darstellen kann:

„It is clear, in this respect, from the constant jurisprudence of the Commission that authorised agents of a State, including diplomatic or consular agents bring other persons oder property within the jurisdiction of that State to the extent that they exercise authority over such persons or property. Insofar as they affect such persons or property by their acts or omissions, the responsibility of the State is engaged [. . .]. Therefore, in the present case the Commission is satisfied that even though the alleged failure of the consular authorities to do all in their power to help the applicant occurred outside the territory of the United Kingdom, it was still “within the jurisdiction“ within the meaning of Article 1 of the Convention.“¹⁵⁴

Weiterhin gilt, dass grundsätzlich allein der Vertragsstaat, der die territoriale Hoheitsgewalt ausübt, auch der aus Art. 1 EMRK Verpflichtete zur Sicherstellung der Rechte und Freiheiten aus der EMRK ist.¹⁵⁵ Zwei Entscheidungen verdeutlichen dies: In einem Fall verbot Algerien die Einschulung von Kindern mit algerischer Staatsangehörigkeit in bestimmte französische Schulen in Algerien trotz gegenteiliger Vereinbarungen. Die Klägerinnen, Mütter vom Einschulungsverbot betroffener Kinder, argumentierten, dass Frankreich ihre Rechte aus Art. 8 EMRK verletze, weil es entgegen des algerischen Verbotes ihre Kinder nicht weiterhin in eine französische Schule in Algerien einschule und sie daher entweder die Kinder ohne Eltern in Frankreich einschulen müssten oder aber sich von ihren Ehemännern trennen müssten, um ihre Kinder nach Frankreich zu begleiten. Der EGMR entschied daraufhin, dass die Handlung der

152 EGMR, Urteil vom 07.07.2011, Nr.: 55721/07, Al-Skeini und andere/Vereinigtes Königreich, Rn. 134.

153 Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind, vom 16.09.1963, BGBl. 1968 II S. 422, in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.10.2010, BGBl. 2010 II S. 1198.

154 EKMR, Entscheidung vom 15.12.1977, Nr.: 7547/76, X./Vereinigtes Königreich. Mit fast identischem Wortlaut EKMR, Entscheidung vom 14.10.1992, Nr.: 17392/90, M./Dänemark, Rn. 1; EKMR, Bericht vom 12.10.1989, Nr.: 11755/85, Stocké/Deutschland, Rn. 166.

155 Grabenwarter, EMRK, S. 106; Meyer-Ladewig, EMRK Kommentar, Art. 1 Rn. 5.

Nichteinschulung allein auf dem algerischen Verbot beruhe und Frankreich diesbezüglich keine Verantwortung trage:

„Bref, les faits dénoncés ont été causés par une décision imputable à l'Algérie, prise souverainement par elle sur son propre territoire et échappant au contrôle de la France. Autrement dit, dans les circonstances particulières de la cause, lesdits faits ne peuvent être imputés à la France.“¹⁵⁶

In einem anderen Fall starb eine russische Staatsangehörige in Zypern unter fragwürdigen Umständen. Auch in diesem Fall hat der EGMR zunächst nur die zypriotischen Behörden für verantwortlich erklärt, eine effektive Untersuchung der Todesumstände durchzuführen, solange keine besonderen Umstände vorlägen.¹⁵⁷ Russland sei aber verpflichtet, auf Verlangen Zyperns mitzuwirken, insoweit sein Territorium betroffen ist, so zum Beispiel bezogen auf die Herausgabe der sich auf seinem Hoheitsgebiet befindenden Beweise oder die Vernehmung von sich in Russland befindender Zeugen. Eine weitergehende Verantwortung zur Durchführung eigener Untersuchungsmaßnahmen oder einer eigenen Strafverfolgung sei nicht gegeben,¹⁵⁸ nur weil das Opfer russische Staatsangehörige gewesen sei.¹⁵⁹

Fraglich ist nun, in welchen Fällen neben die Verantwortlichkeit des Empfangsstaates eine Handlungspflicht des Endsendestaates tritt.

In dem ersten Fall der verweigerten Einschulung wurde eine mögliche Handlungspflicht Frankreichs gar nicht thematisiert. In dem gerade erläuterten Todesfall einer russischen Staatsangehörigen in Zypern prüft der EGMR noch den Vortrag des Klägers, wonach Russland aus der EMRK verpflichtet gewesen sei, auf die Durchführung ordnungsgemäßer Ermittlungen durch zypriotische Stellen zu drängen. Eine entsprechende Pflicht verneint der EGMR mit dem Argument, dass Russland mehrfach entsprechend gegenüber zypriotischen Stellen tätig geworden sei. Ob Russland dazu nun aber auch aus der EMRK tatsächlich verpflichtet gewesen wäre, thematisiert der EGMR leider nicht.¹⁶⁰ Allein die Tatsache, dass der EGMR eine mögliche Verantwortlichkeit Russlands geprüft hat, lässt aber darauf schließen, dass der EGMR eine solche gerade nicht grundsätzlich ausschließt.

In einem anderen Fall hat die EKMR ausdrücklich entschieden, dass in den Fällen, in denen eine offensichtliche und schwerwiegende Verletzung der Rechte und Garantien der EMRK drohe, ein Vertragsstaat durch sein Unterlassen oder Handeln nach der EMRK verantwortlich sei, auch wenn die eigentliche Rechtsverletzung durch einen anderen Staat begangen werde:

„The Commission recalls, however, that an act or omission of a Party to the Convention may exceptionally engage the responsibility of that State for acts of a State not party to the Convention where the person in question had suffered or risks

156 EGMR, Urteil vom 14.05.2002, Nr.: 48205/99, 48207/99 und 48209/99, Gentilhomme, Schaff-Benhadji und Zerouki/Frankreich, Rn. 20.

157 EGMR, Urteil vom 07.01.2010, Nr.: 25965/04, Rantsev/Zypern und Russland, Rn. 243.

158 Und war in dem damaligen russischen nationalen Recht auch nicht vorgesehen.

159 EGMR, Urteil vom 07.01.2010, Nr.: 25965/04, Rantsev/Zypern und Russland, Rn. 244 f.

160 Ebd. Rn. 246. Ähnlich auch in EGMR, Urteil vom 31.07.2012, Nr.: 40020/03, M. und andere/Italien und Bulgarien, Rn. 127.

suffering a flagrant denial of the guarantees and rights secured to him under the Convention“.¹⁶¹

In diesem Fall hatten mehrere Personen die Dänische Botschaft in Ost-Berlin betreten, um eine Ausreise in die Bundesrepublik Deutschland durchzusetzen. Die Botschaftsmitarbeiter hatten nach mehrmaliger Aufforderung zum Verlassen der Botschaft, die Polizei der Deutschen Demokratischen Republik um Hilfe gebeten, welche die Personen aus der Botschaft holte, bis zu 33 Tage inhaftierte und unter anderem wegen Hausfriedensbruches zu Bewährungsstrafen verurteilte.¹⁶² Die EKMR sah die drohende Rechtsverletzung nicht als schwerwiegend genug an, um eine Verantwortung Dänemarks zu begründen:

„The Commission finds, however, that what happened to the applicant at the hands of the DDR authorities cannot in the circumstances be considered to be so exceptional as to engage the responsibility of Denmark.“¹⁶³

Eine vergleichbare Verantwortlichkeit des an sich nicht die Hoheitsgewalt ausübenden Staates hat der EGMR aber ausdrücklich in einem Fall fehlender effektive Kontrolle über das eigene Staatsgebiet festgestellt:

„However, even in the absence of effective control over the Transdniestrian region, Moldova still has a positive obligation under Article 1 of the Convention to take the diplomatic, economic, judicial or other measures that it is in its power to take and are in accordance with international law to secure to the applicants the rights guaranteed by the Convention.“¹⁶⁴

Diese 2004 getroffene und 2005 wiederholte Feststellung des EGMR hat zum Ergebnis, dass auch für den Fall, dass ein Staat keine effektive Kontrolle über sein Staatsgebiet ausübt, er dennoch verpflichtet sein kann, dass ihm unter diesen Umstände Mögliche zu tun, um die in der EMRK garantierten Rechte zu gewährleisten.

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist daher im Ergebnis das Folgende festzuhalten: Grundsätzlich ist der Staat für eine Verletzung der in der EMRK garantierten Rechte verantwortlich, der durch sein Handeln die Rechtsverletzung begründet. Daneben kann zusätzlich ein Unterlassen eine Vertragspflichtverletzung darstellen und zwar insbesondere auch in den Fällen, in denen ein anderer Staat vorrangig zum Handeln verpflichtet ist, wenn eine schwerwiegende Verletzung der in der EMRK garantierten Rechte droht. Ein Vertragsstaat ist damit grundsätzlich verpflichtet, dass ihm Mögliche zu tun, um eine – zumindest offensichtliche und schwerwiegende – Verletzung der durch die EMRK garantierten Rechte zu verhindern. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR in dieser Frage bleibt abzuwarten.

161 EKMR, Entscheidung vom 14.10.1992, Nr.: 17392/90, M./Dänemark, Rn. 1.

162 Ebd. The Facts.

163 Ebd. Rn. 1.

164 EGMR, Urteil vom 08.07.2004, Nr.: 48787/99, Ilaşcu und andere/Moldau und Russland, Rn. 331. Diese Aussage wurde in EGMR, Urteil vom 03.03.2005, Nr.: 60861/00, Manoilescu und Dobrescu/Rumänien und Russland, Rn. 101 und in dem Beschluss über die Zulässigkeit vom 29.06.2006, Nr.: 26937/04, Treska/Albanien und Italien ausdrücklich bestätigt.

In ihrem Urteil bezüglich des Aufenthaltes in der Dänischen Botschaft hat die EKMR zwischen Vertragsstaaten und nicht Vertragsstaaten differenziert.¹⁶⁵ Die dort getroffene Aussage dürfte aber ebenso gelten, wenn zwei Vertragsstaaten betroffen sind, da für eine entsprechende Differenzierung kein Grund ersichtlich ist. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die extraterritorialen Handlungspflichten eines Staates davon abhängen können sollen, welche internationalen Verträge der andere Staat ratifiziert hat. Schließlich hat der EGMR in seiner Entscheidung betreffend den Todesfall einer russischen Staatsangehörigen in Zypern auch eine mögliche Verantwortlichkeit Russlands geprüft.¹⁶⁶

Verhält sich ein Vertragsstaat konventionswidrig, ist der andere Vertragsstaat zum Tätigwerden verpflichtet, wenn eine offensichtliche und schwerwiegende Verletzung eines durch die EMRK garantierten Rechts droht. Inwieweit dieses Tätigwerden dann im Einzelfall am Ende tatsächlich von Erfolg gekrönt ist, ist eine andere Frage. Insbesondere sind die Handlungsmöglichkeiten dadurch eingeschränkt, dass der auf einem anderen Staatsgebiet tätig werdende Staat geltendes Völkerrecht wie insbesondere die Grundsätze der Gebietshoheit und der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten sowie das geltende nationale Recht zu beachten hat.¹⁶⁷

3. Staatliches Ermessen

Eine Verletzung der EMRK liegt nur vor, wenn der Vertragsstaat seinen Handlungspflichten nicht oder nicht in ausreichendem Maß nachgekommen ist. Dies bedeutet umgekehrt, dass jedem Vertragsstaat ein Ermessensspielraum zur Erfüllung seiner Handlungspflichten nach der EMRK hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen zusteht. Dieser Handlungsspielraum rechtfertigt sich aus den vielfältigen verschiedenen zu berücksichtigenden Interessen:

„For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising.“¹⁶⁸

Neben außenpolitischen und finanziellen Interessen ist in Fällen der konsularischen Hilfe ferner insbesondere eine Abwägung zwischen den individuellen Interessen des Betroffenen im Einzelfall und den Interessen der Allgemeinheit vorzunehmen. Auch diese Notwendigkeit wurde vom EGMR in ständiger Rechtsprechung bestätigt:

165 EKMR, Entscheidung vom 14.10.1992, Nr.: 17392/90, M./Dänemark, Rn. 1.

166 EGMR, Urteil vom 07.01.2010, Nr.: 25965/04, Rantsev/Zypern und Russland, Rn. 246.

167 Siehe hierzu Abschnitt 2 A.

168 EGMR, Urteil vom 28.10.1998, Nr.: 23452/94, Osman/Vereinigte Königreich, Rn. 116. So auch EGMR, Urteil vom 08.07.2004, Nr.: 48787/99, Ilaşcu und andere/Moldau und Russland, Rn. 332.

„In beiden Fällen muß ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des einzelnen und der Gesamtgesellschaft erreicht werden, und in beiden Fällen verfügt der Staat über einen gewissen Ermessensspielraum“.¹⁶⁹

Der EGMR kann damit nur prüfen, ob die vom Vertragsstaat durchgeführten Maßnahmen angemessen und ausreichend waren:

„Although it is not for the Court to indicate which measures the authorities should take in order to comply with their obligations most effectively, it must verify that the measures actually taken were appropriate and sufficient in the present case. When faced with a partial or total failure to act, the Court's task is to determine to what extent a minimum effort was nevertheless possible and whether it should have been made.“¹⁷⁰

Im Fall einer Kindesentführung durch den Vater nach Jordanien wurde das zuständige Konsulat dergestalt tätig, dass es den Vater und das Kind aufsuchte und mit ihm über die Situation sprach, das Kind in den Pass der Mutter eintragen ließ und so die vom Konsulat zu verantwortenden Voraussetzungen für die Rückführung schuf, sowie der Mutter des entführten Kindes mehrere jordanische Rechtsanwälte empfahl. Die Mutter wollte mit ihrer Beschwerde vor der EKMR feststellen lassen, dass das Konsulat gegen Art. 8 EMRK verstoßen habe, weil es nicht weitere Maßnahmen zur Übergabe des Kindes an sie ergriffen habe. Die EKMR hielt die vom Konsulat ergriffenen Maßnahmen aber für ausreichend.¹⁷¹

4. Ergebnis

Die EMRK gewährt vergleichbar den internationalen Menschenrechtsabkommen im Einzelfall ein Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes, soweit eine extraterritoriale staatliche Handlungspflicht zugunsten des Betroffenen besteht.¹⁷² Die Vertragsstaaten haben einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Wahl der Mittel zur Verwirklichung der Handlungspflichten aus der EMRK.

169 EGMR, Urteil vom 26.05.1994, Nr.: 16969/90, Keegan/Irland, Rn. 49 m.w.N. bezogen auf Art. 8 EMRK. Deutsche Übersetzung aus NJW 1995, 2153, 2154. Ebenso EGMR, Urteil vom 11.01.2006, Nr.: 52562/99 und 52620/99, Sørensen und Rasmussen/Dänemark, Rn. 58 bezogen auf Art. 11 EMRK und EGMR, Urteil vom 08.07.2004, Nr.: 48787/99, Ilaşcu und andere/Moldau und Russland, Rn. 332 bezogen allgemein auf den Umfang positiver Handlungspflichten der EMRK.

170 EGMR, Urteil vom 08.07.2004, Nr.: 48787/99, Ilaşcu und andere/Moldau und Russland, Rn. 334. Hinsichtlich der Weite des Ermessensspielraums siehe auch EGMR, Urteil vom 21.06.1988, Nr.: 10126/82, „Ärzte für das Leben/Österreich“, Rn. 34 m.w.N.

171 „In the circumstances, the Commission is satisfied that, in the present case, the consular authorities have done all that could be reasonably expected from them.“, EKMR, Entscheidung vom 15.12.1977, Nr.: 7547/76, X./Vereinigtes Königreich.

172 Der EGMR gewährt im Einzelfall auch vorläufigen Rechtsschutz, vgl. Tams, ZaöRV 63 (2003), 681 ff.; Keller/Marti, ZaöRV 73 (2013), 325 ff. m.w.N.

II. Europäisches Abkommen über konsularische Aufgaben

Am 11. Dezember 1967 wurde das Europäische Abkommen über konsularische Aufgaben¹⁷³ im Rahmen des Europarates unterzeichnet. Es ist am 9. Juni 2011 und damit gemäß Art. 50 Abs. 2 des Abkommens drei Monate nach Hinterlegung der fünften Ratifikationsurkunde in Kraft getreten.¹⁷⁴ Eine Ratifikation dieses Übereinkommens durch die Bundesrepublik Deutschland ist mit der Begründung nicht geplant, dass das Abkommen gegenüber dem Konsulargesetz und dem WÜK „keinen praxisrelevanten Mehrwert bring[e]“. ¹⁷⁵

Das Europäische Abkommen über konsularische Aufgaben regelt die Rechte der Konsularbeamten zur Ausübung konsularischen Schutzes. Die Formulierung „Die Konsularbeamten sind berechtigt“ zieht sich durch alle Bestimmungen dieses Abkommens. So heißt es zum Beispiel in Art. 2 Abs. 1 des Abkommens:

„Die Konsularbeamten sind berechtigt, die Angehörigen des Entsendestaats zu schützen sowie deren Rechte und Interessen zu wahren.“

Eine Verpflichtung zur Ausübung dieser Rechte geht dem Erklärenden Bericht zufolge aus diesen Bestimmungen nicht hervor:

„The words "shall be entitled", do not constitute an obligation on consular officers to exercise their protective function in each particular case; it merely gives them the power to do so.“¹⁷⁶

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass das Europäische Abkommen über konsularische Aufgaben konsularische Rechte gewährt, den derzeit fünf Mitgliedstaaten aber keine Pflichten zur Ausübung dieser Rechte auferlegt, so dass von dem einzelnen Betroffenen auch keine Rechte auf konsularischen Schutz aus diesem Abkommen hergeleitet werden können.

Weiterhin sind das Übereinkommen über die Leichenbeförderung vom 26. Oktober 1973¹⁷⁷ und das Europäische Übereinkommen zur Befreiung der von diplomatischen oder konsularischen Vertretern errichteten Urkunden von der Legalisation vom 7. Juni 1968¹⁷⁸ in Kraft, welche aber ebenfalls keine Ansprüche auf die Vornahme konsularischer Handlungen enthalten.

173 Der deutsche Text des Übereinkommens wurde zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://conventions.coe.int/treaty/ger/Treaties/Html/061.htm>.

174 Die fünf Ratifikationsstaaten sind Georgien, Griechenland, Norwegen, Portugal und Spanien, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/061/signatures>.

175 BT-Drs. 17/12996, S. 6.

176 Explanatory Report zur European Convention on Consular Functions, Rn. 22, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c92f2>.

177 Die Bundesrepublik Deutschland hat das Abkommen nicht ratifiziert. Mit der amtlichen Übersetzung Österreichs ist aber eine deutsche Übersetzung verfügbar, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/080.htm>.

178 BGBl. 1971 II S. 85. Für die Bundesrepublik Deutschland ist das Abkommen am 19.09.1971 in Kraft getreten, BGBl. 1971 II S. 1023.

B. Recht der Europäischen Union

Gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) und Art. 23 Abs. 1 Satz 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union¹⁷⁹ (im Folgenden „AEUV“) sowie Art. 46 Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁸⁰ (im Folgenden „GRCh“) in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Vertrag über die Europäische Union¹⁸¹ genießt jeder Unionsbürger im Hoheitsgebiet eines dritten Landes, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, nicht vertreten ist, den diplomatischen und konsularischen Schutz eines jeden anderen Mitgliedstaates unter denselben Bedingungen wie Staatsangehörige dieses jeweiligen Staates.¹⁸²

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 AEUV benennt die Unionsbürgern aufgrund ihrer Unionsbürgerschaft zustehenden Rechte und hierbei auch das Recht auf konsularischen Schutz. In Art. 23 AEUV wird dieser Schutz näher ausgeführt, indem in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 AEUV die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die für den konsularischen Schutz wirksamen Vorkehrungen zu treffen und Verhandlungen aufzunehmen. Nach Art. 23 Abs. 2 AEUV kann der Rat der Europäischen Union Richtlinien zur Festlegung der notwendigen Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zur Erleichterung des konsularischen Schutzes erlassen. Hiervon hat er am 20. April 2015 mit Erlass¹⁸³ der Richtlinie (EU) 2015/637 über den konsularischen Schutz¹⁸⁴ (im Folgenden „RL 2015/637“) erstmalig Gebrauch gemacht.¹⁸⁵ Die Richtlinie 2015/637 ist von den Mitgliedstaaten bis zum 1. Mai 2018 in innerstaatliches Recht umzusetzen.¹⁸⁶ Mit Art. 46 GRCh ist das Recht aus Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV auch als „Bürgerrecht“ kodifiziert.

Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) AEUV, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV und Art. 46 GRCh unterscheidet sich in einem Punkt. Art. 20 Abs. 2 Satz lit. c) AEUV spricht vom „Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Behörden“, Art. 46 GRCh vom „Schutz der diplomatischen und konsularischen Stellen“ und Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV vom „diplomatischen und konsularischen Schutz“. Aus dieser Wortlautabweichung ergibt sich die für die vorliegende Untersuchung nicht relevante Frage, ob diese Bestimmungen nur den

179 ABI. EU Nr. C 326/47 vom 26.10.2012.

180 ABI. EU Nr. C 326/391 vom 26.10.2012.

181 ABI. EU Nr. C 326/13 vom 26.10.2012.

182 Welche Relevanz der konsularische Schutz für Unionsbürger hat, zeigen folgende Zahlen aus der Mitteilung der Kommission „Konsularischer Schutz der Unionsbürger in Drittstaaten: Sachstand und Entwicklungsperspektiven“ vom 23.03.2011 (KOM(2011) 149 endgültig), S. 3: Hiernach waren 2011 in nur drei Ländern (China, Russland und die USA) alle damaligen 27 EU-Staaten vertreten. Zudem haben schätzungsweise 30 Millionen Unionsbürger ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat und jährlich unternehmen mit steigender Tendenz 90 Millionen Unionsbürger Reisen in das Ausland.

183 Sie ist gemäß Art. 20 RL 2015/637 am 14.05.2015 in Kraft getreten.

184 Richtlinie (EU) 2015/637 des Rates vom 20.04.2015 über Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zur Erleichterung des konsularischen Schutzes von nicht vertretenen Unionsbürgern in Drittländern und zur Aufhebung des Beschlusses 95/553/EG, ABI. EU Nr. L 106/1.

185 Ausweislich Art. 1 Abs. 1 RL 2015/637 und ihres Erwägungsgrundes Nr. 4 ist das Ziel dieser Richtlinie die Festlegung der Koordinierungs- und Koordinierungsmaßnahmen zwischen den Auslandsvertretungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Erleichterung des konsularischen Schutzes nicht verteilter Unionsbürger. Sie soll insbesondere Rechtssicherheit schaffen und die wirksame Zusammenarbeit stärken.

186 Vgl. Art. 17 Abs. 1 RL 2015/637. Im Folgenden wird trotz noch nicht abgelaufener Umsetzungsfrist bereits auf die entsprechende Regelung der Richtlinie Bezug genommen.

konsularischen oder auch den diplomatischen Schutz regeln. Die besseren Argumente sprechen für eine Begrenzung auf den konsularischen Schutz, insbesondere da nur die deutsche Sprachfassung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV die Formulierung des „diplomatischen und konsularischen Schutzes“ verwendet, während die anderen Sprachfassungen in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV ebenso wie in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) AEUV vom Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Behörden sprechen.¹⁸⁷ Auch hatten sich die EU-Mitgliedstaaten darauf verständigt, dass die wortgleiche Vorgängernorm nur den konsularischen Schutz umfassen solle.¹⁸⁸

Da im Übrigen keine Unterschiede, insbesondere nicht hinsichtlich des Regelungsgehaltes der verschiedenen Bestimmungen bestehen,¹⁸⁹ wird im Folgenden zur besseren Lesbarkeit vorrangig ausschließlich auf die Regelung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV Bezug genommen.

Bittet ein Unionsbürger unter den Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV die Auslandsvertretung eines Mitgliedstaates der Europäischen Union um konsularischen Schutz, muss diese ihm den gleichen Schutz gewähren, den sie auch den eigenen Staatsangehörigen gewährt. Im Folgenden wird daher zunächst untersucht, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV Anwendung findet (hierzu unter I). Im Anschluss wird dargelegt, welche Rechte sich aus Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV ableiten lassen (hierzu unter II).

I. Tatbestandsvoraussetzungen

Voraussetzungen für die Gewährung konsularischen Schutzes durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union sind die Unionsbürgerschaft des Hilfesuchenden (hierzu unter 1), die Nichterreichbarkeit der zuständigen konsularischen Vertretung des Entsendestaates (hierzu unter 2) und das Einverständnis des Empfangsstaates zur Gewährung konsularischen Schutzes durch diesen Drittstaat (hierzu unter 3).

187 So heißt es zum Beispiel in der englischen Fassung „protection by the diplomatic or consular authorities“, in der französischen „protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires“, in der spanischen „protección de las autoridades diplomáticas y consulares“ und in der italienischen Fassung „tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari“. Zu dieser Frage ausführlicher Calliess/Ruffert/Kluth, EUV/AEUV Kommentar, Art. 23 Rn. 7 f.; Heselhaus/Nowak/Bungenberg, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 48 Rn. 28; Meyer/Magiera, GRCh Kommentar, Art. 46 Rn. 6 f.; Scharze/Hatje, EU-Kommentar, Art. 23 AEUV Rn. 8 ff.

188 Ress/Stein, Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, S. 97.

189 So heißt es in den Erläuterungen des Präsidiums zum Entwurf der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 11.10.2000, CHARTE 4473/00 zu Art. 46 GRCh: „Das in diesem Artikel garantierte Recht ist das Recht, das durch Artikel 20 EGV [jetzt Art. 23 AEUV] garantiert ist.“

1. Adressatenkreis

Der Schutzsuchende muss Unionsbürger sein (hierzu unter a). Ein Anspruch auf Ausdehnung des Schutzes auf Familienangehörige ohne die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder andere Dritte besteht nicht (hierzu unter b). Umstritten ist, ob vom Schutzbereich des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV auch juristische Personen erfasst sind (hierzu unter c).

a) Unionsbürgerschaft

Konsularischer Schutz durch andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union wird gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV nur Unionsbürgern gewährt. Unionsbürger ist gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV und Art. 9 Satz 2 und 3 Vertrag über die Europäische Union derjenige, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzt. Die Unionsbürgerschaft ist gemäß Art. 8 Abs. 1 RL 2015/637 durch die Vorlage eines gültigen Reisepasses oder Personalausweises nachzuweisen. Ist dies zum Beispiel aufgrund Verlustes oder Diebstahls nicht möglich, genügt gemäß Art. 8 Abs. 2 RL 2015/637 jeder andere Nachweis über die Staatsangehörigkeit.¹⁹⁰ Notfalls kann ihr Vorliegen durch Rückfrage bei den Behörden des jeweiligen Mitgliedstaates verifiziert werden.

Ist der Unionsbürger Mehrstaater, ist danach zu unterscheiden, welche Staatsangehörigkeiten er besitzt. Unterschiedliche Fragestellungen ergeben sich in den Fällen der weiteren Staatsangehörigkeit eines Drittstaates (hierzu unter (1)) und in den Fällen, in denen der Mehrstaater mehrere Staatsangehörigkeiten von Mitgliedstaaten der Europäischen Union besitzt (hierzu unter (2)).

(1) Unionsbürger mit weiterer Staatsangehörigkeit eines Drittstaates

Besitzt der Unionsbürger neben der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union zugleich die Staatsangehörigkeit eines Nicht-EU-Mitgliedsstaates, ist fraglich, ob der Mehrstaater zunächst die Auslandsvertretung des Drittstaates um Hilfe bitten muss, bevor er sich an die Auslandsvertretung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union, deren Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, wenden darf.

Diese Frage ist zu verneinen. Die entsprechenden Regelungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV und des Art. 46 GRCh sehen eine solche Beschränkung nicht vor. Auch hat der EuGH bereits entschieden, dass die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates nicht dazu führen darf, dass die

¹⁹⁰ Ausweis-papiere haben nur deklaratorische Wirkung. Der Anspruch auf konsularischen Schutz steht jedem Unionsbürger unmittelbar aufgrund seiner Unionsbürgerschaft zu, so dass jeder Nachweis der Unionsbürgerschaft ausreichend ist, vgl. Erwägungsgrund 13 RL 2015/637.

Rechte aus der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union und damit die Unionsbürgerrechte eingeschränkt werden.¹⁹¹

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Mehrstaater neben der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union zugleich die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzt. In diesen Fällen kann zwar konsularischer Schutz gewährt werden, der den konsularischen Schutz gewährende Staat muss aber damit rechnen, dass sein Anliegen zurückgewiesen wird, da der Empfangsstaat nach geltendem internationalen Recht diesen Mehrstaater als ausschließlich eigenen Staatsangehörigen behandeln darf.¹⁹² Nach einer neueren Auffassung in der Literatur soll dies nicht gelten, wenn die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates nicht die effektive Staatsangehörigkeit ist.¹⁹³ Anerkanntes Völkergewohnheitsrecht ist diese Rechtsauffassung aber bisher nicht.¹⁹⁴

(2) Unionsbürger mit Staatsangehörigkeiten mehrerer EU-Mitgliedstaaten

Besitzt der Hilfesuchende die Staatsangehörigkeit von mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ist Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV dahingehend auszulegen, dass alle Mitgliedstaaten, deren Staatsangehörigkeit er besitzt, im Empfangsstaat nicht vertreten sein dürfen, bevor die Auslandsvertretungen der anderen Mitgliedstaaten zur Hilfestellung verpflichtet sind.¹⁹⁵ Dieser Auslegung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV steht nicht entgegen, dass der EuGH entschieden hat,¹⁹⁶ dass eine weitere Staatsangehörigkeit die Ausübung der Unionsbürgerrechte nicht erschweren darf. Der Hilfesuchende ist in diesem Fall bereits besser gestellt. Er hat von Anfang an die Möglichkeit, sich an mehrere Auslandsvertretungen zu wenden. Sinn und Zweck des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV ist es, sicherzustellen, dass Unionsbürgern in allen Ländern konsularischer Schutz gewährt wird, sie also nicht schutzlos sind. Diese Gefahr besteht bei Mehrstaatern aber erst, wenn keine der für sie zuständigen Auslandsvertretungen erreichbar ist. Nach dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV ist Voraussetzung, dass der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Hilfesuchende besitzt, nicht vertreten ist. Ist ein Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Hilfesuchende besitzt, im Empfangsstaat vertreten, ist dieses Tatbestandsmerkmal gerade nicht erfüllt.

191 EuGH, Urteil vom 07.07.1992, Az.: C-369/90, Rechtssache „Micheletti“, Rn. 10 ff. (zitiert nach juris); Zimmermann, EuR 1995, S. 54, 65 f.

192 Lenz/Borchardt/*Kaufmann-Bühler*, EU-Verträge Kommentar, Art. 23 AEUV Rn. 2.

193 Grabitz/Hilf, EUV/EGV Kommentar, Art. 20 EGV Rn. 9 f. Dieser Ansatz gewinnt auch beim diplomatischen Schutz mehr Anhänger. So ist er zum Beispiel in Art. 7 der Draft Articles on Diplomatic Protection, UN Doc. GA/ CN.4/L.647 vom 24.04.2004, enthalten.

194 Ausführlich zur Ausübung konsularischen Schutzes zugunsten von Mehrstaatern unter Kapitel 2 Abschnitt 1 A.V.3.

195 So auch Erwägungsgrund Nr. 8 letzter Satz RL 2015/637.

196 EuGH, Urteil vom 07.07.1992, Az.: C-369/90, Rechtssache „Micheletti“, Rn. 10 ff. (zitiert nach juris).

b) Familienmitglieder

Familienmitglieder¹⁹⁷ von Unionsbürgern, welche selbst nicht die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats besitzen, also nicht Unionsbürger sind, sind vom Schutzbereich des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV nicht erfasst.¹⁹⁸ In Art. 5 RL 2015/637 wird der konsularische Schutz von Familienmitgliedern aber erstmals unter Berufung auf das in Art. 7 GRCh verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens¹⁹⁹ und das in Art. 24 GRCh verankerte Kindeswohl ausgebaut:

„Nicht die Unionsbürgerschaft besitzende Familienmitglieder, die nicht vertretene Bürger in einem Drittland begleiten, erhalten konsularischen Schutz im selben Umfang und unter denselben Bedingungen, wie er den nicht die Unionsbürgerschaft besitzenden Familienmitgliedern der Bürger des Hilfe leistenden Mitgliedstaats entsprechend dessen nationalen Rechts und Gepflogenheiten gewährt wird.“

Die EU-Mitgliedstaaten werden also verpflichtet, den konsularischen Schutz dann und in dem Umfang auf Familienangehörige auszudehnen, wie sie ihn den Familienangehörigen ihrer eigenen Staatsangehörigen gewähren würden. Auf eine nähere Ausführung des Begriffes des Familienmitgliedes wurde verzichtet,²⁰⁰ so dass insoweit auch auf das jeweilige nationale Recht der einzelnen EU-Mitgliedstaaten abzustellen sein wird. An den Nachweis der Familienzugehörigkeit werden hierbei keine besonderen Anforderungen gestellt. Gemäß Art. 8 Abs. 3 RL 2015/637 können die Identität des Familienangehörigen und das Bestehen einer familiären Beziehung durch jedes geeignete Mittel nachgewiesen werden.

In der Praxis wird der konsularische Schutz in Einzelfällen insbesondere aus humanitären Gründen nicht selten auf Familienmitglieder und andere Personen, wie zum Beispiel Staatenlose, ausgedehnt. Dies gilt insbesondere für in Krisensituationen notwendige Evakuierungen.

Im Einzelfall kann es entscheidend sein, an welche Auslandsvertretung sich der Hilfsbedürftige wendet. So sind manche Länder wie zum Beispiel die Bundesrepublik Deutschland eher bereit

197 Hier hat ein Begriffswechsel vom Familienangehörigen im Richtlinienentwurf (Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den konsularischen Schutz von Unionsbürgern im Ausland vom 14.12.2011, KOM(2011) 881 endgültig) zum Familienmitglied stattgefunden. In den englischen und französischen Fassungen wurde der Begriff beibehalten. Es werden durchgehend die Begriffe „family members“ beziehungsweise „membres de la famille“ verwendet. Die in der deutschen Fassung gewählte Begriffsänderung dürfte daher nur eine sprachliche Anpassung an die anderen Sprachfassungen darstellen und keine inhaltlichen Auswirkungen haben.

198 Etwas anderes gilt für das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt nach Art. 21 Abs. 1 AEUV. Zwar können sich auch hier Familienangehörige nicht direkt auf diese Vorschrift berufen, ihnen wurden aber im Sekundärrecht mit der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 (zuvor bereits Richtlinie 68/360/EWG des Rates vom 15.10.1968) die entsprechenden Rechte gewährt. Auch dürfen Mitgliedstaaten dieses Recht nicht durch nationale Vorschriften einschränken und müssen es zum Beispiel auch abgelehnten Asylbewerber gewähren, wenn diese zwischenzeitlich den Status eines Familienangehörigen aufgrund Heirat erlangt haben, vgl. EuGH, Urteil vom 25.07.2008, Az.: C-127/08.

199 Erwägungsgrund Nr. 9 RL 2015/637.

200 Gemäß Erwägungsgrund Nr. 9 des Richtlinienentwurfes vom 14.12.2011 sollte sich der Begriff des Familienangehörigen an der Definition in Art. 2 und 3 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, (ABl. EG L 158/77 vom 30.04.2004) orientieren.

als andere, Familienmitglieder ohne Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union in den konsularischen Schutz einzubeziehen.²⁰¹

c) Juristische Personen

Es bestehen derzeit unterschiedliche Auffassungen zu der Frage, ob der konsularische Schutz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV auch zugunsten juristischer Personen eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union auszuüben ist. Eine gerichtliche Klärung der Frage ist bisher nicht erfolgt.

Gegen die Ausdehnung auf juristische Personen sprechen zunächst ihre fehlende Erwähnung im Gesetzestext und im Umkehrschluss die ausdrückliche Erwähnung juristischer Personen in Art. 24 AEUV in Verbindung mit Art. 227 und Art. 228 AEUV hinsichtlich der Möglichkeit, eine Petition an das Europäische Parlament zu richten beziehungsweise eine Beschwerde beim Europäischen Bürgerbeauftragten einzureichen.²⁰²

Diese Erwähnung kann aber auch deshalb unterblieben sein, weil die Regelung über den konsularischen Schutz im Kapitel über die Unionsbürgerschaft²⁰³ geregelt ist. Diese soll aber gerade nur natürliche Personen erfassen. Daher regelt sie auch zum Teil Rechte, die wie das Wahlrecht nach Art. 20 Abs. 2 lit. b) und Art. 22 AEUV nur auf natürliche Personen anwendbar sind.²⁰⁴ Auch die Anwendbarkeit des Rechtes aus Art. 24 AEUV ergibt sich nicht aus einer Vorschrift aus dem Kapitel über die Unionsbürgerschaft, sondern aus ergänzenden Vorschriften an anderer Stelle des Vertrages.²⁰⁵ Für eine zumindest analoge Anwendung auf juristische Personen spricht weiterhin, dass im Völkerrecht das Rechtsinstitut des konsularischen Schutzes ohne weiteres auf juristische Personen anwendbar ist und keine Gründe erkennbar sind, warum das Unionsrecht von dieser etablierten Praxis abweichen sollte.²⁰⁶

201 CARE Project, Consular and Diplomatic Protection: Legal framework in the EU Member States, 2010, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.careproject.eu/images/stories/ConsularAndDiplomaticProtection.pdf>, S. 207 f. Das Konsulargesetz sieht ausdrücklich in §§ 5 Abs. 2 und 6 Abs. 1 Satz 2 KonsG die Hilfe für Familienangehörige vor. Näheres hierzu siehe unter Kapitel 2 Abschnitt 1 A V 2a) und Abschnitt 2 A III 1.

202 Meyer/Magiera, GRCh Kommentar, Art. 46 Rn. 9 m.w.N.; Schwarze/Hatje, EU-Kommentar, Art. 23 AEUV Rn. 4 f.

203 Bezogen auf juristische Personen dürfte ferner entsprechend des Begriffes Staatszugehörigkeit anstelle von Staatsangehörigkeit (vgl. Fn. 867) eher von Unionszugehörigkeit als von Unionsbürgerschaft gesprochen werden, so zum Beispiel auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schönberger, EUV/AEUV Kommentar, Art. 20 Rn. 28.

204 Calliess/Ruffert/Kluth, EUV/AEUV Kommentar, Art. 23 AEUV Rn. 10.

205 Ebd.

206 Frenz, Handbuch Europarecht, Band 4, S. 1507; Heselhaus/Nowak/Bungenberg, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 48 Rn. 13; Szczekalla, EuR 1999, 325 f.; von der Groeben/Schwarze/Haag, EGV und EUV Kommentar, Art. 20 EG Rn. 9.

2. Entsendestaat nicht konsularisch vertreten

Eine weitere Tatbestandsvoraussetzung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV ist, dass der Entsendestaat im Empfangsstaat nicht konsularisch vertreten ist. Gemäß Art. 6 RL 2015/637 ist ein Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV nicht vertreten,

„wenn er dort keine ständige Botschaft oder kein ständiges Konsulat unterhält oder wenn er dort keine Botschaft, kein Konsulat oder keinen Honorarkonsul hat, die bzw. das bzw. der effektiv in der Lage ist, in einem konkreten Fall konsularischen Schutz zu gewähren.“

Allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze zur Bestimmung der Umstände, ab wann konsularischer Schutz durch die Auslandsvertretungen des Entsendestaates nicht mehr möglich ist, existieren bisher nicht. Derzeit gibt es weder einschlägige Rechtsprechung noch eine abgestimmte Rechtsauffassung zwischen den Mitgliedstaaten.²⁰⁷

Gemäß Erwägungsgrund 8 RL 2015/637 ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, da insoweit den Umständen jedes Einzelfalles zur Bestimmung der Möglichkeit des effektiven Rechtsschutzes durch den Entsendestaat Rechnung zu tragen sei. Es solle darauf ankommen, ob der Entsendestaat in der Lage ist, dass dem Einzelnen nach dem nationalen Recht und dem nationalen Gepflogenheiten zustehende Recht auf konsularischen Schutz wirksam zu gewährleisten.²⁰⁸ Hierbei sind auch die Erreichbarkeit und die Nähe der Vertretung zu berücksichtigen. Der Schutzsuchende muss also die Möglichkeit haben, auf zumutbaren Wegen und in zumutbarer Zeit Kontakt mit seiner Auslandsvertretung aufnehmen zu können. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 des Richtlinienvorschlages vom 24. November 2014²⁰⁹ bestimmte, dass konsularische Vertretungen dann in angemessener Zeit gefahrlos zu erreichen sind, wenn mit einem üblichen Verkehrsmittel die Hinreise zur Auslandsvertretung und die Rückreise zum Ausgangspunkt innerhalb eines Tages möglich ist, es sei denn, die Dringlichkeit der Angelegenheit erfordert schnellere Hilfe. Diese ausdrückliche zeitliche Vorgabe wurde in die Richtlinie 2015/637 nicht übernommen.

Die herrschende Literaturlauffassung sieht das ähnlich. Hiernach ist eine Auslandsvertretung nicht erreichbar, wenn sie (1) nicht vorhanden, (2) nicht funktionsfähig oder (3) nicht rechtzeitig erreichbar ist.²¹⁰ Weigert sich die zuständige Auslandsvertretung konsularische Hilfe zu leisten oder bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, ist sie trotzdem erreichbar und der Hilfesuchende hat nicht das Recht aus Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV, sich an die Auslandsvertretung eines anderen EU-Mitgliedstaates zu wenden.²¹¹ Er kann in diesen Fällen nur versuchen, den konsularischen

207 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den konsularischen Schutz von Unionsbürgern im Ausland vom 14.12.2011, KOM(2011) 881 endgültig, S. 4 und 6.

208 Zur Ermöglichung und Erleichterung der Prüfung sollen Botschaften und Konsulate sich gegenseitig über etwaige ungewöhnliche Umstände unterrichten, die ihre Fähigkeit zum konsularischen Schutz vorübergehend beeinträchtigen können, vgl. Erwägungsgrund 8 RL 2015/637.

209 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den konsularischen Schutz von Unionsbürgern im Ausland vom 14.12.2011, KOM(2011) 881 endgültig, S. 11 ff.

210 Meyer/Magiera, GRCh Kommentar, Art 46 Rn. 14; Streinz/Magiera, EUV/AEUV Kommentar, Art. 23 Rn. 9.

211 Jarass, GRCh Kommentar, Art. 46 Rn. 6; Streinz/Magiera, EUV/AEUV Kommentar, Art. 23 Rn. 9.

Schutz durch Intervention bei übergeordneten Behörden also insbesondere dem zuständigen Außenministerium oder im Wege eines Rechtsschutzverfahrens zu erlangen.

3. Einverständnis des Empfangsstaates

Nach geltendem Völkerrecht ist die Ausübung konsularischen Schutzes für einen Drittstaatsangehörigen nur mit dem Einverständnis des Empfangsstaates möglich. Gemäß Art. 8 WÜK kann eine konsularische Vertretung des Entsendestaates nach einer angemessenen Notifikation im Empfangsstaat konsularische Aufgaben auch für einen dritten Staat wahrnehmen, sofern dieser keinen Einspruch erhebt.

1993 wurden alle Staaten durch eine allgemeine Mitteilung des damaligen Vorsitzes des Rates der Europäischen Union über die Ausübung konsularischen Schutzes für nicht vertretene Unionsbürger durch andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union informiert.²¹² Aus der Praxis sind bisher auch keine Einwände von Staaten gegen diese Schutzausübung durch EU-Mitgliedstaaten bekannt geworden,²¹³ obwohl es in Einzelfällen zu Problemen insbesondere bei der Ausstellung von Ersatzausweisdokumenten gekommen sein soll.²¹⁴

Fraglich ist, ob die internationale Staatengemeinschaft eine entsprechende Schutzausübung akzeptiert hat. Die EU-Kommission geht in mehreren Veröffentlichungen davon aus, dass Art. 8 WÜK eine formelle Vereinbarung zwischen jedem Mitgliedstaat und jedem Drittstaat über die Ausübung konsularischen Schutzes für Unionsbürger verlangt, also alle EU-Mitgliedstaaten, die Länder, mit denen sie konsularische Beziehungen unterhalten, selbst notifizieren müssen. Als Folge ist die EU-Kommission der Auffassung, dass in der gegenwärtigen Situation, jeder Staat von der derzeit geltenden Praxis jederzeit wieder Abstand nehmen kann.²¹⁵ Sie empfiehlt daher die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in künftige bilaterale Konsularabkommen.²¹⁶

212 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Bericht der Kommission über die Unionsbürgerschaft, KOM (93) 702 endg., 21.12.1993, S. 7, nicht veröffentlicht.

213 Ress/Stein, Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, S. 100; CARE Project, Consular and Diplomatic Protection: Legal framework in the EU Member States, 2010, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.careproject.eu/images/stories/ConsularAndDiplomaticProtection.pdf>, S. 12 f. und 594.

214 Ebd. S. 665.

215 Ebd. S. 13, 22.

216 Mitteilung der Kommission Konsularischer Schutz der EU-Bürger in Drittstaaten: Sachstand und Entwicklungsperspektiven vom 23.03.2011, KOM(2011) 149 endg. vom 12.03.2011, S. 10. Italien und Portugal haben in bilateralen Konsularabkommen, die nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht und damit die Aufnahme von Art. 20 und 23 AEUV (damals noch Art. 8 lit. c) EGV) geschlossen wurde, eine entsprechende Klausel zur Ausübung konsularischen Schutzes für nicht vertretene Unionsbürger aufgenommen. Eine Aufzählung dieser Verträge findet sich bei CARE Project, Consular and Diplomatic Protection: Legal framework in the EU Member States, 2010, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.careproject.eu/images/stories/ConsularAndDiplomaticProtection.pdf>, S. 593.

Art. 8 WÜK verlangt eine Notifikation und damit nach allgemeinem Verständnis eine amtliche Mitteilung einer völkerrechtlich erheblichen Tatsache.²¹⁷ Durch wen diese Notifikation durchzuführen ist, kann dem Wortlaut des Art. 8 WÜK nicht entnommen werden:

„Nach einer angemessenen Notifikation an den Empfangsstaat kann, sofern dieser keinen Einspruch erhebt, eine konsularische Vertretung des Entsendestaats im Empfangsstaat konsularische Aufgaben auch für einen dritten Staat wahrnehmen.“

Das Wort „angemessen“ dürfte keine Rückschlüsse auf den Absender der Notifikation zulassen. Seine Bedeutung dürfte dahingehend zu verstehen sein, dass die Notifikation derart rechtzeitig erfolgt, dass der Empfangsstaat das Einlegen eines Einspruchs vernünftig prüfen kann. Dies ergibt sich daraus, dass an anderen Stellen im WÜK und auch im WÜD, an denen das Wort angemessen verwendet wird, auf eine angemessene zeitliche Komponente abgestellt wird.²¹⁸

Zunächst dürfte der Absender dahingehend eingegrenzt werden können, dass es kein an der fraglichen Angelegenheit unbeteiligter Staat sein darf. Der Empfangsstaat muss und kann nicht annehmen, dass ein Drittstaat ihm eine potenziell bindende Mitteilung über eine ihn betreffende konsularische Beziehung mit einem anderen Staat überbringt. Es besteht aber auch nicht die Notwendigkeit, hohe Anforderungen an eine entsprechende Notifikation zu stellen. Es ist davon auszugehen, dass jeder Staat offizielle Mitteilungen eines anderen Staates mit großer Sorgfalt prüft. Ferner kann der Empfänger der Mitteilung Einspruch einlegen, der weder begründet werden muss noch sonstigen besonderen Voraussetzungen unterliegt.

Alle Staaten wurden 1993 vom Vorsitz des Rates der Europäischen Union über die Regelung des heutigen Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV informiert. Im Rat der Europäischen Union sind gemäß Art. 10 Abs. 2 Satz 2 AEUV alle EU-Mitgliedstaaten über ihre Regierung vertreten. Die dort getroffenen Entscheidungen sind für alle Mitgliedstaaten verbindlich. Der Vorsitz des Rates repräsentiert den Rat und die dort getroffenen Entscheidungen der Mitgliedstaaten nach außen. Die Europäische Union und insbesondere auch ihre rechtliche Konstruktion sollten mittlerweile allen Staaten bekannt sein. Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente daher dafür, dass eine Mitteilung durch den Staat, welcher zu diesem Zeitpunkt den Vorsitz des Rates der Europäischen Union ausübte und in dieser Funktion handelte, eine ausreichende Notifikation im Sinne des Art. 8 WÜK darstellt.

Einwände gegen die Wahrnehmung konsularischer Schutzaufgaben eines EU-Mitgliedstaates in Vertretung für einen anderen EU-Mitgliedstaat dürften in der Praxis aber wie bisher auch in Zukunft kaum zu erwarten sein. Beim konsularischen Schutz geht es um die Hilfe in einem individuellen Notfall, welche sich in der Regel nicht gegen den Empfangsstaat selbst richtet. Anders als beim diplomatischen Schutz dürfte daher in den meisten Fällen der Empfangsstaat keine Einwendungen gegen die Ausübung konsularischen Schutzes auch für Drittstaatsangehörige geltend machen. Insbesondere in Krisensituationen aber auch in Fällen

217 Zum Begriff siehe Bernhardt/*Dominick*, EPIL, Band 3, S. 697. Im Entwurf zum WÜK war zunächst eine förmliche Vereinbarung vorgesehen, letztlich wurde aber eine Notifikation als ausreichend angesehen, vgl. Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 117.

218 Ebd. S. 118.

sonstiger individueller Hilfsbedürftigkeit dürfte es der Empfangsstaat in der Regel sogar begrüßen, wenn ihm hier die Bereitstellung personeller und finanzieller Ressourcen abgenommen wird.

II. Rechtsfolgen

Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV regelt einen Anspruch auf konsularischen Schutz, welcher sich inhaltlich darauf beschränkt, wie der jeweilige EU-Mitgliedstaat nach seinem nationalen Recht konsularischen Schutz gewährt (hierzu unter 1). Dies hat zur Folge, dass in den Fällen, in denen ein Mitgliedstaat der Europäischen Union einen Anspruch auf konsularischen Schutz in seinem nationalen Recht geregelt hat, auch der deutsche Staatsangehörige, der sich zulässigerweise an die Auslandsvertretung²¹⁹ dieses Mitgliedstaates wendet, einen entsprechenden Anspruch auf konsularischen Schutz geltend machen kann (hierzu unter 2). Daneben treffen die Mitgliedstaaten noch Kooperations- und Mitteilungspflichten (hierzu unter 3).

1. Rechtsanspruch

Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV gewährt einen Rechtsanspruch auf konsularischen Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Vertretungen der anderen EU-Mitgliedstaaten.²²⁰ Hiernach ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, anderen Unionsbürgern unter denselben Bedingungen und in gleichem Umfang konsularischen Schutz zu gewähren wie den eigenen Staatsangehörigen. Der Rechtsanspruch auf konsularischen Schutz beschränkt sich mithin auf einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung.²²¹ Die Auslandsvertretungen der anderen EU-Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, in jedem Einzelfall konsularischen Schutz zu gewähren. Sie sind nur verpflichtet, dem hilfeschenden Unionsbürger in dem Umfang Schutz zu gewähren, wie sie ihn auch ihren eigenen Staatsangehörigen gewähren würden. Der konkrete Anspruchsinhalt ist also abhängig von den jeweiligen nationalen Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten zum konsularischen Schutz.

Dieser Rechtsanspruch ist unmittelbar anwendbar, bedarf also keiner weiteren Umsetzung in nationales Recht durch die Mitgliedstaaten.²²² Die dem Anspruch auf konsularischen Schutz

219 Auslandsvertretung meint Botschaften und Konsulate der EU-Mitgliedstaaten, vgl. § 7 Abs. 1 RL 2015/637. Honorarkonsularbeamte gewähren grundsätzlich nur Staatsangehörigen des Staates, für welchen sie als Honorarkonsularbeamte tätig sind, konsularischen Schutz. Sie wurden gemäß Art. 2 Abs. 2 RL 2015/637 ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen. Mitgliedstaaten können gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 RL 2015/637 aber die Anwendbarkeit der Richtlinie auch auf ihre Honorarkonsularbeamten beschließen und sind dann gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 RL 2015/637 zur Herstellung entsprechender Transparenz verpflichtet.

220 Mitteilung der Kommission Konsularischer Schutz der EU-Bürger in Drittstaaten: Sachstand und Entwicklungsperspektiven vom 23.03.2011, KOM(2011) 149 endgültig, S. 4.

221 Calliess/Ruffert/Kluth/Blanke, EUV/AEUV Kommentar, Art. 46 CRCh Rn. 3; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 4, S. 1508; Lenz/Borchardt/Schonard, EU-Verträge Kommentar, Art. 46 GRCh Rn. 5; Streinz/Magiera, EUV/AEUV Kommentar, Art. 23 Rn. 10.

222 Calliess/Ruffert/Kluth, EUV/AEUV Kommentar, Art. 23 Rn. 17; Heselhaus/Nowak/Bungenberg, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 48 Rn. 21; Szczekalla, EuR 1999, 325, 327 f.;

zugrunde liegenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind insbesondere auch durch geltendes Völkerrecht derart hinreichend bestimmt, dass sie einer unmittelbaren Anwendbarkeit nicht entgegenstehen. Dies ergibt sich insbesondere auch daraus, dass ein entsprechender Anspruch in Art. 46 GRCh geregelt ist.²²³ Hieran ändern auch Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AEUV nichts, welche Pflichten zur näheren Ausgestaltung des Rechts auf konsularischen Schutz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV bestimmen. Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 AEUV treffen die Mitgliedstaaten die zur Schutzgewährung notwendigen Vorkehrungen und leiten die hierfür erforderlichen internationalen Verhandlungen ein. Nach Art. 23 Abs. 2 AEUV kann der Rat nunmehr sogar nach Anhörung des Europäischen Parlaments Richtlinien zur Festlegung der notwendigen Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen erlassen, wovon er erstmalig am 20. April 2015 mit Erlass der RL 2015/637 Gebrauch gemacht hat. Diese beiden Bestimmungen dienen der Konkretisierung und wirksamen Umsetzung des Rechts auf konsularischen Schutz in der Praxis, indem sie insbesondere die Mitgliedstaaten zur Abstimmung untereinander verpflichten. Der Bestand des Rechts auf konsularischen Schutz als solcher wird von diesen beiden Konkretisierungsvorschriften nicht berührt.²²⁴

2. Inhalt des Rechtsanspruches

Auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AEUV wurden bereits mehrere Ansätze zur näheren Ausgestaltung des Rechts auf konsularischen Schutz unternommen. Am 1. Juli 1993 traten von den Mitgliedstaaten beschlossene „Leitlinien für den Schutz nichtrepräsentierter EG-Staatsangehöriger durch EG-Vertretungen in dritten Ländern“ in Kraft.²²⁵ Darauf folgte der Beschluss 95/553/EG der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 19. Dezember 1995 über den Schutz der Bürger der Europäischen Union durch die diplomatischen und konsularischen Vertretungen,²²⁶ welcher am 3. Mai 2002 in Kraft getreten ist.²²⁷ Ferner wurden Bestimmungen zur Ausarbeitung eines Rückkehrausweises²²⁸ vereinbart. Weiterhin wurden nicht verbindliche Leitlinien für den konsularischen Schutz von EU-Bürgern in Drittländern²²⁹ und Leitlinien der Europäischen Union für die Umsetzung des Konzepts des

Streinz/Magiera, EUV/AEUV Kommentar, Art. 23 Rn. 12. Andere Ansicht Busse, Europablätter 1999, S. 92 f.

223 Calliess/Ruffert/Kluth/Blanke, EUV/AEUV Kommentar, Art. 46 CRCh Rn. 2; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 4, S. 1511.

224 Streinz/Magiera, EUV/AEUV Kommentar, Art. 23 Rn. 12.

225 Die Leitlinien sind nicht veröffentlicht. KOM (93) 702 endg., S. 7, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0702&from=DE>.

226 Amtsblatt EG Nr. L 314 vom 28.12.1995, S. 73–76. Dieser Beschluss wird gemäß Art. 18 RL 2015/637 mit Wirkung zum 01.05.2018 aufgehoben, da sein Regelungsinhalt nunmehr in dieser Richtlinie aufgegangen ist.

227 EU-Kommission, Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Union 2002, Ziff. 513.

228 Beschluss 96/409/GASP der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25.06.1996 zur Ausarbeitung eines Rückkehrausweises, ABl. EG 1996 L 168/4.

229 Rat der Europäischen Union, Guidelines on Consular Protection of EU Citizens in Third Countries, Nr. 10109/06 vom 02.06.2006, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://www.careproject.eu/database/upload/EUeu10109/EUeu10109_en_Text.pdf.

federführenden Staates²³⁰ bei der konsularischen Zusammenarbeit ausgearbeitet.²³¹ Gestützt auf Art. 23 Abs. 2 AEUV hat die Kommission dem Rat Ende 2011 ferner einen Richtlinienvorschlag konsularischer Schutz unterbreitet,²³² welcher mit Ergänzungen am 20. April 2015 mit der RL 2015/637 verabschiedet wurde und gemäß Art. 20 RL 2015/637 am 14. Mai 2015 in Kraft getreten ist.²³³

Unter Zuhilfenahme dieser Beschlüsse wird im Folgenden zunächst dargelegt, wie in der Praxis derzeit die Rechtsfolge des konsularischen Schutzes durch jeden Mitgliedstaat verstanden wird (hierzu unter a) und in welchem Umfang der Schutz tatsächlich gewährt wird (hierzu unter b).

a) Schutz durch jeden Mitgliedstaat

Nach dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV genießt jeder Unionsbürger konsularischen Schutz eines jeden EU-Mitgliedstaates. Nicht selten wurden auf der Grundlage von Art. 4 Beschluss 95/553/EG sogenannte Vereinbarungen über die Lastenverteilung geschlossen, in denen EU-Mitgliedstaaten untereinander geregelt haben, welcher Mitgliedstaat für welche Staatsangehörige nicht vertretener Mitgliedstaaten konsularischen Schutz ausübt. Eine entsprechende Regelung enthält nunmehr Art. 7 Abs. 2 RL 2015/637.

Fraglich ist, ob diese Vereinbarungen mit Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV vereinbar sind.²³⁴ Diese Frage ist deshalb relevant, weil sich der durch die verschiedenen Mitgliedstaaten gewährte konsularische Schutz sowohl in der Theorie als auch in der Praxis erheblich unterscheiden kann. Ist nach einer solchen Lastenverteilungsvereinbarung zum Beispiel die konsularische Vertretung eines Mitgliedstaates zuständig, die in dem jeweiligen Fall keinen konsularischen Schutz vorsieht, wird der Unionsbürger durch diese Vereinbarung erheblich benachteiligt. Erschwerend kommt hinzu, dass diese Vereinbarungen in der Regel nicht ausreichend bekannt gegeben werden, so dass der hilfeschende Unionsbürger nicht weiß, an welche konsularische Vertretung er sich nach diesen Vereinbarungen wenden muss,²³⁵ und ihm hierdurch die Ausübung seines Rechtes aus Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV im Einzelfall erheblich erschwert werden kann.

230 Gemäß Art. 13 Abs. 3 RL 2015/637 ist der (oder die) federführende(n) Staat(en) im Krisenfall auch für die Koordinierung der Hilfe nicht vertretener Unionsbürger zuständig. Er wird hierbei von den anderen EU-Mitgliedstaaten, der Delegation der Union und dem Europäischen Auswärtigen Dienst unterstützt.

231 Rat der Europäischen Union, Nr. 16618/08 vom 01.12.2008, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2016618%202008%20INIT>.

232 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den konsularischen Schutz von Unionsbürgern im Ausland vom 14.12.2011, KOM(2011) 881 endgültig.

233 Die Richtlinie ist gemäß ihres Art. 17 Abs. 1 bis zum 01.05.2018 in nationales Recht umzusetzen.

234 Die Kommission meint hierzu: „Diese Vereinbarungen sind annehmbar, solange sichergestellt ist, dass die Interessen dieses Bürgers wirksam wahrgenommen werden.“, Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den konsularischen Schutz von Unionsbürgern im Ausland vom 14.12.2011, KOM(2011) 881 endgültig, S. 4.

235 Ebd.

Der Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV ist eindeutig. Hiernach genießt jeder Unionsbürger den konsularischen Schutz eines jeden Mitgliedstaates. Ferner ist zu beachten, dass gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Eine solche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit liegt aber gerade vor, wenn Ausübung und Umfang des konsularischen Schutzes von der Staatsangehörigkeit des Schutzsuchenden abhängen, weil eine bestehende Lastenverteilungsvereinbarung allein aufgrund der Staatsangehörigkeit den für die Schutzausübung zuständigen EU-Mitgliedstaat bestimmt. Anknüpfungspunkte für Unterschiede in der Schutzausübung sind vielfältig denkbar. So kann beispielsweise ein EU-Mitgliedstaat nach seinem nationalen Recht einen Anspruch auf konsularischen Schutz gewähren während in einem anderen Mitgliedstaat die Ausübung konsularischen Schutzes lediglich eine politische Ermessensentscheidung darstellt.

Solche Vereinbarungen über die Lastenverteilung können daher im Ergebnis nur Empfehlungen an den Schutz suchenden Unionsbürger darstellen, sich doch an die nach der Lastenverteilungsvereinbarung zuständige Auslandsvertretung zu wenden. Diese Empfehlung ist in der Praxis sinnvoll und dürfte im Regelfall auch Vorteile für den Einzelnen beinhalten, da die nach einer solchen Lastenverteilung zuständige Auslandsvertretung im besten Fall auf Hilfesuche von Staatsangehörigen der ihr zugeteilten Länder vorbereitet ist und daher schon entsprechende Informationen über Dolmetscher, Rechtsanwälte, Kontaktstellen und ähnliches gesammelt hat. Die nach der Lastenverteilung zuständige Auslandsvertretung wird die Hilfe daher oftmals besser und damit insbesondere schneller gewähren können. Wendet sich aber ein Unionsbürger an eine nach der jeweiligen Lastenverteilung nicht zuständige Auslandsvertretung, zum Beispiel weil er die Sprache dieser Auslandsvertretung beherrscht, darf sein auf konsularischen Schutz gerichtetes Begehren aufgrund der in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV garantierten Wahlfreiheit und dem in Art. 18 Abs. 1 AEUV verankerten Diskriminierungsverbot, welches als „Leitmotiv des Vertrages“ bezeichnet und vom EuGH als Auslegungsgrundsatz herangezogen wird,²³⁶ nicht mit dem Hinweis auf eine bestehende Lastenverteilungsvereinbarung zurückgewiesen werden.

Art. 7 Abs. 1 RL 2015/637 regelt ausdrücklich dieses Recht der freien Wahl. Dieses kann aber gemäß Art. 7 Abs. 2 Satz 1 RL 2015/637 auf zwei verschiedene Arten eingeschränkt werden. Zum einen kann sich ein Mitgliedstaat durch einen anderen Mitgliedstaat ständig vertreten lassen. Zum anderen sollen die Mitgliedstaaten auch weiterhin Vereinbarungen über die Lastenverteilung schließen können. Art. 7 Abs. 2 Satz 2 RL 2015/637 verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten die Kommission und den Europäischen Auswärtigen Dienst über den Abschluss entsprechender Vereinbarungen zu unterrichten, welche dann sowohl von der Europäischen Union als auch dem Mitgliedstaat zu veröffentlichen sind. Ferner hat gemäß Art. 7 Abs. 3 RL 2015/637 die Auslandsvertretung, an welche sich der Schutzsuchende mit der Bitte um Gewährung konsularischen Schutzes wendet, die Weiterleitung dieses Ersuchens an die nach der Lastenverteilungsvereinbarung zuständige Auslandsvertretung zu gewährleisten. In den

236 Calliess/Ruffert/*Epiney*, EUV/AEUV Kommentar, Art. 18 Rn. 1 m.w.N.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*von Bogdandy*, Recht der EU, Art. 18 Rn. 1.

Fällen, in denen ein solcher Verweis an eine andere Auslandsvertretungen zur einer Beeinträchtigung des Schutzanspruches führt, zum Beispiel weil die Angelegenheit dringlich ist, muss die zuerst ersuchte Auslandsvertretung nach Art. 7 Abs. 3 RL 2015/637 den konsularischen Schutz selbst gewähren.

Trotz der nunmehr aufgrund der Veröffentlichungspflicht gegebenen Möglichkeit jedes einzelnen Unionsbürgers, sich vor Auslandsaufenthalten angemessen über die konsularischen Zuständigkeiten zu informieren, und des ausdrücklichen Verbotes des Berufens auf eine Lastenverteilungsvereinbarung in Fällen einer daraus resultierenden Beeinträchtigung der Schutzgewährung ist nach dem zuvor Gesagtem fraglich, wie verbindlich diese Lastenverteilungsvereinbarungen auch nach Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2015/637 sein können und ob wirklich gewollt ist, dass sie dem hilfeschuchenden Unionsbürger auch gegen seinen Willen an eine andere als die von ihm gewählte Auslandsvertretung verweisen dürfen. Zweifel an einem entsprechenden Regelungswillen weckt auch die Wortwahl in Art. 7 Abs. 2 Satz 1 RL 2015/637, welcher von „praktischen“ Vereinbarungen spricht. Sobald ein Unionsbürger auf die Hilfe durch eine konkrete Auslandsvertretung besteht, dürfte dieser Wille aufgrund der in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV ausdrücklich geregelten Wahlfreiheit Vorrang vor einer geschlossenen Lastenverteilungsvereinbarung haben. In jedem Fall dürfte sie aber dann hinfällig werden, wenn sie einem Hilfeschuchenden Nachteile bringt oder auch nur zu bringen droht.

b) Umfang

Gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV genießt jeder Unionsbürger den konsularischen Schutz eines jeden Mitgliedstaates unter denselben Bedingungen wie Staatsangehörige dieses Mitgliedstaates. Der Umfang des konsularischen Schutzes wird mithin nicht durch Recht der Europäischen Union geregelt, sondern hängt von dem jeweiligen nationalen Recht des einzelnen Mitgliedstaates ab (hierzu unter (1)). Weiterhin wird der Umfang des konsularischen Schutzes durch die verabschiedeten Ausführungsbestimmungen insbesondere durch den Beschluss 95/553/EG und ab 1. Mai 2018 durch die Richtlinie 2015/637 begrenzt (hierzu unter (2)).

(1) Nationales Recht der Mitgliedstaaten

Ein Anspruch auf konsularischen Schutz im Einzelfall besteht nur, wenn ein solcher Anspruch im nationalen Recht des jeweiligen EU-Mitgliedstaates geregelt ist. Bulgarien, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Portugal, Rumänien und Ungarn haben in ihren Verfassungen Regelungen zum Schutz ihrer Staatsangehörigen im Ausland verankert, die von der jeweiligen nationalen Rechtsprechung und Literatur dahingehend verstanden werden, dass sie ein Recht auf

konsularischen Schutz enthalten.²³⁷ In Dänemark, Finnland, Griechenland, Italien, Schweden, der Slowakei und Slowenien wird von der jeweiligen nationalen Rechtsprechung und Literatur ein entsprechendes Recht auf konsularischen Schutz aus den übrigen nationalen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften entnommen.²³⁸

In der Praxis bestehen aber häufig aufgrund tatsächlicher Umstände doch Unterschiede in der Ausübung konsularischen Schutzes eines Mitgliedstaates zugunsten eigener und zugunsten fremder Staatsangehöriger. So bestehen zunächst sprachliche Probleme. Zudem dürfte die jeweilige Auslandsvertretung oftmals nicht über Informationen beispielsweise zu Übersetzern, Rechtsanwälten und Ärzten verfügen, welche die Sprache des Hilfesuchenden sprechen.²³⁹ Hierdurch dürfte im Einzelfall die konsularische Hilfe nicht unerheblich erschwert werden.

(2) Begrenzung der Ausführungsregelungen auf Notfälle

In Art. 5 Abs. 1 Beschluss 95/553/EG wird der von den Mitgliedstaaten für Unionsbürger auszuübende konsularische Schutz auf Notfälle beschränkt. So soll der Schutz nur gemäß lit. a) Hilfe bei Todesfällen, gemäß lit. b) Hilfe bei schweren Unfällen oder schwerer Erkrankung, gemäß lit. c) Hilfe bei Festnahme oder Haft, gemäß lit. d) Hilfe für Opfer von Gewaltverbrechen und gemäß lit. e) Hilfeleistungen für Unionsbürger in Not sowie ihrer Rückführung umfassen. Gemäß Art. 5 Abs. 2 Beschluss 95/553/EG können die Mitgliedstaaten darüber hinaus einem Unionsbürger auf dessen Ersuchen auch in anderen Fällen Hilfe gewähren. Dieses Element der Freiwilligkeit und damit Unverbindlichkeit widerspricht der Regelung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV, welche einen Anspruch auf konsularischen Schutz gewährt.²⁴⁰

Der Beschluss war bisher nicht Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung. Da er kein Sekundärrecht sondern eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Mitgliedstaaten darstellt, ist eine gerichtliche Kontrolle nur im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 258 ff. AEUV gegen alle Mitgliedstaaten oder im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV nicht aber im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 f. AEUV möglich.

Auch der neue Richtlinienvorschlag beschränkt den konsularischen Schutzanspruch auf Notfälle. In Art. 6 Abs. 2 Richtlinienvorschlag heißt es:

„Der konsularische Schutz nach Absatz 1 bezieht sich auf die Leistung von Hilfe, wenn ein Unionsbürger (a) festgenommen oder inhaftiert wurde,²⁴¹ (b) Opfer einer

237 CARE Project, Consular and Diplomatic Protection: Legal framework in the EU Member States, 2010, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.careproject.eu/images/stories/ConsularAndDiplomaticProtection.pdf>, S. 608 ff.

238 Ebd. S. 609 f.

239 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den konsularischen Schutz von Unionsbürgern im Ausland vom 14.12.2011, KOM(2011) 881 endgültig, S. 4.

240 So auch Heselhaus/Nowak/Bungenberg, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 48 Rn. 27; Ruffert, AdV 35 (1997), 459, 467.

241 Einzelheiten zum Vorgehen und den zu ergreifenden Maßnahmen in Art. 8 Richtlinienvorschlag konsularischer Schutz.

Straftat wurde,²⁴² (c) einen schweren Unfall erlitten hat oder schwer erkrankt ist,²⁴³ (d) gestorben ist,²⁴⁴ (e) in Notfällen unterstützt und rückgeführt werden muss sowie (f) einen Rückkehrausweis²⁴⁵ benötigt.“

Eine allgemeine Klausel, wonach die Mitgliedstaaten auch darüber hinaus konsularischen Schutz gewähren können, ist im Richtlinienvorschlag nicht mehr enthalten. Im Übrigen entspricht er aber bis auf einige sprachliche Abweichungen dem Regelungsinhalt des Art. 5 Abs. 2 Beschluss 95/553/EG, so dass er diesbezüglich ebenfalls eine unionsrechtswidrige Beschränkung des Rechts auf konsularischen Schutz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV darstellt.

Diesbezüglich schafft die neue Richtlinie 2015/637 Abhilfe. Art. 9 RL 2015/637 benennt zwar nach wie vor ausdrücklich die in Art. 6 Abs. 2 Richtlinienvorschlag enthaltenen Hilfefälle, stellt aber zugleich ausdrücklich klar, dass diese nur typische Beispielfälle der Hilfestellung darstellen und im Übrigen der Grundsatz der umfassenden Hilfestellung entsprechend den jeweiligen nationalen Regelungen der einzelnen EU-Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 1 RL 2015/627 gilt.²⁴⁶

Der Schwerpunkt der konsularischen Hilfe durch andere EU-Mitgliedstaaten lag in der Praxis bisher in der Hilfe in Katastrophenfällen und hierbei insbesondere in der Evakuierungshilfe.²⁴⁷ So haben zum Beispiel Österreich 2006 aus dem Libanon 143 Unionsbürger und Polen 2007 aus Georgien 71 Unionsbürger evakuiert.²⁴⁸ Zudem wurden insbesondere sogenannte Emergency Travel Documents an Unionsbürger ausgestellt, in Einzelfällen aber auch andere konsularische Hilfen erbracht.²⁴⁹

242 Einzelheiten zum Vorgehen und den zu ergreifenden Maßnahmen in Art. 9 Richtlinienvorschlag konsularischer Schutz.

243 Einzelheiten zum Vorgehen und den zu ergreifenden Maßnahmen in Art. 10 Richtlinienvorschlag konsularischer Schutz.

244 Einzelheiten zum Vorgehen und den zu ergreifenden Maßnahmen in Art. 11 Richtlinienvorschlag konsularischer Schutz.

245 Ein Rückkehrausweis ist ein Dokument, welches die Rückreise in den Heimatstaat ermöglicht, wenn die eigentlichen Ausweisdokumente nicht verfügbar sind, zum Beispiel weil sie gestohlen wurden. Gemäß dem Beschluss 96/409/GASP der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zur Ausarbeitung eines Rückkehrausweises, ABl. L 168 vom 16.7.1996, S. 4 ff. kann jeder Mitgliedstaat mit Zustimmung des Heimatstaates ein Rückkehrausweis ausstellen, wenn die Auslandsvertretung des Heimatstaates nicht vorhanden oder nicht erreichbar ist.

246 Siehe auch Erwägungsgrund Nr. 14 RL 2015/637: „Da der notwendige Schutz stets von den tatsächlichen Umständen abhängt, sollte der konsularische Schutz nicht auf die ausdrücklich in dieser Richtlinie genannten Situationen begrenzt werden.“

247 Die Bedeutung dieser Art der konsularischen Hilfe zeigt sich auch in der Aufnahme der Regelung des Art. 13 Abs. 2 Satz 2 in die neue Richtlinie 2015/637. Hiernach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, rechtzeitig über verfügbare Evakuierungskapazitäten zu informieren.

248 Eine Übersicht mit weiteren Fällen bis zum Jahr 2010 findet sich bei CARE Project, Consular and Diplomatic Protection: Legal framework in the EU Member States, 2010, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.careproject.eu/images/stories/ConsularAndDiplomaticProtection.pdf>, S. 599.

249 Ebd. S. 598.

3. Pflichten der Mitgliedstaaten zur Kooperation und Information

Zur Gewährleistung des Schutzes nicht vertretener Unionsbürger sind die Auslandsvertretungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemäß Art. 10 Abs. 1 RL 2015/637 zur Kooperation verpflichtet. Sie haben eng zusammenzuarbeiten und sich untereinander abzustimmen.

Jedes Ersuchen oder jede Notsituation eines nicht vertretenen Unionsbürgers, von dem beziehungsweise von der ein EU-Mitgliedstaat Kenntnis erlangt, ist gemäß Art. 10 Abs. 2 RL 2015/637 unverzüglich dem Außenministerium des Entsendestaates oder der zuständigen Auslandsvertretung zu melden. Abgesehen von Notsituationen hat der EU-Mitgliedstaat dem Entsendestaat alle ihm vorliegenden Informationen und hierbei insbesondere die Identität des Schutzsuchenden, die zu erwartenden Kosten der Schutzausübung und Informationen über eventuell ebenfalls schutzsuchende Familienmitglieder zu übermitteln. Der Entsendestaat kann auf der Grundlage dieser Informationen dann gemäß Art. 3 RL 2015/637 den Fall übernehmen und konsularischen Schutz aus der Ferne gewähren. Außerdem soll es dieser Informationsaustausch zwischen den EU-Mitgliedstaaten erleichtern, eine mögliche missbräuchliche Inanspruchnahme konsularischen Schutzes rechtzeitig zu erkennen und zu verhindern.²⁵⁰ Die zuständigen Kontaktstellen des jeweiligen Außenministeriums sind gemäß Art. 10 Abs. 4 RL 2015/637 dem Europäischen Auswärtigen Dienst mitzuteilen. Der Entsendestaat ist auch bei der Gewährung konsularischen Schutzes durch einen anderen EU-Mitgliedstaat nach Art. 10 Abs. 3 Satz 2 RL 2015/637 weiterhin dafür zuständig, die notwendigen Kontakte zum Beispiel zu Behörden oder Familienangehörigen herzustellen.

III. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach dem Recht der Europäischen Union dann ein Rechtsanspruch auf konsularischen Schutz eines Einzelnen gegen einen Mitgliedstaat der Europäischen Union existiert, wenn der Heimatstaat in dem jeweiligen Land, in dem der Schutzbedürftige des konsularischen Schutzes bedarf, nicht vertreten ist und der um konsularische Hilfe gebetene EU-Mitgliedsstaat nach seinem innerstaatlichen Recht seinen Staatsangehörigen einen entsprechenden Anspruch gewährt.

Die praktische Relevanz für deutsche Staatsangehörige ist deutlich geringer als die für Staatsangehöriger kleinerer Mitgliedstaaten der Europäischen Union, da die Bundesrepublik Deutschland in den meisten Ländern über Auslandsvertretungen verfügt.²⁵¹ Aber auch diese können im Einzelfall nicht erreichbar sein.

Gewährt ein Mitgliedstaat Unionsbürgern nicht oder nicht im gleichen Umfang konsularischen Schutz wie seinen eigenen Staatsangehörigen, steht dem Unionsbürger ein Schadensersatzanspruch gegen den das Unionsrecht verletzenden Mitgliedstaat zu.²⁵²

²⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 24 RL 2015/637.

²⁵¹ Die Bundesrepublik Deutschland verfügt derzeit über 227 Auslandsvertretungen und 337 tätige Honorarkonsuln, Homepage des Auswärtigen Amtes, zuletzt abgerufen am 01.09.2017 unter http://www.auswaertiges-amt.de/DE/AAmt/Auslandsvertretungen/Uebersicht_node.html.

²⁵² Heselhaus/Nowak/*Bungenberg*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 48 Rn. 31; Ruffert,

Abschnitt 4 Verfassungsrecht

Das internationale Recht regelt keine allgemeine Pflicht der Staaten zur Ausübung konsularischen Schutzes. Es steht aber auch nicht der Ausgestaltung einer solchen objektiven Pflicht beziehungsweise eines korrespondierenden subjektiven Rechts auf Gewährung konsularischen Schutzes im jeweiligen nationalen Recht entgegen.²⁵³

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt geurteilt, dass den Organen der Bundesrepublik Deutschland von Verfassungs wegen die Pflicht zum Schutz deutscher Staatsangehöriger und ihrer Interessen gegenüber fremden Staaten obliegt.²⁵⁴ Fraglich ist aber, ob diese Rechtsprechung nur den diplomatischen oder auch den konsularischen Schutz umfasst. Zwar erwähnt der Großteil der Urteile auch den beide Rechtsinstitute umfassenden Begriff des Auslandsschutzes,²⁵⁵ allerdings beschäftigen sich diese Entscheidungen vordergründig nicht mit Sachverhalten des konsularischen Schutzes. So geht es in den Urteilen darum, ob ein Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag die Beschwerdeführer in ihren Rechten verletze²⁵⁶ und ob die weitere Inhaftierung eines deutschen Staatsangehörigen völkerrechtswidrig sei²⁵⁷. Auch heißt es in den Urteilen „zum Schutz deutscher Staatsangehöriger und ihrer Interessen gegenüber fremden Staaten“. Der Schutz gegenüber fremden Staaten ist aber grundsätzlich dem Rechtsinstitut des diplomatischen Schutzes zuzuordnen. Im Ergebnis muss diese Frage aber nicht entschieden werden. Im Folgenden wird dargelegt, dass sich dem Grundgesetz keine allgemeine Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes entnehmen lässt. Eine solche Pflicht ist vielmehr nur gegeben, wenn sich im konkreten Einzelfall eine entsprechende staatliche Verpflichtung aus dem Grundgesetz herleiten lässt.

Als Rechtsgrundlage für eine staatliche Verpflichtung zur Ausübung konsularischen Schutzes werden Verfassungsgewohnheitsrecht (hierzu unter A), die staatsrechtliche Grundbeziehung zwischen den Staatsangehörigen und der Bundesrepublik Deutschland (hierzu unter B) und die grundrechtlichen Schutzpflichten (hierzu unter C) diskutiert.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen zu dieser Frage Stellung genommen. Hierbei hat es die rechtliche Grundlage, aus der sich die Schutzpflicht ergibt, nicht genannt, sondern ihre Existenz nur allgemein festgestellt.²⁵⁸

AVR 35 (1997), 459, 474. Zu den Voraussetzungen eines solchen Amtshaftungsanspruches der Mitgliedstaaten siehe zum Beispiel *Grabitz/Hilf/von Bogdandy*, Recht der EU, Art. 288 EGV Rn. 123 ff.

253 Dugard, First Report on Diplomatic Protection vom 07.03. und 20.04.2000, A/CN.4/506 and Add. 1, S. 211; Ipsen/*Heintze*, Völkerrecht, S. 521; Maunz/Dürig/*Randelzhofer*, GG Kommentar, Art. 16 Abs. 1 Rn. 37 und 60; Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 40 f.

254 BVerfGE 40, 141, 177; 55, 349, 364; 62, 11, 14. Eine Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG findet sich in Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 98 ff.

255 BVerfGE 55, 349, 364 und 367; 62, 11, 15 und 18.

256 BVerfGE 40, 141.

257 BVerfGE 55, 349; 62, 11.

258 BVerfGE 6, 290, 299; 36, 1, 31; 37, 217, 241; 40, 141, 177 f.; 55, 349, 364.

A. Verfassungsgewohnheitsrechtliche Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes

In der Literatur wird das Bestehen einer verfassungsgewohnheitsrechtlichen Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes diskutiert. Die Existenz von Verfassungsgewohnheitsrecht ist grundsätzlich möglich (hierzu unter I). Zwar enthielten die vergangenen deutschen Verfassungen Bestimmungen über den Auslandsschutz (hierzu unter II), eine verfassungsgewohnheitsrechtliche Schutzpflicht zum konsularischen Schutz lässt sich mit ihnen aber nicht begründen (hierzu unter III).

I. Verfassungsgewohnheitsrecht im Allgemeinen

Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Regelung zur Bildung oder Geltung von Verfassungsgewohnheitsrecht. Art. 123 Abs. 1 GG ordnet die Fortgeltung vorkonstitutionellen Rechts an, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht, und gilt nach allgemeiner Auffassung auch für vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht.²⁵⁹

Fraglich ist aber, ob Art. 123 Abs. 1 GG auch vorkonstitutionelles Verfassungsrecht und insbesondere auch Verfassungsgewohnheitsrecht erfasst. Für eine Fortgeltung spricht zunächst der Wortlaut des Art. 123 Abs. 1 GG,²⁶⁰ welcher allgemein bestimmt, dass dem Grundgesetz nicht widersprechendes vorkonstitutionelles Recht fortgilt. Art. 123 Abs. 1 GG erfasst also grundsätzlich jede Art von Recht.²⁶¹ Gegen eine Fortgeltung von Verfassungsrecht spricht, dass eine Verfassung die Grundlagen eines Staates bestimmt.²⁶² Neue Verfassungen werden in der Regel dann verabschiedet, wenn elementare Dinge wie der Staatsaufbau, die Aufgabenverteilung der Staatsorgane oder ähnliches neu geregelt werden sollen und daher gerade eine Abkehr von der bisherigen Verfassung erfolgen soll. In anderen, nicht grundsätzlichen Fragen werden bestehende Verfassungen einfach durch Änderung an aktuelle Entwicklungen angepasst. Eine neue Verfassung soll daher bewusst die Vorgängerverfassung und damit das gesamte Verfassungsrecht ersetzen.²⁶³ Zumeist enthalten Verfassungen auch entsprechende ausdrückliche Regelungen. So hebt Art. 178 Abs. 1 Verfassung von 1919 die Verfassung von 1871 ausdrücklich auf. Art. 140 GG bestimmt ausdrücklich, dass Art. 136, 137, 138, 139 und 141 Verfassung von 1919 Bestandteil des Grundgesetzes sind und damit fortgelten. Damit bringt das Grundgesetz im Umkehrschluss zum Ausdruck, dass die übrigen

259 BVerfGE 34, 293, 303; 41, 251, 263; 54, 224, 234; Maunz/Dürig/Giegerich, GG Kommentar, Art. 123 Rn. 20; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Sannwald, GG Kommentar, Art. 123 Rn. 2 und 7.

260 Art. 123 Abs. 1 GG hat folgenden Wortlaut: „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetze nicht widerspricht.“

261 Maunz/Dürig/Giegerich, GG Kommentar, Art. 123 Rn. 20.

262 So heißt es im Digitalen Wörterbuch der Deutschen Sprache: „grundlegendes Gesetz eines Staates, das die gesellschaftliche und staatliche Ordnung, die Rechte und Pflichten der Bürger, das System und die Funktionen der Staatsorgane festlegt und juristisch sichert“, zuletzt abgerufen am 01.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?qu=Verfassung>.

263 Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 430.

Artikel der Verfassung von 1919 nicht fortgelten sollen. So hat auch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt:

„Tritt eine Verfassung - legal oder revolutionär - außer Kraft, so verlieren damit alle Bestimmungen der Verfassungsurkunde jede Geltung“.²⁶⁴

Die besseren Argumente sprechen also grundsätzlich gegen eine Fortgeltung von Verfassungsrecht. Eine Ausnahme hiervon ist aber das Verfassungsgewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht ist durch eine langandauernde Übung mit einer damit verbundenen Überzeugung, dass diese Übung rechtmäßig ist und damit geltendem Recht entspricht, entstandenes Recht.²⁶⁵ Gewohnheitsrecht entsteht also durch Übung und nicht durch den Gesetzgeber. Ändert sich die Rechtslage, ist vielmehr entscheidend, ob die von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung getragene Übung fortbesteht. Gewohnheitsrecht ist zusammengefasst nur insoweit abhängig vom geltenden geschriebenen Recht, als das es ihm nicht widersprechen darf. Damit wäre auch eine Anordnung der Fortgeltung von Recht, wie sie in Art. 123 Abs. 1 GG erfolgt ist, für Gewohnheitsrecht nicht notwendig.²⁶⁶

Nach dem Grundgesetz sind die Geltung und die Bildung von Verfassungsgewohnheitsrecht damit nicht ausgeschlossen und werden daher auch von der herrschenden Meinung in der Literatur²⁶⁷ und der Rechtsprechung²⁶⁸ grundsätzlich anerkannt. Die Existenz von Verfassungsgewohnheitsrecht ist aber nur in engen Grenzen zulässig und in der Praxis nur in seltenen Fällen überhaupt denkbar.²⁶⁹

Gemäß Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG ist eine Änderung des Grundgesetzes nur durch eine ausdrückliche Änderung und Ergänzung des Wortlautes möglich. Damit kann sich zunächst kein Verfassungsgewohnheitsrecht bilden oder gebildet haben, welches mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist.²⁷⁰ Entsprechendes gilt gemäß Art. 123 Abs. 1 GG für die Fortgeltung von vorkonstitutionellem Gewohnheitsrecht, welches ebenfalls nicht dem Grundgesetz widersprechen darf.

Für Verfassungsgewohnheitsrecht bleibt damit nur dort Raum, wo es keine ausdrückliche Regelung im Grundgesetz gibt oder aber dort, wo eine grundgesetzliche Norm unvollständig oder auslegungsbedürftig ist.

264 BVerfGE 15, 167, 195.

265 Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 428. So auch BVerfGE 41, 251, 263.

266 Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 431.

267 Andere Ansicht ausführlich und mit guten Argumenten Tomuschat in seiner Habilitationsschrift Verfassungsgewohnheitsrecht?. Eine Quellenübersicht findet sich bei Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht? und hier insbesondere auf S. 145 Fn. 1.

268 So hat das BVerfG zum Beispiel entschieden: „Die clausula rebus sic stantibus ist ungeschriebener Bestandteil des Bundesverfassungsrechts.“, BVerfGE 34, 216, 231. Siehe auch BVerfGE 1, 213, 222 f.; 2, 144, 151.

269 Wolff umschreibt dies kurz und knapp mit den Worten: „theoretisch: ja – praktisch nein“, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 428.

270 Maunz/Dürig/Herdegen, GG Kommentar, Art. 79 Rn. 29.

II. Historische Regelungen

Vor Inkrafttreten des Grundgesetzes gab es mit der sogenannten Paulskirchenverfassung von 1849 (hierzu unter 1), der Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 und der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 (hierzu unter 2) sowie der sogenannten Weimarer Reichsverfassung von 1919 (hierzu unter 3) vier Verfassungen auf dem heutigen Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, welche Regelungen über den Auslandsschutz enthielten.

1. Verfassung von 1849

Die Verfassung von 1849 wurde von der Nationalversammlung ausgearbeitet, welche am 18. Mai 1848 zu ihrer konstituierenden Sitzung in der Frankfurter Paulskirche zusammengetreten war und sich aus 585 gewählten Abgeordneten zusammensetzte. § 189 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849 untergebracht im Abschnitt VI mit der Überschrift „Die Grundrechte des deutschen Volkes“ hatte folgenden Wortlaut:

„Jeder deutsche Staatsbürger in der Fremde steht unter dem Schutze des Reichs.“²⁷¹

Die sogenannte Paulskirchenverfassung kam insbesondere aufgrund der Ablehnung der dem preußischen König Friedrich Wilhelm IV durch die Nationalversammlung angetragenen Kaiserwürde und damit auch der Verfassung nie zur Anwendung,²⁷² so dass sich in Bezug auf diese Bestimmung – unabhängig von ihrem tatsächlichen Inhalt – keine Rechtspraxis und damit kein Gewohnheitsrecht herausarbeiten konnte.

2. Verfassungen von 1867 und 1871

Mit dem Inkrafttreten der Verfassung des Norddeutschen Bundes am 1. Juli 1867 wurde der Norddeutsche Bund²⁷³ als erster föderaler Staat auf dem heutigen Gebiet der Bundesrepublik Deutschland gegründet. 1870 traten dem Norddeutschen Bund die Großherzogtümer Baden und Hessen, das Königreich Bayern und das Königreich Württemberg bei und vereinbarten zugleich die Gründung des Deutschen Reichs. Am 4. Mai 1871 trat für das Deutsche Reich die Verfassung des Deutschen Reichs, auch als Bismarcksche Reichsverfassung bekannt, in Kraft, welche erst durch Art. 179 der Weimarer Reichsverfassung am 14. August 1919 aufgehoben wurde. Die Verfassungen von 1867 und 1871 sind sich sehr ähnlich, jeweils in ihrem Art. 3 Abs. 6 enthalten sie eine fast identische Regelung über den Auslandsschutz. So heißt es in Art. 3 Abs. 6 Verfassung des Norddeutschen Bundes:

271 Verfassung des deutschen Reiches, Reichs-Gesetz-Blatt, Nr. 16 vom 28.04.1849, S. 101, 134.

272 Kotulla, Deutsche Verfassungsgeschichte, Rn. 1741 ff. Zur Frage, ob die Verfassung von 1849 zumindest formell in Kraft getreten ist, Kotulla, Deutsche Verfassungsgeschichte, Rn. 742.

273 Ihm gehörten gemäß Art. 1 Verfassung des Norddeutschen Bundes die folgenden 22 Staaten an: „Preußen mit Lauenburg, Sachsen, Mecklenburg-Schwerin, Sachsen-Weimar, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Waldeck, Reuß älterer Linie, Reuß jüngerer Linie, Schaumburg-Lippe, Lippe, Lübeck, Bremen, Hamburg, und aus den nördlich vom Main belegenen Theilen des Großherzogthums Hessen.“

„Dem Auslande gegenüber haben alle Bundesangehörigen gleichmäßig Anspruch auf den Bundesschutz.“²⁷⁴

und in Art. 3 Abs. 6 Verfassung des Deutschen Reichs:

„Dem Auslande gegenüber haben alle Deutschen gleichmäßig Anspruch auf den Schutz des Reichs.“²⁷⁵

Die Bedeutung dieser Bestimmungen war umstritten. Die Mehrheit der Autoren der damaligen Zeit nahm eine Rechtspflicht des Reiches zur Ausübung von Auslandsschutz an. Ein entsprechender Individualanspruch wurde nur teilweise anerkannt, ohne sein Bestehen oder seinen Inhalt allerdings näher zu begründen.²⁷⁶ So sprechen auch mehrere Argumente dagegen, dass ein solcher Individualanspruch – trotz der Verwendung des Begriffes Anspruch im Verfassungstext – tatsächlich bestanden hat.

Zunächst wäre ein bestehender Individualanspruch prozessual nicht durchsetzbar gewesen, da diesbezüglich keine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches bestand und den Verwaltungsgerichten der Länder hierfür ebenfalls keine Zuständigkeit zugewiesen war.²⁷⁷ Zwar konnte der Einzelne einen Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung geltend machen und Ersatz für die aufgrund des unterlassenen Schutzes entstandenen Schäden verlangen. Allerdings wurde diese Möglichkeit mit Inkrafttreten des Gesetzes über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. Mai 1910²⁷⁸ eingeschränkt. Gemäß § 5 Ziffer 2 dieses Gesetzes war die Amtshaftung dann ausgeschlossen,

„soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer amtlichen Erklärung des Reichskanzlers politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat.“²⁷⁹

Eine Erklärung des Reichskanzlers konnte mithin die Entstehung des Schadensersatzanspruches verhindern.²⁸⁰

Richtig ist zwar, dass die Möglichkeit der Durchsetzbarkeit eines Anspruches zunächst nur bedingt Rückschlüsse darauf zulässt, ob es sich um einen objektiv- oder einen subjektiv-

274 Publikandum, die Verfassung des Norddeutschen Bundes betreffend, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes Band 1867, Nr. 1, S. 1 – 23.

275 Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs, Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1871, Nr. 16, S. 63, 65.

276 Eine Übersicht der damaligen Literaturmeinungen findet sich bei Doehring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 27 ff.; Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 476, 480 f.; Oberthür, Anspruch diplomatischer und konsularischer Schutz, S. 29 f. Eine Ausnahme war Pohl, Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, S. 256 ff., welcher einen Individualanspruch ablehnte.

277 Döhring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 30; Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 476, 480; Rudolf, Ausübung diplomatischen Schutzes, S. 62. „Ein wirklicher Anspruch auf Auslandsschutz steht dem Reichsangehörigen trotz der verfassungsrechtlichen Versicherung so lange nicht zu, als ihm nicht die ausschließliche Befugnis erteilt und rechtlich verbürgt ist, die staatlichen Organe im Einzelfall trotz ihres Widerstrebens zur Gewährung des Schutzes anzuhalten.“, Pohl Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, S. 257.

278 RGBl. 1910 S. 798.

279 Das Reichsgericht hat diesen Haftungsausschluss auch mit Art. 131 Verfassung von 1919 vereinbar erklärt, RGZ 102, 166, 172. Zum Wortlaut des Art. 131 Verfassung von 1919 siehe Fn. 298.

280 Rudolf, Ausübung diplomatischen Schutzes, S. 63.

rechtlichen Anspruch handelt.²⁸¹ Hat der Gesetzgeber keine Möglichkeiten zur Einklagbarkeit eines Anspruches geschaffen, ist aber mehr als fraglich, ob er wirklich ein subjektiv-öffentliches Recht gewähren wollte, da ohne Durchsetzungsmöglichkeit für den Betroffenen ein Unterschied und damit insbesondere eine Besserstellung gegenüber einem bloß objektiv-öffentlichen Recht nicht gegeben ist. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass sogar eine Möglichkeit geschaffen wurde, die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches aufgrund einer Amtspflichtverletzung auszuschließen. Es ist also davon auszugehen, dass auch die Verletzung des objektiv-rechtlichen Anspruchs auf konsularischen Schutz im Regelfall keine Haftung begründen sollte.

Weiterhin standen Art. 3 Abs. 6 Verfassungen von 1867 und 1871 in dem Abschnitt über die Bundes- beziehungsweise Reichsgesetzgebung. Einen Grundrechtskatalog wie die Paulskirchenverfassung enthielten beide Verfassungen nicht.

Auch ein systematischer Blick auf Art. 3 Abs. 1 Verfassungen von 1867 und 1871 unterstützt diese Annahme. Dieser enthielt folgende Regelung:

„Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Unterthan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Ämtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechtes und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in Betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes demselben gleich zu behandeln ist.“²⁸²

Die Stellung des Art. 3 Abs. 6 Verfassungen von 1867 und 1871 und der Zusammenhang insbesondere mit Art. 3 Abs. 1 Verfassungen von 1867 und 1871 sprechen dafür, dass Art. 3 Verfassungen von 1867 und 1871 lediglich betonen sollte, dass alle Bundes- beziehungsweise Reichsangehörigen gleich zu behandeln seien und dies nach Art. 3 Abs. 6 Verfassungen von 1867 und 1871 auch für die Gewährung von Auslandsschutz gelte. Die Betonung dieser Vorschrift soll daher nach einer Auffassung in der Literatur nicht auf dem Wort Anspruch, sondern auf dem Wort gleichmäßig gelegen haben.²⁸³ So äußerte sich Reichskanzler Bismarck, welcher maßgeblich an der Ausarbeitung dieser beiden Verfassungen beteiligt war, im Jahr 1872 wie folgt:

derjenige, der „das Vaterland verläßt, nicht zur Betreibung vorübergehender Geschäfte, sondern um dauernd seinen Aufenthalt im Ausland zu nehmen, - kein unbedingtes Recht auf Schutz“ hat; „ob ihm derselbe zu gewähren, ist eine Frage der Politik“.²⁸⁴

Nach dieser Äußerung bestand zumindest nach Auffassung Bismarcks jedenfalls kein Rechtsanspruch auf Auslandsschutz für die im Ausland lebenden Deutschen.²⁸⁵ Auch fanden

281 Oberthür, Anspruch diplomatischer und konsularischer Schutz, S. 30 m.w.N.

282 In der Verfassung von 1867 hieß es lediglich anstatt „Für ganz Deutschland“ „Für den ganzen Umfang des Bundesgebietes“, Pohl, Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, S. 257.

283 Ebd. S. 256 f.; weitere Nachweise in Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 476, 479 f.

284 Zitiert nach Doehring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 1.

285 Rudolf, Ausübung diplomatischen Schutzes, S. 62.

Art. 3 Abs. 6 Verfassungen von 1867 und 1871 sowie § 189 der Paulskirchenverfassung in der damaligen Rechtswissenschaft kaum Beachtung, so dass von einem geringen Interesse an diesen Bestimmungen auszugehen ist.²⁸⁶ Dieses geringe Interesse dürfte zumindest auch aus der praktischen Relevanz dieser beiden Bestimmungen folgen, was ebenfalls gegen einen Individualanspruch auf Auslandsschutz spricht.

Ferner deutet die Formulierung „Dem Ausland gegenüber“ auf den Schutz vor staatlichen Maßnahmen der Empfangsstaaten, das heißt auf den diplomatischen Schutz hin.²⁸⁷ Die konsularische Hilfe dürfte von dieser Bestimmung gar nicht erfasst gewesen sein. Unterstützt wird diese Auslegung durch die entsprechende Bestimmung in der Weimarer Verfassung, in dessen Art. 112 Abs. 2 die Begrenzung noch deutlicher wird.

3. Verfassung von 1919

Am 14. August 1919 trat die Verfassung des Deutschen Reichs, die sogenannte Weimarer Reichsverfassung, in Kraft. Art. 112 Abs. 2 Verfassung von 1919 enthielt die folgende Bestimmung:

„Dem Ausland gegenüber haben alle Reichsangehörigen inner- und außerhalb des Reichsgebiets Anspruch auf den Schutz des Reichs.“²⁸⁸

Auch in Bezug auf Art. 112 Abs. 2 Verfassung von 1919 war umstritten, ob diese Regelung ein subjektives Recht gewährt.²⁸⁹ Art. 112 Verfassung von 1919 befand sich im Zweiten Hauptteil mit dem Titel „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ und dort im Ersten Abschnitt mit dem Titel „Die Einzelperson“. Die Vorschrift über die Reichsangehörigkeit befand sich in Art. 110 Verfassung von 1919 und damit nicht in der gleichen Vorschrift wie die Regelung über den Auslandsschutz. Da auch das Wort gleichmäßig nicht mehr im Verfassungstext enthalten war und mit Art. 109 Abs. 1 Verfassung von 1919²⁹⁰ zudem eine allgemeine Vorschrift über die Gleichbehandlung geschaffen wurde, kann nicht wie bei den Verfassungen von 1867 und 1871 argumentiert werden, dass die Vorschrift nur die Gleichbehandlung aller Staatsangehörigen betonen, aber keine gesonderten Pflichten oder gar Ansprüche hinsichtlich des Auslandsschutzes gewähren sollte.²⁹¹

Allerdings sprechen andere Argumente gegen einen Individualanspruch auf konsularischen Schutz. Die Formulierung „dem Ausland gegenüber“ legt ebenso wie die Formulierungen in den Verfassungen von 1867 und 1871 den Schluss nahe, dass sich die Vorschrift nur auf Tätigkeiten des Auslands also der ausländischen öffentlichen Gewalt beziehen und damit ausschließlich

286 Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 467, 478 und 503.

287 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 192. So heißt es bei Pohl: „Die Schutzpflicht des Reiches greift stets Platz, wenn ein deutscher Reichsangehöriger durch einen fremden Staat völkerrechtswidrig verletzt worden ist.“, Pohl, Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, S. 257 f.

288 Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.08.1919, RGBl. 1919 S. 1383, 1405.

289 Vgl. Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 476, 482 f. m.w.N.

290 Art. 109 Abs. 1 Verfassung von 1919 hatte folgenden Wortlaut: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.“

291 Doehring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 32.

den diplomatischen Schutz, nicht aber den konsularischen Schutz regeln sollte.²⁹² Ebenso spricht hierfür, dass nach Art. 112 Satz 2 Verfassung von 1919 dieser Schutz auch innerhalb des Reichsgebietes gewährt wurde.²⁹³ Diese Bestimmung wurde im Hinblick auf die Ausübung fremder Hoheitsgewalt auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nach dem Ersten Weltkrieg eingefügt.²⁹⁴

Auch ein Vergleich mit der Regelung zur Sicherung der Lebensgrundlagen im Inland spricht gegen einen Individualanspruch auf konsularischen Schutz. So heißt es in Art. 163 Abs. 2 Verfassung von 1919:

„Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt. Das Nähere wird durch besondere Reichsgesetze bestimmt.“

Art. 163 Abs. 2 Satz 2 Verfassung von 1919 enthielt nach der herrschenden Meinung keinen Individualanspruch des Einzelnen auf angemessene Unterstützung in finanzieller Not.²⁹⁵ Die Gewährung von Hilfe in finanzieller Not ist ein wesentlicher Teil des konsularischen Schutzes. Wenn ein solcher Anspruch auf finanzielle Hilfe durch die Verfassung nicht einmal für das Inland gewährt wurde, ist nicht davon auszugehen, dass für Deutsche im Ausland ein solcher Anspruch bestand.

Die Gewährung von finanzieller Hilfe stand nach §§ 1 Satz 2 und 26 des Konsulargesetzes von 1867 zudem unter dem Vorbehalt der Gesetze und der erteilten Amtsinstruktionen. Dieser Vorbehalt wäre verfassungswidrig gewesen, wenn Art. 112 Satz 2 Verfassung von 1919 ein Anspruch auf konsularischen Schutz zu entnehmen gewesen wäre.

Auch die Unbestimmtheit des Art. 112 Abs. 2 Verfassung von 1919, welcher insbesondere weder Voraussetzungen noch inhaltliche Vorgaben zum Auslandsschutz enthält, und die Möglichkeit aus Gründen des Allgemeininteresses auf einen Schutz des Einzelnen verzichten zu dürfen, werden als Argumente gegen einen Individualanspruch angebracht.²⁹⁶

Ferner wird ähnlich wie bei den Verfassungen von 1867 und 1871 vorgetragen, dass einem Individualanspruch weiterhin eine fehlende gerichtliche Durchsetzbarkeit entgegenstehe. Dieses Argument wurde von Teilen der Literatur wiederum mit zwei Überlegungen abgelehnt:

292 Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 476, 487 ff.; Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 192.

293 Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 476, 488.

294 „Die Hervorhebung, daß der Schutz auch innerhalb des Reichsgebietes zu leisten ist, war notwendig im Hinblick auf die fremden Gewalten, die auf Grund des Friedensdiktats in Deutschland tätig sind.“, Anschütz, Verfassung von 1919, Art. 112 Rn. 2. Die Tätigkeit der fremden Gewalten bezog sich insbesondere auf die Besetzung des Rheinlandes durch die Alliierten von 1918 bis zum 30.06.1930. Artikel 428 des Vertrages von Versailles vom 28.06.1919 (RGBl. 1919, Nr. 140, S. 687) lautete: „Als Sicherheit für die Ausführung des vorliegenden Vertrages durch Deutschland werden die deutschen Gebiete westlich des Rheins einschließlich der Brückenköpfe durch die Truppen der alliierten und assoziierten Mächte während eines Zeitraumes von 15 Jahren besetzt, der mit dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Vertrages beginnt.“

295 Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 476, 488 f. m.w.N.

296 Doehring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 39 f.; Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 467, 489 ff.

zum einen lasse die Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit insbesondere in der damaligen Zeit nicht zwingend Rückschlüsse auf den Charakter einer Rechtes zu²⁹⁷ und zum anderen bestand ein nach Art. 131 Verfassung von 1919²⁹⁸ verfassungsrechtlich abgesicherter Schadensersatzanspruch gegen das Reich im Falle einer Amtspflichtverletzung durch einen Beamten nach § 1 Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten in Verbindung mit § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuches²⁹⁹. Dieser Schadensersatzanspruch war aber weiterhin gemäß § 5 Ziff. 2 Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten ausgeschlossen, wenn der Reichskanzler eine entsprechende Erklärung über das den politischen und internationalen Rücksichten entsprechende Verhalten des jeweiligen Beamten abgab.³⁰⁰ Dieser Ausschluss spricht ebenfalls dafür, dass es keinen Individualanspruch auf konsularischen Schutz gegeben hat, sondern vielmehr einen Anspruch auf Prüfung des Tätigwerdens unter Abwägung aller beteiligten Interessen und damit einen Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung. In diesem Sinne urteilte auch das Reichsgericht 1937:

„Ein solche amtliche Erklärung liegt zwar hier nicht vor; läge sie vor, so müßte schon daran die Schadensersatzklage nach der angeführten Entscheidung scheitern. Aber es liegt auf der Hand und es war der Grund für die angeführte Gesetzesvorschrift, daß über den Umfang des einem Deutschen im Auslande zu gewährenden Schutzes bei der Wahrnehmung seiner Belange und die dabei anzuwendenden Mittel das politische Ermessen zu entscheiden hat.“³⁰¹

Daher sei der Vorwurf der unterlassenen oder unzureichenden Ausübung von Auslandsschutz ein solcher

„den die Gerichte nicht nachprüfen können und auf den ein Schadensersatzanspruch nicht gestützt werden kann.“³⁰²

III. Keine gewohnheitsrechtliche Schutzpflicht

Eine verfassungsgewohnheitsrechtliche Pflicht zum Auslandsschutz besteht mangels Vorliegens einer aufgrund einer bestehenden Rechtsüberzeugung gegebenen entsprechenden Übung nicht. Die Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht sind nicht erfüllt. Zum einen besteht keine entsprechende verfassungsrechtliche Tradition und zum anderen kann das Schweigen des

297 So konnte der Beamte nur vermögensrechtliche Ansprüche gerichtlich geltend machen, obwohl er zugleich einen Anspruch auf Verbleib im Amt hatte, RGZ 104, 58, 62. Doehring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 35; Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 467, 504 f. m.w.N.

298 Art. 131 Verfassung von 1919 hatte folgenden Wortlaut: „Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.“

299 RGBl. 1896 S. 195.

300 Das Reichsgericht hat diesen Haftungsausschluss auch mit Art. 131 Verfassung von 1919 vereinbar erklärt, RGZ 102, 166, 172.

301 Urteil vom 22.06.1937, Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Band 91 (1937), 335, 339.

302 Ebd. Ebenso RGZ 117, 195, 202: „Was in dieser Hinsicht die Regierung tut oder nicht tut, liegt auf dem Gebiet der Ausübung von Hoheitsrechten und kann von den Gerichten weder auf seine Rechtmäßigkeit noch auf seine Zweckmäßigkeit nachgeprüft werden.“

Grundgesetzes nicht als Festhalten an einem entsprechenden bestehenden Zustand gewertet werden.

Die Verfassungen von 1849, 1867, 1871 und 1919 enthielten, wie soeben dargestellt, jeweils Regelungen zum Auslandsschutz. Diese Regelungen beinhalteten auch eine Pflicht des Staates zum Schutz, wenn diese auch nicht beziehungsweise nur eingeschränkt einklagbar war und unter verschiedenen Vorbehalten wie rechtlichen und politischen Erwägungen stand.

Allerdings bezogen sich die Regelungen der Verfassungen von 1867, 1871 und 1919 lediglich auf einen Teil des Auslandsschutzes, nämlich den diplomatischen Schutz. Von einer Verfassungstradition kann daher höchstens in Bezug auf den diplomatischen Schutz gesprochen werden.³⁰³ Die Verfassung von 1849 kam in der Praxis nie zu Anwendung, weshalb aus ihr auch keine verfassungsrechtliche Tradition abgeleitet werden kann, jedenfalls wäre eine solche Tradition aber durch die Folgeverfassungen überholt.

Selbst wenn man entgegen der obigen Argumentation von einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Tradition zum konsularischen Schutz ausginge, sprechen die besseren Argumente dafür, dass das Schweigen des Grundgesetzes nicht als Anknüpfung an die vorher geltende Rechtslage gesehen werden kann. Im Folgenden wird zunächst der Grund für das Fehlen einer Bestimmung über den Auslandsschutz dargelegt (hierzu unter 1) und im Anschluss erörtert, warum dieser Grund die Annahme von einer verfassungsgewohnheitsrechtlichen Fortgeltung der Bestimmungen über den Auslandsschutz nicht deckt (hierzu unter 2).

1. Schweigen des Grundgesetzes

Nach allgemeiner Auffassung geht das Fehlen einer den Auslandsschutz betreffenden Bestimmung im Grundgesetz auf die fehlende Souveränität der Bundesrepublik Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg zurück.³⁰⁴ Gemäß Ziffer 2 lit. c) des Besatzungsstatutes³⁰⁵ behielten sich die Besatzungsmächte die Zuständigkeit im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten ausdrücklich vor.³⁰⁶ Gemäß Ziffer 5 Satz 1 des Besatzungsstatutes bedurfte jede Änderung des Grundgesetzes vor ihrem Inkrafttreten ausdrücklich der Zustimmung der Besatzungsbehörden. Gemäß Art. 1 Abs. 2 des Vertrages über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten vom 23. Oktober 1954 erhält die Bundesrepublik Deutschland die volle Macht eines souveränen Staates über ihre inneren und

303 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 192; Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 109 f.

304 Rudolf, Ausübung diplomatischen Schutzes, S. 62.

305 Besatzungsstatut zur Abgrenzung der Befugnisse und Verantwortlichkeiten zwischen der zukünftigen deutschen Regierung und der Alliierten Kontrollbehörde vom 10.05.1949, Amtsblatt der Hohen Alliierten Kommission in Deutschland, Nr. 1, 23.09.1949, S. 13 ff.; Amtsblatt der Hohen Alliierten Kommission in Deutschland, Nr. 3, 03.11.1949, S. 32.

306 Ziffer 2 lit. c) des Besatzungsstatutes hatte folgenden Wortlaut: „Um die Erreichung der Grundziele der Besatzung sicherzustellen, wird die Zuständigkeit für die folgenden Gebiete, einschließlich des Rechts, von den Besatzungsbehörden benötigte Auskünfte und statistische Angaben anzufordern und deren Richtigkeit zu prüfen, ausdrücklich vorbehalten: [. . .] c) auswärtige Angelegenheiten einschließlich der von Deutschland oder in seinem Namen getroffenen internationalen Abkommen“.

äußeren Angelegenheiten,³⁰⁷ obwohl die Besatzungsmächte sich mehrere Vorbehalte und Vorrechte bis zur Wiedervereinigung und dem sogenannten Zwei-plus-Vier-Vertrag 1991 sicherten.

Zwar waren andere Bestimmungen in Bezug auf die auswärtigen Angelegenheiten wie zum Beispiel Art. 32 Abs. 1 GG über die Zuständigkeit des Bundes über die Pflege der auswärtigen Beziehungen und Art. 59 Abs. 1 Satz 1 GG über die völkerrechtliche Vertretung des Bundes durch den Bundespräsidenten³⁰⁸ von Anfang an im Grundgesetz enthalten. Da aber jede Bestimmung der Zustimmung der Besatzungsmächte bedurfte, wurde es für ratsam gehalten, die Anzahl der die auswärtigen Angelegenheiten betreffenden Bestimmungen zu begrenzen.³⁰⁹

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass aus dem Fehlen einer den Auslandsschutz betreffenden Norm im Grundgesetz nicht gefolgert werden kann, dass auf die Ausübung von Auslandsschutz unter dem Grundgesetz verzichtet werden sollte. Vielmehr wollte man aufgrund der politischen Brisanz eine entsprechende Regelung wohl zunächst nicht in das Grundgesetz aufnehmen.³¹⁰

2. Schweigen als Anknüpfung

Die herrschende Ansicht in der Literatur sieht das Schweigen des Grundgesetzes zu der Frage des Auslandsschutzes nicht als Unterbrechung der Verfassungstradition. Nach dieser Auffassung wurde eine entsprechende Bestimmung allein aufgrund der damaligen politischen Situation, welche insbesondere die Zustimmung der Besatzungsmächte zu jeder einzelnen Bestimmung des Grundgesetzes erforderte, nicht in das Grundgesetz aufgenommen.³¹¹ Diese Meinung geht – auch wenn sie teilweise ungenau und verallgemeinernd nur vom Schutzanspruch und vom Auslandsschutz spricht – nur vom diplomatischen Schutz nicht aber vom konsularischen Schutz aus.³¹² So dass diesbezüglich allenfalls eine Anknüpfung an vorkonstitutionelles Verfassungsrecht in Bezug auf den diplomatischen Schutz angenommen wird.

Aber auch diese Annahme ist fraglich. In der Bundesrepublik Deutschland gab es keine seit 1867 durchgehende Verfassungstradition. Die Verfassung von 1919 wurde zwar nicht

307 100(0) Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte im 20. Jahrhundert der Bayerischen Staatsbibliothek, zuletzt abgerufen am 01.09.2017 unter http://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0018_par&object=translation&st=&l=de.

308 Beide Normen entsprechen noch der Ursprungsfassung von 1949, BGBl. 1949 I S. 1.

309 Vergleich die Erläuterungen und Nachweise bei Doehring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 43 ff.

310 Ebd. S. 45.

311 Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 467, 510; ders., EPIL, Band 1, S. 1045, 1052; Oberthür, Anspruch auf diplomatischen und konsularischen Schutz, S. 9 f.; Maunz/Dürig/Randelzhofer, GG Kommentar, Art. 16 Abs. 1 Rn. 61 m.w.N.

312 Maunz/Dürig/Randelzhofer, GG Kommentar, Art. 16 Abs. 1 Rn. 60 f.; Für Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 467 ff. ergibt sich das zum Beispiel aus der Überschrift „Schutz gegenüber dem Ausland“ und aus einzelnen Formulierungen wie „Schutz gegenüber Rechtsverletzungen durch ausländische Staatsgewalt“ auf S. 519.

ausdrücklich aufgehoben, hatte aber seit 1933 formell keinen Verfassungsrang mehr.³¹³ Mit dem sogenannten Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 konnte die Reichsregierung von der Verfassung abweichende Gesetze erlassen.³¹⁴ Die Bindung geltenden Rechts an die Verfassung war nicht mehr gegeben. Die Verfassungstradition wurde mithin durch die Machtübernahme der NSDAP, den Zweiten Weltkrieg und die anschließende Besatzungszeit unterbrochen.³¹⁵ Dies schließt aber nicht aus, dass einzelne Regelungen dennoch eine durchgehende Geltung erfahren haben. Eine solche Fortgeltung muss aber für den Einzelfall nachgewiesen werden, da die Verfassung als solche eben nicht fortgalt.³¹⁶

Die Besatzung allein erklärt das Schweigen des Grundgesetzes nicht. Andere die auswärtige Gewalt betreffende Bestimmungen wie zum Beispiel Art. 32 Abs. 1 GG wurden aufgenommen, obwohl ihnen aufgrund der fehlenden Kompetenz der Bundesrepublik Deutschland in dem Bereich der Auswärtigen Angelegenheiten mit Inkrafttreten des Grundgesetzes zunächst keine Bedeutung zukam.³¹⁷ Es wurde vom Parlamentarischen Rat nicht einmal ein Entwurf einer Vorschrift über den Auslandsschutz diskutiert und den Besatzungsmächten zur Genehmigung vorgelegt.

Zu beachten ist ferner der lange Zeitraum seit Beendigung der Besatzung in der Bundesrepublik Deutschland. Bereits 1955 mit den Pariser Verträgen erhielt die Bundesrepublik Deutschland zumindest teilweise die innere und äußere Souveränität zurück. Dann hätte die Bundesrepublik Deutschland in Abstimmung mit den Besatzungsmächten spätestens mit der Ratifikation des WÜD 1964 und des WÜK 1969 eine entsprechende Bestimmung aufnehmen und diese mit einem Hinweis auf diese Ratifikationen auch begründen können. Auch seit Erhalt der uneingeschränkten Souveränität mit der Wiedervereinigung 1991, welche mittlerweile mehr als ein Vierteljahrhundert zurückliegt, wurde eine entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen, obwohl der Gesetzgeber Grundgesetzänderungen an sich nicht scheut.³¹⁸

3. Ergebnis

Dem Verfassungsgewohnheitsrecht lässt sich keine Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes zugunsten deutscher Staatsangehöriger entnehmen.

313 BVerfGE 2, 237, 248 f.

314 Art. 1 und 2 Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, RGBl. 1933 I S. 141. Dieses Gesetz sollte zunächst für vier Jahre gelten, wurde aber immer wieder zuletzt durch den Erlaß des Führers über die Regierungsgesetzgebung vom 10.05.1943 (RGBl. 1943 I S. 295) auf unbestimmte Zeit verlängert.

315 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 191; Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht?, S. 82 f.; Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 439 f.

316 So prüft das BVerfG, ob die Eigentumsgarantie des Art. 153 Verfassung von 1919 bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes galt, BVerfGE 2, 237, 248 ff. Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht?, S. 82 f.

317 So auch Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 108.

318 Bisher gab es 62 Grundgesetzänderungen, siehe die Übersicht bei wikipedia, zuletzt abgerufen am 01.09.2017 unter http://de.wikipedia.org/wiki/Grundgesetz#C3.84nderungen_des_Grundgesetzes_.C3.Bcr_die_Bundesrepublik_Deutschland.

B. Konsularische Schutzpflicht aus der Staatsangehörigkeit

Teilweise wird vertreten, dass sich ein Recht auf konsularischen Schutz direkt aus dem Verhältnis des Staates zu seinen Staatsangehörigen ergebe. Dabei wird diese Schutzpflicht qua Staatsangehörigkeit entweder bei Art. 16 GG (hierzu unter I) oder bei einem allgemeinen, sich aus dem Grundgesetz ergebenden Schutz- und Treueverhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und ihren Staatsangehörigen (hierzu unter II) verortet.

I. Art. 16 GG

In der Literatur wird vereinzelt Art. 16 GG eine Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes entnommen. Begründet wird dies insbesondere damit, dass die Verweigerung konsularischen Schutzes in ihrer Wirkung einem Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit sowie einer Auslieferung an das Ausland gleichkomme.³¹⁹

Diese Ansicht ist abzulehnen. Sowohl Art. 16 Abs. 1 GG als auch Art. 16 Abs. 2 GG lässt sich keine Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes zugunsten eines Einzelnen entnehmen. Gemäß Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG darf die deutsche Staatsangehörigkeit nicht entzogen werden. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG verbietet vorbehaltlich der Ausnahmen nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG die Auslieferung eines Deutschen an das Ausland. Ein weitergehender Regelungsinhalt ist diesen Bestimmungen allein schon aufgrund ihres ausdrücklichen Wortlautes nicht zu entnehmen.³²⁰

Die Verweigerung konsularischen Schutzes kommt auch deshalb keinem Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit oder einer Auslieferung an das Ausland gleich, weil der Betroffene sich gegen diese Verweigerung vor den Gerichten der Bundesrepublik Deutschland wehren und eine Verletzung sowohl einfachen als auch Verfassungsrechtes geltend machen kann.³²¹

II. Schutz- und Treueverhältnis

Teilweise wird eine Pflicht zum konsularischen Schutz auch aus einem Schutz- und Treueverhältnis abgeleitet, welches zwischen der Bundesrepublik Deutschland und ihren Staatsangehörigen bestehen solle.³²² Gestützt wird diese Auffassung auch auf eine

319 *Hailbronner/Renner/Maaßen*, Staatsangehörigkeitsrecht, Art. 16 Abs. 1 GG Rn. 31; *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 111 Rn. 123; Weitere Nachweise in *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 16 Rn. 7 und *Kokew*, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 110 f. Die Vertreter dieser Auffassung dürften überwiegend den diplomatischen Schutz im Auge haben, vgl. zum Beispiel *Dreier/Wittreck*, GG Kommentar, 3. Auflage, Art. 16 Rn. 60.

320 *Dreier/Lübbe-Wolff*, GG Kommentar, Art. 16 Rn. 52 f.; *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 16 Rn. 7; *Kokew*, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 112 ff.; *Kötter/Nolte*, DÖV 2007, 186, 192.

321 So ist auch für die Vertreter der Auffassung, dass Art. 16 GG einen Anspruch auf Auslandsschutz gewähre, nicht ersichtlich, in welchen Fällen sich tatsächlich ein subjektiver Anspruch auf Tätigwerden ergeben soll, insbesondere da ja die verletzten Einzelgrundrechte den entsprechenden Schutz bereits gewähren, vgl. *Dreier/Wittreck*, GG Kommentar, 3. Auflage, Art. 16 Rn. 60.

322 *Kokew*, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 154 ff.; *Oberthür*, Anspruch auf diplomatischen und konsularischen Schutz, S. 11 und 13; *Stern*, Staatsrecht I, S. 258 f.; *Treviranus*, DÖV 1979, 35, 38.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der es scheinbar entsprechendes geurteilt habe:

„Unmittelbar aus der Grundbeziehung der Staatsangehörigkeit erwächst ferner der nur den Deutschen zustehende Anspruch auf Schutz seitens der Bundesrepublik gegenüber dem Ausland, besonders auf diplomatischen Schutz und konsularische Betreuung durch die deutschen Auslandsvertretungen.“³²³

Diese Ansicht ist abzulehnen. Es gibt keine Belege und auch keine Gründe für die Existenz eines ungeschriebenen Schutz- und Treueverhältnisses im allgemeinen und auch im besonderen keines, aus dem sich individuelle Rechte und Pflichten ableiten lassen.³²⁴ Die Pflichten zwischen der Bundesrepublik Deutschland und ihren Staatsangehörigen lassen sich dem Grundgesetz sowie dem einfachen Gesetzesrecht entnehmen. Möchte der Staat seinen Staatsangehörigen weitere Pflichten auferlegen, ist er hierzu jederzeit mittels entsprechender Gesetzesänderungen befugt.

So ist zum Beispiel die Wahl zwischen der Wehrpflicht und einer Freiwilligenarmee „eine grundlegende staatspolitische Entscheidung“,³²⁵ welche der Gesetzgeber jederzeit treffen kann und dies auch sowohl in der Vergangenheit als auch in der Gegenwart getan hat.³²⁶ Auch die Geltung der Wehrpflicht bei Aufenthalt des Wehrpflichtigen im Ausland lässt sich nicht mit dem Schutz- und Treueverhältnis begründen, sondern schlicht damit, dass deutsches Recht es kraft Völkerrechtes auch vermag, die Rechtsverhältnisse eines Staates zu seinem Staatsangehörigen unabhängig von deren Aufenthalt im Inland zu regeln.³²⁷

Vieles spricht daher auch dafür, dass die Idee des Schutz- und Treueverhältnisses das internationale Prinzip der Personalhoheit in das deutsche Verfassungsrecht übertragen will, obwohl es hierfür weder Anhaltspunkte im Verfassungsrecht noch eine Notwendigkeit gibt. Insbesondere lässt sich nicht begründen, warum sich aus diesem ungeschriebenen

323 BVerfGE 37, 217, 241.

324 So findet sich auch kaum wissenschaftliche Literatur zu dieser Frage und wenn, ist sie eher älteren Datums, vgl. Grawert, Staat und Staatsangehörigkeit, S. 112 f. Selbst wenn man von der Existenz eines entsprechenden Schutz- und Treueverhältnisses ausginge, lassen sich aus diesem Rechtsverhältnis keine über das geschriebene Verfassungsrecht hinausgehenden Rechte oder Pflichten ableiten. So auch Kokew, der von der Existenz eines sich aus dem Rechtsinstitut der Staatsangehörigkeit ergebenden Schutz- und Treueverhältnisses ausgeht: „Gegenstand von deutschen Verfassungsurkunden waren und sind aber die aus dem Schutz-Treue-Verhältnis resultierenden gegenseitigen Rechte und Pflichten.“, Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 168. Wenn sich aus dem Schutz- und Treueverhältnis aber keine über das Verfassungsrecht hinausgehenden Rechte und Pflichten ableiten lassen, stellt sich die Frage der Sinnhaftigkeit seiner Existenz. Sehr merkwürdig ist auch, dass nach Kokew die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sein soll, die sich aber aus dem ungeschriebenen Schutz- und Treueverhältnis ergebenden Schutzpflichten auch uneingeschränkt im Ausland Anwendung finden sollen. Zumal die Schutzpflichten der Grundrechte nur Konkretisierungen der allgemeinen Schutz- und Treuepflicht sein sollen. Die einzige nicht konkretisierte Schutzpflicht solle nun nach Kokew der Schutz Deutscher im Ausland sein, vgl. Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 170.

325 BVerfGE 48, 127, 160.

326 Art. 137 Abs. 7 Paulskirchenverfassung von 1849, Art. 57 Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 und die Verfassung des Deutschen Reichs 1871 sowie Art. 133 Satz 2 Verfassung von 1919. Zur Verfassungsgeschichte der Wehrpflicht Dreier/*Heun*, GG Kommentar, 3. Auflage, Art. 12a Rn. 1 ff. m.w.N.; Friauf/Höfling/*Krieger*, Berliner Kommentar zum GG, Art. 12a Rn. 1 ff.

327 Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, § 5 Rn. 78. Seidl-Hohenveldern/*Oehler*, Lexikon Völkerrecht, S. 306.

Verfassungsprinzip ein Recht auf konsularischen Schutz ergeben soll, wenn sich weder dem geschriebenen Verfassungsrecht noch dem Verfassungsgewohnheitsrecht ein solches Recht entnehmen lässt.

Auch die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dürfte nicht dahingehend zu verstehen sein, dass sie die Existenz eines ungeschriebenen Verfassungsgrundsatzes in Form eines Schutz- und Treueverhältnisses zwischen der Bundesrepublik Deutschland und ihren Staatsangehörigen beschreibt. Vielmehr dürfte sie sich auf das völkerrechtliche Prinzip der Personalhoheit beziehen, wonach Auslandsschutz grundsätzlich nur gegenüber den eigenen Staatsangehörigen ausgeübt werden kann. Dies dürfte umso mehr gelten, als die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vor der Anerkennung der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht ergangen ist.³²⁸ Genau diese Schutzfunktion erklärt aber im Einzelfall die Existenz eines Rechtes und eben sogar eines Anspruches auf konsularischen Schutz.³²⁹ Zumal sich eine vergleichbare Formulierung eines generellen Anspruchs auf konsularischen Schutz gestützt auf einen sich aus der Staatsangehörigkeit ergebenden Grundsatz in der späteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr findet.³³⁰

C. Schutzpflichten der Grundrechte

Der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte (hierzu unter I), welche die staatliche Gewalt auch im Ausland bindet (hierzu unter II), lässt sich im Einzelfall eine Pflicht des Staates auf Gewährung konsularischen Schutzes entnehmen (hierzu unter III), welche mit einem subjektiven Anspruch des Einzelnen auf Ausübung konsularischen Schutzes korrespondiert (hierzu unter IV). Ein darüber hinausgehendes allgemeines subjektives Recht des Einzelnen auf Ausübung konsularischen Schutzes lässt sich aber auch aus der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte nicht ableiten.

I. Begriff der Schutzpflicht

Die Grundrechte des Grundgesetzes enthalten nicht nur eine Abwehrfunktion gegen Beeinträchtigungen durch staatliche Eingriffe sondern auch eine Schutzpflichtenfunktion gegenüber Beeinträchtigungen durch Dritte insbesondere Private.³³¹ Dem Staat obliegt die positive Verpflichtung mit Hilfe der Legislative, Exekutive und Judikative, die Grundrechtsträger vor Eingriffen in ihre Grundrechte zu schützen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Schutzpflichtenfunktion erstmals im sogenannten Abtreibungsurteil erwähnt. Hierin heißt es

³²⁸ BVerfGE 39, 1, 42.

³²⁹ Siehe hierzu sogleich unter C.

³³⁰ In späteren Entscheidungen formuliert das BVerfG nur allgemein, dass sich von Verfassungs wegen eine Pflicht zum Schutz deutscher Staatsangehöriger ergebe, vgl. BVerfGE 40, 141, 177; 55, 349, 364; 62, 11, 14. So auch Dreier/*Lübbe-Wolff*, GG Kommentar, Art. 16 Rn. 55.

³³¹ Dreier/*Dreier*, GG Kommentar, 3. Auflage, Vorbemerkung vor Art. 1 Rn. 101 ff.; Eine umfassende Untersuchung des Themas Schutzpflichten erfolgte durch Szczekalla, Grundrechtliche Schutzpflichten.

bezogen auf die sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ergebene Pflicht zum Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens:

„Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren.“³³²

Inzwischen ist die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte Teil der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³³³ und auch in der wissenschaftlichen Literatur einhellig anerkannt.³³⁴

II. Geltung der Grundrechte im Ausland

Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte die staatliche Gewalt. Diese Grundrechtsbindung gilt auch für Tätigkeiten der Exekutive mit Auslandsbezug und damit insbesondere auch für die Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland.³³⁵ Die Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte ist nicht territorial beschränkt und knüpft damit nicht an das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland an. Die Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte gilt grundsätzlich für alle staatlichen Organe, unabhängig davon, wo ihre Tätigkeit im Einzelfall ihre Wirkungen entfaltet.³³⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu bereits 1957 entschieden:

„die Grundrechte binden die deutsche öffentliche Gewalt auch, soweit Wirkungen ihrer Betätigung im Ausland eintreten.“³³⁷

und diese Auffassung in ständiger Rechtsprechung bestätigt.³³⁸

Bei einem Tätigwerden im Ausland ist die Bundesrepublik Deutschland aber sowohl an geltendes Völkerrecht als auch aufgrund der Grundsätze der Gebietshoheit und der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates an das innerstaatliche Recht des jeweiligen Staates gebunden.

Bezogen auf die abwehrrrechtliche Funktion der Grundrechte ergeben sich daher keine Abweichungen gegenüber reinen Inlandssachverhalten. Eingriffe in Grundrechte durch staatliche Gewalt sind gleichermaßen rechtswidrig, egal ob sich die Wirkungen der Handlungen nur im Inland oder auch im Ausland zeigen.

332 BVerfGE 39, 1, 42.

333 Eine Übersicht über die Rechtsprechung des BVerfG zum Thema Schutzpflichten bezogen auf die einzelnen Grundrechte findet sich bei Szczekalla, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 103 ff., 123 ff.

334 Statt vieler Stern, DÖV 2010, 241, 243 ff.; Klein, NJW 1989, 1633. Zur dogmatischen Herleitung der Schutzpflichtenfunktion: Dietlein, Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 34 ff.; Klein, DVBl. 1994, 489 ff.

335 Bleckmann, GG und Völkerrecht, S. 241; Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 1 Rn. 44.

336 Heintzen, Auswärtige Beziehungen privater Verbände, S. 138 f.; Maunz/Dürig/Herdegen, GG Kommentar, Art. 1 Abs. 3 Rn. 71.

337 BVerfGE 6, 290, 295.

338 BVerfGE 31, 58, 72 ff.; 36, 1, 31 f.; 57, 9, 23.

Die Ausübung staatlicher Schutzpflichten wird allerdings durch das innerstaatliche Recht des Empfangsstaates und des Verbotes der Ausübung hoheitlicher Gewalt in einem anderen Staat beschränkt.³³⁹ Eine Ansicht in der Literatur will wohl aus diesen Gründen die Bindung der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug auf die abwehrrrechtliche Funktion der Grundrechte beschränken.³⁴⁰ Demnach solle insbesondere auch die staatliche Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sein.

Diese Ansicht ist abzulehnen. Anhaltspunkte für eine solche Beschränkung finden sich nicht im Grundgesetz. Weder gibt der Wortlaut sowohl des Art. 1 Abs. 3 GG als auch der einzelnen Grundrechte eine entsprechende Beschränkung her, noch ist sie erforderlich. Hat die Bundesrepublik Deutschland die Möglichkeit, ihre Staatsangehörigen vor Grundrechtseingriffen im Ausland zu schützen und stehen dem keine gegenläufigen zu berücksichtigenden Rechte oder Interessen gegenüber, ist sie zum Ergreifen der entsprechenden Maßnahmen verpflichtet. Zeigen ihre Maßnahmen nicht den erwünschten Erfolg, zum Beispiel weil die Behörden des Empfangsstaates ihn verhindern, so hat die Bundesrepublik Deutschland das ihr Mögliche getan und ihre Schutzpflicht ausgeübt. Sind die Eingriffe in die Grundrechte so schwerwiegend, dass auch geltendes Völkerrecht durch den Empfangsstaat verletzt wird, verbleiben der Bundesrepublik Deutschland noch die Möglichkeiten des diplomatischen Schutzes und gegebenenfalls die Befassung internationaler Beschwerde- und Streitbeilegungsmechanismen.

Die staatliche Gewalt ist an die Grundrechte gebunden. Diese Bindung umfasst auch die Schutzpflichten und ist nicht auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt.³⁴¹ Haben die Handlungen der staatlichen Organe Wirkungen im Ausland, sind nur die sich aus dem zwischenstaatlichen Recht ergebenden Schranken zu berücksichtigen. Die Ausübung der Schutzpflichten wird also durch das nach dem Völkerrecht Zulässige und das im Einzelfall unter Abwägung der Interessen des Individuums mit den Interessen der Bundesrepublik Deutschland als Ganzes Zumutbare begrenzt.³⁴² Dies hat insbesondere zur Folge, dass die Ausübung staatlicher Schutzpflichten grundsätzlich nur zugunsten deutscher Staatsangehöriger erfolgen darf, da diplomatischer und konsularischer Schutz nach dem Völkerrecht nur zugunsten der eigenen Staatsangehörigen ausgeübt werden können.³⁴³

339 Siehe hierzu unter Abschnitt 2 A.

340 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 190 f.; Treviranus, DÖV 1979, 35, 37 f.

341 Klein, DÖV 1977, 704, 706 ff. und DÖV 1979, 39, 40; Maunz/Dürig/*Deppenheuer*, GG Kommentar, Art. 87a Rn. 110. So auch VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 46 (zitiert nach juris). Eine eindeutige Auffassung der Rechtsprechung zu dieser Frage liegt bisher nicht vor, vgl. Kokew, *Auslandsschutz bei Entführungen*, S. 134 ff.

342 Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG Kommentar, Art. 1 Abs. 3 Rn. 75. So auch Kokew, *Auslandsschutz bei Entführungen*, S. 148 ff., der aus Art. 25 Satz 1 GG eine „verfassungsimmanente Begrenzung der grundrechtlichen Schutzpflichten im Ausland“ herleitet.

343 Heintzen, *Auswärtige Beziehungen privater Verbände*, S. 138 f. Ausnahmen sind die Ausübung konsularischen Schutzes zugunsten von Unionsbürgern (siehe hierzu Abschnitt 3 B.). Daneben ist es jedem Staat überlassen, zu versuchen auch zugunsten Dritter wie Familienangehöriger, Staatenloser und Flüchtlinge Schutz auszuüben, allerdings muss er mit einer Zurückweisung seines Vorbringens durch den Empfangsstaat rechnen.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die sich aus Art. 1 Abs. 3 GG ergebende Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug bezogen auf die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte uneingeschränkt gilt, die Schutzfunktion der Grundrechte aber durch das rechtlich Zulässige und das tatsächlich Mögliche insbesondere unter Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit begrenzt ist.

III. Schutzpflichten als objektive staatliche Handlungspflichten

Die Schutzpflichten der Grundrechte begründen für die staatliche Gewalt die Pflicht zum Schutz des jeweiligen Grundrechts und damit eine objektive Pflicht zum Tätigwerden. Hinsichtlich der Frage, wie die staatliche Gewalt dieser Pflicht nachkommt, besteht ein weiter Interpretations- und Gestaltungsspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist:³⁴⁴

„Dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt kommt bei der Erfüllung dieser Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum läßt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen. Diese weite Gestaltungsfreiheit kann von den Gerichten je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden . . . Der mit einer solchen Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch ist im Blick auf diese Gestaltungsfreiheit nur darauf gerichtet, daß die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutze des Grundrechts trifft, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind.“³⁴⁵

Dieser Ermessensspielraum gilt bezüglich der Verwirklichung aller grundrechtlichen Schutzpflichten auch bezogen auf die Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens.³⁴⁶ Je höherrangiger das Rechtsgut, desto sorgfältiger sind die Voraussetzungen und Grenzen dieser Spielräume zu prüfen.³⁴⁷

Der Gesetzgeber ist hinsichtlich des konsularischen Schutzes dieser Verpflichtung insbesondere in den §§ 1, 5 bis 7 des Konsulargesetzes³⁴⁸ nachgekommen. Für die besonders häufigen Fälle einer wirtschaftlichen Notlage,³⁴⁹ eines Katastrophenfalles und der Inhaftierung im Ausland hat der Gesetzgeber spezielle Regelungen getroffen. Für die sonstigen Fälle der konsularischen Hilfe enthält § 1 Spiegelstrich 2 Konsulargesetz eine Generalklausel, nach der die Konsularbeamten allgemein nach pflichtgemäßem Ermessen Rat und Beistand gewähren

344 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, BVerfGE 56, 54, 80 f.; 77, 381, 405; 79, 174, 202; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 350; *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band 5, § 111 Rn. 162. Eine Überprüfbarkeit liegt zum Beispiel hinsichtlich des sogenannten Untermaßverbotes vor, vgl. Fn. 360.

345 BVerfGE 77, 170, 214 f.; Ebenso BVerfGE 77, 381, 405; 79, 174, 202.

346 BVerfGE 46, 160, 164 f.

347 „Die Schutzverpflichtung des Staates muß umso ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist. Das menschliche Leben stellt, wie nicht näher begründet werden muß, innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar“, BVerfGE 39, 1, 42.

348 BGBl. 1975 I S. 2317. Zum Tatbestand und den Rechtsfolgen dieser Regelungen siehe Kapitel 2.

349 Ausführlich zur Begründung, warum § 5 KonsG nur wirtschaftliche Notlagen erfasst, siehe Kapitel 2 Abschnitt 1 A.I.

sollen. Damit ist insbesondere aufgrund der allgemeinen und offenen Formulierung in der Generalklausel eine einfachgesetzliche Rechtsgrundlage zum Tätigwerden in allen denkbaren konsularischen Notfällen vorhanden.

IV. Schutzpflichten als Individualansprüche

Die Schutzpflichten der Grundrechte begründen nicht nur eine objektive Pflicht des Staates, zur Verwirklichung der Grundrechte tätig zu werden, sondern auch korrespondierende subjektive Ansprüche des Einzelnen auf ein Tätigwerden des Staates zur Verwirklichung der Grundrechte.³⁵⁰

Die Frage, ob beziehungsweise unter welchen Umständen sich aus den Schutzpflichten der Grundrechte ein subjektives Recht auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers ergibt, muss im vorliegenden Fall nicht diskutiert werden, da der Gesetzgeber in Bezug auf den konsularischen Schutz mit den entsprechenden Vorschriften im Konsulargesetz umfassend tätig geworden ist.³⁵¹

Ein subjektives öffentliches Recht³⁵² auf Ausübung konsularischen Schutzes im Allgemeinen lässt sich der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte nicht entnehmen (hierzu unter 1). Ein Individualanspruch auf ein Tätigwerden der Exekutive kann im Einzelfall gegeben sein, soweit eine grundrechtliche Schutzpflicht besteht. Ein solches Recht kann insbesondere nicht weitergehen als die objektiv-rechtliche Pflicht auf Ausübung konsularischen Schutzes. Diese ist aber, wie gerade dargestellt, begrenzt. Zudem steht dem Staat ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu, inwieweit er diese Schutzpflichten verwirklicht (hierzu unter 2).

1. Kein allgemeines subjektives Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes

In der Literatur wird vereinzelt aus den grundrechtlichen Schutzpflichten, insbesondere der in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG garantierten Menschenwürde in Zusammenschau mit der Verfassungstradition ein allgemeines subjektives Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes hergeleitet.³⁵³ Der Berufung auf die Verfassungstradition kann allein deshalb nicht gefolgt

350 BVerwGE 62, 11, 14. Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, § 96 II 5 (S. 1770).

351 „Der verfassungsrechtlichen Forderung nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers ist schon dann genügt, wenn objektiv eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, die nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung den in Frage stehenden Sachverhalt erfasst und den Anforderungen der Schutzpflicht[en] inhaltlich genügt.“, BVerfGE 77, 381, 404. Stern, DÖV 2010, 241, 248.

352 „Das subjektiv öffentliche Recht ist [. . .] die dem einzelnen kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung eigener Interessen ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können.“, Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 2.

353 Oberthür, Anspruch diplomatischer und konsularischer Schutz, S. 27 ff. Bei Oberthür ist etwas problematisch, dass eine saubere Trennung zwischen den Rechtsinstituten des diplomatischen und des konsularischen Schutzes nicht gegeben ist. So heißt der Titel der Arbeit „Der Anspruch des deutschen Staatsangehörigen auf diplomatischen und konsularischen Schutz gegenüber anderen Staaten“, im Text selbst wird aber fast ausschließlich der Begriff des diplomatischen Schutzes verwendet. Nur an einigen Stellen wird der konsularische Schutz erwähnt. Er scheint der Auffassung

werden, weil zumindest in Bezug auf den konsularischen Schutz auch die Vorgängerverfassungen kein subjektiv-öffentliches Recht gewährten.³⁵⁴ Hinsichtlich der Begründung führt diese Literaturmeinung aus:

„Die „unantastbare von der staatlichen Gewalt zu schützende Würde des Menschen“ verbietet es nämlich in der Regel, den einzelnen, soweit es sich um die Sicherung der ihm von der Verfassung garantierten Rechte handelt, lediglich als „Gegenstand staatlichen Handelns“ zu betrachten.“³⁵⁵

Diese Aussage ist aus zwei Gründen problematisch. Zum einen garantiert das Grundgesetz gerade kein allgemeines Recht auf konsularischen Schutz. Zum anderen folgt nicht automatisch aus jeder in der Verfassung enthaltenen Pflicht des Staates ein individuell einklagbarer Anspruch des Einzelnen. So urteilte das Bundesverfassungsgericht:

„Die Anerkennung einer solchen verfassungsrechtlichen Schutzpflicht besagt aber noch nichts darüber, unter welchen Voraussetzungen ihre durch Unterlassung begangene Verletzung vom Einzelnen mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.“³⁵⁶

Nur weil kein allgemeines einklagbares subjektives Recht auf konsularischen Schutz gegeben ist, wird der Einzelne auch nicht automatisch zum Objekt staatlichen Handelns. Sind von der Verfassung geschützte Rechtsgüter des Einzelnen betroffen, sind die Organe der Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz der vom Grundgesetz gewährten Rechte zu ergreifen. Werden die staatlichen Organe nicht oder nicht im ausreichenden Maße tätig, liegt eine Verletzung des betreffenden Grundrechts vor.

Ein allgemeines subjektiv-öffentliches Recht auf konsularischen Schutz besteht nicht. Die Existenz eines solchen Rechtes ist zur Verwirklichung der subjektiven Rechte auch nicht notwendig. Die Rechte des Einzelnen sind über die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte ausreichend geschützt.

Im Einzelfall ist es auch möglich, dass sich aus der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte ein subjektiver Anspruch auf Vornahme einer konkreten Maßnahme ergibt. Hierzu muss der Betroffene darlegen, dass allein durch die Vornahme dieser Maßnahme in dem Einzelfall der Schutzpflicht des jeweiligen Grundrechtes Genüge getan werden:

„Nur unter ganz besonderen Umständen kann sich diese Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen, daß allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann. . . . Will der Beschwerdeführer geltend machen, daß die öffentliche Gewalt ihrer Schutzpflicht allein dadurch genügen kann, daß sie eine

zu sein, dass diese beiden Rechtsinstitute in der Regel gleich zu behandeln sind. Diese grundsätzlich Gleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt und dürfte der Grund dafür sein, dass vielmals die Besonderheiten des konsularischen Schutzes nicht gesehen werden, insbesondere aber der Punkt, dass beim konsularischen Schutz die individuelle Schutzbedürftigkeit in der Regel geringer ist und insbesondere auch nicht immer eine Grundrechtsrelevanz gegeben sein muss.

354 Hierzu näher unter A. So Oberthür auch selbst an anderer Stelle, Anspruch diplomatischer und konsularischer Schutz, S. 34.

355 Ebd. S. 32.

356 BVerfGE 40, 141, 177 f. So auch Klein, DÖV 1977, 704, 706 f.

ganz bestimmte Maßnahme ergreift, muß er auch dies und die Art der zu ergreifenden Maßnahme schlüssig darlegen.“³⁵⁷

2. Subjektiver Anspruch aus den Schutzpflichten der Grundrechte

Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte begründet nicht nur eine objektive Pflicht staatlicher Stellen zum Tätigwerden sondern auch einen korrespondierenden subjektiven Anspruch des Einzelnen auf ein Tätigwerden im Einzelfall.³⁵⁸ Allerdings besteht es immer nur bezogen auf das jeweilige Grundrecht und wird durch das der Verwaltung diesbezüglich zustehende weite Ermessen sowie die Handlungsmöglichkeiten der staatlichen Gewalt im Ausland relativiert.³⁵⁹

Bezüglich der Gewährleistung der Schutzpflichten der Grundrechte hat die öffentliche Gewalt einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum. Die öffentliche Gewalt ist ihren sich aus der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte ergebenden Handlungspflichten nicht nachgekommen, wenn die bisher getroffenen Schutzmaßnahmen nicht wirksam, ausreichend und angemessen sind (sogenanntes Untermaßverbot).³⁶⁰ Eine Grundrechtsverletzung liegt nur dann vor, „wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben.“³⁶¹ Bei der drohenden Gefahr einer Grundrechtsverletzung sind Art, Nähe und Ausmaß der möglichen Gefahr sowie der Rang des geschützten Rechtsgutes von Bedeutung.³⁶²

Für den konsularischen Schutz von besonderer Relevanz sind insbesondere die Schutzpflichten bezogen auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (hierzu unter a), bezogen auf das Recht auf Gewährung eines menschenwürdigen Mindeststandards (hierzu unter b) und bezogen auf den besonderen Schutz der Familie (hierzu unter c).

a) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist der Staat verpflichtet, den Einzelnen vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu schützen.³⁶³ Das

357 BVerfGE 77, 170, 215. So auch Isensee/*Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band 5, § 111 Rn. 184: „Nur in Grenzfällen wandelt sich das formelle subjektive Recht in ein materielles auf eine bestimmte Maßnahme des Schutzes.“

358 BVerfGE 62, 11, 14; Dreier/*Lübbe-Wolff*, GG Kommentar, Art. 16 Rn. 55.

359 Isensee/*Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band 5, § 111 Rn. 183 m.w.N.

360 Die getroffenen Regelungen beziehungsweise Maßnahmen dürfen das Untermaß des wirksamen Schutzes nicht unterschreiten, vgl. BVerfGE 88, 203, 254 f.; 109, 190, 247; Klein, DVBl. 1994, 489, 495; Szczekalla, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 111 f.

361 BVerfGE 109, 190, 247.

362 BVerfGE 49, 89, 142.

363 BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164.

menschliche Leben stellt einen Höchstwert dar, so dass die Verpflichtung zum Schutz des menschlichen Lebens „besonders ernst genommen werden muss“.³⁶⁴

Die staatliche Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens beziehungsweise der körperlichen Unversehrtheit besteht nicht uneingeschränkt. Sie muss vielmehr mit anderen gegenläufigen Schutzpflichten und Interessen der Bundesrepublik Deutschland in Einklang gebracht werden. In Fällen von Entführungen deutscher Staatsangehöriger im Ausland ist die Bundesrepublik Deutschland zum Beispiel nicht verpflichtet, auf Lösegeld- oder andere Forderungen der Entführer einzugehen.³⁶⁵ Einer solchen Verpflichtung steht insbesondere die Schutzpflicht gegenüber der Allgemeinheit entgegen.³⁶⁶ So bedeutet zum Beispiel die aufgrund einer Lösegeldzahlung erfolgte Rettung eines einzelnen Staatsangehörigen aus einer Entführungssituation für die Zukunft eine potenzielle Gefährdung weiterer deutscher Staatsangehöriger. Im Übrigen entscheiden die staatlichen Organe grundsätzlich in eigener Verantwortung, welche Maßnahmen zweckdienlich und geboten sind. Mit anderen Worten liegt die Wahl der Mittel zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht grundsätzlich bei den zuständigen staatlichen Stellen.³⁶⁷

In Fällen von Notlagen deutscher Staatsangehöriger im Ausland, welche das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen gefährden, ist zudem zu berücksichtigen, inwieweit der Empfangsstaat oder Dritte in die Notlage involviert sind. Ist im Einzelfall nur das Verhältnis Entsendestaat Staatsangehöriger betroffen, werden also insbesondere Interessen des Empfangsstaates nicht berührt, existiert eine uneingeschränkte Bindung an die Grundrechte und insbesondere an die sich aus diesen ergebenden Schutzpflichten. Bittet also zum Beispiel ein Schwerverletzter um eine Kostenzusage, weil die ihm nach deutschen Maßstäben sonst notwendige medizinische Behandlung nicht zukommt, ist diese ihm aufgrund der Schutzpflichtenfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG zu erteilen.

Ergibt die Prüfung des konkreten Sachverhaltes, dass Interessen des Empfangsstaates betroffen sind, also insbesondere dort geltendes Recht berücksichtigt werden muss, ist die Auslandsvertretung aufgrund der nach wie vor geltenden Bindung an die Grundrechte angehalten, das ihr Mögliche zu tun, um den Rechten und Ansprüchen des Einzelnen die bestmögliche Geltung zu verschaffen. Bittet also zum Beispiel ein Schwerverletzter, welcher aufgrund Drogenhandels im Empfangsstaat in Haft sitzt, um eine besondere medizinische Behandlung und weigert sich der Empfangsstaat, diese besondere Behandlung außerhalb des Haftkrankenhauses durchzuführen, ist auch hier die Bundesrepublik Deutschland zum Beispiel

364 BVerfGE 46, 160, 164. Im Übrigen auch ständige Rechtsprechung des BVerfGE 39, 1, 42; 49, 24, 53; 115, 118, 162.

365 Dies hat das BVerfGE ausdrücklich im Fall der Entführung von Dr. Hanns-Martin Schleyer durch die RAF entschieden, welche die Freilassung inhaftierter Terroristen zur Bedingung der Freilassung von Herrn Dr. Schleyer machte, vgl. BVerfGE 46, 160, 164 f. Die Entführung fand in der Bundesrepublik Deutschland statt. Die Begründung des BVerfG muss umso mehr für Entführungen im Ausland gelten, da die staatlichen Organe diesbezüglich noch weniger Einfluss auf den Schutz ihrer Staatsangehöriger vor und während Entführungssituationen haben.

366 BVerfGE 46, 160, 165.

367 Ebd. 164.

nicht zum Abbruch der konsularischen oder diplomatischen Beziehungen verpflichtet. Sie ist nur verpflichtet, dass nach innerstaatlichem Recht Zulässige und tatsächlich Mögliche zu unternehmen. Ihr steht dabei ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen und der zu berücksichtigenden Belange zu.

b) Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG

Die Fürsorge für Hilfsbedürftige gehört dem Bundesverfassungsgericht zufolge zu den selbstverständlichen Pflichten eines Sozialstaates. Aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG ergibt sich die Pflicht des Staates auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums.³⁶⁸ Dem Gesetzgeber steht ein weiter Gestaltungsspielraum dahingehend zu, mit welchen Mitteln er dieser Schutzpflicht nachkommen möchte sowie ob und in welchem Umfang er diesen Schutz über die durch das Recht auf ein menschenwürdiges Dasein vorgegebenen Mindestvoraussetzungen gewähren möchte.³⁶⁹

Für die Gewährung von Hilfe für in Ausland in finanzielle Not Geratene bedeutet dies, dass der Gesetzgeber grundsätzlich mit der Regelung des § 5 Konsulargesetz und der Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 Konsulargesetz seiner Verpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip nachgekommen ist. Ein Verstoß der Auslandsvertretungen gegen § 5 Konsulargesetz beziehungsweise § 1 Spiegelstrich 2 Konsulargesetz dergestalt, dass hierin zugleich eine Grundrechtsverletzung liegt, dürfte nur in sehr umgrenzten Ausnahmefällen gegeben und praktisch ausgeschlossen sein, solange die jeweilige Auslandsvertretung die Rückkehr in die Bundesrepublik Deutschland und damit in das deutsche Sozialsystem ermöglicht.³⁷⁰

c) Art. 6 GG

Nach Art. 6 GG stehen die Familie und besonders auch die familiären Beziehungen zwischen Kindern und ihren Eltern unter besonderem Schutz. Geschützt sind insbesondere das familiäre Zusammenleben³⁷¹ sowie das elterliche Pflege- und Erziehungsrecht. Diesem besonderen grundrechtlichen Schutz der Familie ist im Rahmen des konsularischen Schutzes insbesondere Rechnung zu tragen in Fällen von Kindesentführungen in das Ausland durch einen Elternteil

368 BVerfGE 40, 121, 133; 113, 88, 108 f.; 125, 175, 221 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 1 Rn. 15, 22 f.; *Sachs/Höfling*, GG Kommentar, Art. 1 Rn. 31 f., 48.

369 BVerfGE 40, 121, 133; 82, 60, 70 f.; 94, 241, 263; 125, 175, 224 f.

370 Siehe die Diskussion um die Verschärfung des § 24 SGB XII, der nur dann die Sozialhilfegewährung im Ausland ermöglicht, wenn die Rückkehr aus besonderen Gründen in die Bundesrepublik Deutschland nicht möglich ist, vgl. Hammel, ZFSH/SGB 2008, 396 ff. Die Rechtsprechung hält die Verschärfung der Sozialhilfe für Deutsche im Ausland bisher mit dem Grundgesetz für vereinbar, vgl. hierzu auch die Übersicht bei Hammel, ZFSH/SGB 2008, 396, 399 f.

371 *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 6 Rn. 11; *Dreier/Brosius-Gersdorf*, GG Kommentar, 3. Auflage, Art. 6 Rn. 121, 154 ff.

oder Dritte, in Fällen von finanziellen Notlagen zum Beispiel aufgrund plötzlicher Krankheit eines Kindes und in Fällen von unterschiedlicher Staatsangehörigkeit von Kindern und ihren Eltern.

Das Konsulargesetz trägt den sich aus Art. 6 GG ergebenden Schutzpflichten Rechnung, in dem es den Konsularbeamten ausdrücklich in § 5 Abs. 2 und § 6 Abs. 2 Konsulargesetz ermächtigt, nichtdeutsche Familienangehörige in die konsularischen Hilfemaßnahmen einzubeziehen. Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch - Sozialhilfe ist ausnahmsweise Sozialhilfe auch an im Ausland lebende deutsche Staatsangehörige zu zahlen, wenn ihre Rückkehr in die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Pflege und Erziehung eines Kindes, das aus rechtlichen Gründen im Ausland bleiben muss, nicht möglich ist.

In Einzelfällen ist es denkbar, dass der Einzelne einen Anspruch auf konsularischen Schutz gestützt auf die Schutzpflichten des Art. 6 GG geltend machen kann. Zum Beispiel in Fällen von Kindesentführungen in das Ausland sind die Auslandsvertretungen verpflichtet, ihren Mitwirkungsverpflichtungen nachzukommen und dass ihnen unter den Umständen Mögliche bei der Hilfe der Rückführung der Kinder zu tun. Diese Mithilfe dürfte allerdings im Regelfall auf die Herstellung der Voraussetzungen der Einreise des entführten Kindes in die Bundesrepublik Deutschland und gegebenenfalls ein Vorsprechen bei den zuständigen innerstaatlichen Behörden des Empfangsstaates begrenzt sein,³⁷² da weitere Handlungsmöglichkeiten den Auslandsbehörden oftmals verwehrt sein dürften.

D. Ergebnis

Aus dem deutschen Verfassungsrecht – geschriebenen oder ungeschriebenen – ergibt sich keine allgemeine Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes und daher auch kein allgemeiner subjektiver Anspruch des Einzelnen gegenüber der Exekutive auf Ausübung konsularischen Schutzes.

Im Einzelfall kann sich aus dem Grundgesetz ein Anspruch auf Ausübung konsularischen Schutzes und gegebenenfalls sogar auf die Vornahme einer konkreten konsularischen Schutzmaßnahme ergeben. Die staatliche Gewalt und somit auch die Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland sind gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden. Voraussetzung hierfür ist, dass sich ein entsprechender Anspruch aus der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte ergibt. Insoweit unterscheidet sich die Begründung eines Anspruches nicht von rein inländischen Sachverhalten. Der Unterschied zu rein inländischen Sachverhalten besteht darin, dass zum einen die Handlungsmöglichkeiten deutscher staatlicher Stellen insbesondere durch das im Empfangsstaat geltende nationale und internationale Recht beschränkt sind und dass zum anderen die zuständigen staatlichen Stellen in ihre Güterabwägung auch die innerstaatlichen und außenpolitischen Interessen der

372 Vgl. hierzu auch die Entscheidung der EMRK vom 15.12.1977, Nr.: 7547/76, X./Vereinigte Königreich.

Bundesrepublik Deutschland einfließen lassen müssen, so dass den zuständigen staatlichen Behörden ein weiter Beurteilungs- und damit auch Ermessensspielraum zukommt.³⁷³

Abschnitt 5 Einfaches Bundesrecht

Regelungen über den konsularischen Schutz finden sich im Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse - Konsulargesetz³⁷⁴ (im Folgenden „KonsG“). Ein subjektiver Anspruch des Einzelnen auf die Gewährung konsularischen Schutzes als solchen ist im Konsulargesetz – wie auch im alten Konsulargesetz von 1867³⁷⁵ – nicht enthalten. Die entsprechenden Vorschriften stellen das ob und das wie der zu erbringenden konsularischen Schutzmaßnahmen in das Ermessen des Konsularbeamten (hierzu unter A). Der Einzelne hat aber einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des Konsularbeamten,³⁷⁶ die eine Pflicht des Staates sowie einen korrespondierenden subjektiven Anspruch des Einzelnen auf konsularische Hilfe im allgemeinen und gegebenenfalls auf Vornahme einer bestimmten konsularischen Handlung im Einzelfall begründen können (hierzu unter B).

A. Ermessensvorschriften im Konsulargesetz

Die für den konsularischen Schutz relevanten Normen des Konsulargesetzes sind § 1 Spiegelstrich 2 sowie §§ 5 bis 7 KonsG. § 5 KonsG regelt die Hilfeleistung an einzelne in wirtschaftlichen Notlagen,³⁷⁷ § 6 KonsG die Hilfe in Katastrophenfällen³⁷⁸ und § 7 KonsG die Hilfe für Gefangene³⁷⁹. Die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG³⁸⁰ bestimmt allgemein, dass die Konsularbeamten berufen sind, nach pflichtgemäßem Ermessen Rat und Beistand zu leisten.

Keine der Normen gewährt grundsätzlich einen Anspruch auf die Vornahme einer bestimmten Maßnahme durch die Konsularbeamten. § 1 Spiegelstrich 2 KonsG bestimmt ausdrücklich, dass

373 So auch Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 181 ff.

374 Das KonsG ist gemäß § 31 KonsG am 15.12.1974 beziehungsweise die Bestimmungen der §§ 8 und 28 Abs. 1 Nr. 3 KonsG sind am 01.01.1975 in Kraft getreten, vgl. BGBl. 1974 I S. 2317.

375 Gesetz betreffend die Organisation der Bundeskonsulate sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln vom 08.11.1867, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867 S. 137 ff.; Doehring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 31; Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 467, 489 ff.

376 Maunz/Dürig/Randelzhofer, GG Kommentar, Art. 16 Abs. 1 Rn. 63; Graf Vitzthum/Kau, Völkerrecht, S. 175. Klein ordnet den Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung sogar dem Verfassungsrecht zu, soweit Grundrechte betroffen sind. Eine fehlerfreie Ermessensentscheidung stelle in diesen Fällen im Ergebnis eine Verletzung des betroffenen Grundrechts dar. Konsequenterweise gewährt er als Folge einer solchen Grundrechtsverletzung einen Anspruch auf Entschädigung nach den Grundsätzen der Aufopferung oder des enteignungsgleichen Eingriffs, Klein, DÖV 1977, 704, 707 f.

377 Ausführlich zum Tatbestand und zu den Rechtsfolgen des § 5 KonsG unter Kapitel 2 Abschnitt 1.

378 Ausführlich zum Tatbestand und zu den Rechtsfolgen des § 6 KonsG unter Kapitel 2 Abschnitt 2.

379 Ausführlich zum Tatbestand und zu den Rechtsfolgen des § 7 KonsG unter Kapitel 2 Abschnitt 3.

380 Ausführlich zum Tatbestand und zu den Rechtsfolgen des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG unter Kapitel 2 Abschnitt 4.

die Gewährung von Rat und Beistand nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgt. Nach §§ 5 bis 7 KonsG sollen die Konsularbeamten Beistand und Hilfe gewähren.

Die Vorschriften über den konsularischen Schutz im Konsulargesetz räumen dem Konsularbeamten einen Ermessensspielraum ein sowohl hinsichtlich der Frage, ob sie tätig werden als auch hinsichtlich der Frage, welche Maßnahmen zur Schutzgewährung ergriffen werden.³⁸¹ Dieses Ermessen ist hinsichtlich der Frage, ob überhaupt konsularischer Schutz ausgeübt werden soll, ein sogenanntes intendiertes Ermessen.³⁸² Dies bedeutet, dass konsularischer Schutz zu gewähren ist, soweit die Voraussetzungen der jeweiligen Norm des Konsulargesetzes vorliegen und kein atypischer Fall gegeben ist, dass heißt Besonderheiten im konkreten Fall das Absehen von der Ausübung konsularischen Schutzes rechtfertigen.³⁸³

Konsularische Hilfe nach dem Konsulargesetz ist nur möglich, wenn der Notfall im Ausland in einem Konsularbezirk einer deutschen Auslandsvertretung eintritt. Ist die Bundesrepublik Deutschland vor Ort nicht durch eine diplomatische oder konsularische Vertretung vertreten, kommt konsularischer Schutz nach dem Konsulargesetz nicht in Betracht. Der Betroffene kann sich aber gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) und 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV sowie Art. 46 GrCh an die Auslandsvertretung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union wenden³⁸⁴ oder gegebenenfalls auch einen Anspruch aus der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte herleiten,³⁸⁵ wobei die Handlungsmöglichkeiten der Bundesrepublik Deutschland in Ländern, mit denen sie keine konsularischen oder diplomatischen Beziehungen unterhalten, deutlich geringer sein dürften.

B. Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung

Räumt eine Vorschrift der Verwaltung Ermessen ein, hat diese grundsätzlich die Wahl zwischen mehreren rechtlich zulässigen Handlungsalternativen, zwischen denen sie aus Zweckmäßigkeitserwägungen wählen kann. Hierbei ist die Verwaltung nicht frei. Sie muss das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäß ausüben. Dies bedeutet, dass sie die öffentlich-rechtlichen Interessen sowie die Interessen des Adressaten des Verwaltungsaktes, der von der Entscheidung betroffener Dritter und der Allgemeinheit sachgerecht abwägen muss. Ein Verwaltungsakt ist daher insbesondere dann rechtswidrig, wenn diese Abwägung nicht sachgerecht erfolgt ist.³⁸⁶

Fehler in der Ausübung des der Verwaltung zustehenden Ermessens lassen sich in drei Kategorien von Ermessensfehlern einordnen. Eine sogenannte Ermessensüberschreitung ist

381 Näher zum Entschließungs- und Auswahlermessen in Kapitel 2 zu der jeweiligen Vorschrift.

382 Hierzu im Einzelnen unter Kapitel 2 Abschnitt 1 B.

383 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.1; BVerwGE 72, 1, 6; 105, 55, 57 f.; Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 64; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 26, 27.

384 Siehe hierzu unter Abschnitt 3 B.

385 Siehe hierzu unter Abschnitt 4 C.

386 OVG Münster, Urteil vom 30.10.1961, Az.: II A 480/61, in: DVBl. 1962, 139, 140; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 17; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 13 ff.

gegeben, wenn die von der Verwaltung gewählte Rechtsfolge das nach der zugrundeliegenden Rechtsvorschrift Zulässige überschreitet. Beim sogenannten Ermessensnichtgebrauch macht die Verwaltung von dem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch, zum Beispiel weil sie irrtümlich davon ausgeht, über ein solches nicht zu verfügen. Ein sogenannter Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn die Verwaltung in ihre Ermessensausübung unzulässige Erwägungen einbezogen oder notwendige Erwägungen nicht einbezogen hat oder die betroffenen Interessen fehlerhaft gewichtet hat.³⁸⁷ Ein solcher Ermessensfehlgebrauch liegt insbesondere auch dann vor, wenn die Verwaltung geltendes Recht nicht beachtet. Eine Konkretisierung des einfachen Gesetzesrechtes und damit auch der für den konsularischen Schutz relevanten Vorschriften des Konsulargesetzes erfolgt auch durch sich aus den Grundrechten ergebene Schutzpflichten. Liegt ein Ermessensfehler vor, ist der Verwaltungsakt rechtswidrig.

Im Einzelfall kann sogar ein Anspruch auf Tätigwerden oder sogar auf Vornahme einer bestimmten Maßnahme durch die Verwaltung existieren, soweit eine sogenannte Ermessensreduzierung der Verwaltung auf Null vorliegt (hierzu unter I). Die sogenannte Selbstbindung der Verwaltung dürfte im Bereich des konsularischen Schutzes aufgrund der Besonderheiten im Einzelfall kaum praktische Relevanz entfalten (hierzu unter II).

I. Ermessensreduzierung auf Null

Ein Anspruch des Hilfsbedürftigen auf ein Tätigwerden des Konsularbeamten beziehungsweise auf Vornahme einer konkreten Maßnahme besteht nur, soweit im Einzelfall eine sogenannte Ermessensreduzierung auf Null gegeben ist. Dies ist der Fall, soweit dem Konsularbeamten nicht mehr mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, weil nur noch eine konkrete Handlungsmöglichkeit ermessensfehlerfrei und damit rechtmäßig ist. Jede andere Entscheidung würde einen Ermessensfehler beinhalten, der die Rechtswidrigkeit der getroffenen Entscheidung begründen würde.³⁸⁸ Da der Einzelne einen Anspruch auf Erlass eines rechtmäßigen und damit auch ermessensfehlerfreien Verwaltungsaktes hat, hat er beim Vorliegen einer Ermessensreduzierung auf Null einen Anspruch auf Vornahme einer konkreten Maßnahme und damit auch auf Ausübung von konsularischem Schutz in diesem Fall.

Bedarf einer deutscher Staatsangehöriger zum Beispiel einer medizinischen Behandlung und kann die hierfür notwendigen finanziellen Mittel nicht selbst oder mit Hilfe Dritter aufbringen, hat der Konsularbeamte grundsätzlich mehrere Möglichkeiten. Zunächst wird der Konsularbeamte mögliche Ansprüche auf Übernahme der Behandlungskosten durch die Behörden des Empfangsstaates prüfen und bei einem möglichen Anspruch den Betroffenen an die zuständigen Behörden verweisen.

387 Zu den möglichen Fehlern bei der Ermessensausübung zum Beispiel Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 85 ff.; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 55 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 19 ff.

388 Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, S. 111; Schoch/Schneider/Bier, VwGO Kommentar, § 114 Rn. 27 m.w.N.; Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 69, 71; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 102a ff.

Besteht ein solcher Anspruch nicht, kann er einer Behandlung im Ausland zustimmen und die entstehenden Behandlungskosten übernehmen. Er kann aber auch nur die Kosten der Rückreise des Betroffenen in die Bundesrepublik Deutschland übernehmen und den Betroffenen an die zuständigen inländischen Behörden verweisen.

Diese Wahlmöglichkeiten stehen dem Konsularbeamten aber aufgrund der Pflicht zum Schutz menschlichen Lebens aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zum Beispiel dann nicht zu, wenn die medizinische Behandlung ohne zeitliche Verzögerung sofort vor Ort durchgeführt werden muss oder aber aufgrund der schlechten medizinischen Versorgungslage im Empfangsstaat nicht vor Ort durchgeführt werden kann.³⁸⁹ Im ersten Fall ist das Ermessen des Konsularbeamten auf die Entscheidungsmöglichkeit der Hilfe vor Ort und im zweiten Fall auf die Hilfe an einem für die medizinische Behandlung geeigneten Ort reduziert, da nur diese jeweilige Entscheidung keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht darstellt und damit rechtmäßig ist.

Die Ausübung konsularischen Schutzes kann – im geringeren Maße als bei der Ausübung diplomatischen Schutzes,³⁹⁰ aber dennoch im Einzelfall in nicht unbedeutendem Maß – außenpolitische Interessen berühren. Zudem hängt ein Tätigwerden der Verwaltung im Ausland von sich stetig ändernden Bedingungen und Umständen ab, auf welche die Bundesrepublik Deutschland nur begrenzt Einfluss ausüben kann.³⁹¹ Der den Konsularbeamten zustehende Ermessensspielraum ist daher besonders weit, die angestellten Abwägungserwägungen sind durch Dritte und auch die Gerichte im geringeren Maße beurteilbar und überprüfbar.³⁹² In Einzelfällen ist es auch möglich, dass der Einzelne erhebliche Rechtsbeeinträchtigungen hinnehmen muss, weil die Gefährdung höherwertiger Interessen der Allgemeinheit einer Schutzausübung entgegensteht.³⁹³ Ein subjektiver Anspruch auf Vornahme einer bestimmten Maßnahme dürfte daher nur in Ausnahmefällen gegeben sein. In der Regel geben die grundrechtlichen Schutzpflichten der Verwaltung ein bestimmtes Ziel vor, mit welchen

389 Mit anderen Worten ist ein effektiver Schutz des betreffenden Schutzgutes – wie hier zum Beispiel des menschlichen Lebens – nur auf eine Weise möglich, ist die staatliche Gewalt auch zur Vornahme dieser konkreten Maßnahme verpflichtet. Sie hat keine Wahlmöglichkeiten mehr, vgl. auch zum Beispiel BVerfGE 46, 141, 146.

390 Doehring, Pflicht zur Gewährung diplomatischen Schutzes, S. 93 f., 100 f.

391 BVerfGE 62, 11, 15 ff. So stellte zum Beispiel Oberthür fest: „Eine Vielzahl von ständig sich ändernden Gesichtspunkten ist zu beachten. Es kann den Organen, die für die auswärtige Politik verantwortlich sind, allgemein ein bestimmtes Handeln nicht auferlegt werden, da dasselbe Mittel zwar in einem Fall das einzig richtige, in einem anderen Falle jedoch gerade das falscheste sein kann. Die auswärtige Politik ist nicht statisch, sie variiert, ist ständig in Fluß und muß sich jeweils den politischen und wirtschaftlichen Situationen in dem eigenen wie dem anderen Staat anpassen. Eine Konkretisierung des Schutzanspruches ist hinsichtlich des anzuwendenden Mittels damit nicht möglich und ließe sich auch durch eine Kodifizierung nicht erreichen.“, Oberthür, Anspruch diplomatischer und konsularischer Schutz, S. 40 f.

392 BVerfGE 55, 346, 367 f.; Klein, NJW 1989, 1633, 1635.

393 Vor dem OVG Münster ging es 1961 um die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland im Wege des konsularischen Schutzes zur Übernahme der Verteidigungskosten von Adolf Eichmann in Israel verpflichtet sei. Das OVG Münster hat als entgegenstehende Interessen der Allgemeinheit in diesem Verfahren anerkannt, dass die Übernahme der Verteidigungskosten von der Weltöffentlichkeit als eine moralische Unterstützung des Klägers aufgefasst werden und als Folge eine Belastung der deutsch-israelischen Beziehungen darstellen könnte, OVG Münster, Urteil vom 30.10.1961, Az.: II A 480/61, in: DVBl. 1962, 139, 140 f.

Maßnahmen sie dieses zu erreichen beabsichtigt, bleibt aber ihrem weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum überlassen.

II. Selbstbindung der Verwaltung

Der Einzelne kann weiterhin dann von der Verwaltung ein bestimmtes Handeln verlangen, wenn diese sich durch eine einheitliche Verwaltungspraxis selbst gebunden hat, also insbesondere aufgrund von Richtlinien oder Verwaltungsanweisungen in der Vergangenheit stetig vergleichbare Fälle auf eine bestimmte Art entschieden hat. Diese Pflicht der Verwaltung zum gleichen Handeln in Fällen gleichgelagerter Sachverhalte folgt unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 GG, wonach vergleichbare Sachverhalte nicht ohne Grund unterschiedlich gehandhabt werden dürfen.³⁹⁴

Durch ihre vorangegangene Verwaltungspraxis bindet sich die Verwaltung dergestalt, dass sie für den konkreten Sachverhalt ihr Ermessen bereits bindend ausgeübt hat und in Zukunft nicht ohne Grund von dieser so etablierten Praxis abweichen darf. Der Verwaltungsakt ist sonst rechtswidrig.³⁹⁵ Im Ergebnis liegt hier ein besonderer Fall der Ermessensreduzierung auf Null vor, da durch die Selbstbindung ebenfalls nur die der vorangegangenen Verwaltungspraxis entsprechende Entscheidung ermessensfehlerfrei ist.³⁹⁶

In dem Bereich des konsularischen Schutzes ist die Berufung auf die Selbstbindung der Verwaltung aus zwei Gründen kaum vorstellbar. Der Nachweis einer bestimmten Verwaltungspraxis dürfte kaum möglich sein. Zum einen werden weder die zum konsularischen Schutz ergangenen Verwaltungsvorschriften³⁹⁷ noch Jahresberichte, Übersichten oder sonstigen Informationen zur tatsächlichen Verwaltungspraxis durch das Auswärtige Amt veröffentlicht.³⁹⁸ Die tatsächliche Verwaltungspraxis der Konsularbeamten ist mithin nicht feststellbar und damit auch keine bestimmte, in Bezug auf den konkreten Einzelfall vergleichbare Verwaltungspraxis nachweisbar. Zum anderen dürften sich verschiedene Fälle des konsularischen Schutzes kaum als vergleichbar darstellen lassen, da einfach zu viele verschiedene Interessen und Gegebenheiten zu berücksichtigen sind und gerade die auswärtigen Beziehungen von sehr vielen Faktoren abhängen und daher einem stetigen Wandel unterliegen.

394 BVerwGE 31, 212, 213 ff.; 57, 174, 182; 75, 86, 93. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 104 f.; Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 3 Rn. 7; Dreier/Heun, GG Kommentar, Art. 3 Rn. 20.

395 Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 123.

396 Schoch/Schneider/Bier, VwGO Kommentar, § 114 Rn. 27.

397 Auch auf Nachfrage beim Auswärtigen Amt wurde erklärt, dass die Runderlasssammlung mit etwa 120 Seiten und der Runderlass 54-30 nicht herausgegeben werden können, obwohl auf sie in den Kommentaren zum Konsulargesetz von Hoffmann/Glietsch und Hecker stetig Bezug genommen wird.

398 Dies wird von auch von dem von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen CARE Project kritisiert, CARE Project Consular and Diplomatic Protection: Legal framework in the EU Member States, 2010, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.careproject.eu/images/stories/ConsularAndDiplomaticProtection.pdf>, S. 193 ff.

Ferner kann eine Selbstbindung der Verwaltung in den Fällen nicht verlangt werden, in denen sie dazu führen könnte, dass konsularischer Schutz in Zukunft nicht mehr angemessen ausgeübt werden kann. So kann wie zum Beispiel in dem oben genannten Beispiel von Entführungssituationen die Festlegung des Auswärtigen Amtes auf ein Handlungsinstrument das Handeln derart vorhersehbar machen, dass ein effektiver Schutz in vergleichbaren Fällen mangels Vorliegens eines auf den Einzelfall bezogenen Handlungsspielraumes nicht mehr gewährleistet werden kann.³⁹⁹

C. Ergebnis

Der Konsularbeamte ist sowohl nach der Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG als auch nach den §§ 5 bis 7 KonsG verpflichtet, konsularische Hilfe zu leisten, soweit nicht das Vorliegen besonderer Gründe im Einzelfall ausnahmsweise ein Absehen von der Ausübung konsularischen Schutzes rechtfertigt. Grundsätzlich besteht damit ein subjektiver Anspruch auf Tätigwerden des Konsularbeamten bei Notfällen deutscher Staatsangehöriger im Ausland nach dem Konsulargesetz. Ein Anspruch des Einzelnen auf die Vornahme bestimmter Maßnahmen existiert nur in Ausnahmefällen, soweit diesbezüglich eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.

399 So auch BVerfGE 46, 141, 165 bezogen auf einen inländischen Sachverhalt.

Kapitel 2 Rechtsgrundlagen für konsularische Hilfen in Notfällen

Die Aufgaben und Befugnisse der Konsularbeamten sind einfachgesetzlich im Konsulargesetz⁴⁰⁰ (im Folgenden „KonsG“) geregelt. Bei einem Notfall eines Deutschen⁴⁰¹ im Ausland sind insbesondere §§ 5 bis 7 KonsG einschlägig. Das Konsulargesetz unterscheidet zwischen der Hilfeleistung an Einzelne nach § 5 KonsG (hierzu unter Abschnitt 1), der Hilfe in Katastrophenfällen nach § 6 KonsG (hierzu unter Abschnitt 2) und der Hilfe für Gefangene nach § 7 KonsG (hierzu unter Abschnitt 3). Außerdem haben Konsularbeamte nach der Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG Deutschen und inländischen juristischen Personen nach pflichtgemäßem Ermessen Rat und Beistand zu gewähren (hierzu unter Abschnitt 4).

Abschnitt 1 § 5 KonsG - Hilfeleistung an Einzelne

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG⁴⁰² sollen Konsularbeamte Deutschen, die in ihrem Konsularbezirk hilfsbedürftig sind, die erforderliche Hilfe leisten, wenn die Notlage nicht auf andere Weise behoben werden kann. § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG enthält mit den Tatbestandsmerkmalen „hilfsbedürftig“, „erforderliche Hilfe“ und „Notlage“ gleich mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe. Dies führt zu Problemen bei der Bestimmung des konkreten Anwendungsbereiches dieser Norm.

Die Rechtsprechung hat sich bereits einmal ausführlich mit dem Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auseinandergesetzt. Am 12. September 2003 wurde eine deutsche Staatsangehörige zusammen mit sieben weiteren Personen ihrer Reisegruppe in Kolumbien entführt. Die Entführer stimmten einer Freilassung der Deutschen nur unter der Bedingung zu, dass sie mit einem zivilen Hubschrauber von einem vereinbarten Übergabeort abgeholt würde. Die Kosten für den Hubschrauberflug übernahm zu einem Teil in Höhe von 12.640,05 Euro das Auswärtige Amt und stellte sie der am 24. November 2003 befreiten Deutschen in Rechnung. Diese klagte hiergegen mit dem Hauptargument, dass für die Kostenforderung des Auswärtigen Amtes keine Rechtsgrundlage existiere.⁴⁰³ Ausschlaggebend war hierbei die Frage, ob § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nur finanzielle Hilfen zur Beseitigung wirtschaftlicher Notlagen oder aber auch finanzielle Aufwendungen in jedweder Art von Notlage also auch zum Beispiel im Rahmen einer Geiselnahme erfasse.

400 Das Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse - Konsulargesetz wurde am 14.09.1974 verkündet. Es ist gemäß § 31 KonsG am 15.12.1974 beziehungsweise die Bestimmungen der §§ 8 und 28 Abs. 1 Nr. 3 KonsG sind am 01.01.1975 in Kraft getreten, vgl. BGBl. 1974 I S. 2317.

401 Der Einfachheit halber wird in dieser Arbeit generell von den Deutschen gesprochen, obwohl der personelle Anwendungsbereich der konsularischen Hilfe im Einzelfall darüber hinausgehen kann. Für welche Personen der Konsularbeamte konsularischen Schutz ausüben kann, ist für § 5 KonsG unter Abschnitt 1 A.V, für § 6 KonsG unter Abschnitt 2 A.III.1, für § 7 KonsG unter Abschnitt 3 A.II und für § 1 Spiegelstrich 2 KonsG unter Abschnitt 4 A.II dargestellt.

402 Der Wortlaut des § 5 KonsG ist im Normenglossar auf Seite 274 abgedruckt.

403 Sachverhalt zum Beispiel in BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 2 ff. (zitiert nach juris).

Mit Urteil vom 28. Mai 2009 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass sich der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht auf die Behebung wirtschaftlicher Notlagen beschränke, sondern alle denkbaren Arten von Notfällen unabhängig von der Ursache der Hilfsbedürftigkeit erfasse⁴⁰⁴ und bestätigte damit das Urteil der Vorinstanz.⁴⁰⁵ Das OVG Berlin-Brandenburg hatte geurteilt, dass die Hilfsbedürftigkeit der Klägerin darin bestand, „dass sie sich in der Gewalt ihrer Entführer befand“.⁴⁰⁶ Das Verwaltungsgericht Berlin hatte als Eingangsinstanz hingegen noch entschieden, dass unter dem Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ausschließlich diejenigen Hilfeleistungen zu subsumieren seien, die der Beseitigung eines finanziellen Engpasses dienen.⁴⁰⁷

Im Folgenden wird durch eine eingehende Untersuchung des Tatbestandes des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG mit Hilfe der verschiedenen Auslegungsmethoden dargelegt, warum die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Berlin - § 5 KonsG als eine Norm des materiellen Leistungsrechts zur Beseitigung materieller Notlagen zu verstehen - vorzugswürdig ist (hierzu unter A). Im Anschluss werden die Rechtsfolgen des § 5 KonsG dargelegt (hierzu unter B), wobei die Problematik der Kostenerstattung gesondert im dritten Kapitel erörtert wird.

A. Tatbestand

Die Hilfeleistung an Einzelne setzt nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zunächst voraus, dass der Hilfesuchende tatsächlich hilfsbedürftig ist und sich damit in einer Notlage befindet (hierzu unter I), welche noch andauert (hierzu unter II) und nicht auf andere Weise als durch die Hilfe des zuständigen Konsularbeamten (hierzu unter III) behoben werden kann (hierzu unter IV). Weiterhin ist grundsätzlich die deutsche Staatsangehörigkeit des Hilfsbedürftigen Voraussetzung für ein Tätigwerden nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG, wobei die Konsularbeamten in Einzelfällen auch Nichtdeutschen helfen können (hierzu unter V). Ein Antrag des Hilfsbedürftigen ist nicht erforderlich (hierzu unter VI).

I. Hilfsbedürftigkeit/Notlage

Sowohl der Begriff der Hilfsbedürftigkeit als auch der der Notlage sind mehrdeutig. Das heißt, ihnen kommen verschiedene sprachliche Bedeutungen zu. Der zutreffende Bedeutungsinhalt dieser Begriffe im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG wird im Folgenden durch Heranziehung der vier gängigen Methoden der Auslegung ermittelt.⁴⁰⁸ Zunächst wird der

404 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 13 (zitiert nach juris).

405 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2008, Az.: OVG 11 B 9.06.

406 Ebd. Rn. 15 (zitiert nach juris).

407 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 22 (zitiert nach juris).

408 „Die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) sind zulässig.“, BVerfGE 1, 299, 312. Diese vier Auslegungsmethoden sind geeignet, den im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, BVerfGE 11, 126, 130 f.

Eine festgesetzte Reihenfolge oder sogar ein Rangverhältnis der Auslegungsmethoden existiert nach allgemeiner Auffassung nicht. Sinnvollerweise ist allerdings vom Wortlaut auszugehen („Alle

Wortlaut (hierzu unter 1), danach die Systematik (hierzu unter 2), anschließend der historische Kontext (hierzu unter 3) und schließlich der Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG (hierzu unter 4) untersucht.

1. Grammatische Auslegung

Im Rahmen der der grammatischen Auslegung wird der Wortlaut der auslegungsbedürftigen Regelung auf seine Bedeutung untersucht.⁴⁰⁹ Relevant hierfür sind sowohl die Regeln der Grammatik und der allgemeine Sprachgebrauch als auch die spezifische juristische Verwendung der einzelnen Begriffe, wobei letzterer bei der Bedeutungsfindung grundsätzlich ein größeres Gewicht zukommt.⁴¹⁰

§ 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG bestimmt, dass Deutschen, die hilfsbedürftig sind, die erforderliche Hilfe geleistet werden soll. Um den Anwendungsbereich zu ermitteln, muss daher zunächst geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen jemand hilfsbedürftig ist, also wann jemand der Hilfe bedarf.

Unter dem Begriff hilfsbedürftig finden sich im Duden, einem Wörterbuch der deutschen Sprache,⁴¹¹ zwei Deutungsvarianten zum einen „schwach und auf Hilfe angewiesen“ und zum anderen „auf materielle Hilfe angewiesen, Not leidend“ sein.⁴¹² Ähnliche Erklärungen zeigen andere Wörterbücher auf. Hier heißt es „unselbständig; arm“⁴¹³ sowie „Hilfe brauchend“ und „Not leidend“⁴¹⁴. Zerlegt man den Begriff in seine beiden einzelnen Bestandteile „Hilfe“ und „bedürftig“, findet man ebenfalls ähnliche Interpretationsvarianten. Die Bedeutung des Begriffes bedürftig wird zum einen als „materielle Hilfe benötigend; am Lebensnotwendigen Mangel leidend“⁴¹⁵, „Mangel leidend, mittellos, arm“⁴¹⁶ beziehungsweise „arm, mittellos“⁴¹⁷ und zum anderen in der gehobenen Sprache als jemanden oder einer Sache bedürftig sein, also nötig haben wie zum Beispiel Schutz und Ruhe wiedergegeben.⁴¹⁸ Unter dem Begriff Hilfe heißt es:

Auslegung fängt beim Worte an“, BGHSt 3, 259, 262), insbesondere weil im Falle eines eindeutigen Wortlautes auch im Hinblick auf die Wortlautgrenze eine weitere Auslegung das so gefundene Ergebnis nicht mehr beeinflussen kann, Schwacke, Juristische Methodik, S. 107 m.w.N.

409 BVerfGE 17, 155, 164; 73, 206, 235, 242 f. Allgemein zu der Frage, warum für die Auslegung von einfachem Gesetzesrecht die Rechtsprechung des BVerfG maßgeblich ist: Bleckmann, JuS 2002, 942, 943.

410 Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 438 f.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 139 f. m.w.N.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 143; Schwacke, Juristische Methodik, S. 89 ff.

411 Wörterbücher der deutschen Sprache sind geeignete Hilfemittel zu Bestimmung des allgemeinen Sprachgebrauchs, Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 738; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 351D mit Beispielen aus der Rechtsprechung. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung BVerfGE 102, 26, 39 den Duden und das Grimm'sche Wörterbuch zur Darlegung des umgangssprachlichen Verständnisses des Begriffes „Verkehr mit Gegenständen“ herangezogen.

412 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/hilfsbeduerftig>.

413 Mackensen, Deutsches Wörterbuch, Stichwort hilfsbedürftig.

414 Wahrig-Burfeind, Deutsches Wörterbuch, Stichwort hilfsbedürftig.

415 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/beduerftig>.

416 Wahrig-Burfeind, Deutsches Wörterbuch, Stichwort bedürftig.

417 Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?qu=beduerftig>.

418 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/beduerftig>; Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter

„das Helfen; das Tätigwerden zu jemandes Unterstützung“⁴¹⁹ beziehungsweise „Beistand; Unterstützung“⁴²⁰. Daneben findet sich im Duden noch die Alternative „finanzielle Unterstützung“.⁴²¹

Nach der ersten Interpretationsvariante ist von einem sehr weiten Verständnis des Begriffes „Hilfe“ und damit auch „der Hilfe bedürftig“ auszugehen. Danach wären die Konsularbeamten nach dieser Norm zum Tätigwerden aufgefordert, sobald ein Deutscher in irgendeiner Art und Weise der tatsächlichen Unterstützung bedarf. Nach der zweiten Wortbedeutung wäre nur eine materielle Hilfsbedürftigkeit erfasst. Der Konsularbeamte wäre nach dieser Norm also lediglich angehalten, in Fällen finanzieller Engpässe tätig zu werden. Der allgemeine Sprachgebrauch bringt damit zunächst keine genaueren Erkenntnisse, wie der Begriff der Hilfsbedürftigkeit in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zu verstehen ist.

In der Rechtssprache wird der Begriff der Hilfsbedürftigkeit vornehmlich mit dem Sozialhilferecht in Verbindung gebracht. So finden sich in Rechtswörterbüchern unter dem Stichwort „Hilfsbedürftigkeit“ allein Erklärungen zur Hilfsbedürftigkeit im Sinne des Sozialhilferechts. Hilfsbedürftigkeit wird dort als Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung von Sozialhilfe dargestellt, die vorliegt, wenn die betreffende Person ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht aus eigenen Kräften und Mitteln aufbringen kann.⁴²²

Weiter bestimmt § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG, dass die Behebung der Notlage nicht auf andere Weise möglich ist. Damit wird der Begriff der Notlage als der Zustand beschrieben, in dem jemand hilfsbedürftig ist. Die Begriffe der Notlage und der Hilfsbedürftigkeit umschreiben mithin die gleiche Situation, sie werden als Synonyme verwendet.

Unter dem Begriff der Notlage ist nach allgemeinem Sprachgebrauch eine „aufgrund äußerer Umstände eingetretene schwierige Situation, in der sich jemand befindet“⁴²³ beziehungsweise einfach nur eine „schwierige, schlimme Lage“⁴²⁴ zu verstehen oder mit den Worten des Bundesverwaltungsgerichts „ein Zustand der Bedrängnis, d.h. eine Situation, in der eine Person dringend Hilfe benötigt („akute Hilfsbedürftigkeit“)⁴²⁵. Der Begriff der Notlage wird damit an sich sehr weit ausgelegt und erfasst ähnlich wie die erste Auslegungsvariante der Begriffe Hilfe und hilfsbedürftig jede Form einer Notsituation. Schaut man sich den Wortbestandteil der Not isoliert an, ergibt sich auch hier eine allgemeine und eine spezielle Auslegungsvariante der materiellen

<http://www.dwds.de/?qu=bedürftig>; Wahrig-Burfeind, Deutsches Wörterbuch, Stichwort bedürftig.

419 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Hilfe>.

420 Mackensen, Deutsches Wörterbuch, Stichwort Hilfe; Wahrig-Burfeind, Deutsches Wörterbuch, Stichwort Hilfe.

421 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Hilfe>.

422 Alpmann, Brockhaus Recht, S. 617; Creifelds/Weber, Rechtswörterbuch, S. 602 f.; Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, S. 2240.

423 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Notlage>.

424 Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?view=1&qu=Notlage>. So auch Wahrig-Burfeind, Deutsches Wörterbuch, Stichwort Notlage: „Bedrängnis, schwierige, schlimme Lage“ und Mackensen, Deutsches Wörterbuch, Stichwort Notlage: „Bedrängnis, Zwangslage“.

425 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 13 (zitiert nach juris).

Not. So heißt es zum einen „besonders schlimme Lage, in der jemand dringend Hilfe braucht“⁴²⁶ beziehungsweise „schwierige Lage, Bedrängnis“⁴²⁷ und zum anderen „Mangel an lebenswichtigen Dingen; Elend, äußerste Armut“⁴²⁸ beziehungsweise „dringender Bedarf an unentbehrlichen Gütern“⁴²⁹.

Da der Wortlaut selbst zum Beispiel durch Angabe des Ursprungs oder der Art der Notlage den Notlagebegriff nicht ausdrücklich einschränkt, folgert das Bundesverwaltungsgericht, der Vorinstanz⁴³⁰ folgend, dass sich der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht auf die Behebung wirtschaftlicher Notlagen beschränke. Vielmehr erfasse er alle denkbaren Arten von Notfällen, da eben die Auslegung „nach dem allgemeinen Wortsinn“ für eine solche Begrenzung nichts hergebe.⁴³¹ Richtig ist auch, dass oftmals und insbesondere bei Generalklauseln bewusst eine allgemeine, möglichst offene Wortwahl getroffen wird. Dadurch soll zum einen gewährleistet werden, dass die Rechtsnorm möglichst alle gewünschten Lebenssachverhalte erfasst und zum anderen dass ihr eine gewisse Anpassungsfähigkeit für mögliche künftige Änderungen der Lebensrealitäten oder allgemeinen Wertevorstellungen verbleibt.⁴³²

Die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts ist trotzdem aus zwei Gründen problematisch. Zum einen ist nicht der allgemeine, sondern im Zweifel – insbesondere wenn sich das Gesetz wie hier nicht an die Allgemeinheit wie zum Beispiel die Straßenverkehrsordnung sondern an die speziell ausgebildete Berufsgruppe der Konsularbeamten richtet – der juristische Sprachsinn entscheidend,⁴³³ den das Bundesverwaltungsgericht nicht untersucht. Zum anderen ist der für die Festlegung des Anwendungsbereiches entscheidende Begriff nicht der der Notlage, sondern der der Hilfsbedürftigkeit – genauer gesagt der des hilfsbedürftigen Deutschen. Der Begriff der Notlage ist lediglich im letzten Halbsatz enthalten, welcher den Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG dahingehend einschränkt, dass die Notlage nicht auf andere Weise behoben werden kann. Tatbestandsmerkmal ist aber das Wort hilfsbedürftig. Der Notlagebegriff bezieht sich damit direkt auf den Zustand der Hilfsbedürftigkeit und umschreibt diesen mit anderen Worten. Die Notlage nach dieser Vorschrift meint also nichts anderes als den Zustand der Hilfsbedürftigkeit.⁴³⁴ Der Notlagebegriff kann für die Auslegung herangezogen werden, aber relevant für die Auslegung des Begriffes der Notlage ist, wie der Begriff der

426 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Not>.

427 Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?view=1&qu=Not>.

428 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Not>. Ähnlich auch Wahrig-Burfeind, Deutsches Wörterbuch, Stichwort Not: „Armut, Elend“.

429 Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?view=1&qu=Not>.

430 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 17 (zitiert nach juris).

431 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 13 (zitiert nach juris).

432 Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 39.

433 Im Zweifel zählt die „juristisch „richtige“ Deutung, mag der Begriff, umgangssprachlich beim Wort genommen, auch klar sein oder etliche Bedeutungen haben.“, Schwacke, Juristische Methodik, S. 90.

434 So auch Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.8.

Hilfsbedürftigkeit in dieser Vorschrift zu verstehen ist und diesem kommt ja gerade sowohl im allgemeinen als auch im juristischen Sprachgebrauch eine doppelte Bedeutung zu.

Die grammatische Auslegung führt nicht zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis. Die untersuchten Begriffe insbesondere der Hilfsbedürftigkeit, der Hilfeleistung und der Notlage werden sowohl allgemein als auch im Rahmen ausschließlich materieller Zusammenhänge gebraucht. Festzuhalten ist aber, dass der Begriff der Hilfsbedürftigkeit in der Rechtssprache vornehmlich im Zusammenhang mit der Sozialhilfe verwendet wird und die Rechtssprache im Zweifel der Vorzug gegenüber dem allgemeinen Sprachverständnis zu geben ist, insbesondere wenn es sich wie im vorliegenden Fall um ein Gesetz handelt, dass sich nicht an die Allgemeinheit sondern an speziell ausgebildete Fachkräfte richtet.

Die grammatische Auslegung hat aber die verschiedenen Bedeutungsmöglichkeiten der Begriffe der Hilfsbedürftigkeit und der Notlage abschließend aufgezeigt.⁴³⁵ Mithilfe der weiteren Auslegungsmethoden ist in den folgenden Abschnitten zu klären, welche dieser aufgezeigten Bedeutungsvarianten vorzugswürdig ist, also im vorliegenden Fall, ob § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG sich der allgemeinen oder doch der besonderen, auf wirtschaftliche Notlagen begrenzten Bedeutung dieser Begriffe bedient.

2. Systematische Auslegung

Jede Norm ist Teil der Rechtsordnung als Ganzes. Die systematische Auslegung zieht Schlüsse aus der Stellung einer einzelnen Regelung innerhalb dieses Systems und hierbei innerhalb einer Norm, eines Gesetzes, eines Rechtsgebiets oder eben der Rechtsordnung als Ganzes.⁴³⁶ „Bei der systematischen Auslegung ist darauf abzustellen, daß einzelne Rechtssätze, die der Gesetzgeber in einen sachlichen Zusammenhang gestellt hat, grundsätzlich so zu interpretieren sind, dass sie logisch miteinander vereinbar sind. Denn es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber sachlich Zusammenhängendes so geregelt hat, dass die gesamte Regelung einen durchgehenden, verbindlichen Sinn ergibt“.⁴³⁷

Im Folgenden soll zur besseren Übersichtlichkeit zunächst die sprachliche Systematik, dass heißt die sprachliche Logik und Widerspruchsfreiheit des Tatbestandsmerkmals der Hilfsbedürftigkeit (hierzu unter a) und im Anschluss die inhaltliche Systematik, also die Logik und Widerspruchsfreiheit des Regelungsinhaltes (hierzu unter b) untersucht werden. Die Vermutung der sprachlichen und inhaltlichen Logik und Widerspruchsfreiheit⁴³⁸ ist umso stärker, je „näher“ sich die einzelnen Rechtssätze stehen, da davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber sich „näher“ stehende Regeln bei der Gesetzesausarbeitung stärker berücksichtigt hat.⁴³⁹

435 Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 441; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 143 f., 163 f. m.w.N.

436 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 745.

437 BVerfGE 48, 246, 257.

438 Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 43.

439 Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 164.

a) Sprachliche Systematik

Für die Bedeutungsfindung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe kann auch Berücksichtigung finden, in welchen anderen Gesetzen dieser Begriff vorkommt und welche Bedeutung ihm dort zukommt.⁴⁴⁰ Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber unter anderem aus Gründen der Rechtssicherheit sowie der Einfachheit und Übersichtlichkeit des Rechts logische Widersprüche innerhalb der gesamten Rechtsordnung vermeiden wollte.⁴⁴¹ Diese Widerspruchsfreiheit bezieht sich sowohl auf die sprachliche/grammatische als auch die inhaltliche Logik.⁴⁴² Allerdings ist zum einen zu beachten, dass der Gesetzgeber Widersprüche auch übersehen haben und zum anderen, dass ein und demselben Begriff in einem anderen Kontext und damit insbesondere in verschiedenen Gesetzen auch eine unterschiedliche Bedeutung zukommen kann.⁴⁴³ Beispiele hierfür sind der Begriff der „baulichen Anlage“ im Baugesetzbuch des Bundes und in den verschiedenen Landesbauordnungen⁴⁴⁴ aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung von Bauordnungs- und Bauplanungsrecht und aufgrund dessen, dass mit dem Bund und den Ländern verschiedene Gesetzgeber am Werk waren, oder der Begriff der „Anfechtung“ im Bürgerlichen Gesetzbuch und in der Insolvenzordnung⁴⁴⁵.

Aus der Verwendung des Begriffes der Hilfsbedürftigkeit und des Wortbestandteils der Hilfe in anderen Vorschriften des Konsulargesetzes und des Verwaltungsrechts im Allgemeinen können Rückschlüsse auf dessen Bedeutung in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gezogen werden, in dem Parallelen oder Unterschiede in der Begriffsbedeutung ermittelt werden.⁴⁴⁶ Zunächst wird daher die Verwendung des Begriffes der Hilfsbedürftigkeit in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG untersucht (hierzu unter 1). Anschließend wird analysiert, dass der Begriff der Hilfe mehrfach in den Kontext des Leistens gesetzt wird und welche Rückschlüsse hieraus gezogen werden können (hierzu unter 2).

440 In BVerfGE 98, 145, 155 bezieht sich das BVerfG bei der Auslegung des Landeswahlgesetzes des Landes Berlin auf die Landeswahlgesetze der anderen Bundesländer. In BVerfGE 10, 285, 291 legt das BVerfG das Beamtenrechtsrahmengesetz unter Heranziehung der entsprechenden Vorschriften für andere gerichtliche Verfahren so zum Beispiel in der Zivilprozessordnung und im Gerichtsverfassungsgesetz aus. In BVerfGE 80, 269, 279 leitet es „aus dem Regelungszusammenhang der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsgesetzes“ ab. In BVerfGE 86, 128, 218 wird die Rechtsprechung zur Bedeutung des Wortes „berücksichtigen“ in anderen Vorschriften des Grundgesetzes nicht übertragen, da diese dort in einem anderen Zusammenhang stünden.

441 Diese Vermutung gilt insbesondere im Verhältnis zu höherrangigem Recht, da die Norm, soweit sie nicht verfassungs-, europarechts- oder völkerrechtskonform ausgelegt werden kann, sonst ungültig wäre, aber auch zwischen gleichrangigen Normen, Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 44, 50.

442 BVerfGE 86, 148, 218 ff.

443 Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 140 m.w.N.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 133 f.; Wank, Auslegung von Gesetzen, S. 45.

444 Zu den Begriffsunterschieden und den Gründen im Einzelnen zum Beispiel Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, § 29 Rn. 22 f.

445 Kirchhof/Eidenmüller/Stürmer, Insolvenzordnung Kommentar, Vorbemerkungen vor §§ 129 bis 147 Rn. 40 f.

446 In BVerfGE 17, 155, 164 f. hat das BVerfG den Begriff der Vereinigungen sowohl in den verschiedenen Bestimmungen des StGB verglichen als auch in anderen Gesetzen wie zum Beispiel im Versammlungsgesetz untersucht.

Der Begriff der Notlage wird im Rahmen der sprachlichen Systematik nicht näher untersucht, da er zum einen nur noch in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG ohne weitere Hinweise auf seine sprachliche Bedeutung verwendet wird und zum anderen zu allgemein für einen sprachlichen Vergleich mit anderen Gesetzen ist.

(1) Hilfsbedürftig

Der Begriff hilfsbedürftig wird im Konsulargesetz außer in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG noch in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG verwendet. Demnach ist vom Zeitpunkt des Eintritts der Hilfsbedürftigkeit an Hilfe nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch⁴⁴⁷ (im Folgenden „SGB XII“) oder in dessen entsprechender Anwendung zu gewähren, wenn die Notlage länger als zwei Monate andauert. Das Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch regelt die Gewährung von Sozialhilfe und § 24 SGB XII⁴⁴⁸ die Gewährung von Sozialhilfe an Deutsche im Ausland.

Der Begriff der Hilfsbedürftigkeit (beziehungsweise der Hilfebedürftigkeit)⁴⁴⁹ ist einer der grundlegenden Begriffe des Sozialhilferechts.⁴⁵⁰ In diesem Rechtsgebiet beschreibt er ausschließlich eine materielle Hilfsbedürftigkeit. Das Sozialhilferecht soll das verfassungsrechtlich garantierte Existenzminimum absichern und dient daher der Beseitigung wirtschaftlicher Notlagen.⁴⁵¹ In § 9 Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende⁴⁵² (im Folgenden „SGB II“)⁴⁵³ ist der Begriff der Hilfsbedürftigkeit legaldefiniert. Danach ist hilfsbedürftig,

„wer seinen Lebensunterhalt, seine Eingliederung in Arbeit und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht

447 BGBl. 2003 I S. 3022, 3023, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 3214.

448 § 24 SGB XII ist im Normenglossar auf Seite 276 abgedruckt.

449 Die Begriffe hilfsbedürftig und hilfebedürftig sind Synonyme (vgl. Wahrig-Burfeind, Deutsches Wörterbuch unter beiden Stichwörtern). Beim dem die Begriffe Hilfe und Bedürftigkeit verbindenden „s“ beziehungsweise „e“ handelt es sich um sogenannte Fugenzeichen. Für die Verwendung der einzelnen Fugenzeichen gibt es keine feste Regeln, vgl. Pons, Grammatik, S. 72. Zudem wurden in der Vergangenheit beide Begriffe sowohl im Sozialhilfe- als auch im Konsularrecht verwendet. Zum Beispiel enthalten §§ 5 und 8 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge den Begriff der Hilfsbedürftigkeit (vgl. RGBl. 1924, Teil I, S. 766) ebenso wie die Gesetzesbegründung zum BSHG, obwohl diese zugleich erklärt, den Begriff im Gesetzestext nicht verwenden zu wollen (vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Band 67, Bonn 1960, S. 31 ff. und insbesondere S. 37). § 9 SGB II dagegen verwendet „wieder“ den Begriff der Hilfebedürftigkeit. Der Gesetzentwurf für ein neues Konsulargesetz von 1965 verwendete zunächst die Begriffe des Hilfebedürftigen und der Hilfebedürftigkeit (vgl. Art. 17 Abs. 4 und Abs. 5 Entwurf 1965, BR-Drs. 404/64, S. 4), während die in Kraft getretene Fassung ebenso wie die Vorgängernorm des § 26 KonsG 1867 den Begriff der Hilfsbedürftigkeit enthält.

450 Daher auch der Verweis auf die Sozialhilfe in Rechtswörterbüchern unter dem Stichwort „Hilfsbedürftigkeit“, vgl. Fn. 422.

451 Beispielhaft BVerfGE 125, 175, 222 ff.

452 BGBl. 2003 I S. 2954, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 2541.

453 Das SGB II regelt die Grundsicherung für Arbeitssuchende (sog. „Hartz IV“), welche ergänzend zur Sozialhilfe geschaffen wurde. Der Begriff der Hilfebedürftigkeit ist gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II eine der Voraussetzungen für die Gewährung von Hilfe nach dem SGB II (Grundsicherung für Arbeitssuchende) und – ohne ausdrückliche Nennung des Begriffes – auch gemäß § 19 Abs. 1 SGB XII nach dem SGB XII für die Gewährung von Sozialhilfe.

ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem nicht 1. durch Aufnahme einer zumutbaren Arbeit, 2. aus dem zu berücksichtigten Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält.“

Ein Vergleich der Gesetzesbegründungen zu § 9 SGB II und § 5 KonsG zeigt, dass der Gesetzgeber beiden Begriffen die gleiche inhaltliche Bedeutung zumisst. So setzt die Hilfeleistung nach dem Konsulargesetz voraus, dass die Notlage nicht auf andere Weise behoben werden kann.

„Damit ist gemeint, daß der Hilfesuchende sich nicht selbst, sei es durch Arbeitsleistung, sei es durch Einsatz eigener Mittel, helfen kann. Auch die Möglichkeit einer Unterstützung von dritter Seite muss zunächst geprüft werden . . .“⁴⁵⁴

In der Gesetzesbegründung zu § 9 SGB II heißt es:

„Der Hilfesuchende hat insbesondere seine Arbeitskraft und das zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen einzusetzen, um Hilfebedürftigkeit zu vermeiden. . . Nicht hilfebedürftig ist derjenige, der die erforderliche Hilfe von anderen erhält oder erhalten kann.“⁴⁵⁵

Beide Regelungen verlangen zusammenfassend, dass auf zumutbare Weise eigene und fremde Mittel verwendet werden, bevor staatliche Leistungen in Anspruch genommen werden können. Mit anderen Worten ist derjenige hilfsbedürftig, der nicht aus eigener Kraft seine materielle Not beseitigen kann.

Der Begriff der Hilfsbedürftigkeit wurde auch schon in der Vergangenheit in verschiedenen sozialhilferechtlichen Regelungen verwendet. So findet er sich in der Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Januar 1924,⁴⁵⁶ den Reichsgrundsätzen über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 4. Dezember 1924⁴⁵⁷ und dem Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922⁴⁵⁸. § 5 der Reichsgrundsätze der öffentlichen Fürsorge enthält sogar eine Legaldefinition, die inhaltlich der heutigen Definition in § 9 SGB II entspricht. Danach war hilfsbedürftig,

„wer den notwendigen Lebensbedarf für sich und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen kann und ihn auch nicht von anderer Seite, insbesondere von Angehörigen, erhält.“⁴⁵⁹

Den Begriff der Hilfsbedürftigkeit und auch den des Hilfsbedürftigen hat das Bundessozialhilfegesetz⁴⁶⁰ (im Folgenden „BSHG“), welches von 1962 bis 2004 die heute im

454 BR-Drs. 308/72, S. 18. Die BR-Drs. 308/72 ist mit den späteren Drucksachen BT-Drs. VI/3763 und BT-Drs. 7/131 identisch, da der Gesetzesvorschlag nach Ablauf der Legislaturperiode nur erneut vorgelegt, inhaltlich aber nicht geändert wurde. Im Folgenden wird daher ausschließlich BR-Drs. 308/72 zitiert.

455 BT-Drs. 15/1516, S. 52 f.

456 Vgl. insbesondere § 7 Verordnung über die Fürsorgepflicht, RGBl. 1924 I S. 101 f.

457 Vgl. zum Beispiel §§ 1, 3-5 Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge, RGBl. 1924 I S. 766.

458 Vgl. §§ 3 Nr. 3, 49 ff. Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, RGBl. 1922 I S. 633, 640 ff.

459 RGBl. 1924 I S. 766.

460 BGBl. 1961 I S. 815. Mit dem Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch

Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch enthaltenen Regelungen zur Sozialhilfe beinhaltete, nicht übernommen, weil bewusst eine begriffliche Abgrenzung zu den Vorgängerregelungen vorgenommen werden sollte.⁴⁶¹ So wurde insbesondere auch der Begriff der öffentlichen Fürsorge durch den Begriff der Sozialhilfe ersetzt.⁴⁶² Gerade aber der Abschnitt 2 des Bundessozialhilfegesetzes, der die Hilfe zum Lebensunterhalt regelte, welche nunmehr im dritten Kapitel des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch normiert ist, lehnt sich weitgehend an das alte Fürsorgerecht und das dort verwendete Verständnis des Begriffes der Hilfsbedürftigkeit an.⁴⁶³

Zwar verwendet das Bundessozialhilfegesetz den Begriff der Hilfsbedürftigkeit nicht ausdrücklich, § 11 Abs. 1 BSHG regelt aber im Prinzip genau das, was nach den Vorgängernormen als hilfsbedürftig zu verstehen war. In der Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 1 BSHG heißt es wörtlich: „Die Regelung entspricht im wesentlichen der Bestimmung des § 5 RGr.“⁴⁶⁴ Dieses Verständnis hat § 9 Abs. 1 SGB II unter der Wiederverwendung des Begriffes der Hilfebedürftigkeit übernommen, so dass § 11 Abs. 1 BSHG als Vorbild- und Vorgängernorm des § 9 Abs. 1 SGB II bezeichnet werden kann.⁴⁶⁵ § 19 Abs. 1 SGB XII entspricht § 11 Abs. 1 BSHG bis auf einigen sprachlichen Anpassungen.⁴⁶⁶ In mehreren Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes⁴⁶⁷ und insbesondere in § 119 Abs. 1 BSHG wird zudem die Formulierung „der Hilfe bedürfen“ verwendet. Hier wurde zwar der Begriff der Hilfsbedürftigkeit nicht erwähnt, aber seine einzelnen Wortbestandteile „Hilfe“ und „Bedürftigkeit“ in Form des zugehörigen Verbs „bedürfen“ in direkten Zusammenhang gesetzt.

Zudem wird der Begriff der Hilfsbedürftigkeit sowohl von der Rechtsprechung als auch der Literatur weiterhin verwendet, um die Anspruchsvoraussetzung der fehlenden eigenen oder fremden finanziellen Mittel in den verschiedenen Normen des Sozialhilferechts zu umschreiben. In der Literatur heißt es hierzu zum Beispiel:

„Diese Voraussetzungen lassen sich nach wie vor am besten mit „Hilfsbedürftigkeit“ bezeichnen, obgleich das Gesetz diesen Begriff nicht mehr enthält.“⁴⁶⁸

oder

vom 27.12.2003 (vgl. BGBl. 2003 I S. 3022) wurden die Regelungen des BSHG mit Wirkung zum 01.01.2005 (vgl. BR-Drs. 404/64, S. 27) in das SGB XII überführt.

461 Anstelle des Begriffes „Hilfsbedürftiger“ verwendet das BSHG die Begriffe „Hilfeempfänger“ und „Hilfesuchender“. Zu den Gründen im Einzelnen, BT-Drs. 3/1799, S. 31 f.

462 Knopp/Fichtner, BSHG Kommentar, § 1 Rn. 2; Schellhorn/Jirasek/Seipp, BSHG Kommentar, Einführung, S. 5.

463 BT-Drs. 3/1799, S. 32; Schellhorn/Jirasek/Seipp, BSHG Kommentar, Einführung, S. 11. Der Begriff der öffentlichen Fürsorge wird auch im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG als die Unterstützung Hilfsbedürftiger in wirtschaftlichen Notlagen verstanden. Auch wenn die Gesetzgebungskompetenz insbesondere in jüngerer Vergangenheit weit ausgelegt wird, geht es im Kern um wirtschaftliche Hilfsbedürftigkeit, vgl. zum Beispiel Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 74 Rn. 17; Sachs/*Degenhart*, GG Kommentar, Art. 74 Rn. 35 ff.

464 BT-Drs. 3/1799, S. 39 f. RGr. steht für Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge (siehe Fn. 457).

465 Eicher/Spellbrink/Mecke, SGB II Kommentar, § 9 Rn. 2; Gagel/*Striebinger*, SGB II und SGB III Kommentar, § 9 Rn. 3.

466 BT-Drs. 15/1514, S. 57; *Grube/Wahrendorf*, SGB XII Kommentar, 3. Auflage, § 19 Rn. 2.

467 So in §§ 68 Abs. 1 Satz 1 und 2, 69a Abs. I, II und III und § 108 Abs. 4 BSHG.

468 Knopp/Fichtner, BSHG Kommentar, § 11 Rn. 9.

„Den Begriff der Hilfsbedürftigkeit vermeidet das Gesetz . . . , doch es findet hierfür keinen passenden Ersatz“⁴⁶⁹.

Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist es Aufgabe der Sozialhilfe, eine Hilfsbedürftigkeit zu beseitigen, deren Fortbestehen die Menschenwürde des Hilfesuchenden verletzen würde.⁴⁷⁰

Der Begriff der Hilfe-/Hilfsbedürftigkeit zieht sich als notwendige Voraussetzung der Gewährung von öffentlichen Fürsorgeleistungen und damit als allgemeiner Grundsatz durch alle vergangenen Sozialhilferechtsregelungen. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass er einen zentralen Begriff des Sozialhilferechts beziehungsweise des Rechts der öffentlichen Fürsorge darstellt. Auch die Kommentarliteratur sieht einen gemeinsamen Begriff der Hilfsbedürftigkeit im Konsular- und im Sozialrecht. So heißt es in einem Kommentar zum Konsulargesetz:

„Nach den allgemeinen Grundsätzen des Sozialhilferechts ist als hilfebedürftig anzusehen, wer seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem aus seinem Einkommen und Vermögen, beschaffen kann. Diese Begriffsbestimmung des § 11 Abs. 1 des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG), das zwar den Ausdruck „hilfebedürftig“ selbst nicht verwendet, liegt auch § 5 KG zugrunde. Hilfsbedürftigkeit setzt hiernach voraus, daß es dem Hilfesuchenden an dem notwendigen Lebensunterhalt ganz oder teilweise mangelt und er sich den fehlenden Lebensunterhalt mit eigenen Kräften und Mitteln nicht beschaffen kann.“⁴⁷¹

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass sich der Begriff der Hilfsbedürftigkeit außerdem noch in verschiedenen strafrechtlichen Normen findet. So regeln die Haftvollzugsgesetze der Länder, dass Häftlinge während der Ruhezeit nur ausnahmsweise gemeinsam untergebracht werden dürfen, wenn „ein Gefangener hilfsbedürftig ist oder eine Gefahr für Leben oder Gesundheit eines Gefangenen besteht“.⁴⁷² § 174a StGB stellt unter anderem den sexuellen Missbrauch von Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen unter Strafe. In der Kommentarliteratur findet sich hierzu folgende Begriffserklärung: „Hilfsbedürftige – einschließlich Kranker – sind Personen, die der Beaufsichtigung und Betreuung bedürfen, auch wenn sie dies selbst nicht so empfinden.“⁴⁷³ Der Begriff der Hilfsbedürftigkeit ist damit nicht exklusiv dem Sozialhilferecht zuzuordnen. Aber wie bereits an anderer Stelle dargestellt, können gleichen Begriffen in den verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedliche Bedeutungen zukommen. Außerdem wird er in den oben genannten Beispielen auch nicht allgemein und umfassend verwendet, sondern speziell auf einen Einzelfall zugeschnitten, dem des aufgrund einer Krankheit oder vergleichbaren Zustandes Hilfsbedürftigen, was sich aus dem Kontext der jeweiligen Norm auch ausdrücklich ergibt.

469 Noack, DVBl. 62, 359, 360.

470 BVerwGE 23, 149, 153.

471 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.6.

472 Siehe zum Beispiel § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Hamburgisches Strafvollzugsgesetz (HmbGVBl. 2009 S. 257), § 20 Abs. 2 Bayerisches Strafvollzugsgesetz (GVBl. 2007 S. 866) und § 25 Abs. 2 Satz 1 Berliner Jugendstrafvollzugsgesetz (GVBl. 2007 S. 653).

473 Ziegler, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, § 174a Rn. 9.

(2) Hilfeleistung

Der Konsularbeamte soll gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG die erforderliche Hilfe leisten. Die amtliche Überschrift⁴⁷⁴ des § 5 KonsG heißt „Hilfeleistung an einzelne“. Der Begriff der Hilfe wird in den Kontext des Leistens gesetzt.⁴⁷⁵

Der Begriff der Leistung ist wie die Begriffe der Hilfe und der Hilfsbedürftigkeit mehrdeutig und damit auslegungsbedürftig. Im Duden finden sich unter anderem die folgenden Bedeutungserklärungen: „(im Rahmen einer [finanziellen] Verpflichtung) Geleistetes, Gewährtes, besonders geleisteter, gezahlter Betrag“, „Dienstleistung“ oder einfach nur „unternommene Anstrengung und das erzielte Ergebnis“.⁴⁷⁶ Auch im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache finden sich diese beiden Erklärungen. Dort heißt es: „das, was jmdm. geleistet werden muss, die (finanzielle) Verpflichtung gegen jmdn.“ und „das Geleistete, das Produkt einer körperlichen oder geistigen Arbeit“.⁴⁷⁷ Die Leistung wird also im allgemeinen Sprachgebrauch ähnlich wie die Begriffe Hilfe und Hilfsbedürftigkeit entweder speziell als eine finanzielle Leistung verstanden oder aber allgemein als jedes aus Arbeit geleistete Ergebnis.

Auch im juristischen Sprachgebrauch kommen dem Begriff der Hilfeleistung verschiedene Bedeutungen zu. Teilweise wird er ausschließlich als tatsächliche Hilfeleistung ohne finanzielle Komponente verwendet. So gibt es zum Beispiel im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen das Hilfeleisten bei der Stimmabgabe. Hiernach können sich des Lesens Unkundige oder körperlich Behinderte bei der Stimmabgabe von einer Person ihres Vertrauens helfen lassen.⁴⁷⁸ In Bremen gibt es ein Hilfeleistungsgesetz, welches die Arbeit von Feuerwehren, Rettungsdienst, Katastrophenschutz und anderen mit der Gefahrenabwehr befassten Stellen regeln soll.⁴⁷⁹ Ähnliche Gesetze in anderen Bundesländern verwenden ebenfalls den Begriff.⁴⁸⁰

Auch im Bundesrecht kommt in diesem Zusammenhang der Begriff vor. § 28 Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz⁴⁸¹ enthält ihn. In § 6c Wehrpflichtgesetz⁴⁸² finden sich unter der

474 Die amtliche Überschrift kann Hinweise für die Auslegung bieten, vgl. BVerfGE 11, 245, 250; BVerfG, Beschluss vom 25.02.2009, Az.: 2 BvR 1537/08, Rn. 25 (zitiert nach juris); BVerwGE 99, 10, 16.

475 Der Begriff der Hilfeleistung wiederholt sich zudem in § 5 Abs. 7 KonsG und wiederum in der Form des „Hilfe leisten“ in § 5 Abs. 4 KonsG.

476 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Leistung>.

477 Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?qu=Leistung>.

478 Siehe zum Beispiel § 56 Abs. 1 Satz 1 Brandenburgische Landeswahlverordnung, GVBl. 2004 II S. 150, zuletzt geändert durch GVBl. 2009 II S. 386 und § 45 Abs. 1 Satz 1 Landeswahlordnung über die Wahl zum Schleswig-Holsteinischen Landtag GVOBl. Schl.-H. 2009 S. 430, zuletzt geändert durch GVOBl. Schl.-H. 2011 S. 169.

479 § 1 Abs. 1 Satz 1 Bremisches Hilfeleistungsgesetz, Brem.GBl. 2009 S. 105, zuletzt geändert durch Brem.GBl. 2013 S. 512.

480 Zum Beispiel Gesetz über den Feuerschutz und die Hilfeleistung in Nordrhein-Westfalen, GV. NRW. 1998 S. 122, zuletzt geändert durch GV. NRW. 2012 S. 474 und Gesetz über den Brandschutz, die Hilfeleistung und den Katastrophenschutz des Landes Brandenburg, GVBl. 2004 I S. 197, zuletzt geändert durch GVBl. 2008 I S. 202.

481 Gesetz über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes, BGBl. 1997 I S. 726, zuletzt geändert durch BGBl. 2009 I S. 2350.

482 Wehrpflichtgesetz, BGBl. 2011 I S. 1730, zuletzt geändert durch BGBl. 2013 I S. 1084.

amtlichen Überschrift „Hilfeleistung im Innern“ Regelungen zur Hilfeleistung bei einer Naturkatastrophe oder einem besonders schweren Unglücksfall nach Artikel 35 GG und in § 6d Wehrpflichtgesetz unter der amtlichen Überschrift „Hilfeleistung im Ausland“ Regelungen zu humanitären Hilfeleistungen im Ausland. Als letztes Beispiel soll noch die Hilfeleistung in Steuersachen nach §§ 1 ff. Steuerberatungsgesetz⁴⁸³ erwähnt werden.

Im allgemeinen Verwaltungsrecht steht der Begriff der Leistungsverwaltung als Gegenstück zu der sogenannten Eingriffsverwaltung. Die Leistungsverwaltung umfasst die gezielte Unterstützung Einzelner (zum Beispiel durch Fürsorgeleistungen) sowie die Daseinsfürsorge insbesondere durch Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen (zum Beispiel Schulen, Krankenhäuser, Museen). Sie dient der Gewährleistung und Verbesserung der Lebensbedingungen der Bürger.⁴⁸⁴ Öffentliche Zuwendungen aufgrund wirtschaftlicher Not sind nur ein – wenn auch nicht unbedeutender – Teil der Leistungsverwaltung. Dennoch ist die Leistungsverwaltung Ausfluss des Sozialstaatsprinzips,⁴⁸⁵ welches den Gesetzgeber anhält, für soziale Gerechtigkeit zu sorgen und hierbei soziale Not einerseits zu verhindern und andererseits zu beseitigen insbesondere durch die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums.⁴⁸⁶

Unabhängig von diesem weiten Verständnis der Leistung im allgemeinen Verwaltungsrecht und den verschiedenen im vorletzten Absatz aufgezeigten Bedeutungen im besonderen Verwaltungsrecht sind die Begriffe der Leistung und des Leistens inhärente Begriffe des finanziellen Leistungsrechts und insbesondere des Sozialrechts. Dies zeigt exemplarisch ein Blick auf das Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch. In § 1 SGB XII mit der amtlichen Überschrift Aufgabe der Sozialhilfe kommt der Begriff der Leistung vier Mal vor. In den 149 Paragraphen des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch enthalten nur 29 nicht in irgendeiner Form das Wort Leistung.

Ein Vergleich der amtlichen Überschriften von §§ 5, 6 und 7 KonsG, welchen im Rahmen der Auslegung auch Relevanz zukommt,⁴⁸⁷ spricht dafür, dass § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht einen umfassenden Leistungsbegriff beinhaltet. Die amtlichen Überschriften von § 6 und § 7 KonsG heißen „Hilfe in Katastrophenfällen“ beziehungsweise „Hilfe für Gefangene“. Die Überschrift von § 5 KonsG lautet dagegen nicht „Hilfe an einzelne“ sondern „Hilfeleistung an einzelne“. § 5 KonsG grenzt sich also dergestalt von § 6 und § 7 KonsG ab, dass er den Begriff der Hilfeleistung und nicht den der Hilfe verwendet.

Fraglich ist, warum hier unterschiedliche Begriffe gewählt wurden und welche Rückschlüsse daraus gezogen werden können. Der Begriff der Hilfeleistung wird, wie bereits dargestellt,

483 Steuerberatungsgesetz, BGBl. 1975 I S. 2735, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 1682.

484 Alpmann, Brockhaus Recht, S. 453; Creifelds/Weber, Rechtswörterbuch, S. 603; Maurer, 14. Auflage 2002, § 1 Rn. 16. Zu der begrifflichen Abgrenzung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung im Einzelnen siehe zum Beispiel NJW 1986, 2602, 2603 f.

485 Von Münch/Kunig/Schnapp, GG Kommentar, Art. 20 Rn. 50.

486 Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 20 Rn. 114, 118 f.; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG Kommentar, Art. 20 Rn. 29; Von Münch/Kunig/Schnapp, GG Kommentar, Art. 20 Rn. 51.

487 BVerfGE 11, 245, 250; Schwacke, Juristische Methodik, S. 95.

sowohl im allgemeinen als auch im juristischen Sprachgebrauch in allgemeinen als auch in spezifisch finanziellen Zusammenhängen gebraucht. Benutzt man ihn in einem nicht finanziellen Zusammenhang, weist er keinen Bedeutungsunterschied zum Begriff der Hilfe auf, da der Gewährung von Hilfe insoweit immer ein aktiv tätig werdendes Element und damit etwas Leistendes innewohnt. Die Verwendung eines anderen Begriffes als den der Hilfe erscheint daher nur sinnvoll, wenn dadurch eine Abgrenzung von dieser allgemeinen Bedeutung erfolgen sollte. Die begriffliche Unterscheidung in den amtlichen Überschriften spricht also dafür, dass in § 5 KonsG nicht der allgemeine, sondern der besondere Begriff der finanziellen Hilfe aufgrund wirtschaftlicher Hilfsbedürftigkeit verwendet wird.

Ein Blick auf die amtlichen Überschriften der verschiedenen Gesetzesentwürfe⁴⁸⁸ zum Konsulargesetz zeigt, dass diese begriffliche Unterscheidung von Anfang an enthalten war. Die amtlichen Überschriften im Gesetzentwurf von 1972 lauteten „Hilfeleistungen an Einzelne“ für die § 5 KonsG in der Endfassung entsprechende Norm des § 14 und „Allgemeine Hilfsmaßnahmen“ für die § 6 KonsG entsprechende Norm des § 15.⁴⁸⁹ Auch hier findet sich eine klare Unterscheidung zwischen Leistungen und sonstigen Maßnahmen. Diese Beibehaltung der Wahl eines leistungsbezogenen und eines nichtleistungsbezogenen Begriffes in den amtlichen Überschriften in mehreren Entwurfsfassungen spricht auch dafür, dass hinter dieser Differenzierung in den amtlichen Überschriften gesetzgeberische Intention steckt und sie nicht zufällig zum Beispiel aufgrund einer Vielzahl verschiedener Bearbeiter im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses entstanden ist.

In § 5 Abs. 1 Satz 2 KonsG und § 5 Abs. 2 KonsG wird der Begriff der Hilfe zusammen mit dem Verb „gewähren“ gebraucht. „Gewähren“ ist im allgemeinem Sprachgebrauch sehr weit zu verstehen. So wird gewähren insbesondere mit „einer Bitte entsprechen“ oder nur „etwas geben“ erklärt.⁴⁹⁰ Auch in unterschiedlichen Rechtsnormen wird das Verb gewähren in vielfältigen Zusammenhängen verwendet. So sind zum Beispiel folgende Dinge zu gewähren: Arbeitsbedingungen in § 8 Abs. 1 Satz 1 Arbeitnehmerentsendegesetz⁴⁹¹, Gelegenheit in § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 und 11 Betäubungsmittelgesetz⁴⁹² oder den Gebrauch der Mietsache in § 535 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch⁴⁹³.

Im Sozialhilferecht werden die Wendungen „Hilfe gewähren“ und „Hilfe leisten“ als Synonyme gebraucht. So wurde zum Beispiel aus der Formulierung „Hilfe gewähren“ in § 11 Abs. 1 Satz 1 BSHG die Formulierung „Hilfe leisten“ in § 19 Abs. 1 SGB XII, ohne dass sich etwas am Regelungsinhalt geändert hat.⁴⁹⁴ Weiterhin wurde ohne inhaltliche Änderung das Gewähren in

488 Die Einbeziehung der Gesetzgebungsdokumente in die Auslegung ist eigentlich Teil der historischen Auslegung. Der Vergleich der Überschriften wird aber zur besseren Übersichtlichkeit umfassend an dieser Stelle bearbeitet.

489 BR-Drs. 308/72, S. 4. Eine § 7 KonsG entsprechende Norm war in dem Entwurf noch nicht enthalten.

490 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/gewaehren>.

491 BGBl. 2009 I S. 799, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 2739.

492 BGBl. 1994 I S. 358, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 1670.

493 BGBl. 2002 I S. 42, 2909; 2003 I S. 738, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 2787.

494 *Grube/Wahrendorf*, SGB XII Kommentar, § 19 Rn. 1.

§ 5 BSHG zur Leistung in § 18 SGB XII.⁴⁹⁵ Auch in anderen Rechtsvorschriften werden beide Begriffe als Synonyme verwendet, so zum Beispiel in § 9 Abs. 1 Satz 1 („Vorruhestandsgeld nach Satz 1 ist auch zu gewähren“) und § 9 Abs. 3 Satz 1 Vorruhestandsgesetz⁴⁹⁶ („soweit diese nach Absatz 1 Vorruhestandsgeld zu leisten hat“) sowie Art. 16 Nr. 5 Bayerisches Schwangerenberatungsgesetz⁴⁹⁷ („mit allen Stellen zusammenarbeiten, die private und öffentliche Hilfen für Familien, Mütter und Kinder gewähren, im Einzelfall praktische Unterstützung bei der Beantragung und Erlangung dieser Hilfen leisten“).

Auch die Analyse des Begriffes der Hilfeleistung im Rahmen der sprachlichen Systematik ergibt kein eindeutiges Ergebnis, da der Begriff auch in nicht wirtschaftlichen Zusammenhängen verwendet wird. Festzuhalten ist aber, dass in der amtlichen Überschrift zu § 5 KonsG bewusst nicht der allgemeine Begriff der „Hilfe“ wie in §§ 6 und 7 KonsG, sondern der Begriff der „Hilfeleistung“ gewählt wurde und dass dieser Begriff ein inhärenter Begriff des finanziellen Leistungsrechts ist.

b) Inhaltliche Systematik

Die Untersuchung der inhaltlichen Systematik zeigt zunächst die besondere inhaltliche und strukturelle Nähe des § 5 KonsG zum Sozialhilferecht auf (hierzu unter (1)). Die Argumentation der Rechtsprechung, wonach diese Nähe zum Sozialrecht nicht gegen eine weite Auslegung des Notlagebegriffes spreche, überzeugt nicht (hierzu unter (2)). Weitere systematische Argumente ergeben sich aus einem Vergleich mit §§ 6 und 7 KonsG (hierzu unter (3)).

(1) Nähe zum Sozialhilferecht

Von 1962 bis 2004 und damit bereits drei Jahre vor der Veröffentlichung des ersten Gesetzentwurfs eines Konsulargesetzes im Januar 1965⁴⁹⁸ regelte § 119 BSHG die Sozialhilfe für Deutsche im Ausland.⁴⁹⁹ § 119 BSHG war als eine Leistung nach dem Bundessozialhilfegesetz gemäß § 2 Abs. 1 BSHG gegenüber der vor Inkrafttreten des heutigen Konsulargesetzes geltenden Regelung des § 26 Konsulargesetz von 1867⁵⁰⁰ (im Folgenden „KonsG 1867“) subsidiär.⁵⁰¹ Dies bedeutete:

495 Ebd. § 18 Rn. 1.

496 Gesetz zur Förderung von Vorruhestandsleistungen, BGBl. 1984 I S. 601, zuletzt geändert durch BGBl. 2005 I S. 3686.

497 Gesetz über die Schwangerenberatung des Freistaates Bayern, GVBl. 1996 S. 320.

498 BR-Drs. 404/64.

499 Die Regelung des § 119 BSHG wurde durch § 24 SGB XII abgelöst. Die Anforderungen an die Zahlung von Sozialhilfe im Ausland wurden hierbei deutlich verschärft. Ein Vergleich der beiden Regelungen findet sich zum Beispiel unter Hammel, ZFSH/SGB 2008, 396 ff.; Thüsing, NJW 2003, 3246 f.

500 Gesetz betreffend die Organisation der Bundeskonsulate sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln vom 08.11.1867, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867 S. 137 ff.

501 § 2 Abs. 1 BSHG hat folgenden Wortlaut: „Sozialhilfe erhält nicht, wer sich selbst helfen kann oder wer die erforderliche Hilfe von anderen, besonders von Angehörigen oder von Trägern anderer

„Soweit Hilfe nach § 26 des Konsulargesetzes zu gewähren ist, entfällt die Gewährung von Hilfe nach § 119 des Sozialhilfegesetzes.“⁵⁰²

Der folgende Vergleich mit der Regelung des § 119 BSHG⁵⁰³ verdeutlicht, dass § 5 KonsG inhaltlich und strukturell dem § 119 BSHG zum Teil wortwörtlich nachgebildet wurde. Zudem sind in § 5 KonsG mehrere allgemeine sozialhilferechtliche Grundsätze enthalten. Im Folgenden werden daher die einzelnen Absätze des § 5 KonsG auf ihre Nähe zum Sozialhilferecht im Allgemeinen und zu § 119 BSHG beziehungsweise zu dessen Nachfolgeregelung des § 24 SGB XII⁵⁰⁴ im Besonderen untersucht.

(a) § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG

In der Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG finden sich zwei allgemeine sozialhilferechtliche Grundsätze wieder. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz KonsG sollen Konsularbeamte nur Hilfe leisten, wenn die Notlage auf andere Weise nicht behoben werden kann.⁵⁰⁵ Diese Regelung entspricht dem allgemeinen sozialhilferechtlichen Grundsatz des Nachrangs der Hilfe.⁵⁰⁶ Er besagt, dass staatliche Unterstützung nur erhält, wer sich nicht selbst durch Erwerb oder Aufbringung eigener Mittel oder durch finanzielle Hilfe von dritter Seite helfen kann.⁵⁰⁷ In der ersten Entwurfsfassung war der Grundsatz noch ausführlicher formuliert. § 17 Abs. 3 Entwurf 1965 lautete:

„Die Hilfe ist nicht zu gewähren, soweit eigene Mittel eingesetzt werden können oder die Hilfe vom Aufenthaltsland gewährt wird. Das gleiche gilt, wenn die Hilfe von anderen gewährt wird oder rechtzeitig zu erwarten ist.“⁵⁰⁸

In der Gesetzesbegründung zu dieser Regelung heißt es:

„Absatz 3 lehnt sich eng an die Regelung des § 2 BSHG an. Der Entwurf greift damit einen allgemeinen Grundsatz des deutschen Sozialhilferechts auf, paßt diesen jedoch den Verhältnissen im Ausland an. Da Hilfebedürftigkeit gemäß Absatz 1 Voraussetzung für die Gewährung jeder Hilfe ist, kann sie nicht gewährt werden, wenn der Betroffene eigene Mittel einsetzen kann, von anderer Seite Unterstützung erhält oder rechtzeitig Hilfe zu erwarten hat. Auch hier besteht der Grundsatz der Subsidiarität. Leistungen werden nicht gewährt, soweit die Möglichkeit besteht, Hilfebedürftige an die Fürsorgebehörden des Gastlandes zu verweisen.“⁵⁰⁹

Sozialleistungen, erhält“, BGBl. 1961 I S. 815.

502 BR-Drs. 308/72, S. 17.

503 § 119 BSHG ist im Normenglossar auf Seite 276 abgedruckt.

504 Für die Auslegung von § 5 KonsG ist genau genommen die Vorgängernorm des § 24 SGB XII der § 119 BSHG von Relevanz, da § 24 SGB XII im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Norm noch nicht existierte. Allerdings übernimmt § 24 SGB XII den Inhalt des § 119 BSHG im Wesentlichen unverändert (BT-Drs. 15/1514, S. 58), so dass beide Normen im Folgenden gleichwertig zur Auslegung herangezogen werden.

505 Zum Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Subsidiarität siehe unter A.IV.

506 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.7.

507 Knopp/Fichtner, BSHG Kommentar, § 2 Rn. 1.

508 BR-Drs. 404/64, S. 4.

509 Ebd. S. 26.

§ 2 BSHG regelt unter der gleichlautenden amtlichen Überschrift den Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe. Danach erhält Sozialhilfe nicht, wer sich selbst helfen kann oder wer die erforderliche Hilfe von anderen, besonders von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. So verweist auch die Gesetzesbegründung auf Stellen der freien Wohlfahrtspflege, Vereine oder vergleichbare Einrichtungen.⁵¹⁰ Die Verweise auf Einrichtungen der Wohlfahrtspflege und Fürsorgebehörden des Gastlandes verdeutlichen zusätzlich, dass soziale und wirtschaftliche Notlagen gemeint sind, da diese Stellen in anderen Fällen nicht zuständig sind und wohl auch nicht viel auszurichten vermögen.⁵¹¹

Daneben finden sich weitere Regelungen zur Subsidiarität der Sozialhilfe im Bundessozialhilfegesetz, so zum Beispiel in §§ 11, 18, 25, 28, 67 und 69 BSHG.⁵¹² Der Nachranggrundsatz ist einer der tragenden Grundsätze des Sozialhilferechts⁵¹³ und war als Grundsatz der Subsidiarität der öffentlichen Fürsorge bereits im früheren Fürsorgerecht in §§ 5 und 8 Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge⁵¹⁴ sowie in § 21 Verordnung über die Fürsorgepflicht⁵¹⁵ enthalten. Auch in den geltenden sozialhilferechtlichen Bestimmungen wie zum Beispiel in § 9 Satz 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch - Allgemeiner Teil⁵¹⁶ (im Folgenden „SGB I“) und § 2 Abs. 1 SGB XII ist das Prinzip des Nachrangs der Sozialhilfe geregelt.

Weiterhin soll gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nur die „erforderliche“ Hilfe⁵¹⁷ geleistet werden. Dies bedeutet einerseits, dass die geleistete Hilfe die Notlage beseitigen muss und andererseits, dass sie auf das zur Beseitigung der Notlage Notwendige zu begrenzen ist.⁵¹⁸ Damit gibt § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nichts anderes als das sogenannte Bedarfsdeckungsprinzip wieder,⁵¹⁹ wonach Aufgabe der Sozialhilfe die Deckung des tatsächlichen – in einem konkreten Einzelfall festzustellenden – Bedarfs ist und hierbei sowohl eine Unterdeckung als auch eine Überdeckung vermieden werden soll.⁵²⁰

(b) § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG

§ 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG übernehmen inhaltlich die Regelungen des § 119 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BSHG. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 KonsG können Konsularbeamte auch Deutschen,

510 BR-Drs. 308/72, S. 18.

511 So auch Göres, DÖV 2008, 622, 627.

512 Knopp/Fichtner, BSHG Kommentar, § 2 Rn. 6.

513 Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Armborst, SGB XII Kommentar, § 2 Rn. 1. Zum Nachranggrundsatz im Einzelnen zum Beispiel Grube/Wahrendorf, SGB XII Kommentar, § 2 Rn. 1 ff.

514 RGBl. 1924 I S. 766.

515 RGBl. 1924 I S. 104.

516 BGBl. 1975 I S. 3015, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 3214.

517 Nach § 2 Abs. 2 SGB XII erhält keine Sozialhilfe, wer die „erforderliche Leistung“ von anderen erhält.

518 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.8 f.

519 Vgl. auch Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.8, der es den Grundsatz der möglichst wirksamen Hilfe nennt.

520 Grube/Wahrendorf, SGB XII Kommentar, § 9 Rn. 4; Groth, Beck'scher Online-Kommentar SGB XII, § 9 Rn. 4.

die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem ausländischen Staat haben, dessen Staatsangehörigkeit sie neben der deutschen Staatsangehörigkeit besitzen, sowie deren Abkömmlingen Hilfe gewähren. Nach § 5 Abs. 2 KonsG können Konsularbeamte auch nichtdeutschen Familienangehörigen, die mit einem Deutschen im Ausland in Haushaltsgemeinschaft leben oder längere Zeit gelebt haben, Hilfe gewähren.

Während die Konsularbeamten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG helfen sollen, enthalten § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG also bloße Kann-Vorschriften. Diese Unterteilung in „Soll-“ und „Kann“-Leistungen in § 5 Abs. 1 und Abs. 2 KonsG entspricht nicht nur der „Systematik und Terminologie des § 119 BSHG“⁵²¹, sondern übernimmt die Regelungen inhaltlich auch fast wortwörtlich. § 119 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BSHG lautete:

„Soweit es im Einzelfall der Billigkeit entspricht, kann folgenden Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben und im Ausland der Hilfe bedürfen, Sozialhilfe gewährt werden:

1. Deutschen, die gleichzeitig die Staatsangehörigkeit ihres Aufenthaltsstaates besitzen, wenn auch ihr Vater oder ihre Mutter die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzt oder besessen hat, sowie ihren Abkömmlingen,
2. Familienangehörigen von Deutschen, wenn sie mit diesen in Haushaltsgemeinschaft leben, [. . .]“

Im ersten Entwurf für ein neues Konsulargesetz von 1965 war diese Regelung lediglich durch einen Verweis auf die „in § 119 Abs. 2 Nr. 2 und 3 des Bundessozialhilfegesetzes vom 30. Juni 1961 [. . .] bezeichneten Personen“⁵²² enthalten. In der Entwurfsfassung von 1972 wird dann der Verweis durch die wortwörtliche Übernahme der damaligen Vorschrift des § 119 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BSHG ersetzt. Erst in der letzten Entwurfsfassung wurde die entsprechende Vorschrift neu formuliert, inhaltlich wurde § 119 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BSHG aber vollständig übernommen.

§ 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG übernehmen von § 119 Abs. 2 BSHG ebenfalls die zusätzliche Einschränkung in der Rechtsfolge, dass die Hilfe des Konsularbeamten im Einzelfall der Billigkeit entsprechen muss.

(c) § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG

§ 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG bestimmt, dass Art, Form und Maß der Hilfe sich nach den besonderen Verhältnissen im Empfangsstaat unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines dort lebenden Deutschen zu richten haben. Diese Regelung enthält den Grundsatz der Individualisierung der Hilfe und damit ein weiteres tragendes Prinzip des Sozialhilferechts.⁵²³ Es besagt, dass sich die Gewährung der Hilfe nach den Besonderheiten des Einzelfalles und damit

521 BR-Drs. 308/72, S. 18.

522 BR-Drs. 404/64 S. 4, § 17 Abs. 1 Satz 3.

523 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.2 und 3. In § 3 Abs. 1 Satz 1 BSHG, welcher die amtliche Überschrift Sozialhilfe nach der Besonderheit des Einzelfalles trägt, heißt es: „Art, Form und Maß der Sozialhilfe richten sich nach der Besonderheit des Einzelfalles, vor allem nach der Person des Hilfeempfängers, der Art seines Bedarfs und den örtlichen Verhältnissen.“ Dieser Grundsatz der Individualisierung war bereits in § 10 RGr enthalten, vgl. RGBl. 1924 I S. 767.

der konkreten und individuellen Notlage, das heißt nach den persönlichen und örtlichen Verhältnissen sowie der Art des Bedarfs des Einzelnen zu richten hat.⁵²⁴

§ 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG entspricht inhaltlich § 119 Abs. 4 BSHG, welcher auch in § 24 Abs. 3 SGB XII übernommen wurde. Dies wird bereits durch die enge Anlehnung des § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG an den Wortlaut des § 119 Abs. 4 BSHG deutlich. Es gibt nur zwei kleine Unterschiede im Wortlaut der beiden Normen. Zum einen verwendet § 119 Abs. 4 BSHG den Begriff Aufenthaltsland anstelle des Begriffes Empfangsstaat und zum anderen ist in § 119 Abs. 4 BSHG hinter Art, Form und Maß der Hilfe der Halbsatz „sowie der Einsatz des Einkommens und des Vermögens“ eingefügt.⁵²⁵ Der Begriff des Empfangsstaat ist als Gegenstück zum Begriff des Entsendestaates ein Fachbegriff des Konsularrechts.⁵²⁶ Der Halbsatz über den Einsatz des Einkommens und Vermögens wurde wahrscheinlich deshalb nicht in das Konsulargesetz übernommen, weil bereits die Tatbestandsvoraussetzung der Subsidiarität der Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG regelt, dass Hilfe soweit nicht gewährt wird, wie Einkommen oder Vermögen zur Beseitigung der Notlage herangezogen werden können.⁵²⁷ Der Hilfsanspruch in der Höhe also bereits gar nicht entsteht und damit bei der Auswahl der konkreten Rechtsfolge, für welche § 5 Abs. 3 KonsG Vorgaben macht, auch nicht mehr berücksichtigt werden muss.

Auch die Gesetzesbegründungen bestätigen ausdrücklich, dass die Vorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG auf § 119 Abs. 4 BSHG beruht. So heißt es:

„Diese Bestimmung entspricht der Regelung, die § 119 Abs. 4 BSHG für Leistungen der Sozialhilfeträger an im Ausland lebende Personen trifft.“⁵²⁸

Diese Begründung bezieht sich auf § 17 Abs. 2 Entwurf 1965, der bis auf einige sprachliche Änderungen § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG entspricht und sich sogar noch näher am Wortlaut des § 119 Abs. 4 BSHG orientiert. § 17 Abs. 2 Entwurf 1965 hatte folgenden Wortlaut:

„Art, Form und Maß der Hilfe sowie der Einsatz des Einkommens und des Vermögens richten sich nach den besonderen Verhältnissen im Aufenthaltsland unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines sich dort aufhaltenden Deutschen.“⁵²⁹

Der einzige Unterschied bestand also in der Formulierung „eines sich dort aufhaltenden Deutschen“ anstatt „eines dort lebenden Deutschen“.

Weiter heißt es:

524 Groth, Beck'scher Online-Kommentar SGB XII, § 9 Rn. 1; Grube/Wahrendorf, SGB XII Kommentar, § 9 Rn. 4; Schellhorn/Jirasek/Seipp, BSHG Kommentar, § 3 Rn. 5.

525 Der letzte Halbsatz „unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines dort lebenden Deutschen“ wurde in der zum 01.01.1994 in Kraft getretenen Fassung gestrichen, BGBl. 1993 I S. 955. In der Gesetzesbegründung heißt es: „Es soll der Ausbildung einer Entscheidungspraxis vorgebeugt werden, die unter Berufung auf die Pflicht zur „Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines dort lebenden Deutschen“ generell deutsche Maßstäbe bei der Hilfestellung miteinbringt und dadurch den Grundsatz der Hilfestellung nach den Verhältnissen des Aufenthaltslandes unterläuft.“, BT-Drs. 12/4401, S. 85.

526 Siehe auch den deutschen Text des WÜK, BGBl. 1969 II S. 1587.

527 Zur Tatbestandsvoraussetzung der Subsidiarität siehe unter A.IV.

528 BR-Drs. 404/64, S. 26.

529 Ebd. S. 4.

„Die Vorschrift will, dem § 119 Absatz 4 des Bundessozialhilfegesetzes folgend, sicherstellen, daß der Hilfesuchende nicht durch eine zu knappe Bemessung der Hilfeleistung unter den für Deutsche im Empfangsstaat noch angemessenen Lebensstandard hinuntergedrückt wird.“⁵³⁰

Ferner kann der Konsularbeamte nach der Gesetzesbegründung für eine Gewährung der Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG sogar „seinen Entscheidungen die Bestimmungen des Bundessozialhilfegesetzes über vergleichbare Leistungen im Inland als Richtlinien zugrunde legen“.⁵³¹ Einer unmittelbaren Anwendung zum Beispiel des § 12 BSHG dürfte allein entgegenstehen, dass nach § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG gerade die besonderen Verhältnisse im Aufenthaltsstaat zu berücksichtigen sind, dass Bundessozialhilfegesetz aber die Verhältnisse im Inland zur Grundlage hat.⁵³²

§ 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG zeigt damit deutlich, dass § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG entsprechend der Regelung des § 119 Abs. 1 BSHG beziehungsweise seiner Folgeregelung in § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB XII die Gewährung von Sozialhilfe an sich im Ausland aufhaltende, in einer Notlage befindliche Deutsche zum Gegenstand hat. Wären auch andere Formen der Hilfe von § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst, hätte der Gesetzgeber, wenn nicht im Gesetzeswortlaut selbst, sondern doch zumindest in den Gesetzesbegründungen dargelegt, dass sich § 5 Abs. 3 KonsG nicht auf alle Formen der Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG bezieht.

Die Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse hat aber nur dann Relevanz, wenn es sich bei der Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG um finanzielle Hilfen aufgrund wirtschaftlicher Notlagen handelt. Dieses Argument hat auch das Verwaltungsgericht Berlin aufgegriffen, in dem es ausführte:

„Schon § 5 Abs. 3 KonsG, der Art, Form und Maß der Hilfe regelt, belegt mit der Bezugnahme auf die „notwendigen Lebensbedürfnisse“ eines im Empfangsstaat lebenden Deutschen augenfällig, dass es bei den von § 5 KonsG erfassten Hilfeleistungen lediglich um Situationen geht, in denen im Einzelfall der notwendige Lebensunterhalt im Sinne des § 11 BSHG/§ 27 SGB XII – sowie ggf. der durch „besondere Lebenslagen“ bedingte Bedarf (vgl. §§ 27 ff. BSHG bzw. nunmehr z. B. § 48 SGB XII – Hilfe bei Krankheit) – nicht gesichert ist.“⁵³³

Auch der in § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG verwendete Begriff der „notwendigen Lebensbedürfnisse“ lässt sich aus dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch beziehungsweise aus dem Bundessozialhilfegesetz herleiten. So verwenden die vom Verwaltungsgericht Berlin gerade zitierten § 11 BSHG und § 27 SGB XII den Begriff des „persönlichen Lebensunterhaltes“, welcher den „notwendigen Lebensbedürfnissen“ bereits erstaunlich ähnlich ist. Geht man eine Vorschrift weiter findet sich in § 27a Abs. 1 Satz 1 SGB XII⁵³⁴ folgender Wortlaut:

530 BR-Drs. 308/72, S. 18. Diese Begründung bezieht sich auf § 14 Abs. 3 Entwurf 1972, der bereits den Wortlaut der heutigen Fassung hatte, vgl. ebd. S. 4.

531 BR-Drs. 404/64, S. 26.

532 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.6.1.

533 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 22 (zitiert nach juris).

534 § 12 Abs. 1 BSHG hatte bereits in der ursprünglichen Fassung des BSHG von 1961 einen vergleichbaren Wortlaut: „Der notwendige Lebensunterhalt umfaßt besonders Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Heizung und persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens.“, BGBl. 1961 I S. 815, 817.

„Der für die Gewährleistung des Existenzminimums notwendige Lebensunterhalt umfasst insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile, persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens sowie Unterkunft und Heizung.“

Hier finden sich in einem Satz der Begriff „notwendiger Lebensunterhalt“ und der Begriff der „Bedürfnisse“. Aus diesen dürfte der Begriff der „notwendigen Lebensbedürfnisse“ entstanden sein. Der Begriffsteil des Unterhalts könnte insbesondere deswegen ausgetauscht worden sein, weil er eine regelmäßig wiederkehrende Leistung impliziert,⁵³⁵ die gerade nicht typisch für Leistungen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist, sondern für Leistungen nach dem SGB XII, worauf bei länger dauernder Hilfsbedürftigkeit, die solche wiederkehrenden Leistungen erforderlich macht, auch in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG verwiesen wird.

(d) § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG

§ 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG stellt fest, dass die Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auch in der Gewährung von Rechtsschutz bestehen kann.

Nach der Rechtsprechung zeige „die Regelung in § 5 Abs. 3 Satz 2 KG, wonach die Hilfe auch in der Gewährung von Rechtsschutz bestehen kann, dass § 5 KG nicht nur wirtschaftliche Notlagen erfass[e].“⁵³⁶ Dieses Argument hält einer näheren Betrachtung der Vorschrift nicht stand. Die Gewährung von Rechtsschutz ist ebenfalls eine besondere Form der Hilfe in einer wirtschaftlichen Notlage.

Die Bestimmung des § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG wurde auf Antrag des Rechtsausschusses aufgenommen,

„um deutlich zu machen, daß sich die Rat- und Beistandspflicht des Konsularbeamten nicht – wie etwa in § 7 KG bestimmt – auf die Vermittlung von Rechtsschutz beschränkt, sondern daß im Einzelfall auch eine Gewährung von Rechtsschutz als konsularische Hilfe angebracht sein kann. Der Unterschied besteht darin, daß im ersten Fall der Hilfebedürftige die etwaigen Kosten des Rechtsschutzes selbst zu tragen hat, während bei der Gewährung des Rechtsschutzes die hierfür aufzuwendenden Kosten aus amtlichen Mitteln zu tragen sind.“⁵³⁷

Das Auswärtige Amt hatte in den Beratungen des Rechtsausschusses ebenfalls Bedenken vorgetragen, da die Gewährung von Rechtsschutz nicht in die Vorschrift passe, da sie „doch nur die finanzielle öffentliche Unterstützung regeln sollte“. Hiergegen brachte ein Ausschussmitglied vor, dass „es auch beim Rechtsschutz um finanzielle Hilfe gehe, z. B. bezüglich der Bezahlung von Anwaltskosten.“⁵³⁸ Auch die Zahlung von Prozesskosten solle von dieser Regelung erfasst

535 So ist der notwendige Lebensunterhalt gemäß § 27a Abs. 3 Satz 1 SGB XII in monatlichen Regelsätzen zu gewähren.

536 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 16 (zitiert nach juris). So auch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 18 (zitiert nach juris).

537 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.6.

538 Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/56.

sein, da manche Länder eine Ausreise des Prozesskostenschuldners von deren Begleichung abhängig machen.⁵³⁹

§ 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG stellt nur fest, dass im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auch die Gewährung von Rechtsschutz eine mögliche Form der Hilfe sein könne. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG müssen auch für die Gewährung dieser Form der Hilfe gegeben sein.⁵⁴⁰ Dies ergibt sich zum einen aus dem allgemeinen Auslegungsgrundsatz, dass die folgenden Absätze einer Norm den ersten Absatz konkretisieren.⁵⁴¹ Zum anderen wird auch aus der Formulierung und Stellung des § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG deutlich, dass hier ein Unterfall des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG geregelt werden soll. § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG spricht genau wie § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG von „der Hilfe“. Hierbei ist, da sie nicht weiter spezifiziert wird, die Hilfe im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gemeint. Außerdem wurde die Möglichkeit der Gewährung von Rechtsschutz als zweiter Satz zur Art, Form und Maß der Hilfe geregelt. Auch hier wird deutlich, dass sich der zweite Satz auf den davor beziehen und damit sicherstellen soll, dass eine Art der Hilfe eben die Gewährung von Rechtsschutz sein kann.

Auch der Sinn und Zweck der Existenz des § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG stützen diese Argumentation. Die Gewährung von Rechtsschutz ist nämlich nur zu einem kleinen Teil vom Bundessozialhilfegesetz beziehungsweise vom Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch gedeckt. Gemäß § 8 Abs. 1 BSHG beziehungsweise § 10 Abs. 1 SGB XII sind die Formen der Sozialhilfe die persönliche Hilfe beziehungsweise die Dienstleistung, die Geldleistung oder die Sachleistung. Eine Form der persönlichen Hilfe ist gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 BSHG beziehungsweise § 10 Abs. 2 SGB XII die Beratung in Fragen der Sozialhilfe und sonstigen sozialen Angelegenheiten. Diese Beratung kann auch eine Rechtsberatung sein,⁵⁴² allerdings beschränkt auf die Beratung in Fragen der Sozialhilfe und sonstigen sozialen Angelegenheiten. Unter Beratung ist hier „die gezielte, umfassende und richtige Information des Bürgers über seine Rechte, Vorteile und Pflichten nach dem SGB XII [. . .] sowie in allgemeinen Lebensfragen und sonstigen außerhalb des Sozialhilferechts auftretenden sozialrechtlichen Problemlagen“⁵⁴³ zu verstehen.

§ 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG soll aber auch die Rechtsgewährung auf anderen Rechtsgebieten erfassen, so zum Beispiel bei Problemen mit inländischen Behörden wie dem Zoll und der Polizei oder die Unterstützung in zwangsvollstreckungsrechtlichen oder strafrechtlichen Belangen.⁵⁴⁴ Außerdem soll nicht nur die persönliche Unterstützung durch den Konsularbeamten sondern auch zum Beispiel die Bestellung eines Rechtsanwaltes mit der Übernahme der Gerichts- und Anwaltskosten erfasst sein. Die Übernahme von Gerichts- und Anwaltskosten unterfällt aber ebenfalls nicht dem Regelungsbereich des

539 Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/57.

540 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.6.5.

541 Schwacke, Juristische Methodik, S. 95.

542 Knopp/Fichtner, BSHG Kommentar, § 8 Rn. 37 ff.

543 Grube/Wahrendorf/*Streichsbier*, SGB XII Kommentar, § 10 Rn. 10 ff. m.w.N.

544 Siehe viele Beispiele in Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.6.1. ff.

Bundessozialhilfegesetzes beziehungsweise des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch. Die Prozesskostenhilfe ist abschließend in der Zivilprozessordnung geregelt. Sie ist aber dennoch eine besondere Form der Sozialhilfe.⁵⁴⁵

(e) § 5 Abs. 4 KonsG

Die konsularische Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG kann gemäß § 5 Abs. 4 KonsG auch dadurch geleistet werden, dass dem Hilfesuchenden die Reise an den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes oder an einen anderen Ort ermöglicht wird. § 5 Abs. 4 KonsG regelt die sogenannte Heimführung.⁵⁴⁶ Hierbei handelt es sich ebenfalls um eine finanzielle Leistung aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage. Dem Hilfesuchenden sollen notwendige Reisekosten finanziert werden, weil er diese nicht selbst aufbringen kann.⁵⁴⁷

Bereits nach § 26 KonsG 1867 waren „die Mittel [. . .] zur Rückkehr in die Heimath [. . .] zu gewähren“.⁵⁴⁸ Schon diese Vorschrift wurde aufgrund ihres gegenüber § 5 Abs. 4 KonsG eindeutigeren Wortlautes als finanzielle Leistung der öffentlichen Fürsorge verstanden.⁵⁴⁹

Gemäß § 119 Abs. 3 Satz 2 BSHG wird keine Hilfe für Deutsche im Ausland gewährt, wenn die Heimführung⁵⁵⁰ geboten ist. Auch die Heimführung nach § 119 Abs. 3 Satz 2 BSHG war eine Leistung der Sozialhilfe, wie sich bereits aus der amtlichen Überschrift des § 119 BSHG „Sozialhilfe für Deutsche im Ausland“ ergab. Der erste Entwurf eines Konsulargesetzes von 1965 wählte noch ausdrücklich in § 17 Abs. 5 ebenfalls den Begriff der Heimführung. Als Begründung wurde angeführt: „Der Begriff „Heimführung“ an Stelle der bisher verwandten Wendung „Heimschaffung“ schließt sich der Terminologie des § 119 Abs. 3 Satz 2 BSHG an.“⁵⁵¹ Ferner wird ausgeführt: „Dabei soll, ebenso wie in § 3 Abs. 2 BSHG auf seine Wünsche Rücksicht genommen werden, wenn sich der von ihm vorgeschlagene Ort als geeignet erweist.“⁵⁵² Auch hier wurde also wieder das Bundessozialhilfegesetz im Allgemeinen und § 119 BSHG im Besonderen zum Vorbild genommen. In dem folgenden Entwurf von 1972 wurde die Bestimmung dann umformuliert, insbesondere weil im Einzelfall auch die Reise an einen dritten Ort ermöglicht werden sollte und der Begriff der Heimführung in solchen Fällen missverständlich gewesen wäre.⁵⁵³

545 BVerfGE 35, 348, 355; BGHZ 109, 163, 168 m.w.N.; *Grube/Wahrendorf*, SGB XII Kommentar, Einleitung Rn. 130; Schoch/Schneider/Bier/*Olbertz*, Kommentar VwGO, § 166 Rn. 2.

546 Der Begriff der Heimführung ist strenggenommen ungenau, weil § 5 Abs. 4 KonsG nicht nur die finanzielle Hilfe zur Rückkehr in die Heimat ermöglicht, sondern auch die Reise zu einem aufnahmebereiten Dritten, der sich wiederum auch im Ausland aufhalten kann (vgl. BR-Drs. 308/72, S. 18). Er wird der Einfachheit halber aber im Folgenden trotzdem verwendet.

547 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 31 (zitiert nach juris).

548 BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867 S. 137.

549 Von König, Handbuch Konsularwesen, S. 500 f.

550 § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB XII spricht nunmehr von der Rückkehr ins Inland.

551 BR-Drs. 404/64, S. 26.

552 Ebd. S. 27.

553 BR-Drs. 308/72, S. 18.

Die beiden der Regelung des § 5 Abs. 4 KonsG zugrundeliegenden Vorschriften des § 26 KonsG 1867 und des § 119 Abs. 3 Satz 2 BSHG regelten ausschließlich die finanzielle Hilfe zur Ermöglichung der Rückreise in die Bundesrepublik Deutschland. Die Heimführung nach § 5 Abs. 4 KonsG ist daher auch nur eine besondere Ausprägung der Sozialhilfe und damit einer Leistung aufgrund wirtschaftlicher Not.⁵⁵⁴

(f) § 5 Abs. 6 KonsG

Gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG ist bei Hilfsbedürftigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, für den Fall, dass die Notlage länger als zwei Monate andauert, Hilfe nicht mehr nach dem Konsulargesetz sondern vom Eintritt der Hilfsbedürftigkeit an nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch zu gewähren. Dieser Satz verweist in erster Linie auf § 24 SGB XII, welcher eine in sich geschlossene Regelung des Sozialhilferechts darstellt.⁵⁵⁵ Für die anderen Vorschriften der Sozialgesetzbücher gilt gemäß § 30 Abs. 1 SGB I⁵⁵⁶ das Territorialprinzip, das heißt, sie sind nur auf diejenigen Hilfeempfänger anwendbar, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben.⁵⁵⁷ Die anderen Vorschriften der Sozialgesetzbücher Erstes und Zwölftes Buch können daher nur sinngemäß angewendet werden, soweit sie gemäß § 24 Abs. 3 SGB XII den Besonderheiten der Leistungserbringung im Ausland nicht entgegenstehen.⁵⁵⁸

Die Rechtsprechung argumentiert, dass dieser Verweis auf das Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch nur die Fälle betrifft, die auch in den Regelungsbereich dieses Gesetzes fallen. Hilfe in nicht wirtschaftlichen Notlagen, welche auch nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG geleistet werden könne, sei von diesem Verweis nicht betroffen.⁵⁵⁹ Auch diese Argumentation hält einer näheren Betrachtung des § 5 Abs. 6 KonsG nicht stand. Schon der Wortlaut des Verweises enthält keine Einschränkungen. Hiernach wird die Notlage, die länger als zwei Monate dauert, an das Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch verwiesen. Bei dieser Notlage im Sinne des § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG handelt es sich begrifflich um die gleiche Notlage wie in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG.⁵⁶⁰ Absatz 1 und Absatz 6 des § 5 KonsG sind mit im wesentlichen gleichem Inhalt bereits in den Vorgängerentwürfen zum Konsulargesetz enthalten gewesen und wurden mithin gleichzeitig ausgearbeitet. Insbesondere bei Erlass einer neuen Regelung ist davon auszugehen, dass diese sprachlich in sich stimmig ist.

554 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 57 f.

555 Hecker/*Birgelen*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 F III Rn. 1; Grube/*Wahrendorf/Bieback*, SGB XII Kommentar, § 24 Rn. 1.

556 Die Vorschriften des SGB I gelten gemäß § 37 Satz 1 SGB I als allgemeiner Teil für alle anderen Sozialleistungsbereiche und damit auch für das SGB XII, soweit sich aus ihnen nichts anderes – wie zum Beispiel in § 24 SGB XII für die Sozialhilfe im Ausland als Abweichung vom Territorialgrundsatz – ergibt.

557 LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.09.2008, Az.: 15 B 172/08 SO ER, Rn. 3 (zitiert nach juris) m.w.N.

558 Hecker/*Birgelen*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 F III Rn. 1.

559 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 22 f. (zitiert nach juris); BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 16 (zitiert nach juris).

560 So auch VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 23 (zitiert nach juris).

Auch die Gesetzesbegründungen verdeutlichen, dass jede Notlage nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nach zwei Monaten in den Anwendungsbereich des Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch übergeht. Die erste Entwurfsfassung verwies noch eindeutiger die „gesamte Hilfeleistung“ an das BSHG.⁵⁶¹ In der Gesetzesbegründung zu der Vorschrift heißt es:

„Absatz 4 trifft eine Sonderregelung für diejenigen Personen, die länger andauernder Hilfe bedürfen. Für diesen Personenkreis wird Hilfe nicht von den Auslandsvertretungen, sondern von den dafür zuständigen inländischen Trägern der Sozialhilfe aufgrund der Spezialbestimmung des § 119 BSHG gewährt.“⁵⁶²

Durch die Umformulierung in den folgenden Gesetzesentwürfen wurde daran nichts geändert. § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG regelt „die Abgrenzung zwischen den nach dem Konsulargesetz und den nach dem Bundessozialhilfegesetz abzuwickelnden Fällen von Hilfsbedürftigkeit Deutscher mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland.“⁵⁶³ Diese Gesetzesbegründung verdeutlicht noch einmal, dass nach zwei Monaten der gesamte Sachverhalt nach dem Bundessozialhilfegesetz abzuwickeln ist⁵⁶⁴ und damit auch der gesamte Vorgang vollständig auf die Zuständigkeit der Träger der Sozialhilfe übergeht und eben nicht nur Teile der geleisteten Hilfe.

Weiterhin verdeutlicht der Sinn und Zweck des Verweises eines länger als zwei Monate andauernden Notfalls an das Sozialhilferecht, dass von dem Verweis alle Fälle des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst sein sollen. So wurde diese Grenze von zwei Monaten festgelegt, weil nach den bis dahin gesammelten Erfahrungen, einerseits die Träger der Sozialhilfe einen gewissen Zeitraum zur umfassenden Fallprüfung benötigen und andererseits nach zwei Monaten das für konsularische Zuständigkeiten typisch Vorübergehende nicht mehr gegeben ist.⁵⁶⁵

Auch geht gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG die Hilfe vom Zeitpunkt des Eintritts der Hilfsbedürftigkeit an auf die Zuständigkeit der Sozialhilfeträger über. Somit kann auch nicht argumentiert werden, dass bis zum Ablauf der Zweimonatsfrist als eine Art von Soforthilfe auch nicht wirtschaftliche Notlagen erfasst sein sollen, da rückwirkend die gesamte Hilfe nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch zu beurteilen ist.⁵⁶⁶ Also selbst wenn der Konsularbeamte zunächst davon ausgeht, die Notlage werde den Zeitraum von zwei Monaten nicht überschreiten und eine Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt, wird diese Hilfeleistung rückwirkend als eine Vorschusszahlung auf die Sozialhilfeleistung nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch angesehen.⁵⁶⁷ Damit weiß der Konsularbeamte zum Zeitpunkt seines Tätigwerdens grundsätzlich nicht, ob er gerade eine Leistung nach § 5 KonsG oder aber eine Vorschussleistung nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch erbringt, da sich theoretisch jede

561 Die § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG entsprechende Regelung des § 17 Abs. 4 im Entwurf von 1965 hatte folgenden Wortlaut: „Hat der Hilfebedürftige seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, so richtet sich die gesamte Hilfeleistung nur nach dem Bundessozialhilfegesetz, wenn die Hilfebedürftigkeit länger als zwei Monate dauert.“, BR-Drs. 404/64, S. 4.

562 Ebd. S. 26.

563 BR-Drs. 308/72, S. 19.

564 So fast im Wortlaut ebd.

565 Ebd.

566 So auch VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 23 (zitiert nach juris).

567 BR-Drs. 308/72, S. 19; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 6.2.6.

Notlage überraschend wieder erledigen oder aber genauso überraschend verfestigen und damit länger dauern kann. Daraus folgt zwingend, dass der Notlagebegriff nach dem Konsulargesetz und der Notlagebegriff nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch⁵⁶⁸ identisch sind,⁵⁶⁹ beziehungsweise dass zumindest der Notlagebegriff des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch zwingend den Notlagebegriff des Konsulargesetzes und damit alle Fälle nach § 5 KonsG umfasst.

Notlagen im Sinne des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch sind immer Notlagen aufgrund einer wirtschaftlichen Not. Dieses Gesetz regelt die Sozialhilfe und damit die Hilfe der Allgemeinheit an Einzelne, denen nicht ausreichend finanzielle Mittel zur Selbstversorgung zur Verfügung stehen.

„Die Sozialhilfe ist die subsidiäre Mindestsicherung im System der sozialen Sicherheit. Sie hat dem, der sich nicht selbst helfen kann oder der die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder Trägern anderer Sozialleistungen, erhält, die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht.“⁵⁷⁰

Auch lässt sich nicht argumentieren, dass über die in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG geregelte entsprechende Anwendung des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch nicht wirtschaftliche Notlagen ebenfalls auf den Anwendungsbereich dieses Gesetzes übertragen werden sollen. Eine entsprechende Anwendung setzt zunächst voraus, dass es etwas Entsprechendes, also eine vergleichbare Interessenlage gibt. Kern der Sozialhilfe ist aber die Hilfe in wirtschaftlicher Not, so dass nicht wirtschaftliche Notlagen nicht vergleichbar sind. Entsprechende Hilfe im Sinne des § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG bedeutet vielmehr, dass Hilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz auch dann zu gewähren ist, wenn der Hilfsbedürftige seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Ausland hat, aber im Ausland im Gefängnis sitzt, zum Beispiel weil er sich in Untersuchungshaft befindet oder eine Freiheitsstrafe absitzt.⁵⁷¹ Dies ergibt sich direkt aus der Formulierung des § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG, wonach der Hilfeempfänger für die Eröffnung des Anwendungsbereiches des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben oder im Ausland in Untersuchungshaft sein oder eine Freiheitsstrafe verbüßen muss. Inhaftierte begründen grundsätzlich keinen gewöhnlichen Aufenthalt, da dies einen entsprechenden Willen der betreffenden Person zum länger dauernden Verbleib voraussetzt, der bei ihnen grundsätzlich nicht gegeben ist, da ihr Verweilen nicht freiwillig geschieht.⁵⁷²

568 Der Begriff der Notlage wird neben § 24 SGB XII, welcher die Sozialhilfe für Deutsche im Ausland regelt noch in §§ 11 Abs. 2 Satz 1 und 3, 12 Satz 1, 15 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, 36 Abs. 1 Satz 1 SGB XII verwendet. Allerdings verwendet § 119 Abs. 1 BSHG den Begriff der besonderen Notfälle und nicht den der Notlage. Der Begriff der Notlage wird in §§ 6 Abs. 1 und 2, 15a Satz 1 und 2, 15 amtliche Überschrift, 88 Abs. 2 Nr. 8 und 107 Abs. 2 BSHG (Fassung vom 24.05.1983) verwendet.

569 So auch VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 23 (zitiert nach juris).

570 Ladner, LKV 1991, 139, 140. Siehe auch § 9 SGB I und entsprechende Kommentierungen wie zum Beispiel Mrozynski, Kommentar SGB I, § 9 Rn. 1 ff.

571 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 6.2.5.

572 Ebd. § 5 Rn. 6.2.1.1; BSGE 60, 262, 263; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 09.01.2003, Az.: 3Z AR 47/02, Rn. 5 (zitiert nach juris); Bayerisches LSG, Beschluss vom 19.11.2009, Az.: L 8 SO 86/09, Rn. 19 (zitiert nach juris).

§ 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG verweist nur Fälle von Deutschen mit gewöhnlichem Aufenthalt an die Zuständigkeit der Sozialhilfeträger. Daher könnte argumentiert werden, dass Deutschen ohne gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland anders als Deutschen mit gewöhnlichem Aufenthalt auch in nicht wirtschaftlichen Notlagen nach § 5 KonsG Hilfe gewährt werden darf. Für eine derartige Differenzierung gibt es weder entsprechende Hinweise im Gesetzestext noch in den dazugehörigen Gesetzesmaterialien. Auch dürfte eine solche Differenzierung gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, da zwischen Deutschen in Not mit und ohne gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland keine derartigen Unterschiede bestehen, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen können.⁵⁷³ Der gewöhnliche Aufenthalt dürfte allein deshalb Voraussetzung für die Zuständigkeitsänderung sein, weil bei einem von vornherein nur vorübergehenden Aufenthalt auch die konkrete Notlage im Ausland nur zeitlich begrenzt ist und keine längerfristigen Zahlungen zu erwarten sind. Sobald keine besonderen Gründe wie zum Beispiel Reiseunfähigkeit vorliegen, dürfte in solchen Fällen dann in der Regel die Heimführung nach § 5 Abs. 4 KonsG angebracht sein, für welche der Konsularbeamte gemäß § 5 Abs. 6 Satz 2 KonsG immer zuständig ist.⁵⁷⁴ Bei fortdauernder Hilfsbedürftigkeit wären dann im Inland Sozialleistungen zu gewähren.

Die ausschließliche Zuständigkeit der Konsularbeamten für die Heimführung gemäß § 5 Abs. 6 Satz 2 KonsG entsprach der geltenden Praxis vor Inkrafttreten des Konsulargesetzes und hat sich laut Gesetzesbegründung bewährt.⁵⁷⁵ Dass diese Ausnahme ausdrücklich und als einzige Ausnahme im Gesetz festgehalten ist, verdeutlicht noch einmal, dass der Verweis auf das Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch im Übrigen umfassend und abschließend ist.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass aufgrund der Regelung des § 5 Abs. 6 KonsG Notlagen eines Hilfsbedürftigen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland, die länger als zwei Monate dauern, ausschließlich in den Anwendungsbereich des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch fallen und sich die nach dem Konsulargesetz und nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch zu behandelnden Fälle allein in der Dauer der Hilfe unterscheiden. Dies hat zur Folge, dass nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auch nur Hilfe geleistet werden kann, die unter den Anwendungsbereich des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch fällt.

(2) Argumente der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist sich der Nähe des § 5 KonsG zum Sozialhilferecht bewusst, argumentiert aber, dass die Vorschrift auch, aber eben nicht ausschließlich, der Beseitigung wirtschaftlicher Notlagen diene.⁵⁷⁶ Mit anderen Worten ist die Rechtsprechung der Auffassung,

573 Zum Inhalt des Gleichheitssatzes im Einzelnen siehe zum Beispiel Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 3 Rn. 7 ff.; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauß/*Kannengießer*, GG Kommentar, Art. 3 Rn. 14 ff.

574 Die Zuständigkeit bezieht sich dann aber ausschließlich auf die Rückführung. Für andere parallele sozialhilferechtliche Maßnahmen sind nach zwei Monaten die Konsularbeamten nicht mehr zuständig, vgl. Knopp/Fichtner, BSHG Kommentar, § 119 Rn. 17.

575 BR-Drs. 308/72, S. 19.

576 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 16 (zitiert nach juris).

dass die aus dem Sozialhilferecht übernommenen Regelungen nur für wirtschaftliche Notfälle gelten ohne zugleich den allgemeinen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG einzuschränken und damit auf die ebenfalls von § 5 Abs. 1 Satz 1 erfassten nicht wirtschaftlichen Notlagen einfach nicht anzuwenden seien. Dieser Ansatz wird zunächst auf die Gesetzesbegründung gestützt. Darin heißt es, „daß Sozialhilfe im Inland und Unterstützung Hilfebedürftiger im Ausland einander nicht gleichgesetzt werden können“⁵⁷⁷ und dass „die Unterstützung auf Grund des § 17 [jetzt § 5 KonsG] im Inland keine Parallele hat“⁵⁷⁸. Setzt man diese Zitate in ihren ursprünglichen Kontext, vermögen sie die Auffassung der Rechtsprechung nicht zu stützen. Das erste Zitat lautet vollständig, das heißt eingebettet in seinem ursprünglichen Absatz und damit eigentlichen Bedeutungszusammenhang:

„Anders als das Bundessozialhilfegesetz (BSHG) für Leistungen im Inland, sieht § 17 keine „Ist-“ sondern nur „Soll-“ und „Kann“-Leistungen vor. Wesentlich für diese in Absatz 1 und 2 getroffene Regelung war die Erwägung, daß Sozialhilfe im Inland und Unterstützung Hilfebedürftiger im Ausland einander nicht gleichgesetzt werden können. Während im Inland alle Mittel zur Verfügung stehen, um sich über den Unterstützungsfall ein zutreffendes Bild zu machen, stehen dem Konsul im Ausland auch nicht annähernd gleiche Möglichkeiten offen. Er wird im allgemeinen auf die Angaben des Bedürftigen und vor allem auf dessen freiwillige Mitwirkung bei den Unterstützungsmaßnahmen angewiesen sein. Hinzu kommt, daß die Festlegung und Unterstützung in allen Fällen eine Verpflichtung bedeuten würde, die im allgemeinen nicht vertreten werden könnte.“⁵⁷⁹

In der Gesetzesbegründung wird dargelegt, warum im Konsulargesetz anders als in der zu dem Zeitpunkt gültigen Fassung des Bundessozialhilfegesetzes keine Ist-Leistungen gewährt werden. Insbesondere werden die unterschiedlichen Möglichkeiten bei der Sachverhalts- und damit Bedarfsermittlung erläutert. Gerade aber dadurch, dass diese Unterschiede aufgeführt werden, wird im Übrigen deutlich gemacht, dass es sich im Prinzip in beiden Fällen um die finanzielle Unterstützung deutscher Staatsangehöriger handelt. Allein bezogen auf die Gewährung von Ist-Leistungen und damit einen konkreten und einklagbaren Hilfeleistungsanspruch unterscheiden sich die Sozialhilfe im Inland und die Hilfen nach § 5 KonsG im Ausland. Damit ist dieses von der Rechtsprechung angeführte Zitat vielmehr ein Beleg dafür, dass § 5 KonsG eine besondere sozialhilferechtliche Regelung ist und damit nur wirtschaftliche Notlagen erfasst.

Das zweite von der Rechtsprechung angeführte Zitat lautet in seinem vollständigen Zusammenhang:

„Absatz 6 füllt eine Lücke aus, die in der bisherigen Praxis nicht selten zu Schwierigkeiten geführt hat. Es ist daher notwendig, die Ersatzpflicht für diejenigen Unterstützungen, die nach dem Entwurf gewährt werden, vorzusehen. Diese Notwendigkeit bestand um so mehr, als die Unterstützung auf Grund des § 17 im Inland keine Parallele hat.

Es liegt nahe, die in Absatz 6 aufgenommene Verpflichtung zur Rückzahlung ebenso wie in § 92 BSHG einzuschränken. Hierzu besteht jedoch kein Anlaß, da die Ersatzpflicht aus Absatz 6 nur Personen trifft, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im

577 BR-Drs. 404/64, S. 25.

578 Ebd. S. 27.

579 Ebd. S. 25 f.

Geltungsbereich des Grundgesetzes haben. Bei ihnen wird nur im Ausnahmefall echte Hilfebedürftigkeit im Sinne des Sozialhilferechts vorliegen. Hier gibt Absatz 8 die Möglichkeit, Härtefälle auszugleichen.“⁵⁸⁰

§ 17 Abs. 6 Entwurf 1965 regelte den Aufwendungsersatz, der jetzt in § 5 Abs. 5 KonsG normiert ist. Er füllt deshalb eine Lücke, weil in der Praxis mangels vorhandener Ermächtigungsgrundlage zur Rückerstattung der gezahlten Hilfe, ein privatrechtlicher Darlehensvertrag geschlossen werden sollte, aufgrund dessen dann privatrechtlich die Beitreibung der Forderung betrieben wurde.⁵⁸¹ Eine Parallele zur Vorschrift des § 17 Entwurf 1965 (heute § 5 KonsG) gab und gibt es im Inland nicht. Die sozialhilferechtlichen Vorschriften wie zum Beispiel das Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch oder das Bundesausbildungsförderungsgesetz⁵⁸², welche wirtschaftliche Notlagen im Inland regeln, bestehen aus einem differenzierten, auf die jeweilige Notlage angepassten Regelungssystem mit jeweils eigenen Erstattungsvorschriften. Mithin verdeutlicht auch das zweite Zitat, im Zusammenhang gelesen, dass in beiden Fällen finanzielle Hilfe in wirtschaftlicher Not geleistet werden soll. Insbesondere wird im zweiten Absatz der Zitierung wieder das Bundessozialhilfegesetz zur Begründung und Erläuterung der Norm herangezogen.

Zusammengefasst erweckt die von der Rechtsprechung hier vorgenommene ausschnittsweise Zitierung ohne Beachtung des Sinnzusammenhanges, dass die Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG hier nicht ergebnisoffen ausgelegt werden sollte, sondern passende Zitate für ein gewünschtes Auslegungsergebnis geschaffen wurden.

Das OVG Berlin-Brandenburg argumentiert zudem, dass vielfach

„eine Hingabe von Geld oder Sachwerten nicht [genüge], sondern eine persönliche Betreuung des Hilfesuchenden notwendig [sei].“⁵⁸³

Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass die persönliche Betreuung zum Leistungskatalog der Sozialhilfe gehört.⁵⁸⁴ Gemäß § 8 Abs. 1 BSHG (jetzt § 10 Abs. 1 SGB XII)⁵⁸⁵ sind die Formen der Sozialhilfe die persönliche Hilfe (jetzt die Dienstleistung), die Geldleistung oder die Sachleistung. § 8 Abs. 2 Satz 1 BSHG nennt als Beispiel der persönlichen Betreuung ausdrücklich die persönliche Beratung in Fragen der Sozialhilfe und die Beratung in sonstigen sozialen Angelegenheiten.⁵⁸⁶ Zu der persönlichen Hilfe zählen neben der Beratung, auch die Betreuung und damit sonstige tatsächliche Unterstützungsmaßnahmen wie zum Beispiel die Begleitung bei Behördengängen oder die Vermittlung von Kontakten zu anderen

580 Ebd. S. 27.

581 Siehe hierzu ausführlich unter Kapitel 3 Abschnitt 1 A.

582 Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (BAföG), BGBl. 2010 I S. 1952, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 626.

583 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 18 (zitiert nach juris).

584 So auch Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 54 f.

585 § 10 Abs. 1 SGB XII hat folgenden Wortlaut: „Die Leistungen werden erbracht in Form von 1. Dienstleistungen, 2. Geldleistungen und 3. Sachleistungen.“ Der Wortlaut wurde gegenüber der Vorgängerregelung etwas verändert, der Inhalt ist aber der gleiche geblieben, vgl. Groth, Beck'scher Online-Kommentar SGB XII, § 10 Rn. 1.

586 BT-Drs. 3/1799, S. 33.

Einrichtungen.⁵⁸⁷ Die persönliche Hilfe in § 8 Abs. 1 BSHG wurde zur Betonung ihrer Bedeutung ausdrücklich an die erste Stelle der Aufzählung gesetzt.⁵⁸⁸ Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Damit soll zum Ausdruck kommen, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung von Sozialhilfe es in vielen Fällen mit der Hingabe von Geld- oder Sachwerten nicht getan ist, daß vielmehr die Hilfe nur dann wirksam gewährt werden kann, wenn der Träger der Hilfe sich um den auf ihn angewiesenen Menschen kümmert und in gebotenem Umfang für seine Betreuung sorgt.“⁵⁸⁹

Dieses Zitat ähnelt in erstaunlicher Weise dem des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg und verdeutlicht, dass das Erfordernis einer persönlichen Betreuung im Rahmen des § 5 KonsG gerade nicht dagegen spricht, dass § 5 KonsG eine besondere sozialhilferechtliche Norm zur Beseitigung wirtschaftlicher Notlagen ist. Außerdem bedarf es für eine persönliche Betreuung durch den Konsularbeamten keiner besonderen rechtlichen Grundlage. Vielmehr reicht hierfür die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG aus, da die persönliche Betreuung durch die Konsulate in der Regel keine finanziellen Ersatzansprüche zur Folge hat. Sie erfolgt grundsätzlich unentgeltlich⁵⁹⁰ und hat somit keinen belastenden Charakter.

Zusammenfassend ist mit dem Verwaltungsgericht Berlin festzustellen:

„Der Beklagten ist allerdings zuzugeben, dass vielfältige Ursachen für finanzielle Hilfen im Sinne von § 5 Abs. 5 KonsG denkbar sind. Entscheidend für den Charakter als soziale Leistung ist jedoch, dass einem finanziellen Engpass abgeholfen wird, mit anderen Worten: dass der Hilfeempfänger auf diese Leistung nicht angewiesen wäre, wenn ihm selbst aktuell die entsprechenden finanziellen Mittel zugänglich wären.“⁵⁹¹

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg argumentiert weiter, dass die Vorschrift des § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG, wonach der Empfänger zur Erstattung der Auslagen verpflichtet ist, zeige, dass § 5 KonsG doch Unterschiede zur Leistungsgewährung nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch beinhalte und daher nicht ausschließlich als sozialhilferechtliche Vorschrift anzusehen sei.⁵⁹² Auch dieses Argument ist nicht stichhaltig. Bei genauerer Betrachtung entspricht die Rückzahlverpflichtung nach dem Konsulargesetz der Ausgestaltung nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch. Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch werden grundsätzlich als nicht rückzahlbarer Zuschuss gewährt. Gemäß § 38 SGB XII können Leistungen bei vorübergehender Notlage als Darlehen gewährt werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung sei es in diesen Fällen dem

587 Groth, Beck'scher Online-Kommentar SGB XII, § 10 Rn. 3; Spindler, NDV 2002, 357, 358.

588 BT-Drs. 3/1799, S. 39.

589 Ebd. S. 33.

590 Gemäß § 3 Nr. 1 AKostG werden für mündliche und einfache schriftliche Auskünfte keine Gebühren erhoben. Gemäß Nr. 110 der Anlage 1 zu § 1 AKostV (BGBl. 2001 I S. 4161 und BGBl. 2002 I S. 750) werden für nicht einfache schriftliche Auskünfte Gebühren von 30,00 bis maximal 400,00 Euro erhoben.

591 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 26 (zitiert nach juris).

592 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 23 (zitiert nach juris).

Hilfesuchenden zumutbar, ein rückzahlbares Darlehen anzunehmen, da von vornherein abzusehen ist, dass die Hilfe nur für kurze Zeit benötigt wird.⁵⁹³

Diese Unterscheidung zwischen echter wirtschaftlicher Not und einer vorübergehenden finanziellen Notlage wurde auch in das Konsulargesetz für Leistungen nach § 5 KonsG übernommen. Der Regelfall der finanziellen Notlage nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist vorübergehender Art aufgrund im Ausland eingetretener besonderer Umstände wie zum Beispiel eines Diebstahls, eines Unfalles oder einer Fehlkalkulation bei den Reisekosten.⁵⁹⁴ Daher ist die Notlage in den meisten Fällen auch durch eine einmalige finanzielle Leistung wie zum Beispiel die Gewährung der notwendigen Rückreisekosten behoben. Liegt eine länger als zwei Monate dauernde finanzielle Notlage vor, sind vom Eintritt der Hilfsbedürftigkeit an Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch und damit grundsätzlich als nicht rückzahlbarer Zuschuss zu gewähren. Auch die Pflicht zur Auslagenerstattung nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG rechtfertigt daher keine weite Auslegung des Tatbestandes des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG. Vielmehr belegt sie sogar bei genauerer Betrachtung die Begrenzung des Regelungsbereiches des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auf wirtschaftliche Notlagen, da die Rückzahlungsverpflichtungen im Ergebnis vergleichbar den Rückzahlungsregelungen der Sozialhilfe ausgestaltet sind.

(3) Systematischer Vergleich mit §§ 6 und 7 KonsG

Weiteren Aufschluss über die Reichweite des Anwendungsbereiches des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gibt ein Vergleich mit §§ 6 und 7 KonsG, welche ebenfalls wie § 5 KonsG den Inhalt der allgemeinen Schutz- und Beistandspflicht des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG für besonders wichtige, dass heißt häufige Fälle der konsularischen Hilfe in Notfällen näher konkretisieren.⁵⁹⁵ Die amtlichen Überschriften des § 5 KonsG („Hilfeleistung an einzelne“) sowie des § 6 KonsG („Hilfe in Katastrophenfällen“) und des § 7 KonsG („Hilfe für Gefangene“) wurden bereits einem Vergleich unterzogen.⁵⁹⁶

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist in Katastrophenfällen Deutschen Hilfe und Schutz zu gewähren. In § 6 Abs. 2 Satz 2 KonsG ist vom „Hilfs- oder Schutzbedürftigen“ die Rede. Dieses „oder“ verdeutlicht, dass Schutz und Hilfe in dieser Norm als zwei unterschiedliche Rechtsfolgen zu verstehen sind. Entweder ist der Betroffene Hilfs- oder er ist Schutzbedürftiger. Gemäß § 7 KonsG soll der Konsularbeamte deutsche Untersuchungs- und Strafgefangene auf deren Verlangen betreuen und ihnen insbesondere Rechtsschutz vermitteln. § 7 KonsG regelt also die Betreuung und mit dem Rechtsschutz eine besondere Form des Schutzes.

593 Gesetzesbegründung zur Vorgängerregelung des § 15b BSHG, BT-Drs. 9/842, S. 86.

594 So die Beispiele in der Gesetzesbegründung, BR-Drs. 404/64, S. 26.

595 BT-Drs. 7/2006, S. 4; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 16 (zitiert nach juris); Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.1 und § 7 Rn. 2.

596 Siehe hierzu unter A.I.2.a)(2).

Zusammengefasst ist zunächst festzuhalten, dass der Konsularbeamte nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG Hilfe leisten, nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG Hilfe und Schutz gewähren und nach § 7 KonsG betreuen und Rechtsschutz vermitteln soll. Fraglich ist daher, welche Maßnahmen der Konsularbeamten unter die Begriffe Hilfe und Schutz zu fassen sind, um so die Unterschiede in den Anwendungsbereichen dieser drei Regelungen zu ermitteln.

Zunächst ist davon auszugehen, dass die Begriffe der Hilfe in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG und in § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG im gleichen Sinn zu verstehen sind.⁵⁹⁷ Dies folgt aus allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, wonach davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber inhaltlich Zusammengehörendes sprachlich logisch und widerspruchsfrei geregelt hat.⁵⁹⁸ Dies gilt umso mehr, als §§ 5 und 6 KonsG gleichzeitig ausgearbeitet wurden.

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg sieht in der Verwendung des Begriffes der Hilfe in § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG den Beleg dafür, dass unter Hilfe nicht nur finanzielle Hilfen aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage zu verstehen sind:

„Die danach [nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG] erforderlichen Maßnahmen können sehr verschiedenartig sein und zum Beispiel in der Gewährung von Obdach, Speisungen, aber auch der Eröffnung von Möglichkeiten zum Verlassen des Landes oder des betroffenen Gebietes (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum Konsulargesetz, BT-Drs. 7/131, S. 21), oder etwa der Unterrichtung der Angehörigen sowie gegebenenfalls der Sicherstellung der notwendigen ärztlichen Behandlung bestehen. Solche in Katastrophenfällen typischen Hilfeleistungen dienen gerade nicht nur der Überwindung vorübergehender wirtschaftlicher Notlagen und lassen sich im Übrigen auch nicht durchweg als Gewährung von Schutz subsumieren. Wird der Begriff der Hilfe in § 6 Abs. 1 S. 1 KG aber in einem Sinne gebraucht, der über soziale Hilfeleistungen deutlich hinausgeht, so liegt es nahe, denselben Begriff in § 5 Abs. 1 S. 1 KG im gleichen Sinne zu verstehen [. . .].“⁵⁹⁹

Warum sich die Hilfsmaßnahmen nach seiner Auffassung im Übrigen nicht durchweg unter die Gewährung von Schutz subsumieren lassen, erläutert das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg leider nicht. Insbesondere der Vergleich mit § 7 KonsG, welcher den Rechtsschutz erwähnt, zeigt nämlich, dass viel dafür spricht, genau hier die Abgrenzung der beiden Begriffe vorzunehmen. Das Tatbestandsmerkmal der Hilfe erfasst dabei alle Maßnahmen, die aufgrund einer konkreten finanziellen Notlage vom Konsularbeamten erbracht werden und das Tatbestandsmerkmal des Schutzes alle anderen Maßnahmen. Finanzielle Hilfen für Gefangene sind nicht nach § 7 KonsG sondern nach § 5 KonsG zu gewähren. So stellt zum Beispiel die Vermittlung eines Strafverteidigers eine Rechtsschutzmaßnahme nach § 7 KonsG dar. Kann der Gefangene diesen nicht selbst bezahlen und wird ihm nach dem Recht des Empfangsstaats kein oder kein angemessener Pflichtverteidiger gestellt, kann der Konsularbeamte die Kosten nach § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 KonsG (beziehungsweise die überörtlichen Träger der Sozialhilfe nach § 5 Abs. 6 KonsG in Verbindung mit § 24 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB XII, wenn

597 So auch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 19 (zitiert nach juris).

598 BVerfGE 48, 246, 257; Schwacke, Juristische Methodik, S. 95 ff.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 43.

599 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 19 (zitiert nach juris).

das Verfahren länger als zwei Monate dauert) gewähren.⁶⁰⁰ Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG soll der Konsularbeamte hingegen Hilfe und Schutz gewähren. Damit werden in Fällen von Naturkatastrophen, kriegesischen oder revolutionären Verwicklungen oder vergleichbaren Ereignissen sowohl finanzielle als auch nicht finanzielle Hilfen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt. § 6 KonsG ist bezüglich der in § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG aufgezählten Art von Notfällen eine abschließende Sonderregelung.⁶⁰¹ Anders als bei § 7 KonsG, der nur die Betreuung und den Rechtsschutz regelt, ist für finanzielle Hilfen ein Rückgriff auf § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht erforderlich. Unterstützt wird diese Differenzierung ferner durch § 25 Gesetz über den Auswärtigen Dienst.⁶⁰² Dieser verpflichtet das Auswärtige Amt in Krisenfällen vergleichbar dem § 6 KonsG Maßnahmen zum Schutz und zur Fürsorge für die Angehörigen des Auswärtigen Dienstes zu treffen. In dieser Vorschrift wird also nicht von Schutz und Hilfe, sondern deutlicher von Schutz und Fürsorge gesprochen.

Auch der bloße Umstand der Existenz des § 7 KonsG verdeutlicht, dass § 5 KonsG nur die Hilfe aufgrund wirtschaftlicher Notlagen erfasst. Die Regelung des § 7 KonsG wäre überflüssig, wenn § 5 KonsG sämtliche Notlagen und damit auch die allgemeinen Betreuungsmaßnahmen von Gefangen erfassen würde. So wird in einem Kommentar zum Konsulargesetz ausgeführt:

„Damit [mit der Existenz des § 7 KonsG] wird deutlich, daß sich die Betreuung deutscher Untersuchungs- und Strafgefangener im Ausland nicht in der Gewährung einer finanziellen Hilfe [nach § 5 KonsG, Anmerkung durch den Verfasser] erschöpft. Die „Betreuung“ von Inhaftierten erfordert vielmehr zusätzliche Maßnahmen, die dem Gefangenen sein Los erleichtern sollen.“⁶⁰³

Das Auswärtige Amt hat vor dem Verwaltungsgericht Berlin vorgetragen, dass § 6 KonsG nur ein besonders geregelten Unterfall des § 5 KonsG darstelle und § 5 KonsG daher als eine Art Generalklausel alle denkbaren Notfälle finanzieller und nicht finanzieller Natur erfasse. Dieses Argument hat das Verwaltungsgericht Berlin zu Recht zunächst mit einem systematischen Argument zurückgewiesen:

„Dass es sich hierbei [§ 6 KonsG] um eine Erweiterung der Hilfeleistungsregelungen und nicht etwa um einen speziell erfassten „Unterfall“ des § 5 KonsG handelt, belegt die in § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG enthaltene Regelung über die nur „entsprechende Anwendung des § 5 Abs. 5 KonsG, die für den Fall eines *lex specialis* gegenüber dieser Vorschrift nicht notwendig wäre.“⁶⁰⁴

Die in §§ 5 und 6 KonsG gewählten unterschiedlichen Begriffe verdeutlichen ebenfalls, dass es sich um selbständige Regelungen mit unterschiedlichem Anwendungsbereich handelt. So ist zum Beispiel in § 6 KonsG vom Geschädigten und Bedrohten die Rede, während § 5 KonsG die Begriffe Hilfeempfänger und Hilfesuchender verwendet. Nach § 6 KonsG soll Deutschen geholfen werden, denen als Teil einer größeren Gruppe aufgrund von Katastrophenfällen Schäden für Leib und Leben drohen. Nach § 5 KonsG soll einzelnen Deutschen aufgrund eines finanziellen Engpasses aus einer Notlage geholfen werden. Dies bedeutet, dass die

600 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 2 und Rn. 7.6.3.

601 Ebd. § 6 Rn. 1.1.

602 BGBl. 1990 I S. 1842, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 410.

603 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 2.

604 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 30 (zitiert nach juris).

Hilfesuchenden nach § 5 KonsG ihre Notlage allein beseitigen könnten, wenn ihnen die hierfür notwendigen Mittel zur Verfügung stünden, während die Notsituation nach § 6 KonsG nicht allein durch die Gewährung von Geld beseitigt werden kann. So stellt auch das Verwaltungsgericht Berlin fest:

„Die von § 6 KonsG erfassten Maßnahmen sind dadurch charakterisiert, dass den betroffenen Deutschen infolge der Unübersichtlichkeit der Verhältnisse in aller Regel die Hände gebunden sind und bloße Finanzmittel nicht ausreichen würden, sich der Gefahr zu entziehen, sondern hier organisatorische Maßnahmen der Konsularbeamten in Abstimmung mit Behörden und humanitären Einrichtungen vor Ort gefordert sind.“⁶⁰⁵

Diesbezüglich können sich die Maßnahmen nach §§ 5 und 6 KonsG zwar gleichen, in dem zum Beispiel in beiden Fällen die Heimführung ermöglicht wird oder mit finanziellen Mitteln Lebensmittel und Unterkunft finanziert werden, die Tatbestandsvoraussetzungen sind aber unterschiedlich. § 6 ist kein gesetzlich gesondert normierter Unterfall des § 5 KonsG sondern eine eigenständige Regelung.⁶⁰⁶

Dafür spricht im Übrigen auch, dass die Regelung des § 6 KonsG bis auf den Verweis in sich geschlossen ist und alle Tatbestandsvoraussetzungen sowie die Rechtsfolgen selbst regelt. Auch ist die Gewährung von Hilfe im Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG selbst enthalten, so dass kein Rückgriff auf die Regelung des § 5 KonsG erforderlich ist. Die Existenz von § 6 und § 7 KonsG hätte keine logische Rechtfertigung, wenn man § 5 KonsG als allgemeine, jede Form von Notlage erfassende Regelung verstehen würde. Der Regelungsbereich wäre bis auf die einzige Ausnahme von § 6 Abs. 3 KonsG bereits vollständig vom Anwendungsbereich des § 5 KonsG erfasst. Nach § 6 Abs. 3 KonsG sollen die Konsularbeamten Listen der in ihren Konsularbezirk ansässigen Deutschen erstellen, um in Notfällen wie Naturkatastrophen, kriegerischen Ereignissen und vergleichbaren Ereignissen sofort wirksam helfen zu können. Diese Regelung vermag nicht die Existenz von § 6 und schon gar nicht die von § 7 KonsG zu rechtfertigen. Sie hätte problemlos als weiterer Absatz § 5 KonsG hinzugefügt werden können. Schließlich ist auch fraglich, warum der Gesetzgeber neben dem Auffangtatbestand des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG mit § 5 KonsG eine weitere Generalklausel hätte schaffen wollen.

c) Zusammenfassendes Ergebnis der systematischen Auslegung

Die systematische Auslegung kommt zu dem eindeutigen Ergebnis, dass es sich bei § 5 KonsG um eine besondere sozialhilferechtliche Norm außerhalb der Sozialgesetzbücher handelt, die der Beseitigung wirtschaftlicher Notlagen dient. Laut der Gesetzesbegründung lehnt sich der maßgebliche Inhalt des § 5 KonsG an der sozialhilferechtlichen Vorschrift des § 119 BSHG an. Insbesondere der Verweis in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG verdeutlicht, dass alle Hilfeleistungen im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (Bundessozialhilfegesetz) zu behandeln sind, wenn die Notlage länger als zwei Monate

⁶⁰⁵ Ebd.

⁶⁰⁶ So auch mit weiteren Argumenten Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 60 f.

andauert. Damit muss jede Hilfeleistung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auch grundsätzlich vom Regelungsinhalt des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch erfasst sein. Dieses Gesetz regelt die Sozialhilfe und damit die Hilfe in finanzieller Not.

Auch lässt sich die Existenz von §§ 6 und 7 KonsG nicht schlüssig erklären, würde man den Anwendungsbereich von § 5 KonsG nicht auf wirtschaftliche Notlagen begrenzen.

Selbst die von der Rechtsprechung angeführten Argumente sprechen bei genauerer Betrachtung zwingend für ein Verständnis des § 5 KonsG als eine besondere außerhalb des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch liegende sozialhilferechtliche Norm. Der Rechtsprechung ist hier eine ergebnisgesteuerte Gesetzesinterpretation vorzuwerfen. Sie nimmt an mehreren Stellen Zitate aus ihrem Kontext, um ihre Bedeutung in das vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte Gegenteil zu verkehren. Dies ist umso mehr verwunderlich, weil das Verwaltungsgericht Berlin als Ausgangsinstanz schlüssig dargelegt hat, warum § 5 KonsG nicht-wirtschaftliche Notlagen nicht erfasst.⁶⁰⁷

3. Historische Auslegung

Die historische Auslegung versucht den Bedeutungsgehalt einer Norm unter Einbeziehung ihrer Vorgängerregelungen (hierzu unter a) und ihrer Entstehungsgeschichte durch Analyse der die Gesetzesentstehung begleitenden oder begründenden Unterlagen (hierzu unter b) zu ermitteln.⁶⁰⁸ So soll beleuchtet werden, was der Gesetzgeber regeln wollte. Denn einen „Text verstehen, das setzt voraus, die Frage oder die Lage zu verstehen, auf die der Text eine Antwort war.“⁶⁰⁹

a) Historische Auslegung im engeren Sinn

Das Gesetz betreffend die Organisation der Bundeskonsulate sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln vom 8. November 1867⁶¹⁰ (im Folgenden „KonsG 1867“) wurde vom Reichstag des Norddeutschen Bundes in seiner ersten Sitzung verabschiedet, durch die Bündnisverträge mit den süddeutschen Staaten vom November 1870 auf das gesamte damalige Reichsgebiet ausgedehnt⁶¹¹ und nach der Gründung des Deutschen Reiches zum Reichsgesetz erklärt⁶¹². Es galt in der Bundesrepublik Deutschland bis zum Inkrafttreten des heutigen Konsulargesetzes am 15. Dezember 1974⁶¹³ als Bundesrecht fort.⁶¹⁴ Das KonsG 1867

607 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 22 ff. (zitiert nach juris).

608 Zur Abgrenzung zwischen historischer und genetischer Auslegung im Einzelnen Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 360 ff.

609 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 787.

610 BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867 S. 137 ff.

611 Siehe zum Beispiel für Bayern § 26 Vertrag, betreffend den Beitritt Bayerns zur Verfassung des Deutschen Bundes vom 23.11.1870, BGBl. des Deutschen Bundes 1871 S. 16.

612 § 2 des Gesetzes betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16.04.1871, BGBl. des Norddeutschen Bundes S. 63.

613 § 28 Abs. 1 Nr. 1 KonsG in der Fassung vom 11.09.1974, BGBl. 1974 I S. 2317.

614 Vgl. BR-Drs. 308/72, S. 7.

enthielt mit § 26 eine Vorschrift, welche die Hilfe in Notfällen durch Konsularbeamte⁶¹⁵ regelte. Diese Vorschrift blieb während der gesamten Geltungsdauer des KonsG 1867 unverändert.⁶¹⁶ § 26 KonsG 1867 hatte folgenden Wortlaut:

„Hülfbedürftigen Bundesangehörigen haben die Bundeskonsuln die Mittel zur Milderung augenblicklicher Noth oder zur Rückkehr in die Heimath nach Maaßgabe der ihnen ertheilten Amtsinstruktion zu gewähren.“⁶¹⁷

§ 26 KonsG 1867 ist für die Auslegung des § 5 KonsG von Relevanz, da er „der Substanz nach“ in das Konsulargesetz übernommen wurde.⁶¹⁸ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus der Begründung zum Entwurf eines Konsulargesetzes von 1972. Dort werden diejenigen Vorschriften des KonsG 1867 aufgezählt, die der Substanz nach nicht in den Entwurf übernommen wurden. § 26 wird nicht genannt.⁶¹⁹

Auch die Gesetzesbegründungen zu den verschiedenen Entwürfen gehen davon aus, dass die jeweilige § 5 KonsG entsprechende Norm der verschiedenen Entwurfsfassungen auf § 26 KonsG 1867 beruht. So heißt es, dass § 17 Entwurf 1965 § 26 KonsG 1867 ersetze und dabei § 26 KonsG 1867 „ganz umgestaltet und den heutigen Verhältnissen angepaßt worden“ sei, da diese Vorschrift für die „zahlreichen und vielfältigen Unterstützungsfälle“ der heutigen Zeit nicht mehr ausreiche⁶²⁰ und dass die Materie des § 26 KonsG 1867 in § 14 Entwurf 1972 geregelt sei.⁶²¹

§ 26 KonsG 1867 wurde sowohl von der damaligen Kommentarliteratur⁶²² und Rechtsprechung⁶²³ als auch von den Gesetzgebern des heutigen Konsulargesetzes als eine Norm des Fürsorgerechts verstanden. So wurde als hilfsbedürftig im Sinne des § 26 KonsG 1867 angesehen,

615 Der Begriff des Konsularbeamten wurde erst in den Entwurf 1974 aufgrund der Anpassung an die Terminologie des Art. 1 Abs. 1 lit. d) WÜK übernommen, vgl. BR-Drs. 308/72, S. 8. Die ersten Konsuln des Deutschen Reiches wurden im Juni 1871 ernannt. 1874 hatte das Deutsche Reich einschließlich der Wahlkonsulate in 42 Ländern 633 konsularische Vertretungen, Hecker, Handbuch konsularische Praxis 1982, S. 10. Im Jahr 2017 hat die Bundesrepublik Deutschland 227 Auslandsvertretungen sowie 337 Honorar(general)konsuln, Homepage des Auswärtigen Amtes, zuletzt abgerufen am 01.09.2017 unter http://www.auswaertiges-amt.de/DE/AAmt/Auslandsvertretungen/Uebersicht_node.html.

616 Die lange Geltung dieser Vorschrift in unveränderter Form war nur möglich, weil § 26 KonsG 1867 nur die grundsätzliche Verpflichtung zur Hilfe regelte. Die Einzelheiten bezogen auf Art und Umfang der konsularischen Hilfe aber in regelmäßigen Abständen durch Instruktionen, Dienstvorschriften und Runderlasse des Auswärtigen Amtes konkretisiert wurden, vgl. Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Vorbemerkungen Rn. 1.2.

617 BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867 S. 142.

618 Zum Problem der Kontinuität und Diskontinuität Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 361a. Kontinuität und Diskontinuität in der Entscheidungspraxis des BVerfG: BVerfGE 10, 285, 296 ff.; 12, 205, 208 ff.; 19, 303, 314 ff.; 32, 54, 69 f.

619 BR-Drs. 308/72, S. 9.

620 BR-Drs. 404/64, S. 25.

621 BR-Drs. 308/72, S. 17.

622 Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 139 ff., die im Zusammenhang mit dieser Vorschrift ausschließlich von „Fürsorge“ oder „öffentlicher Fürsorge“ sprechen; von König, Handbuch Konsularwesen, S. 498 ff., welcher ebenfalls nur von finanziellen Hilfszahlungen aufgrund wirtschaftlicher Not spricht.

623 OVG Münster, Urteil vom 30.10.1961, Az.: II A 480/61, in: DVBl. 1962, 139.

„wer den notwendigen Lebensbedarf für sich und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Mitteln oder Kräften oder durch Unterstützung von anderer Seite beschaffen kann.“⁶²⁴

Daneben war anerkannt, dass

„in besonderen Fällen eine weitergehende Betreuung [als die Bereitstellung der notwendigen finanziellen Mittel] des in Not geratenen Deutschen angezeigt sein [kann]. Dabei handelt es sich aber nicht mehr um die Unterstützung eines Hilfsbedürftigen im engeren Sinn, sondern die Vertretung wird dann im Rahmen ihrer allgemeinen Betreuungspflicht gegenüber Deutschen im Ausland tätig.“⁶²⁵

In den Gesetzesbegründungen zum Gesetzentwurf eines Konsulargesetzes von 1972 und 1973 wird ausgeführt, dass der Vorschrift des § 26 KonsG 1867

„mit Inkrafttreten des Bundessozialhilfegesetzes vom 30. Juni 1961 (BGBl. I S. 815) eine weitere, die Notlage von Deutschen im Ausland betreffende Bestimmung an die Seite [trat]. § 119 des genannten Gesetzes regelt die Gewährung von Sozialhilfe an Deutsche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben und im Ausland der Hilfe bedürfen.“⁶²⁶

Hier zeigt der Gesetzgeber deutlich, dass beide Regelungen den Regelungsbereich der öffentlichen Fürsorge, welcher mit Einführung des Bundessozialhilfegesetzes in Sozialhilfe umbenannt wurde,⁶²⁷ umfassen. Dass § 119 BSHG insoweit nicht nur einen Teilregelungsbereich des § 26 KonsG 1867 erfassen soll, sondern § 26 KonsG 1867 genau wie § 119 BSHG eine Regelung des Sozialhilferechts ist und damit ausschließlich wirtschaftliche Notlagen erfasst, macht der Gesetzgeber durch einen Vergleich der beiden Regelungen deutlich. Hierzu führt er aus, dass der Unterschied der beiden Normen darin besteht, dass

„die Hilfe nach § 119 des Bundessozialhilfegesetzes, wie alle Leistungen nach diesem Gesetz „nachrangig“ ist. Dies bedeutet im vorliegenden Fall: Soweit Hilfe nach § 26 des Konsulargesetzes zu gewähren ist, entfällt die Gewährung von Hilfe nach § 119 des Sozialhilfegesetzes.“⁶²⁸

In den folgenden Absätzen wird dann ausdrücklich erklärt, wann § 26 KonsG 1867 und wann § 119 BSHG eingreift. Dass es daneben noch Fälle geben könnte, bei denen § 119 BSHG subsidiär keine Relevanz hat, wird nicht erwähnt. Die vom Gesetzgeber ausgearbeitete Folgeregelung des § 26 KonsG 1867 sollte diese Abgrenzung durch die Einführung klarer Abgrenzungskriterien für die Praxis erleichtern

„und auch sonst die Vorschrift des § 26 des geltenden Konsulargesetzes durch Bestimmungen ersetzen, die unseren heutigen Auffassungen auf dem Gebiet des Fürsorgerechts besser entsprechen.“⁶²⁹

624 Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 141. Mit einem ähnlichen Wortlaut von König, Handbuch Konsularwesen, S. 498 f.

625 Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 143.

626 BR-Drs. 308/72, S. 17.

627 Knopp/Fichtner, BSHG Kommentar, § 1 Rn. 2; Schellhorn/Jirasek/Seipp, BSHG Kommentar, Einführung, S. 5.

628 BR-Drs. 308/72, S. 17.

629 Ebd.

b) Genetische Auslegung

Im Rahmen der genetischen Auslegung werden die Materialien aus dem Gesetzgebungsprozess herangezogen. Entscheidend ist aber nicht der subjektive Wille Einzelner am Gesetzgebungsprozess Beteiligter sondern der in der Gesetzesvorschrift zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers.⁶³⁰

1965 wurde erstmals ein Entwurf eines neuen Konsulargesetzes von der Bundesregierung vorgelegt (hierzu unter (1)). Dieser wurde wegen Ablaufs der vierten Legislaturperiode⁶³¹ nicht weiter behandelt. Mit der Vorlage eines neuen Entwurfs wurde dann bis zur Verabschiedung des WÜK⁶³² gewartet, damit dessen Terminologie Berücksichtigung finden konnte.⁶³³ Ein neuer Gesetzesvorschlag wurde daher erst wieder 1972 unterbreitet (hierzu unter (2)) und dann 1973 durch die beratenden Ausschüsse noch einmal überarbeitet (hierzu unter (3)), bis das bis heute geltende Konsulargesetz am 11. September 1974 verkündet wurde⁶³⁴ und gemäß § 31 KonsG am 12. Dezember 1974 in Kraft getreten ist.

(1) Entwurf 1965

Im Januar 1965 unterbreitete die Bundesregierung den „Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsstellung und die Befugnisse der Konsuln der Bundesrepublik Deutschland (Konsulargesetz)“⁶³⁵ (im Folgenden „Entwurf 1965“).

§ 17 Entwurf 1965 enthält eine den § 26 KonsG 1867 ersetzende Regelung, die der später in Kraft getretenen Regelung des § 5 KonsG sowohl im Aufbau als auch im Inhalt bereits sehr ähnlich ist. So bestimmt § 17 Abs. 1 Satz 1 Entwurf 1965:

„Die Berufskonsuln sollen Deutschen, die in ihrem Amtsbezirk der Hilfe bedürfen, die notwendige Hilfe leisten.“⁶³⁶

Der Entwurf 1965 verwendet wie das geltende Konsulargesetz die eher allgemein gehaltenen Begriffe der „Hilfe leisten“ und der „Hilfe bedürfen“. Eine Beschränkung auf wirtschaftliche Notlagen ist dem Wortlaut damit ähnlich wie dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht zu entnehmen.

630 BVerfGE 1, 299, 312; 11, 126, 130; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 790.

631 Am 19.09.1965 fanden Wahlen zum Bundestag statt. Ludwig Erhard wurde zunächst erneut von CDU/CSU und FDP zum Kanzler gewählt, nach Rücktritt der FDP-Minister im Oktober 1966 wurde eine Große Koalition mit der SPD gebildet und Kurt Georg Kiesinger zum Kanzler gewählt.

632 Das WÜK wurde am 24.04.1963 verabschiedet und trat für die Bundesrepublik Deutschland mit Ratifikationsgesetz vom 26.08.1969 (BGBl. 1969 II S. 1585) am 07.10.1971 in Kraft (BGBl. 1971 II S. 1285).

633 BT-Drs. 7/2006, S. 3.

634 BGBl. 1974 I S. 2317.

635 BR-Drs. 404/64. Mit der Ausarbeitung eines neuen Konsulargesetzes wurde bereits 1957 begonnen. Diesem ersten Gesetzentwurf stimmte der Bundesrat im August 1964 zu und im Januar 1965 wurde er in den Bundestag eingebracht, vgl. BT-Drs. 7/2006, S. 3.

636 BR-Drs. 404/64, S. 4. Die vollständige Vorschrift ist im Normenglossar auf Seite 274 abgedruckt.

Eine Analyse sowohl des gesamten Entwurfstextes des § 17 Entwurf 1965 als auch der dazugehörigen Gesetzesbegründung zeigt jedoch, dass § 17 Entwurf 1965 als eine fürsorgerechtliche Vorschrift zu verstehen ist und als solche nur wirtschaftliche Notlagen erfassen sollte.

Der Gesetzentwurf des § 17 Entwurf 1965 enthält in seinem Absätzen 1, 4 und 7 insgesamt drei ausdrückliche Verweise auf das Bundessozialhilfegesetz. In § 17 Abs. 4 Entwurf 1965 heißt es:

„Hat der Hilfebedürftige seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, so richtet sich die gesamte Hilfeleistung nur nach dem Bundessozialhilfegesetz, wenn die Hilfebedürftigkeit länger als zwei Monate dauert.“⁶³⁷

§ 17 Abs. 4 Entwurf 1965 ist dem später in Kraft getretenen § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG sprachlich und inhaltlich bereits sehr ähnlich. Liegen die Voraussetzungen dieses Absatzes vor, soll die gesamte Hilfeleistung ausschließlich den Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes unterliegen. Dieser Verweis belegt ebenso wie der später in Kraft getretene Verweis in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG, dass § 17 Entwurf 1965 ausschließlich sozialhilferechtliche Leistungen im Sinne des Bundessozialhilfegesetzes erfassen sollte. Nach der Gesetzesbegründung haben die Konsularbeamten „die Übernahme der gesamten Hilfeleistung durch den zuständigen Träger der Sozialhilfe im Inland rechtzeitig in die Wege zu leiten“.⁶³⁸ Nach zwei Monaten verblieb ihnen allenfalls eine „vermittelnde und – je nach den Umständen – beratende Tätigkeit“ gegenüber den inländischen Sozialhilfeträgern und damit keine eigene Entscheidungszuständigkeit für Hilfen nach § 17 Entwurf 1965.

In der Gesetzesbegründung zu § 17 Entwurf 1965 wird jeder einzelne Absatz des § 17 Entwurf 1965 in Bezug zu der entsprechenden Regelung im Bundessozialhilfegesetz gesetzt.⁶³⁹ So ist beispielsweise § 17 Abs. 1 Satz 1 „§ 119 Abs. 1 Satz 1 BSHG nachgebildet“, § 17 Abs. 2 Entwurf 1965 „entspricht der Regelung, die § 119 Abs. 4 BSHG für Leistungen der Sozialhilfeträger an im Ausland lebende Personen trifft“ und § 17 Abs. 3 Entwurf 1965 „lehnt sich eng an die Regelung des § 2 BSHG an“.⁶⁴⁰

Weiterhin vergleicht der Gesetzentwurf an mehreren Stellen die Leistungen nach § 17 Entwurf 1965 und dem Bundessozialhilfegesetz. So wird in Bezug auf § 17 Abs. 1 Entwurf 1965 ausgeführt, dass dieser anders als das Bundessozialhilfegesetz keine „Ist“- sondern nur „Soll“- und „Kann“-Leistungen regelt. Als Begründung hierfür wird angegeben,

„daß Sozialhilfe im Inland und Unterstützung im Ausland einander nicht gleichgesetzt werden können. Während im Inland alle Mittel zur Verfügung stehen, um sich über den Unterstützungsfall ein zutreffendes Bild machen zu können, stehen dem Konsul im Ausland auch nicht annähernd gleiche Möglichkeiten offen. Er wird im allgemeinen auf die Angaben des Bedürftigen und vor allem auf dessen freiwillige Mitwirkung bei den Unterstützungsmaßnahmen angewiesen sein.“⁶⁴¹

637 Ebd. Die anderen zwei Verweise auf das BSHG sind in § 17 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 7 Entwurf 1965 enthalten.

638 Ebd. S. 26.

639 Ebd. S. 25 ff.

640 Ebd. S. 26.

641 Ebd. S. 25 f.

Damit differenziert die Gesetzesbegründung zu dem Entwurf 1965 zwischen den Leistungen nach dem BSHG und denen nach dem Konsulargesetz lediglich in dem Punkt, dass der Leistungsbedarf des Hilfsbedürftigen im Ausland nicht mit der gleichen Verlässlichkeit bestimmt werden kann wie der Bedarf im Inland. Auch diese Begründung zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber mit § 17 KonsG Entwurf 1965 eine sozialhilferechtliche Regelung – angepasst an die besonderen Bedingungen einer im Ausland zu leistenden Hilfe – schaffen wollte.

In der Begründung zu § 17 Abs. 2 Entwurf 1965, der bestimmt: „Art, Form und Maß der Hilfe sowie der Einsatz des Einkommens richten sich nach den besonderen Verhältnissen im Aufenthaltsland unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines sich dort aufhaltenden Deutschen“, heißt es, „diese Bestimmung entspricht der Regelung, die § 119 Abs. 4 BSHG für Leistungen der Sozialhilfeträger an im Ausland lebende Personen trifft.“ Der Konsul kann dabei sogar „seinen Entscheidungen die Bestimmungen des Bundessozialhilfegesetzes über vergleichbare Leistungen im Inland als Richtlinien zugrunde legen.“ Und § 17 Abs. 3 Entwurf 1965, welcher bestimmt, dass die Hilfe nicht zu gewähren ist, wenn andere finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, greife laut der Gesetzesbegründung mit dem Grundsatz der Subsidiarität einen allgemeinen Grundsatz des deutschen Sozialhilferechts auf, „paßt diesen jedoch an Verhältnisse im Ausland an“.⁶⁴²

Der Gesetzentwurf hatte nur wirtschaftliche Notlagen im Blick, andere Notlagen wollte er erkennbar nicht regeln. Dem steht auch nicht entgegen, dass es in der Gesetzesbegründung weiter heißt, § 17 Abs. 1 Entwurf 1965 bilde „nunmehr die gesetzliche Grundlage in allen Fällen, in denen ein Deutscher sich in irgendeiner Notlage an die Auslandsvertretung um Hilfe wendet“. Im nächsten Satz werden dann die Beispiele des bestohlenen Touristen und des Jugendlichen, dem das Reisegeld ausgegangen ist, aufgeführt. Und zwei weitere Sätze später heißt es: „Diese Fassung ist § 119 Abs. 1 Satz 1 BSHG nachgebildet.“⁶⁴³ Auch hier meint der Gesetzgeber also gerade nicht irgendeine sondern irgendeine wirtschaftliche Notlage.

Dieser Vorgängerentwurf zum Konsulargesetz wurde zwar nicht verabschiedet, der Folgeentwurf von 1972 hat aber, wie im nächsten Abschnitt aufgezeigt wird, diese Regelung mit nur so wenigen inhaltlichen Änderungen übernommen, dass er zur Auslegung der Gesetzesintention unmittelbar herangezogen werden kann.

(2) Entwurf 1972

Im Mai 1972 übersandte die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz)⁶⁴⁴ (im Folgenden „Entwurf 1972“) an den Bundesrat. Nach der Stellungnahme des Bundesrates vom 7. Juli 1972 leitete die Bundesregierung den Gesetzentwurf in unveränderter Form am 12. September 1972 an den

642 Ebd. S. 26.

643 Ebd.

644 BR-Drs. 308/72 vom 31. Mai 1972, eingegangen am 26. Mai 1972.

Bundestag weiter.⁶⁴⁵ Dieser befasste sich aufgrund der vorzeitigen Auflösung des Bundestages nach der verlorenen Vertrauensfrage von Bundeskanzler Willy Brandt zehn Tage später nicht mehr mit dem Entwurf, so dass er im Februar 1973 in unveränderter Form erneut in den Bundestag eingebracht wurde.⁶⁴⁶

Der Entwurf 1972 enthält in § 14 Abs. 1 Satz 1 mit der amtlichen Überschrift „Hilfeleistungen an Einzelne“ eine mit § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nahezu wortgleiche Bestimmung. Lediglich der Begriff des Konsularbeamten wird im Singular und nicht wie in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG im Plural verwendet.⁶⁴⁷ Auch im Übrigen weist der Entwurf des § 14 kaum Unterschiede zu § 5 KonsG auf. Inhaltliche Änderungen hat § 5 KonsG im Wesentlichen nur durch das Hinzufügen eines zweiten Satzes im dritten Absatz und des siebten Absatzes erfahren. Aufgrund dieser inhaltlichen Übereinstimmung können die Gesetzesmaterialien zum Entwurf 1972 zur Auslegung des Konsulargesetzes herangezogen werden.

Die Gesetzesbegründung zum Entwurf 1972 enthält genau wie die zum Entwurf 1965 keine Anhaltspunkte dafür, dass andere als sozialhilferechtliche Hilfen von dieser Vorschrift erfasst sein sollen. Vielmehr will § 14 Entwurf 1972 ebenso wie der Entwurf 1965 „die Vorschrift des § 26 des geltenden Konsulargesetzes durch Bestimmungen ersetzen, die unseren heutigen Auffassungen auf dem Gebiet des Fürsorgerechts besser entsprechen“.⁶⁴⁸ Die Gesetzesbegründung befasst sich ausführlich mit der Abgrenzung zu § 119 BSHG und nimmt immer wieder auf dessen Absätze zur Erläuterung des § 14 Entwurf 1972 Bezug. So wolle zum Beispiel § 14 Abs. 3 Entwurf 1972, „dem „119 Absatz 4 des Bundessozialhilfegesetzes folgend, sicherstellen, daß der Hilfesuchende nicht durch eine zu knappe Bemessung der Hilfeleistung unter den für Deutsche im Empfangsstaat noch angemessenen Lebensstandard hinuntergedrückt wird“.⁶⁴⁹ Besonders hervorzuheben ist, dass die Gesetzesbegründung ebenso wie die amtliche Überschrift mit dem Begriff der „Hilfeleistung“ ausdrücklich eine typische sozialhilferechtliche Terminologie benutzt. Die Gesetzesbegründung macht durchweg deutlich, dass eine finanzielle Notlage gemeint ist. So sei insbesondere die Tatbestandsvoraussetzung des § 14 Abs. 1 Satz 1 Entwurf 1972, dass die Hilfe nur zu leisten ist, wenn die Notlage nicht auf andere Weise behoben werden kann, so zu verstehen, „daß der Hilfesuchende sich nicht selbst, sei es durch Arbeitsleistung, sei es durch Einsatz eigener Mittel, helfen kann. Auch eine Unterstützung von dritter Seite muss zunächst geprüft werden“, wobei zum Beispiel zwischenstaatliche Vereinbarungen oder innerstaatliches Recht, welche zur Unterstützung durch den Empfangsstaat verpflichten, oder Stellen der freien Wohlfahrtspflege im Empfangsstaat aufgezählt werden. Als Beispiel für eine Notlage wird daher konsequenterweise

645 BT-Drs. VI/3763.

646 BT-Drs. 7/131.

647 BR-Drs. 308/72, S. 4.

648 Ebd. S. 17. Der Begriff der „öffentlichen Fürsorge“ wurde mit Einführung des BSHG durch den Begriff der „Sozialhilfe“ ersetzt, Schellhorn/Jirasek/Seipp, BSHG Kommentar, Einführung, S. 5. Ausweislich der Gesetzesbegründung zum BSHG ist Gegenstand des Gesetzentwurfs „die Neuordnung des Rechts der öffentlichen Fürsorge“, BT-Drs. 3/1799, S. 31. Die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass des BSHG folgt ebenfalls aus der „öffentlichen Fürsorge“ in Art. 74 Nr. 7 GG, BT-Drs. 3/1799, S. 32.

649 BR-Drs. 308/72, S. 18.

auch wiederum der um sein gesamtes Bargeld bestohlene Tourist, der keine Möglichkeit hat, sich zum Beispiel durch telegraphische Überweisung aus der Heimat wieder zahlungsfähig zu machen, angeführt.⁶⁵⁰ Auch werden die Leistungen des Konsularbeamten nach Ablauf des Zeitraums von zwei Monaten nach § 14 Abs. 6 Entwurf 1972 „nachträglich umgewandelt in Vorschußzahlungen auf die nach dem Bundessozialhilfegesetz zu gewährenden Leistungen“.⁶⁵¹

Der Entwurf 1972 enthält erstmalig mit § 15 eine Vorgängerregelung zu § 6 KonsG und mithin eine Regelung die ausdrücklich nicht wirtschaftliche Notlagen erfasst. Dementsprechend enthält die amtliche Überschrift zu § 15 Entwurf 1972 auch nicht den Begriff der Hilfeleistung, sondern heißt „Allgemeine Hilfsmaßnahmen“.⁶⁵² Laut Gesetzesbegründung sollen von dieser Norm diejenigen Fälle erfasst sein „wo ein im Ausland eintretendes Ereignis Gefahren oder Schäden für eine größere Anzahl von Menschen, unter ihnen auch für Deutsche, mit sich bringt“. Als Beispiele werden „Gewährung von Obdach, Speisungen, aber auch die Eröffnung von Möglichkeiten zum Verlassen des Landes oder des betroffenen Gebietes“ aufgeführt.⁶⁵³ Diese Maßnahmen gebe es in der Praxis in Kapitel 0501 Titel 68601 des Bundeshaushaltsplans schon jetzt, sie sollen aber durch § 15 Entwurf 1972 förmlich im Gesetz verankert werden, auch um die Kosten zurückfordern zu können, da das Verlangen nach einer vertraglichen Verpflichtungserklärung zur Rückerstattung in aller Regel in diesen Fällen nicht möglich und nicht zumutbar sei.⁶⁵⁴

Allein die nachträgliche Einführung des § 15 Entwurf 1972 und damit des späteren § 6 KonsG zeigt, dass der Tatbestand des § 14 Entwurf 1972 und damit auch der des späteren § 5 KonsG nicht jede Art der Notlage erfassen soll. § 15 Entwurf 1972 enthielte keinen über § 14 Entwurf 1972 hinausgehenden Inhalt und wäre damit eine überflüssige Doppelregelung, wenn man vom Tatbestand des § 14 Entwurf 1972 auch nicht wirtschaftliche Notlage erfassen wolle.

(3) Entwurf 1973

Am 16. Februar 1973 überwies der Bundestag den Entwurf 1972 dem Auswärtigen Ausschuss zur Federführung und dem Rechtsausschuss zur Mitberatung. Aufeinander aufbauend haben diese beiden Ausschüsse unter Mitwirkung des Innenausschusses den Gesetzentwurf „in der Systematik verändert und Ergänzungen vorgenommen“.⁶⁵⁵ Aus § 14 und § 15 Entwurf 1972 wurden respektive § 5 und § 6 KonsG, die in dieser Fassung letztendlich auch verabschiedet wurden und bis heute inhaltlich unverändert⁶⁵⁶ gelten.

650 Ebd. S. 18.

651 Ebd. S. 19.

652 Ebd. S. 4.

653 Ebd. S. 19.

654 Ebd. S. 19 f.

655 Bericht und Antrag des Auswärtigen Ausschusses (3. Ausschuß) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz), BT-Drs. 7/2006, S. 3.

656 Mit Inkrafttreten des SGB XII wurde lediglich der Verweis auf das BSHG in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG mit Wirkung zum 01.01.2005 durch einen Verweis auf das SGB XII ersetzt, BGBl. 2003 I, S. 3022,

Auch die Erläuterungen im Bericht des Auswärtigen Ausschusses zu dem jetzt endgültig überarbeiteten Entwurf machen deutlich, dass § 5 KonsG nur Sozialleistungen erfasst. So gelte § 5 KonsG „für alle Fälle der sozialen Hilfe“ und betont, dass „[d]ie einmaligen finanziellen Hilfen als öffentliche Sozialleistungen gewährt [werden]“.⁶⁵⁷

Zudem wird in dem Entwurf 1973 mit § 7 KonsG eine neue Vorschrift eingefügt. Allein die Existenz des § 7 KonsG zeigt ebenso wie die Existenz des § 6 KonsG, dass § 5 KonsG ausschließlich Hilfeleistungen aufgrund wirtschaftlicher Notlagen erfasst. So wurde § 7 KonsG eingefügt, um „auch bei Strafgefangenen die erforderliche konsularische Betreuung sicher[zustellen]“.⁶⁵⁸ Denn wie bereits im Rahmen der inhaltlichen Systematik ausgeführt,⁶⁵⁹ soll § 7 KonsG inhaftierte Deutsche durch zusätzliche Maßnahmen wie insbesondere die Vermittlung von angemessenen Rechtsbeiständen „vor schweren seelischen und körperlichen Schäden [. . .] bewahren“,⁶⁶⁰ da vom Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG diese Art von Betreuung nicht erfasst wird.

c) Zusammenfassendes Ergebnis der historischen Auslegung

Sowohl die genetische Auslegung als auch die historische Auslegung im engeren Sinn bestätigen das im Rahmen der systematischen Auslegung gefundene Ergebnis.⁶⁶¹ Bereits die Vorgängernorm zu § 5 KonsG, § 26 KonsG 1867, gewährte finanzielle Hilfen aufgrund wirtschaftlicher Not. Auch die Gesetzesbegründungen der Entwürfe 1965, 1972 und 1973 belegen, dass sich die Überarbeitung des § 26 KonsG 1867 an der Vorschrift des § 119 BSHG orientierte und zwar aus dem alleinigen Grund, dass mit § 5 KonsG eine besondere Norm für die Gewährung von Sozialhilfe in vorübergehenden Notlagen im Ausland geschaffen werden sollte. Die Entwürfe 1972 und 1973 beinhalten zudem mit §§ 6 und 7 KonsG erstmals Konkretisierungen der allgemeinen konsularischen Beistandspflicht, welche auch nicht wirtschaftliche Notlagen erfassen. Beide Regelungen wurden erstmalig und nachträglich eingefügt.

Dies belegt, dass der Gesetzgeber ihrem Regelungsinhalt eine derart besondere Bedeutung beigemessen hat, dass er ihn außerhalb der allgemeinen konsularischen Beistandspflicht gesondert geregelt haben wollte. Damit ist der Gesetzgeber offenkundig davon ausgegangen, dass der Regelungsinhalt dieser neu geschaffenen Vorschriften nicht bereits im Tatbestand des

3064.

657 BT-Drs. 7/2006, S. 7.

658 Ebd. S. 8.

659 Siehe hierzu A.I.2.

660 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 1 und Rn. 7.6.2.

661 Göres fasst dies zutreffend wie folgt zusammen: „Auch wenn es dem Gesetzgeber nicht möglich sein mag, alle möglichen Fallkonstellationen einer Hilfsbedürftigkeit gesetzlich zu regeln, findet sich in keinem der zahlreichen Dokumente zum Konsulargesetz auch nur irgendein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber beabsichtigt hat, § 5 KonsG als Grundlage für die Tätigkeit der Konsularbeamten . . . im Falle von Geiselführungen [als Beispiel einer nichtwirtschaftlichen Notlage] auszugestalten.“, DÖV 2008, 622, 626 f.

§ 5 KonsG enthalten ist, was wiederum gerade nur dann auch tatsächlich der Fall ist, wenn § 5 KonsG ausschließlich Hilfeleistungen aufgrund wirtschaftlicher Not regelt.

4. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung fragt nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes und mithin danach, welches Ziel die gesetzliche Regelung verfolgt. Ihr zufolge ist das Auslegungsergebnis vorzugswürdig, welches dem Ziel des Gesetzes am Besten gerecht wird. Abgestellt werden kann hierbei auf das Ziel des Gesetzes als Ganzes, eines einzelnen Kapitels oder aber der konkreten Norm.⁶⁶² Auch im Rahmen der teleologischen Auslegung ist – insbesondere auch aufgrund von Gerechtigkeitsvorstellungen mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung – davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die gesamte Rechtsordnung auch teleologisch widerspruchsfrei regeln wollte. Er vergleichbare Sachverhalte also einer vergleichbaren rechtlichen Wertung unterzogen hat.⁶⁶³

Dem Bundesverwaltungsgericht und dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zufolge war Sinn und Zweck des § 5 KonsG die Schaffung einer umfassenden Notlageregelung (hierzu unter a), während nach anderer Ansicht mit § 5 KonsG eine rechtliche Grundlage für die Gewährung und insbesondere auch Rückforderung wirtschaftlicher Hilfen geschaffen werden sollte (hierzu unter b). Der Gesetzesbegründung zufolge war zumindest auch Sinn und Zweck der Neuregelung des § 26 KonsG 1867, die Abgrenzung der konsularischen Hilfe von der Sozialhilfe eindeutig zu regeln (hierzu unter c).

a) Umfassende Notlageregelung

Sowohl das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg als auch das Bundesverwaltungsgericht sehen den Sinn und Zweck des § 5 KonsG darin,

„die Konsularbeamten zu ermächtigen, Deutschen, die im Konsularbezirk in eine wie auch immer geartete akute Notlage geraten, zur Behebung dieser Notlage auch materielle Hilfe zu leisten, um sofort wirksam helfen zu können.“⁶⁶⁴

Sinn und Zweck soll es nach dieser Auffassung sein, eine Norm mit einem möglichst weiten Anwendungsbereich zu schaffen. Diese Auffassung wird zunächst damit begründet,⁶⁶⁵ dass es in der Gesetzesbegründung zum Entwurf 1965 heißt:

„Absatz 1 des § 17 bildet nunmehr die Grundlage in allen Fällen, in denen ein Deutscher sich in irgendeiner Notlage an die Auslandsvertretung um Hilfe wendet“,⁶⁶⁶ weil „die geltende Vorschrift in der Praxis nicht mehr als

662 Bleckmann, JuS 2002, 942, 944.

663 Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 44.

664 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 15 (zitiert nach juris).

665 Ebd. Rn. 14 (zitiert nach juris); OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 21 (zitiert nach juris).

666 BR-Drs. 404/64, S. 26.

Rechtsgrundlage für die zahlreichen und vielfältigen Unterstützungsfälle aus[reiche]⁶⁶⁷.

Bei genauerer Betrachtung wird aber deutlich, dass dieses Zitat aus der Gesetzesbegründung nicht „irgendeine“ Notlage sondern eine Notlage im fürsorgerechtlichen Sinn meint. Der einleitende Satz zur Begründung des § 17 Entwurf 1965 stellt zunächst fest, dass diese Regelung § 26 KonsG 1867 ersetze.⁶⁶⁸ § 26 KonsG 1867 war aber unstrittig auf fürsorgerechtliche Notlagen begrenzt.⁶⁶⁹ Weiter heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Da § 26 lediglich vorschreibt „augenblickliche Not“ Deutscher im Ausland zu mildern und ihnen bei der Rückkehr in die Heimat behilflich zu sein, reicht die geltende Vorschrift in der Praxis nicht mehr als Rechtsgrundlage für die zahlreichen und vielfältigen Unterstützungsfälle aus, die täglich an die deutschen Auslandsvertretungen herangetragen werden. § 26 ist daher ganz umgestaltet und den heutigen Verhältnissen angepaßt worden.“⁶⁷⁰

Das Argument, dass die geltende Regelung nicht mehr ausreiche, bezieht sich nach dieser Begründung allein auf das Tatbestandsmerkmal der „augenblicklichen Not“. Dieses Merkmal stellte aufgrund des Tatbestandsmerkmals der Augenblicklichkeit zum einen qualifizierte Anforderungen an den Notfall,⁶⁷¹ welche der veränderten Lebenswirklichkeit und hierbei insbesondere dem sich entwickelnden Massentourismus nicht mehr gerecht wurden.⁶⁷² Zum anderen war aufgrund der Unschärfe dieses Tatbestandsmerkmals eine Abgrenzung zu § 119 BSHG in der Praxis sehr schwierig.⁶⁷³ § 26 KonsG 1867 sollte daher auch nur „umgestaltet“ und „angepasst“ werden, also mit den Worten der Gesetzesbegründung „durch Bestimmungen [ersetzt werden], die unseren heutigen Auffassungen auf dem Gebiet des Fürsorgerechts besser entsprechen“.⁶⁷⁴

Als Beispielfälle werden dann auch nur finanzielle Engpässe wie das Abhandenkommen von Geld durch eine Straftat oder Verlust aufgezählt. Zudem wird ausdrücklich gesagt, dass die Vorschrift § 119 Abs. 1 Satz 1 BSHG nachgebildet sei.⁶⁷⁵ Stellt man das vom Obergericht Berlin-Brandenburg und von dem Bundesverwaltungsgericht verwendete Zitat also in seinen Zusammenhang in den Gesetzesbegründungen wird deutlich, dass allein fürsorgerechtliche Notfälle geregelt werden sollten, da § 26 KonsG 1867 als fürsorgerechtliche Regelung übernommen werden sollte. So erkennt auch das Bundesverwaltungsgericht, dass der Gesetzgeber nicht finanzielle Notlagen wie beispielsweise Entführungen deutscher Staatsangehöriger im Ausland „nicht in seine Überlegungen einbezogen hat“.⁶⁷⁶

667 Ebd. S. 25.

668 Ebd.

669 Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 139 ff.

670 BR-Drs. 404/64, S. 25.

671 Der Begriff augenblicklich kann laut dem Digitalen Wörterbuch der Deutschen Sprache mit den Synonymen sofortig, blitzartig, keine Verzögerungen zulassend umschrieben werden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?view=1&qu=augenblicklich>.

672 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 14 (zitiert nach juris).

673 BR-Drs. 308/72, S. 17.

674 Ebd.

675 BR-Drs. 404/64, S. 26.

676 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 14 (zitiert nach juris).

Weiterhin begründen das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg und das Bundesverwaltungsgericht ihre Ansicht damit, dass

„es offenkundig das Anliegen des Gesetzgebers [war], die konsularischen Aufgaben zu erweitern und die überholten und unzulänglichen Bestimmungen des alten Konsulargesetzes durch zeitgemäße Regelungen zu ersetzen. Dabei wurde auf eine Aufzählung der konsularischen Aufgaben bewusst verzichtet, weil dies „in ihrer Fülle und Unterschiedlichkeit praktisch nicht möglich sei (BTDrucks 7/2006, S. 4).“⁶⁷⁷

Dieser Argumentation ist zuzustimmen, lässt jedoch keinen Rückschluss auf die Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zu. Richtig ist, dass auch insbesondere die konsularischen Aufgaben nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG so vielfältig sind, dass auf eine Aufzählung einzelner möglicher Fälle bewusst verzichtet wurde. So heißt es in einem Kommentar zum Konsulargesetz:

„Die Lebensumstände, die eine Hilfe nach § 5 KG erfordern, sind so vielfältig und zahlreich, daß der Gesetzgeber sie auch nicht annäherungsweise aufzählen, geschweige denn die im Einzelfall erforderliche Hilfsmaßnahme im Gesetz selbst festlegen konnte. Es war nicht einmal möglich, hierüber verbindliche Regelungen aufzustellen, da jeder Fall sich nicht nur nach der Person des Hilfesuchenden und der Art der Notlage, sondern auch nach den Maßnahmen, die eine wirksame Hilfe erfordert, von jedem anderen Fall unterscheidet.“⁶⁷⁸

Dennoch hat § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ebenso wie die anderen im 2. Abschnitt des Konsulargesetzes „Einzelne Aufgaben und Befugnisse“ geregelten besonderen Aufgaben einen umgrenzten Anwendungsbereich. Hier zeigt sich auch ein typisches Merkmal sozialhilferechtlicher Leistungen. Auch im Sozialhilferecht sind die Tatbestände möglichst offen, damit flexibel auf die individuelle Notsituation reagiert werden kann:

„Dabei ist darauf hinzuweisen, daß Sozialhilfe auch dann gewährt werden kann, wenn sie im Gesetz selbst nicht im einzelnen tatbestandsmäßig umrissen ist. Entscheidend ist lediglich, daß sich die Gewährung der Hilfe als Sozialhilfe mit den tragenden Grundsätzen und den allgemeinen Ermächtigungen im Abschnitt 1 BSHG vereinbaren läßt. . . Die gewährende Verwaltung kann ohnehin nicht in gleicher Weise wie die eingreifende Verwaltung dem Grundsatz vom absoluten Vorbehalt des Gesetzes unterliegen.“⁶⁷⁹

„Die Sozialhilfe kann ihrer Art nach nicht schematisch gewährt werden; sie hat sich nach den *Besonderheiten des Einzelfalls* zu richten. . . . Die Hilfe nach den Besonderheiten des Einzelfalls gehört mit zu den tragenden Grundsätzen der Sozialhilfe.“⁶⁸⁰

Weiterhin wird als Beleg für einen umfassenden Notlagebegriff angeführt, dass

„[s]chon in der Gesetzesbegründung zu § 1 KG betont [werde], dass der Auslandsbeamte bei der Gewährung von Rat und Beistand auf die verschiedensten Umstände Rücksicht zu nehmen hat und ihm hierzu in allen Fällen der notwendige Spielraum verbleiben [müsse] (BT-Drs. 7/131, S. 12).“⁶⁸¹

677 Ebd.

678 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Vorbemerkungen Rn. 2.3.

679 Schellhorn/Jirasek/Seipp, BSHG Kommentar, § 1 Rn. 4.

680 Ebd. § 3 Rn. 1.

681 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 25 (zitiert nach juris).

Dem ist ebenfalls zuzustimmen. Abgesehen davon, dass diese Aussage gerade nicht dafür spricht, dass der Notlagebegriff in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG weit auszulegen ist, bezieht sich dieses Zitat aber insbesondere auf den Umstand, dass in das Konsulargesetz im Vergleich zum KonsG 1867 neu eingefügt wurde, dass Rat und Beistand „nach pflichtgemäßem Ermessen“ zu gewähren sind und darauf hingewiesen wird, dass Konsularbeamte im höheren Maße als im Inland tätige Beamte insbesondere auch auf die politischen Konsequenzen Rücksicht nehmen und ihm daher der notwendige Ermessensspielraum zur Verfügung stehen müsse.⁶⁸² Diesem notwendigen Ermessensspielraum wird das Konsulargesetz auch gerade dadurch gerecht, dass im zweiten Abschnitt nur die wichtigsten Aufgaben,⁶⁸³ bei denen „eine gesetzliche Normierung unbedingt notwendig erschien, einzeln normiert wurden“.⁶⁸⁴ Eine Normierung der wirtschaftlichen Hilfe dürfte insbesondere deshalb als unbedingt notwendig erachtet worden sein, weil es hierbei um nicht unbedeutende finanzielle Summen geht, die für den Fall des Fehlens einer solchen ausdrücklichen Grundlage wie in der Vergangenheit nur aufgrund einer Darlehensvereinbarung hätten eingezogen werden dürfen und aufgrund dieser Unsicherheit der Auslagenrückerstattung, der Konsularbeamte oft nicht und insbesondere nicht ohne Rücksprache angemessen und hierbei insbesondere schnell reagieren konnte.⁶⁸⁵ Auch die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt dem Konsularbeamten daher durch seine allgemeine Formulierung und dem dort enthaltenen großen Ermessensspielraum einen sehr weiten Handlungsspielraum, der es ihm ermöglichen soll, auf die Vielzahl der unterschiedlichen Notlagen jeweils einzelfallangemessen zu reagieren.

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg führt weiter an:

„Die Vorschrift hat die Funktion, die in § 1 KG allgemein formulierte konsularische Aufgabe der Beistandsgewährung zu konkretisieren und dabei einer gegebenenfalls aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden staatlichen Schutzpflicht Rechnung zu tragen.“⁶⁸⁶

Dieser Aussage kann zunächst zugestimmt werden. Daraus folgert die Rechtsprechung aber nun, dass eine

„einschränkende Auslegung des § 5 KG im Sinne einer Fürsorgevorschrift für wirtschaftliche Notlage weder mit der staatlichen Schutzpflicht . . . noch mit der konsularischen Beistandspflicht aus § 1, 2. Spiegelstrich KG vereinbar [wäre]. Denn sie hätte zur Folge, dass es für die konsularische Hilfeleistung außerhalb wirtschaftlich-sozialer Notlagen keine (einfach-)gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gäbe.“⁶⁸⁷

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg spricht sogar von einer sonst bestehenden „nicht zu erklärende[n] Regelungslücke“.⁶⁸⁸ Dieses Argument ist bei genauerer Betrachtung ebenfalls nicht stichhaltig. Mit der Regelung des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG besteht ja gerade

682 BR-Drs. 308/72, S. 10.

683 BT-Drs. 7/2006, S. 4.

684 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.3.

685 Ebd. § 5 Rn. 5.3.

686 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 16 (zitiert nach juris).

687 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 17 (zitiert nach juris).

688 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 25 (zitiert nach juris).

eine einfache gesetzliche Regelung, die als Generalklausel und damit auch so weitreichend formuliert ist, dass hierunter alle denkbaren Fälle subsumiert werden können. Die Generalklausel ist auch inhaltlich hinreichend bestimmt, um darauf das Tätigwerden des Konsularbeamten zu stützen. Anders als bei der Eingriffsverwaltung, welche ein Tätigwerden der Verwaltung zu Lasten des Einzelnen ermöglicht, wird der Konsularbeamte hier im Rahmen der Leistungsverwaltung und damit helfend zugunsten des Bürgers tätig. An Ermächtigungsgrundlagen im Rahmen der Leistungsverwaltung werden nur geringe Anforderungen gestellt, so wird es regelmäßig als ausreichend angesehen, wenn Rechte Dritter hierdurch nicht beeinträchtigt werden, eine allgemeine Regelung wie zum Beispiel die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG besteht und entsprechende Mittel tatsächlich zur Durchführung bereitgestellt werden.⁶⁸⁹

Selbst für den Fall, dass tatsächlich eine Regelungslücke gegeben wäre, wäre diese auch nicht unüblich und zunächst hinzunehmen. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, warum diese Regelungslücke nicht zu erklären sein soll. Zum einen wird sowohl vom Gesetzgeber als auch von der Literatur betont, dass die konsularischen Aufgaben derart vielfältig sind, dass sie sich nicht umfassend normieren lassen⁶⁹⁰ und zum anderen stellt das Bundesverwaltungsgericht ja sogar selbst ausdrücklich fest, dass der Gesetzgeber bestimmte Fälle nicht finanzieller Notlagen wie zum Beispiel Entführungen deutscher Staatsbürger im Ausland „nicht in seine Überlegungen einbezogen hat“⁶⁹¹ also schlicht nicht gesehen hat und damit auch gar nicht regeln konnte beziehungsweise wollte. Weiterhin ist anzumerken, dass der zweite Abschnitt nur eine „Darstellung der wichtigsten konsularischen Aufgaben“⁶⁹² enthält. Die jetzt in § 6 KonsG niedergelegten Maßnahmen, wurden auch schon nach dem alten KonsG 1867 durchgeführt.⁶⁹³ Die Generalklausel des § 1 KonsG 1867 wurde bereits damals als hierfür ausreichend angesehen.⁶⁹⁴

b) Gewährung und Rückforderung von Hilfen in wirtschaftlichen Notlagen

Ein wesentliches Anliegen der Neufassung des Regelungsinhaltes des § 26 KonsG 1867 war die Sicherung der finanziellen Erstattung der von den Konsularbeamten zur Behebung wirtschaftlicher Notlagen aufgewendeten Mittel. Die vor Inkrafttreten des Konsulargesetzes geltende Praxis der darlehensweisen Gewährung bot unter anderem Probleme sowohl bei der

689 Maunz/Dürig/Herzog/Grzeszick, GG Kommentar, Art. 20 Rn. 118 f.; BVerwGE 6, 282, 287 f.

690 BR-Drs. 404/64, S. 9; BT-Drs. 7/2006, S. 4; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Vorbemerkungen Rn. 2.3.

691 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 14 (zitiert nach juris).

692 BT-Drs. 7/2006, S. 7.

693 BR-Drs. 308/72, S. 19.

694 § 1 KonsG 1867 hatte folgenden Wortlaut „Die Bundeskonsuln sind berufen, das Interesse des Bundes, namentlich in Bezug auf Handel, Verkehr und Schifffahrt thunlichst zu schützen und zu fördern, die Beobachtung der Staatsverträge zu überwachen und den Angehörigen der Bundesstaaten, sowie anderer befreundeter Staaten in ihren Angelegenheiten Rath und Beistand zu gewähren. Sie müssen hierbei nach den Bundesgesetzen und den ihnen ertheilten Instruktionen sich richten und die durch die Gesetze und die Gewohnheiten ihres Amtsbezirks gebotenen Schranken einhalten.“, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867 S. 142.

Aufsetzung des Darlehensvertrages mit möglichst einer Erklärung zur sofortigen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das gesamte private Vermögen als auch bei der zwangsweisen Durchsetzung dieses privatrechtlichen Rückzahlungsanspruchs.⁶⁹⁵ Das Verwaltungsgericht Köln hat daher den Sinn und Zweck des § 5 KonsG wie folgt zusammengefasst:

„Der Sinn und Zweck des § 5 KG besteht darin, ein praktikables Instrument der zügigen Notfallhilfe zu schaffen und zu gewährleisten, dass die (früher darlehensweise gewährten) Mittel ebenso zügig in den Haushalt zurückfließen.“⁶⁹⁶

Dieser Sinn und Zweck wird auch durch den Bericht des Auswärtigen Ausschusses zum Gesetzentwurf bestätigt. Darin heißt es:

„§ 5 des Entwurfs gibt den Konsularbeamten nunmehr eine klare und eindeutige Weisung für alle Fälle der sozialen Hilfe. Wichtig ist, daß in jedem Einzelfall schnell und ohne umständliche Rückfragen oder besondere Ermächtigung geholfen werden kann. Die einmaligen finanziellen Hilfen werden als öffentliche Sozialleistungen gewährt, so daß es nicht mehr wie bisher der Aufnahme einer besonderen Darlehensvereinbarung mit der allzu häufig zu Recht beanstandeten Verpflichtung zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bedarf.“⁶⁹⁷

Auch die Literatur sieht in dem Sinn und Zweck des § 5 KonsG die Ermächtigungsgrundlage zur Befreiung aus einer ausschließlich wirtschaftlichen Notlage. So heißt es in einem Kommentar zum Konsulargesetz:

„Nach § 1 des Konsulargesetzes sind die Konsularbeamten berufen, Deutschen in ihrem Konsularbezirk nach pflichtgemäßem Ermessen Rat und Beistand zu gewähren. Dies muß in besonderem Maße dann gelten, wenn Deutsche im Ausland in wirtschaftliche Not geraten. Aufgabe der Hilfe nach § 5 KG ist es deshalb, den Hilfesuchenden aus einer gegenwärtigen akuten Notlage zu befreien, deren Fortbestehen seine Menschenwürde verletzen würde.“⁶⁹⁸

c) Abgrenzung zur Sozialhilfe

Ein weiterer Sinn und Zweck der Neuregelung des § 26 KonsG 1867 findet sich in der Gesetzesbegründung. Hier heißt es:

„Nach dem Vorangesagten kommt es für die Abgrenzung auf den § 26 des Konsulargesetzes an, der aber dafür keinen sehr befriedigenden Anhaltspunkt abgibt. Denn was ist augenblickliche Not, die zu mildern der Konsul die erforderlichen Mittel einzusetzen hat? Die Praxis ist mit der Rechtslage recht und schlecht fertig geworden. Sie verlangt aber für die Zukunft nach klaren Abgrenzungskriterien.

Der vorliegende Paragraph will dieser Notwendigkeit Rechnung tragen und auch sonst die Vorschrift des § 26 des geltenden Konsulargesetzes durch Bestimmungen

695 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.3; Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 142.

696 VG Köln, Urteil vom 19.05.2011, Az.: 26 K 4731/09, Rn. 83 (zitiert nach juris).

697 BT-Drs. 7/2006, S. 7 f.

698 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Vorbemerkungen Rn. 2.1.

ersetzen, die unseren heutigen Auffassungen auf dem Gebiet des Fürsorgerechts besser entsprechen.“⁶⁹⁹

§ 119 BSHG regelte die Sozialhilfe für Deutsche im Ausland. Diese Regelung war als eine Leistung nach dem Bundessozialhilfegesetz gemäß § 2 Abs. 1 BSHG gegenüber der vor Inkrafttreten des heutigen Konsulargesetzes geltenden Regelung des § 26 KonsG 1867 subsidiär.⁷⁰⁰ Dies bedeutete: „Soweit Hilfe nach § 26 des Konsulargesetzes zu gewähren ist, entfällt die Gewährung von Hilfe nach § 119 des Sozialhilfegesetzes.“⁷⁰¹ Die Frage wann und wie lange die Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 KonsG 1867 vorlagen, war in der Praxis schwierig zu bestimmen. Sinn und Zweck des § 5 KonsG sollte mithin auch die Schaffung einer praktikablen Abgrenzungsregelung zur Sozialhilfe sein. Dieser Zielbestimmung ist der Gesetzgeber in § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG nachgekommen, der als Abgrenzungskriterium die Zeitdauer der Hilfsbedürftigkeit von mehr oder weniger als zwei Monaten festlegt.

Dieser Sinn und Zweck des § 5 KonsG spricht ebenfalls dafür, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine besondere sozialhilferechtliche Regelung außerhalb des Sozialgesetzbuches handelt. Insbesondere da der Gesetzgeber als alleiniges Abgrenzungskriterium die zeitliche Dauer der Hilfsbedürftigkeit gewählt hat. Andere Voraussetzungen für den Übergang der Zuständigkeit an die inländischen Sozialhilfeträger werden nicht genannt.

d) Zusammenfassendes Ergebnis der teleologischen Auslegung

Zusammenfassend kann der teleologischen Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg zu § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht gefolgt werden. Vielmehr zeigen insbesondere die Gesetzesbegründungen, dass die fürsorgerechtliche Regelung des § 26 KonsG 1867 an die veränderten Verhältnisse angepasst, aber dem Grundsatz nach als eine sozialhilferechtliche Regelung übernommen werden sollte. Vorrangige Ziele waren es, negative Erfahrungen der geltenden Praxis zu beheben. Dies waren zum einen die negativen Erfahrungen mit der privatrechtlichen Abwicklung der Hilfgewährung und damit auch der Rückzahlung und zum anderen die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zur Gewährung von Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz.

5. Zusammenfassendes Ergebnis der Auslegung

Die Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ergibt ein eindeutiges Ergebnis. Der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist eng auszulegen und die Vorschrift als eine besondere sozialhilferechtliche Norm zu verstehen, welche wirtschaftlichen Notlagen Deutscher im Ausland wirksam begegnen soll.

699 BR-Drs. 308/72, S. 17.

700 Siehe den Wortlaut des § 2 Abs. 1 BSHG in der Fn. 501.

701 BR-Drs. 308/72, S. 17.

Während die grammatische Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG keine eindeutigen Schlüsse zuließ, erbrachten sowohl die systematische als auch die historische Auslegung diesbezüglich ein eindeutiges Ergebnis, welches durch die teleologische Auslegung noch unterstützt wurde.⁷⁰² So gehen auch die bisher zu diesem Thema ergangenen wissenschaftlichen Stimmen in der Literatur in der großen Mehrheit⁷⁰³ von einem auf die Beseitigung wirtschaftlicher Notlagen begrenzten Verständnis des Tatbestandes des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG aus:

„§ 5 Abs. 1 bildet nunmehr die gesetzliche Grundlage für alle Fälle der Hilfeleistung an einzelne Deutsche, die sich in einer wirtschaftlichen Notlage an eine Auslandsvertretung wenden. [. . .] § 5 KG ist als eine in sich geschlossene selbständige Regelung des materiellen konsularischen Leistungsrechts im Rahmen des Konsulargesetzes anzusehen, die die allgemeine konsularische Schutz- und Beistandspflicht [des § 1 KonsG] für diesen Fall der konsularischen Hilfe an einzelne Deutsche konkretisiert.“⁷⁰⁴

„§ 5 ist eine eigenständige Vorschrift des materiellen konsularischen Leistungsrechts, die der Vorschrift des § 119 des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) über die Sozialhilfe für Deutsche im Ausland nachgebildet ist. Die Hilfe nach § 5 KonsG ist daher ebenso wie die Hilfe nach § 119 BSHG auf die Beseitigung einer wirtschaftlichen oder sozialen Notlage gerichtet.“⁷⁰⁵

„Bei dieser Vorschrift [§ 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG] handelt es sich um eine eigenständige Vorschrift des materiellen konsularischen Leistungsrechts, das den sozialhilferechtlichen Regelungen vorgeht. Mit § 5 KonsG soll allerdings keine wirtschaftliche Bedürftigkeit behoben, sondern es soll einem „sonst in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen lebenden Deutschen im Ausland aus einer vorübergehenden Notlage geholfen werden. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Sozialleistung, der eine Ersatzpflicht des Hilfeempfängers entspricht (§ 5 V KonsG).“⁷⁰⁶

Dieses im Wege der Auslegung ermittelte Ergebnis ist derart zwingend, dass die durch das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg und durch das Bundesverwaltungsgericht erfolgte Auslegung, sowohl in ihrer Methodik als auch in ihrem Ergebnis, überrascht. So erwecken die verhältnismäßig knappen Begründungen den Anschein, dass beide Gerichte nicht versucht haben, ergebnisoffen die Bedeutung des Tatbestands des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zu ermitteln, sondern vielmehr geprüft haben, ob etwas Zwingendes gegen ihre Auffassung der Erfassung auch nicht wirtschaftlicher Notlagen vom Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG spricht. So heißt es im Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg:

702 Einen Rang der Auslegungsmethoden gibt es nicht, obwohl teilweise der historischen Auslegung eine schwächere Rolle beigemessen wird, vgl. BVerfGE 1, 299, 312. „Die grammatikalische, systematische und teleologische Auslegung stehen in einem Verhältnis der gegenseitigen Ergänzung.“, BVerfGE 35, 263, 279. „Trotz mancher gegenteilig klingender Sätze hat die höchstrichterliche Rechtsprechung denn auch in der Tat die Entstehungsgeschichte immer wieder dann maßgeblich herangezogen, wenn aus ihr – und vor allem wenn nur aus ihr – Wesentliches für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift zu entnehmen war.“, vgl. BGHZ 46, 74, 80 mit vielen Beispielen. Zu dem Problem eines Rangverhältnisses zwischen den Auslegungsmethoden zum Beispiel Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 146 ff. m.w.N.

703 Eine vereinzelte Ausnahme ist Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 800 ff.

704 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.1.

705 Ebd. § 5 Rn. 1.2.

706 Baur, NVwZ 2004, 1322, 1323.

„Der Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 1 KG rechtfertigt nicht die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Einengung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf finanzielle Engpässe.“⁷⁰⁷

„§ 5 Abs. 3 S. 1 KG [...] zwingt ebenfalls nicht dazu, den Begriff der Hilfsbedürftigkeit auf wirtschaftliche Notlagen zu beschränken.“⁷⁰⁸

„Die Entstehungsgeschichte des § 5 KG zwingt ebenfalls nicht zu einem engen, auf die Überwindung sozialer Notlagen beschränkten Verständnis des Begriffs der Hilfe.“⁷⁰⁹

und ähnlich im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts:

„Für eine solche Beschränkung [auf die Behebung wirtschaftlicher Notlagen] gibt schon der Wortlaut der Norm nichts her.“⁷¹⁰

„Zwar dürfte für den Gesetzgeber bei der Novellierung des Konsulargesetzes im Jahre 1974 aufgrund der damaligen Lebenswirklichkeit, d.h. vor dem Aufkommen des Massentourismus, die Behebung wirtschaftlicher Notlagen im Vordergrund gestanden haben, ebenso wird er Entführungen deutscher Staatsbürger im Ausland nicht in seine Überlegungen einbezogen haben. Dies rechtfertigt aber keine einschränkende Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KG.“⁷¹¹

In dem zuletzt genannten Zitat heißt es mit anderen Worten, dass obwohl der Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des § 5 KonsG nur an wirtschaftliche Notlagen dachte, dies eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf wirtschaftliche Notlagen nicht rechtfertige. Dieses Übergehen der gesetzgeberischen Intention wundert umso mehr, als es ja gerade Aufgabe der Auslegung ist, den verobjektivierten Willen des Gesetzgebers herauszufinden.⁷¹²

Zur Unterstützung ihrer Auffassung nehmen dann sowohl das Obergericht Berlin-Brandenburg als auch das Bundesverwaltungsgericht Zitate in den Gesetzesbegründungen aus ihrem Kontext, die in sinnvollem Zusammenhang gelesen, genau die gegenteilige Auslegungsvariante stützen. Dieses methodische Vorgehen hat mit einer rechtsmethodisch sauberen Auslegung nicht viel gemein.⁷¹³

Gegen die von den Gerichten vertretene Auffassung sprechende Argumente, werden nicht angemessen dargestellt, sondern mit Hilfe fehlerhafter Zitate oder falscher Behauptungen⁷¹⁴ einfach zurückgewiesen. Der Richter „darf nicht in das Gesetz hineinlegen, was er aus ihm

707 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 17 (zitiert nach juris).

708 Ebd. Rn. 18 (zitiert nach juris).

709 Ebd. Rn. 20 (zitiert nach juris).

710 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 13 (zitiert nach juris).

711 Ebd. Rn. 14 (zitiert nach juris).

712 „Dem Zweck, den objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, dienen die sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Sinnzusammenhang sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte“, BGHZ 49, 221, 223.

713 „Die Auslegung . . . hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen.“, BVerfGE 82, 30, 38 f.

714 So zum Beispiel über das Fehlen einer (einfach-)gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die Hilfe in anderen Fällen, vgl. BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 17 (zitiert nach juris).

herauszuholen wünscht.⁷¹⁵ So hat das Verwaltungsgericht Berlin seine Kritik an den Entscheidungen des Obergerichtes Berlin-Brandenburg und des Bundesverwaltungsgerichts wie folgt vorweggenommen:

„Allein der Umstand, dass die Beklagte für die vorliegende Konstellation ein Bedürfnis nach einer Kostenersatzregelung zu erkennen vermeint, erlaubt es nicht, entgegen Entstehungsgeschichte und Systematik des Konsulargesetzes quasi im Wege freier Rechtsschöpfung den Anwendungsbereich des § 5 KonsG auf Fallgestaltungen zu erweitern, für die er ersichtlich nicht geschaffen ist.“⁷¹⁶

§ 5 KonsG regelt allein Fälle wirtschaftlicher Notlagen. Die Möglichkeiten der konsularischen Hilfe werden dadurch nicht beschränkt. Ist eine Hilfestellung nach §§ 5 bis 7 KonsG nicht möglich, greift die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG. Die Leistungsverwaltung bedarf anders als die Eingriffsverwaltung keiner detaillierten gesetzlichen Grundlage, so dass die Generalklausel für ein weitergehendes konsularisches Handeln hinreichend bestimmt ist. Folgen ergeben sich allein für die Kostenerstattung.⁷¹⁷

6. Anwendbarkeit auf Entführungsfälle

§ 5 KonsG ist nach dem gerade gefundenen Ergebnis die Rechtsgrundlage für die konsularische Hilfe zur Behebung einer wirtschaftlichen Notlage. Fälle von Entführungen deutscher Staatsangehöriger im Ausland erfordern während der und im Anschluss an die Entführungssituation verschiedene Maßnahmen. Sie sind derart komplex, dass sie sich nicht in einer Leistung an die Betroffenen erschöpfen.⁷¹⁸

Das Verwaltungsgericht Berlin hat die Anwendbarkeit des Konsulargesetzes im Allgemeinen und damit auch des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG im Besonderen auf Entführungsfälle generell verneint. Die hierbei vorgetragene Argumente halten einer näheren Überprüfung nicht Stand (hierzu unter a). Einzelne Leistungen im Rahmen von Entführungsfällen fallen in den Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG (hierzu unter b). Eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auf andere, nicht aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage erforderliche Maßnahmen in Entführungsfällen ist abzulehnen (hierzu unter c).

a) Entführungen als konsularischer Notfall im Sinne des Konsulargesetzes

Das Verwaltungsgericht Berlin hat die Auffassung vertreten, dass Entführungen im Ausland nicht dem Anwendungsbereich des Konsulargesetzes unterfallen. So seien Entführungsfälle eher als Teil des diplomatischen Schutzes zu qualifizieren (hierzu unter (1)). Auch liege eine konsularische Tätigkeit im Sinne des Konsulargesetzes nicht vor, weil in Entführungsfällen die Zentrale des Auswärtigen Amtes und nicht die Auslandsvertretungen die maßgeblichen

715 Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 169.

716 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 32 (zitiert nach juris).

717 Zur Kostenerstattung siehe unter Kapitel 3 Abschnitt 2.

718 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 187.

Entscheidungen treffe (hierzu unter (2)). Ferner lägen Entführungsfälle im Bereich des Unnormierbaren (hierzu unter (3)).

(1) Entführungen als Fälle vergleichbar diplomatischen Schutzes

Das Verwaltungsgericht Berlin ist der Auffassung, dass Rettungsmaßnahmen im Rahmen von Entführungen „außerhalb der ‚konsularischen Aufgaben‘ angesiedelt“ seien.⁷¹⁹ Diese unterschieden sich zum einen von den üblichen Maßnahmen einer Auslandsvertretung deutlich und zum anderen seien an ihnen sowohl eine Reihe innerstaatlicher Behörden als auch „Staatsorgane des Staates beteiligt, auf dessen Hoheitsgebiet die Entführung erfolgt ist und der sich mit eventuellen Befreiungsmaßnahmen [. . .] einverstanden erklären“ müsse.⁷²⁰ Wie der diplomatische Schutz seien Maßnahmen in Entführungsfällen „von hoher politischer Bedeutung“ und bedürften der Kontaktaufnahme mit dem Staat auf Ministerial- oder Regierungsebene.⁷²¹

Zunächst ist festzustellen, dass Befreiungsbemühungen zugunsten entführter deutscher Staatsangehöriger keine Ausübung diplomatischen Schutzes darstellen. Diplomatischer Schutz setzt ein völkerrechtswidriges Handeln eines Staates voraus und wendet sich daher als Frage der Wiedergutmachung an diesen Staat selbst.⁷²² Entführungen ausländischer Staatsangehöriger erfolgen im Regelfall durch private Dritte, nicht selten wird durch sie sogar versucht, den Empfangsstaat zu einem bestimmten Handeln zu bewegen.⁷²³

Auch ist der Kontakt zu Behörden oder sogar zur oberen Regierungsebene für konsularisches Handeln nichts Ungewöhnliches. So regelt Art. 38 WÜK sogar welche Behörden der Konsularbeamte kontaktieren soll, nämlich gemäß Art. 38 lit. a) WÜK grundsätzlich nur die zuständigen örtlichen Behörden ihres Konsularbezirkes. An die zuständigen Zentralbehörden des Empfangsstaats soll sich der Konsularbeamte gemäß Art. 38 lit. b) WÜK wenden, wenn und soweit dies auf Grund der Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften sowie der Übung des Empfangsstaats oder auf Grund entsprechender internationaler Übereinkünfte zulässig ist. Auch Hilfsmaßnahmen nach § 6 KonsG bedürfen regelmäßig der Abstimmung mit dem Entsendestaat. Zudem ist eine scharfe Trennung zwischen diplomatischem und konsularischem Tätigwerden auch nicht immer möglich.⁷²⁴ So regeln sowohl Art. 3 Abs. 1 lit. b) WÜD als auch Art. 5 lit. a) WÜK, dass es zu den Aufgaben einer diplomatischen Mission beziehungsweise zu den konsularischen Aufgaben gehört, die Interessen des Entsendestaates und seiner Angehörigen im Empfangsstaat innerhalb der völkerrechtlich zulässigen Grenzen zu schützen.

719 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 38 (zitiert nach juris).

720 Ebd. Rn. 38 f.

721 Ebd. Rn. 40 f.

722 Siehe zum Begriff des diplomatischen Schutzes unter Kapitel 1 Abschnitt 1 A.

723 So forderten die Entführer zum Beispiel auch in diesem Fall die Errichtung einer unabhängigen Kommission, welche Menschenrechtsverletzungen und Lebensbedingungen in den verarmten nordkolumbianischen Bergdörfern untersuchen sollte, VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 40 f. (zitiert nach juris).

724 Siehe hierzu unter Kapitel 1 Abschnitt 1 C.

Ferner greift das Argument, Entführungsfälle lägen außerhalb der typischen konsularischen Aufgaben, nicht durch. Ist eine Behörde sachlich zuständig, ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Aufgabe eine typische oder eher entweder aufgrund des Umfangs oder des Inhaltes eine weniger typische Aufgabe ist. Gerade weil konsularische Aufgaben von ihrer Art und ihrem Inhalt sehr verschieden sind, wurde das Konsulargesetz so allgemein gefasst, dass der Konsularbeamte in allen denkbaren Fällen angemessen reagieren kann. Auch sind die Auslandsvertretungen plötzliche auftretende, komplexe und politisch brisante Notfälle gewohnt. Große Naturkatastrophen, kriegsrische und revolutionäre Verwicklungen nach § 6 KonsG stehen Entführungen in dieser Hinsicht in Nichts nach.⁷²⁵

(2) Maßgebliche Tätigkeit durch das Auswärtige Amt im Inland

Dem Verwaltungsgericht Berlin zufolge muss die jeweilige Amtshandlung im Ausland durch den Konsularbeamten vorgenommen werden, damit sie als Amtshandlung im Sinne des Konsulargesetzes und damit auch als eine Tätigkeit im Rahmen des konsularischen Schutzes qualifiziert werden kann. Bei Entführungsfällen würden aber die relevanten Entscheidungen durch die Zentrale des Auswärtigen Amtes im Inland getroffen. Aus §§ 4 und 18 Abs. 1 KonsG ergebe sich, dass es „Kennzeichen konsularischer Tätigkeit“ sei, dass die jeweilige Handlung im Ausland wahrgenommen werde.⁷²⁶

Auch dieses Argument des Verwaltungsgerichts Berlin überzeugt bei näherer Betrachtung nicht. Gemäß § 2 Gesetz über den Auswärtigen Dienst bilden das Auswärtige Amt und die Auslandsvertretungen zusammen eine einheitliche Bundesbehörde unter der Leitung des Bundesministers des Auswärtigen. Inwieweit das Auswärtige Amt in Entscheidungen nach § 5 KonsG involviert ist, stellt daher allein eine Frage der internen Behördenstruktur dar. Die Auslandsvertretungen haben wie jeder andere Teil einer Behörde interne Weisungen zu befolgen und bedienen sich intern der Hilfe anderer Abteilungen.⁷²⁷ Entscheidend ist, wer für die Behörde nach außen handelnd in Erscheinung tritt. Das sind im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG die Konsularbeamten, so wie es der Wortlaut auch ausdrücklich regelt.

§§ 4 und 18 KonsG bestätigen diese Auffassung ebenfalls, indem sie an die Wirkungen, die Folgen einer Handlung anknüpfen. Gemäß § 4 KonsG müssen die Konsularbeamten, welche nach §§ 18 Abs. 1 und 20 KonsG mit der Wahrnehmung konsularischer Aufgaben betraut sind, das im jeweiligen Empfangsstaat geltende Recht beachten. Daraus ergibt sich aber gerade nicht, dass die Entscheidung für ein bestimmtes Tätigwerden von der Auslandsvertretung getroffen werden muss. Vielmehr soll das nach außen durch den Konsularbeamten in Erscheinung tretende Handeln der Bundesrepublik Deutschland, deren Vertreter jeder einzelne Konsularbeamte letztendlich ist, nicht gegen das im Empfangsstaat geltende Recht verstoßen.

⁷²⁵ Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 44 f.

⁷²⁶ VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 36 (zitiert nach juris).

⁷²⁷ So ist auch bei sogenannten mehrstufigen Verwaltungsakten, die verwaltungsintern der Zustimmung einer anderen Behörde bedürfen, für die Zuordnung des Verwaltungsaktes darauf abzustellen, wer nach außen tätig wird, Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 78 Rn. 8.

Die getroffenen Entscheidungen und insbesondere die Wirkungen, die sie im Empfangsstaat erzielen, sollen mit dem dort geltenden Recht im Einklang stehen.

Ein Vergleich mit der Regelung des § 6 KonsG zeigt außerdem, dass diese Argumentation des Verwaltungsgerichtes Berlin nicht richtig sein kann, da sonst die Auslagenerstattungsregelung des § 6 Abs. 2 KonsG fast keinen Anwendungsbereich hätte.⁷²⁸ § 6 KonsG regelt die Hilfe in Katastrophenfällen wie Naturkatastrophen und kriegerischen oder revolutionären Auseinandersetzungen.⁷²⁹ Diese Fälle treten in der Regel derart plötzlich auf und sind derart komplex, dass die einzelne Auslandsvertretung zu ihrer Bewältigung allein aufgrund der Personalsituation grundsätzlich die Hilfe der Zentrale des Auswärtigen Amtes benötigt.⁷³⁰ Dies gilt sowohl für die Vielzahl der zu treffenden Maßnahmen, die Schnelligkeit, mit der Entscheidungen getroffen werden müssen, sowie die fundierte Einschätzung und Abwägung ihrer politischen und finanziellen Tragweite. Wie in Entführungsfällen, dürfte die Auslandsvertretung auch in Notfällen nach § 6 KonsG regelmäßig nur Weisungsempfänger sein.⁷³¹ Läge in diesen Fällen keine konsularische Tätigkeit vor, käme § 6 KonsG so selten zur Anwendung, dass sich die besondere Kodifizierung dieser Art von Notfällen außerhalb der Generalklausel nicht hinreichend erklären ließe.

Weiterhin führt das Verwaltungsgericht Berlin aus, dass „eventuelle Befreiungsaktionen auf dem Territorium fremder Staaten statt[fänden]“ und „anders als die konsularischen Alltagsgeschäfte, die vollständig oder weitgehend im Botschaftsgebäude und damit aus Sicht des fremden Staates exterritorial abgewickelt werden können“.⁷³² Abgesehen davon, dass Botschaftsgebäude nicht als exterritorial qualifiziert werden, sondern dem Recht des Empfangsstaates unterliegen,⁷³³ ist es nicht untypisch für konsularische Aufgaben, dass diese außerhalb des Botschaftsgeländes wahrgenommen werden. Der Konsularbeamte ist für seinen Konsularbezirk akkreditiert und befugt in diesem Bezirk - in Ausnahmefällen nach Art. 6 WÜK sogar außerhalb seines Konsularbezirks - tätig zu werden.⁷³⁴ Beispiele typischer Aufgabenwahrnehmungen außerhalb des Botschaftsgeländes sind die Betreuung von Inhaftierten nach § 7 KonsG und die Hilfe in Katastrophenfällen nach § 6 KonsG, in denen sich der Konsularbeamte regelmäßig einen Eindruck vor Ort machen muss, um die Lage einschätzen und den Kontakt zu den Betroffenen herstellen zu können.

728 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 42 f.

729 Zu § 6 KonsG im Einzelnen siehe unter Abschnitt 2.

730 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 29 (zitiert nach juris).

731 So trifft das Auswärtige Amt beispielsweise die Entscheidung, ob eine Evakuierung eingeleitet wird, vgl. Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.3.2.

732 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 41 (zitiert nach juris).

733 Vitzthum/*Hailbronner/Kau*, Völkerrecht, S. 175; Hobe, Einführung Völkerrecht, S. 385; EGMR, Entscheidung vom 14.10.1992, Nr.: 17392/90, M./Dänemark, Rn. 2. Zum Beispiel hat das Bundesarbeitsgericht in einem Fall deutsches Recht angewendet, in dem sich ein Angestellter einer US-Botschaft, der nicht mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betraut war, gegen seine Kündigung wehrte, BAG, Urteil vom 20.11.1997, Az.: 2 AZR 631/96, Rn. 31 f. (zitiert nach juris).

734 Konsularische Handlungen können auch außerhalb des Botschaftsgeländes vorgenommen werden, OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 31 (zitiert nach juris).

(3) Tätigkeit im Bereich des Unnormierbaren

Weiterhin argumentiert das Verwaltungsgericht Berlin, dass Entführungsfälle – wie das Bundesverfassungsgericht für den Bereich im Inland bereits geurteilt habe⁷³⁵ – im Bereich des Unnormierbaren lägen, da jede Normierung den Entführern die Möglichkeit geben würde, sich auf die erwartete Reaktion des Staates einzustellen und es dadurch zu einer erhöhten Gefährdung von (potenziellen) Entführungsoptionen käme.⁷³⁶

Auch dieser Argumentation ist nicht zuzustimmen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der vom Verwaltungsgericht Berlin angesprochenen Entscheidung festgestellt, dass in den Fällen, in denen staatliche Organe zum Schutz des menschlichen Lebens tätig werden müssen, nicht gesetzlich geregelt werden könne, welche konkreten Maßnahmen vorzunehmen seien. Vielmehr müssten sie die Möglichkeit haben, die in dem konkreten Einzelfall zweckdienlichen und gebotenen Maßnahmen zu treffen.⁷³⁷ Genau diese Vorgaben erfüllt das Konsulargesetz. Sowohl §§ 5 und 6 KonsG als auch die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG sind derart allgemein gefasst, dass die Wahl der erforderlichen Maßnahmen im Einzelfall dem Konsularbeamten überlassen bleibt.⁷³⁸ Nicht die staatlichen Schutz- und Handlungspflichten sind nicht normierbar, sondern die im Einzelfall zu treffenden Maßnahmen.

b) Direkte Anwendung auf Entführungsfälle

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG können auch in Entführungsfällen erfüllt sein. Zu unterscheiden sind hierbei mögliche Fälle von Hilfsbedürftigkeit während der Entführungssituation einschließlich der Geiselnbefreiung (hierzu unter (1)) und solche nach Beendigung der Entführung (hierzu unter (2)).⁷³⁹

(1) Hilfsbedürftigkeit während einer Entführung

Die während einer Entführungssituation geleistete Hilfe ist grundsätzlich keine Hilfe im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG und insbesondere in der Regel auch keine direkte Leistung an den Betroffenen. So werden üblicherweise Krisenstäbe im Auswärtigen Amt gebildet, mit den örtlichen Behörden Kontakt aufgenommen und Befreiungsalternativen diskutiert sowie mit den Entführern verhandelt. Diese Maßnahmen stellen keine Hilfeleistung aufgrund wirtschaftlicher Notlage an das Entführungsoption dar.⁷⁴⁰ Vielmehr soll das Entführungsoption aus einer lebensbedrohlichen Lage befreit werden. Dieses Ziel kann nicht durch die Gewährung von Sach- oder Geldleistungen im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erreicht werden.⁷⁴¹ Das

735 BVerfGE 60, 146.

736 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 42 (zitiert nach juris).

737 BVerfGE 46, 160, 164 f.

738 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 48.

739 So auch Göres, NJW 2004, 1909, 1911.

740 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 187.

741 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 51.

Entführungsoffer befindet sich in der Gewalt seiner Entführer, so dass einer Notlage mangels Kontaktmöglichkeit auch kaum abgeholfen werden kann. Nicht relevant für die Qualifizierung einer Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist die Frage, inwieweit das Entführungsoffer eine Mitschuld an seiner Lage zum Beispiel durch die Wahl seines Reisezieles trägt.⁷⁴² Die Frage nach dem Verschulden ist für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ohne Relevanz.⁷⁴³

Es ist aber nicht auszuschließen, dass auch während der Entführungssituation eine finanzielle Hilfsbedürftigkeit im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gegeben sein kann. So ist zum Beispiel denkbar, dass die Entführer finanzielle Mittel zur Versorgung des Entführungsoffers ähnlich einer Eigenversorgung in Gefängnissen, wie es in anderen Ländern üblich ist, oder zum Beispiel die Übernahme von Kosten für Medikamente oder ärztliche Behandlung fordern. Auch ist es denkbar, dass während der Entführungssituation Miete für die Wohnung des Entführungsoffers gezahlt oder eine Wohnung aufgelöst und der Hausrat eingelagert werden muss.

Lösegeldforderungen stellen wohl häufig den größten Kostenpunkt in Entführungsfällen.⁷⁴⁴ Vom Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG werden sie aber nicht erfasst. Zwar könnte man argumentieren, dass die Lösegeldschuld auch eine Form der wirtschaftlichen Notlage darstelle, da das Entführungsoffer sie selbst begleichen und sich damit selbst aus der Notlage befreien könnte, wenn ihm die entsprechenden finanziellen Mittel zur Verfügung ständen. Bei genauer Betrachtung aber ist die Unfähigkeit der Begleichung einer Lösegeldforderung keine sozialhilferechtliche Notlage im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG. Durch Zahlung eines Lösegeldes wird nicht einer wirtschaftlicher Not abgeholfen, sondern jemand aus einer rechtswidrigen Situation befreit. Der geforderte Betrag geht deutlich über im Rahmen der Sozialhilfe übliche Zahlungen zur Deckung des notwendigen Lebensbedarfes oder der Rückreisekosten hinaus. Der Entführte befindet sich nicht in einer Notlage, sondern ist Opfer einer Straftat. Er bedarf nicht der finanziellen Hilfe, sondern der Hilfe durch Polizei und Justiz zur Herstellung rechtmäßiger Zustände. Die Zahlung von Lösegeld geht aufgrund der möglichen insbesondere auch politischen Folgen deutlich über die Ermächtigung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG hinaus, welche die Hilfe in einer wirtschaftlichen Notlage erfasst.

(2) Hilfsbedürftigkeit nach Beendigung einer Entführung

Es ist denkbar, dass sich das Entführungsoffer nach Beendigung der Entführungssituation als Folge der Entführung in einer wirtschaftlichen Notlage im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG

742 So aber wohl die Begründung von Göres für die Nichtanwendbarkeit des § 5 KonsG auf Entführungsfälle, NJW 2004, 1909, 1911.

743 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 13 (zitiert nach juris); Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.6.3.

744 Die Frage nach der Erstattung von gezahltem Lösegeld ist nur theoretischer Natur, da die Bundesrepublik Deutschland mit dem Argument, die Bundesrepublik sei nicht erpressbar, bestreitet, Lösegelder zu zahlen und diese demzufolge auch nicht in Rechnung stellen wird. Vgl. auch Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 90. Dennoch kursieren Gerüchte über das ob und die Höhe entsprechend geleisteter Zahlungen, vgl. Göres, DÖV 2008, 622.

befindet. So ist es möglich, dass es anlässlich der Entführung seiner gegenwärtigen Geldreserven beraubt wurde, etwa weil die Entführer sie abgenommen haben oder weil die Entführung so lange gedauert hat, dass die Mittel zum Beispiel durch die Zahlung der über diesen Zeitraum genutzten Unterkunft aufgebraucht wurden. Dann können die erforderlichen finanziellen Mittel zum Beispiel für die Rückkehr, für eine notwendige ärztliche Behandlung oder die Unterkunft auf der Grundlage des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt werden.⁷⁴⁵

Etwas anderes gilt, wenn – wie in dem streitigen kolumbianischen Entführungsfall – Reisekosten nicht Teil einer Heimführung sondern Teil der Befreiungsaktion sind. Die Entführer hatten es in diesem Fall zur Bedingung der Freilassung gemacht, dass ein ziviler Hubschrauber mit von den Entführern vorher festgelegten Insassen die zwei Entführungsoffer abzuholen habe. Die hierbei entstandenen Kosten trugen das Auswärtige Amt und spanische Behörden je zur Hälfte, da das zweite Entführungsoffer die spanische Staatsangehörigkeit besaß. Diese Kosten in Höhe von 12.640,05 Euro stellte das Auswärtige Amt dann der Klägerin auf der Grundlage des § 5 KonsG in Rechnung.⁷⁴⁶ Diese Befreiungskosten waren keine finanziellen Hilfen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG und insbesondere keine Rückführungskosten im Sinne des § 5 Abs. 4 KonsG. Das Entführungsoffer befand sich nicht in einer wirtschaftlichen Notlage und die Hubschrauberkosten waren keine von ihm beantragte Nothilfe. Vielmehr war der Hubschrauberflug eine von den Entführern gestellte Bedingung zur Freilassung und damit Teil der Rettungsaktion.⁷⁴⁷ Das Entführungsoffer hätte die Notlage insbesondere auch nicht selbst beseitigen können, wenn ihm entsprechende finanzielle Mittel zur Verfügung gestanden hätten.

Für den Fall des Todes eines Entführungsoffers stellt sich die Frage der Übernahme von Bestattungs- oder Überführungskosten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG. Diese Problematik wird an anderer Stelle erörtert.⁷⁴⁸

Lebte das Entführungsoffer vor seiner Entführung bereits im Ausland und möchte dort bleiben, hat aber aufgrund der Entführung seine Erwerbstätigkeit verloren oder kann diese aufgrund physischer und psychischer Folgeerscheinungen vorübergehend oder auf Dauer nicht mehr ausüben, befindet es sich ebenfalls in einer wirtschaftlichen Notlage im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG. Hierbei ist aber zu beachten, dass die Konsularbeamten gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG nur für die Dauer von zwei Monaten ab Beginn der Hilfsbedürftigkeit zuständig sind und danach § 24 SGB XII einschlägig ist. Sozialhilfe nach dieser Vorschrift wird nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen gewährt und setzt insbesondere eine Rückkehrbereitschaft des Hilfsbedürftigen voraus, die er aber aufgrund der in § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB XII genannten Gründe nicht umsetzen kann.⁷⁴⁹

745 So auch ebd. S. 628.

746 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 4 f. (zitiert nach juris).

747 Ebd. Rn. 31 (zitiert nach juris).

748 Hierzu siehe unter A.II.2.

749 Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 24 SGB XII im Einzelnen zum Beispiel Grube/Wahrendorf/Bieback, SGB XII Kommentar, § 24 Rn. 7 ff.

c) Analoge Anwendung auf Entführungsfälle

Andere im Zusammenhang mit einer Entführung verursachte Kosten wie zum Beispiel Rettungskosten können nicht unmittelbar auf § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gestützt werden, da sie nicht aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage des Entführungsoپfers entstanden sind. Fraglich ist, ob vorliegend eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG in Betracht käme.

Eine Analogiebildung ist möglich, wenn der geregelte und der nicht geregelte Sachverhalt derart vergleichbar sind, dass aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Sachverhalte nicht gerechtfertigt ist. Jede Analogiebildung⁷⁵⁰ hat ein Legitimationsproblem, da sie Recht gegen oder ohne den im Gesetz manifestierten Willen des Gesetzgebers anwendet. Daher müssen die Gründe für die Lückenfüllung schwerer wiegen als die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Rechtssicherheit.⁷⁵¹ Eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auf Entführungsfälle wäre daher dann zulässig, wenn die Voraussetzungen des Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke (hierzu unter (1)) und des Bestehens einer vergleichbaren Interessenlage (hierzu unter (2)) gegeben sind.

(1) Planwidrige Regelungslücke

Die erste Voraussetzung eines Analogieschlusses ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke in der betreffenden Norm. Der fragliche Sachverhalt darf nicht geregelt sein und diese Nichtregelung darf vom Gesetzgeber auch nicht bewusst unterblieben sein. Eine planwidrige Regelungslücke liegt mit anderen Worten dann vor, wenn der Gesetzgeber für den Fall, dass ihm der fragliche Sachverhalt bekannt gewesen wäre, diesen auch tatsächlich geregelt hätte.⁷⁵²

Zuerst stellt sich die Frage, ob überhaupt eine Lücke vorhanden ist. Eine Regelungslücke ist gegeben, wenn die gesetzliche Regelung unvollständig ist und damit ein eigentlich notwendiger Regelungsinhalt fehlt.⁷⁵³ Mögliche konsularische Notfälle und die dazu korrespondierenden konsularischen Maßnahmen sind derart vielfältig, dass sich der Gesetzgeber entschieden hat, mit § 1 Spiegelstrich 2 KonsG eine Generalklausel zu schaffen, die den Konsularbeamten eine quasi uneingeschränkte Zuständigkeit gibt sowie vereinzelte, in der Praxis besonders häufige und besonders wichtige Fälle noch einmal in einer eigenständigen Norm ausdrücklich zu regeln. Allein diese Struktur führt dazu, dass eine Lücke eigentlich gar nicht bestehen kann, da subsidiär immer auf die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG zurückgegriffen werden kann, soweit eine speziellere Norm nicht einschlägig ist.⁷⁵⁴ Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Konsulargesetzes waren Entführungsfälle so selten, dass der Gesetzgeber sie schlichtweg nicht in seine Überlegungen einbezogen hat und selbst, wenn er sich des Problems bewusst

750 Zur Analogiebildung im Einzelnen Schwacke, Juristische Methodik, S. 130 ff.

751 Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 57.

752 Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 473; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 852, 859.

753 Ebd. Rn. 842 ff.

754 Dahm, NVwZ 2005, 172, 173.

gewesen wäre, aufgrund der marginalen Bedeutung von Entführungsfällen zur Zeit der Ausarbeitung des Konsulargesetzes wohl auch nicht für notwendig gehalten hätte, diese Frage in einer speziellen Norm zu regeln. Aufgrund der neueren Entwicklung der Zunahme von Entführungen wäre es nunmehr Aufgabe des Gesetzgebers, wenn und soweit er dies denn für notwendig erachte, tätig zu werden und eine entsprechende Gesetzesänderung herbeizuführen.⁷⁵⁵

Weiterhin ist zweifelhaft, ob – selbst wenn eine Lücke bestünde – diese Lücke tatsächlich auch planwidrig wäre. Der Gesetzgeber regelte den konsularischen Schutz in § 1 Spiegelstrich 2 KonsG derart allgemein, dass sich hierunter alle denkbaren Fälle subsumieren lassen. In der Praxis besonders wichtige, das heißt häufige, aber auch besonders kostenintensive Fälle wurden zusätzlich einer besonderen Regelung in den §§ 5 bis 7 KonsG zugeführt. Somit bestand der Plan des Gesetzgebers darin, die Inhalte der §§ 5 bis 7 KonsG ausdrücklich zu regeln und alle anderen Fälle unter die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG fallen zu lassen. Der Gesetzgeber dürfte damit zu Recht der Auffassung gewesen sein, dass er damit den konsularischen Schutz umfassend geregelt hat.

(2) Vergleichbare Interessenlage

Eine vergleichbare Interessenlage ist aus den gleichen Gründen nicht gegeben, aus denen keine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Als zweite Voraussetzung eines Analogieschlusses muss der nicht geregelte Sachverhalt eine dem geregelten Sachverhalt derart vergleichbare Interessenlage aufweisen, dass nur eine gleiche Regelung der beiden Sachverhalte ein sachgerechtes Ergebnis liefert.⁷⁵⁶

Bei Entführungsfällen handelt es sich um Straftaten. Der Hilfesuchende ist nicht in wirtschaftlicher Not, sondern Opfer einer Straftat. Anlass ist zumeist die Erpressung eines Staates. Die Hilfe in Entführungsfällen stellt sich daher auch nicht als die Behebung einer wirtschaftlichen Notlage, sondern als Beendigung einer Straftat dar. Auch kann – abgesehen davon, dass die Lösegeldzahlung gar keine wirtschaftliche Notlage beendet – nicht argumentiert werden, dass das Opfer, würde es über den Lösegeldbetrag verfügen, sich ja selbst aus der Zwangslage befreien könnte. Zum einen richtet sich die Lösegeldforderung in der Regel gar nicht gegen das Entführungsoffer und zum anderen werden häufig auch politische Forderungen wie zum Beispiel die Freilassung von Inhaftierten oder der Abzug militärischer Einheiten erhoben, die das Opfer selbst oder der Konsularbeamte gar nicht erfüllen könnten.

II. Gegenwärtigkeit der Notlage

Die nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zu leistende Hilfe muss geeignet sein, den Zustand der Hilfsbedürftigkeit zu beenden. Der Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG setzt daher

⁷⁵⁵ Ein diesbezüglicher Gesetzesvorschlag findet sich im Kapitel 4 Abschnitt 2.

⁷⁵⁶ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202 ff.

weiterhin voraus, dass der Zustand der Hilfsbedürftigkeit im Zeitpunkt der Hilfeleistung auch tatsächlich fort dauert (hierzu unter 1).

Dies hat auch zur Folge, dass Verstorbene grundsätzlich nicht Adressat einer Hilfeleistung sein können. Bisher von der Rechtsprechung noch nicht entschieden ist die Frage, ob Verstorbenen ausnahmsweise zur Sicherstellung einer würdigen Bestattung⁷⁵⁷ doch Hilfen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt werden können (hierzu unter 2).

1. Keine Schuldentilgung

Die Gewährung einer Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG setzt voraus, dass die Notlage im Moment der Hilfeleistung andauert. Tatbestandsvoraussetzung ist eine gegenwärtige Hilfsbedürftigkeit, da anderenfalls die Notlage durch die Hilfe nicht (mehr) behoben werden kann.⁷⁵⁸

Finanzielle Hilfen zur Begleichung von Kosten für vergangene Notlagen fallen demzufolge nicht unter den Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG. So heißt es im Merkblatt des Auswärtigen Amtes „Wann helfen Botschaften und Konsulate?\": „Unbezahlte Hotelrechnungen und offene Krankenhauskosten darf ein Konsularbeamter grundsätzlich nicht begleichen“.⁷⁵⁹ Und in der unter anderem zu § 5 KonsG ergangenen Dienstanweisung RES 54-30⁷⁶⁰ ist ausdrücklich festgehalten, dass Behandlungskosten nach Abschluss der Behandlung nicht übernommen werden.⁷⁶¹

Im Einzelfall kann es aber durchaus denkbar sein, dass das Bestehen von Schulden zu einer gegenwärtigen Notlage führt und die Bezahlung dieser Schulden mithin geeignet ist, diese gegenwärtige Notlage zu beenden. In einem gerichtlichen Verfahren hat das Auswärtige Amt vorgetragen, dass die Begleichung einer Arztrechnung notwendig gewesen sei, weil der betreffende Arzt sonst die Ausreise des Deutschen, welche für eine dringende medizinische Behandlung zwingend erforderlich war, verhindert hätte. Das Gericht hielt diesen Vortrag nicht für schlüssig, sah eine solche Ausnahme aber theoretisch als möglich an.⁷⁶² Weiterhin wäre auch denkbar, dass offene Unterbringungskosten wie Mietrückstände dazu führen, dass dem Hilfsbedürftigen die Wohnungskündigung und damit die Obdachlosigkeit droht. Auch in diesen

757 Bestattung meint in diesem Zusammenhang Beerdigung oder Einäscherung, Knopp/Fichtner, BSHG Kommentar, § 15 Rn. 4.

758 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.8; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.01.2013, Az.: OVG 10 S 2.13, OVG 10 M 5.13, Rn. 3 (zitiert nach juris).

759 Das Merkblatt ist abgedruckt in Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, Anhang I, § 8 A Nr. 1. So auch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.07.2009, Az.: OVG 10 B 2.09, Rn. 37 (zitiert nach juris).

760 Die Dienstanweisung und die allgemeine Dienstinstruktion sind leider nicht veröffentlicht, so dass die Vorgaben zur Auslegung insbesondere von §§ 5 bis 7 KonsG und die Verwaltungspraxis des Auswärtigen Amtes nicht analysiert werden können.

761 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 17.

762 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.07.2009, Az.: OVG 10 B 2.09, Rn. 38 ff. (zitiert nach juris).

Fällen wäre eine Schuldentilgung durch den Konsularbeamten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG denkbar.⁷⁶³

Die Begleichung von Nachlassverbindlichkeiten von Verstorbenen ist ebenso wie die Schuldentilgung grundsätzlich nicht vom Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst.⁷⁶⁴ In einem Fall hatte die Deutsche Botschaft Bangkok konsularische Hilfe zur Erstattung von Krankenhauskosten nach dem Tod eines deutschen Staatsangehörigen bewilligt. Da die Notlage aber mit dem Tod beendet war, kam § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG als Rechtsgrundlage für die konsularische Hilfe und demzufolge auch für den Rückzahlungsanspruch nicht in Betracht. Die Botschaft konnte die an das Krankenhaus geleisteten Zahlungen von den Erben nicht (beziehungsweise nicht über den Verwaltungsrechtsweg) zurückfordern.⁷⁶⁵

2. Bestattungskosten

Gemäß Art. 37 lit. a) WÜK sind die zuständigen Behörden des Empfangsstaates verpflichtet, beim Tod eines fremden Staatsangehörigen unverzüglich die konsularische Vertretung des Entsendestaates zu benachrichtigen, in deren Amtsbezirk der Todesfall eingetreten ist. Die Unterrichtung muss unverzüglich, das heißt ohne jedes Zögern erfolgen. Dies bedeutet im Regelfall eine Unterrichtung innerhalb von ein bis zwei Tagen, da der Konsularbeamte sonst aufgrund der normalerweise geltenden Bestattungsfristen keine Möglichkeiten hat, die notwendigen Maßnahmen rechtzeitig in die Wege zu leiten.⁷⁶⁶

Hat der Konsularbeamte Kenntnis vom Tod eines deutschen Staatsangehörigen erhalten, soll er gemäß § 9 Abs. 1 KonsG⁷⁶⁷ die Angehörigen umgehend über den Tod informieren, sofern andere Möglichkeiten nicht gegeben sind, also zum Beispiel keine am Sterbeort anwesenden Bekannten des Verstorbenen diese Aufgabe übernehmen.⁷⁶⁸ Die Angehörigen können dann entscheiden, ob sie zum Beispiel den Verstorbenen nach Deutschland überführen oder vor Ort bestatten lassen wollen. Der Konsularbeamte wird in beiden Fällen unterstützend und hierbei insbesondere beratend tätig.⁷⁶⁹

Gemäß § 1968 BGB⁷⁷⁰ tragen die Erben die Bestattungskosten, da diese Teil der Nachlassverbindlichkeiten sind.⁷⁷¹ Wird das Erbe nicht angenommen oder sind die Erben noch nicht ausfindig gemacht, kann der Konsularbeamte den Nachlass zur Begleichung der

763 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.8.

764 VG Berlin, Urteil vom 26.07.2010, Az.: 34 A 87.05, Rn. 19 ff. (zitiert nach juris).

765 Ebd. Der gegen das Urteil eingereichte Berufungszulassungsantrag wurde abgelehnt, OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 02.02.2011, Az.: OVG 10a N 6.11.

766 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 264.

767 Die konsularische Hilfe bei der Überführung Verstorbener und bei der Ordnung des Nachlasses ist in § 9 KonsG geregelt. Finanzielle Hilfen sind nach dieser Vorschrift nicht vorgesehen.

768 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.5.2.

769 Bezüglich der Leichenüberführung ist zum Beispiel das folgende Abkommen zu beachten: Internationales Abkommen über Leichenbeförderung vom 10.02.1937, RGBl. 1938 II S. 199.

770 § 1968 BGB hat folgenden Wortlaut: „Der Erbe trägt die Kosten der Beerdigung des Erblassers.“

771 Küpper, Münchener Kommentar zum BGB, Band 9, § 1968 Rn. 1 f. m.w.N. Dies gilt nur, wenn keine vorrangige vertragliche Verpflichtung zur Tragung der Bestattungskosten bestand, Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 5.

Bestattungskosten verwenden, da er gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 KonsG Nachlassverbindlichkeiten tilgen darf. Reicht der Nachlass hierfür nicht aus, haftet derjenige, der gegenüber dem Verstorbenen unterhaltspflichtig war.⁷⁷²

Problematisch sind die beiden Fälle, in denen es erstens keine oder keine leistungsfähigen Angehörigen gibt und die Höhe des Nachlasses die Höhe der Bestattungskosten nicht deckt, und zweitens diejenigen, in denen aufgrund geltenden Rechts des Empfangsstaates die Bestattung vorgenommen werden muss, bevor der Konsularbeamte die Kostenübernahme durch die Erben oder unterhaltspflichtigen Angehörigen veranlassen kann. Zum Teil ist eine Kostenübernahme gemäß § 74 SGB XII in Verbindung mit §§ 97, 98 SGB XII möglich (hierzu unter a). In anderen Fällen findet § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG Anwendung (hierzu unter b).

a) Übernahme der Bestattungskosten nach § 74 SGB XII

Für zur Bestattung Verpflichtete⁷⁷³ werden grundsätzlich gemäß § 74 SGB XII⁷⁷⁴ die erforderlichen Kosten einer Bestattung übernommen, soweit diesen nicht zugemutet werden kann,⁷⁷⁵ sie selbst zu tragen.

§ 74 SGB XII übernimmt nur die erforderlichen Kosten einer Bestattung. Hierunter fallen die Kosten für ein würdiges, das heißt angemessenes, ortsübliches Begräbnis.⁷⁷⁶ Überführungskosten in die Bundesrepublik Deutschland oder in einen Drittstaat werden nur übernommen, wenn diese erforderlich sind. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn eine angemessene Bestattung am Sterbeort nicht möglich ist, etwa weil dort nicht nach den entsprechenden religiösen Vorstellungen des Verstorbenen bestattet werden kann.⁷⁷⁷

772 Gemäß § 1615 Abs. 2 BGB (BGBl. 2002 I S. 42) erstreckt sich die Unterhaltspflicht auf die Beerdigungskosten. Unterhaltspflichtig sind Ehegatten gemäß §§ 1360 Satz 1, 1608 BGB (auch getrennt lebend gemäß § 1361 BGB) und Lebenspartner gemäß § 5 LPartG (BGBl. 2001 I S. 266 zuletzt geändert durch BGBl. 2013 I S. 1122) (auch getrennt lebend gemäß § 12 LPartG) in Verbindung mit § 1608 BGB vor Verwandten in gerader Linie gemäß § 1601 BGB. Weitere Unterhaltspflichten ergeben sich aus den §§ 1615m, 1615n BGB.

773 Eine Bestattungspflicht oder eine Pflicht zur Zahlung der Bestattungskosten kann erbrechtlich (§ 1968 BGB), unterhaltsrechtlich (siehe Fn. 772 oder aus landesrechtlichen Bestattungsvorschriften begründet werden, LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.10.2013, Az.: L 2 SO 3798/12, Rn. 25 (zitiert nach juris). Ausführlich zu der Frage, wer Verpflichteter ist Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Berlit, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 3 ff.; Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 5 ff.

774 Diese Vorschrift ist inhaltlich identisch mit ihrer Vorgängernorm § 15 BSHG, BT-Drs. 14/1514, S. 64.

775 Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung werden nicht nur die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten berücksichtigt, sondern auch die persönliche Beziehung zum Verstorbenen, Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Berlit, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 7; Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 10.

776 Näher dazu, welche Kosten die erforderlichen Bestattungskosten umfassen m.w.N. SG Lüneburg, Urteil vom 12.05.2011, Az.: S 22 SO 19/09, Rn. 25 (zitiert nach juris); Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Berlit, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 12 ff.; Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 14 ff.

777 OVG Hamburg, Urteil vom 21.02.1992, Az.: Bf IV 44/90, Rn. 31 (zitiert nach juris); SG Lüneburg, Urteil vom 12.05.2011, Az.: S 22 SO 19/09, Rn. 26 ff. (zitiert nach juris).

Die Kostenübernahme ist bei Bestattungskosten nach § 74 SGB XII abweichend vom Kenntnisgrundsatz des § 18 SGB XII⁷⁷⁸ für bereits entstandene Bestattungskosten möglich. Ausnahmsweise werden hier also auch rückwirkend Leistungen erbracht, so dass der zuständige Sozialhilfeträger nicht vor der Bestattung informiert werden muss.⁷⁷⁹

Sachlich zuständig ist gemäß § 97 Abs. 1 SGB XII der örtliche Träger der Sozialhilfe, soweit nicht die Zuständigkeit des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe⁷⁸⁰ gegeben ist. Die örtliche Zuständigkeit des Sozialhilfeträgers für die Übernahme von Bestattungskosten ergibt sich aus § 98 Abs. 3 SGB XII (hierzu unter (1)). Für die Fälle, in denen der Sterbeort im Ausland liegt, besteht regelmäßig eine Zuständigkeitslücke (hierzu unter (2)).

(1) Örtliche Zuständigkeit nach § 98 Abs. 3 SGB XII

Gemäß § 98 Abs. 3 SGB XII ist für die Erstattung von Bestattungskosten nach § 74 SGB XII der Träger der Sozialhilfe örtlich zuständig, der bis zum Tod der leistungsberechtigten Person Sozialhilfe leistete, in den anderen Fällen der Träger der Sozialhilfe, in dessen Bereich der Sterbeort liegt.

Hat der Verstorbene zu Lebzeiten bis zu seinem Tod laufend⁷⁸¹ Sozialhilfe erhalten, ist gemäß § 98 Abs. 3 Alt. 1 SGB XII also derjenige Träger der Sozialhilfe örtlich zuständig, der auch für die Leistungsgewährung an den Verstorbenen zuständig war.⁷⁸² Hatte der Verstorbene seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, ist er also zum Beispiel während einesurlaubes im Ausland verstorben, und bezog in der Bundesrepublik Deutschland auch laufend Sozialhilfe, ist die Sozialhilfe gewährende Stelle auch für die Übernahme der Bestattungskosten örtlich zuständig.

Hatte der Verstorbene seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, ist ein überörtlicher Träger der Sozialhilfe zuständig. Die Zuständigkeit im Einzelfall ergibt sich aus § 24 Abs. 4 Satz 2 bis 4 SGB XII. Ein laufender Sozialhilfebezug im Ausland ist allerdings nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen gegeben. Die Gewährung von Sozialhilfe an Deutsche mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland richtet sich nach § 24 SGB XII. Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB XII erhalten Deutsche im Ausland grundsätzlich keine Leistungen.⁷⁸³ Ausnahmsweise wird

778 Der Kenntnisgrundsatz besagt, dass Leistungen von dem Moment an zu gewähren sind, in dem die zuständige Behörde Kenntnis vom Anspruch hat, *Grube/Wahrendorf*, SGB XII Kommentar, § 18 Rn. 3 f.

779 BVerwG, Urteil vom 05.06.1997, Az.: 5 C 13/96, Rn. 8 f. (zitiert nach juris); Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Berlit, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 6; *Grube/Wahrendorf*, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 4 m.w.N.

780 Die Zuständigkeit des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe wird gemäß § 97 Abs. 2 SGB XII durch Landesrecht bestimmt. Eine Übersicht der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und eine Liste für welche Länder sie zuständig sind, sind als Anhang 1 und 2 auf S. 21 ff. im Leitfaden für Leistungen an Deutsche im Ausland der BAGüS enthalten.

781 *Grube/Wahrendorf*, SGB XII Kommentar, § 98 Rn. 31. Eine laufende Leistungserbringung setzt regelmäßige Zahlungen voraus, so dass eine einmalige Leistung nicht erfasst ist, Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Schoch, SGB XII Kommentar, § 98 Rn. 49.

782 Für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit wird in diesen Fällen auf den Verstorbenen abgestellt, BSGE 104, 219, 220.

783 §§ 132, 133 SGB XII enthalten Übergangsregelungen. § 132 SGB XII erfasst die Altfälle, die

Sozialhilfe gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB XII aber dann gewährt, wenn eine außergewöhnliche Notlage vorliegt und eine Rückkehr des Hilfsbedürftigen in die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Pflege und Erziehung eines Kindes, das aus rechtlichen Gründen im Ausland bleiben muss, oder einer längerfristigen stationären Betreuung in einer Einrichtung oder der Schwere der Pflegebedürftigkeit oder hoheitlicher Gewalt ausgeschlossen ist.

Der Anwendungsbereich des § 74 SGB XII ist aber aufgrund des Territorialitätsgrundsatzes des § 30 Abs. 1 SGB I nur eröffnet, wenn der Leistungsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.⁷⁸⁴ Leistungen an Personen mit gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland können nur nach § 24 SGB XII oder aber nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt werden.⁷⁸⁵

Gemäß § 74 SGB XII werden die erforderlichen Kosten einer Bestattung vom zuständigen Sozialhilfeträger übernommen, soweit den hierzu Verpflichteten nicht zugemutet werden kann, die Kosten zu tragen. Leistungsberechtigt nach § 74 SGB XII ist demnach nicht der Verstorbene, sondern der zur Tragung der Bestattungskosten Verpflichtete. Der sozialhilferechtliche Bedarf besteht also nicht in der Bestattung, sondern in der Befreiung des Verpflichteten von der Verpflichtung zur Kostentragung, da ihm diese nicht zugemutet werden kann. § 74 SGB XII regelt damit die Übernahme der Verbindlichkeit zur Zahlung der Bestattungskosten durch den nicht leistungsfähigen Verpflichteten.⁷⁸⁶ Empfänger der Leistung nach § 74 SGB XII ist der zur Bestattung Verpflichtete und nicht der Verstorbene. Dieser ist damit der Leistungsberechtigte im Sinne der Vorschrift.

Hat der zur Bestattung Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, hat dieser mithin einen Anspruch auf Übernahme der Bestattungskosten gegenüber den zuständigen Träger der Sozialhilfe nach § 74 SGB XII, für den Fall, dass ihm die Kostentragung nicht zugemutet werden kann. Zuständig ist gemäß § 98 Abs. 3 Alt. 1 SGB XII der Träger der Sozialhilfe, welcher dem Verstorbenen bis zu seinem Tod laufend Sozialhilfe gewährt hat und damit bei einem vorangegangenen gewöhnlichen Aufenthalt des Verstorbenen im Ausland der überörtliche Träger der Sozialhilfe gemäß § 24 Abs. 2 bis 4 SGB XII.

Hat der Verstorbene bis zu seinem Tod nicht laufend Sozialhilfe bezogen, ist gemäß § 98 Abs. 3 Alt. 2 SGB XII der Träger der Sozialhilfe zuständig, in dessen Zuständigkeitsbereich der Sterbeort liegt.⁷⁸⁷ Liegt der Sterbeort im Ausland, gibt es keinen zuständigen Träger der

Sozialhilfe im Ausland erhalten haben, als die Voraussetzungen weniger streng waren. Der hiervon erfasste Personenkreis ist sehr klein. § 133 SGB XII regelt die Sozialhilfe für Deutsche, die außerhalb der Bundesrepublik Deutschland, aber innerhalb des Gebietes nach Art. 116 Abs. 1 GG geboren wurden, dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und sich in einer außergewöhnlichen Notlage befinden. Siehe zu den Voraussetzungen im Einzelnen Grube/Wahrendorf/*Streichsbier*, SGB XII Kommentar, § 132 und § 133.

784 Kreikebohm/*Hänlein*, Kommentar Sozialrecht, § 30 SGB I Rn. 1. Siehe auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.03.2015, Az.: L 2 SO 56/15, Rn. 31 (zitiert nach juris).

785 Hierzu sogleich unter A.II.2.b.

786 Grube/Wahrendorf, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 4.

787 In der Vorgängernorm des § 97 Abs. 1 Satz 2 BSHG (in der Fassung gültig bis zum 31.12.1990, vgl. BGBl. 1987 I S. 401, 417) wurde für die örtliche Zuständigkeit auf den Bestattungs- und nicht auf den Sterbeort abgestellt. Die bei einer von einem im Inland Verstorbenen gewünschte Bestattung im Ausland auftretenden Probleme sollten mit der eingeführten Gesetzesänderung behoben werden, vgl. Gutachten des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge, NDV 1998, 94.

Sozialhilfe. Denn die überörtlichen Träger der Sozialhilfe sind gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG erst zuständig, wenn die Notlage länger als zwei Monate andauert, was bei einer einmaligen Leistung wie der Bezahlung von Bestattungskosten nicht der Fall ist. Damit besteht in den Fällen eines im Ausland Verstorbenen ohne vorherigen Sozialhilfebezug bezogen auf die örtliche Zuständigkeit eine Regelungslücke.

(2) Zuständigkeitslücke bei Sterbeort im Ausland

Nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung hat die bei Sterbefällen im Ausland ohne vorherigen laufenden Sozialhilfebezug des Verstorbenen bestehende Zuständigkeitslücke zur Folge, dass in diesen Fällen auch kein materieller Anspruch auf Übernahme der Bestattungskosten besteht. Begründet wird diese Auffassung damit, dass § 98 Abs. 3 SGB XII die örtliche Zuständigkeit bei Bestattungskosten abschließend regelt und als verdrängendes *lex specialis* einen Rückgriff auf § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII nicht zuließe. In den von dieser abschließenden Zuständigkeitsregelung nicht erfassten Fällen bestehe mangels Zuständigkeit auch kein Anspruch auf Kostenübernahme.⁷⁸⁸

Eine andere Auffassung greift in diesen Fällen auf die allgemeine Zuständigkeitsregelung des § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII zurück,⁷⁸⁹ wonach der örtliche Träger der Sozialhilfe zuständig ist, in dessen Bezirk sich der Leistungsberechtigte und damit in der Regel der Unterhaltsverpflichtete, welcher für die Bestattungskosten aufzukommen hat, aufhält. Diese Auffassung ist vorzugswürdig.

Eine Zuständigkeitsregelung kann zum einen nicht den Anwendungsbereich eines Gesetzes bestimmen und zum anderen auch nicht einen materiell-rechtlich bestehenden Leistungsanspruch einfach ins Leere laufen lassen.⁷⁹⁰ Mit anderen Worten, ist ein Anspruch auf Übernahme der Bestattungskosten gesetzlich geregelt, muss auch jemand für dessen Gewährung zuständig sein. Ergibt sich diese Zuständigkeit nicht aus einer speziellen Regelung, ist auf die allgemeine Regelung und damit in diesem Fall auf § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII zurückzugreifen. Nur so kann sichergestellt werden, dass der gesetzlich geregelte Leistungsanspruch auch in allen Fällen tatsächlich gewährt wird.

Haben die zur Übernahme der Bestattungskosten Verpflichteten selbst auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, ist ebenfalls keine Zuständigkeit nach § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII gegeben, da im Ausland die örtlichen Träger der Sozialhilfe nicht zuständig sind und

788 OVG Münster, Urteil vom 20.03.1991, Az.: 8 A 287/89, Rn. 7 ff. (zitiert nach juris). Das Urteil erging zur Vorgängernorm des § 97 Abs. 1 Satz 2 BSHG, nach der auf den Bestattungsort abgestellt wurde und dadurch eine Zuständigkeitslücke für Bestattungen im Ausland bestand. Eine Übertragung der Argumentation ist aber möglich (vgl. Gutachten des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge, NDV 1998, 94), da im Ergebnis das gleiche Problem einer fehlenden örtlichen Zuständigkeit gegeben ist.

789 OVG Hamburg, Urteil vom 21.02.1992, Az.: Bf IV 44/90, Rn. 26 (zitiert nach juris). Auch dieses Urteil erging zur Vorgängernorm des § 97 Abs. 1 Satz 2 BSHG. Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Schoch, SGB XII Kommentar, § 98 Rn. 51.

790 OVG Hamburg, Urteil vom 21.02.1992, Az.: Bf IV 44/90, Rn. 25 (zitiert nach juris).

aufgrund des Territorialitätsgrundsatzes nach § 30 Abs. 1 SGB I Leistungen grundsätzlich nur an Leistungsberechtigte mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland gewährt werden. Ihnen können diesbezüglich nur Leistungen nach § 24 SGB XII oder aber § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt werden.⁷⁹¹ § 24 SGB XII ist im vorliegenden nicht einschlägig, da es sich bei den fehlenden Bestattungskosten um eine durch eine einmalige Handlung zu behebende punktuelle Notlage handelt, so dass die Zuständigkeit bei den Konsularbeamten verbleibt und nicht gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG auf die überörtlichen Träger der Sozialhilfe nach § 24 SGB XII übergeht.

b) Übernahme der Bestattungskosten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG

In den Fällen, in denen die Bestattungskosten aufgrund des fehlenden ausreichenden Inlandsbezuges durch den zuständigen Sozialhilfeträger nicht nach § 74 SGB XII übernommen werden, ist fraglich, ob eine Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt werden kann.

Hierbei sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden: zum einen die Fälle, in denen der Tod im Ausland eingetreten ist und keine bestattungspflichtigen Personen vorhanden sind oder aber die Bestattung vor einem Tätigwerden des oder der Bestattungspflichtigen erfolgen muss (hierzu unter (1)) und zum anderen diejenigen Fälle, in denen ein im Ausland lebender Angehöriger als zur Bestattung Verpflichteter die Übernahme der Kosten einer Bestattung in der Bundesrepublik Deutschland oder im Ausland begehrt (hierzu unter (2)).

(1) Todesfall im Ausland

Tritt im Ausland der Todesfall ein und wird die Bestattung nicht oder nicht rechtzeitig kostenpflichtig in die Wege geleitet, ist fraglich, ob der Konsularbeamte die Bestattung im Rahmen der konsularischen Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG veranlassen kann.⁷⁹² Rechtsprechung zu dieser Frage existiert bisher nicht.⁷⁹³ Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG soll die geleistete Hilfe eine gegenwärtige Notlage eines hilfsbedürftigen Deutschen beheben. Im Tatbestand sind damit zwei problematische Anknüpfungspunkte enthalten:⁷⁹⁴ zum einen stellt sich die Frage, ob ein Verstorbener noch Deutscher ist und zum anderen die, ob sich ein Verstorbener überhaupt in einer Notlage befinden und damit hilfsbedürftig sein kann.

⁷⁹¹ Siehe hierzu unter b)(2).

⁷⁹² Bejahend ohne Problembewusstsein: Hecker/Witten, Handbuch konsularische Praxis, § 8 C IV, Rn. 6; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.5. und 3.5.3. Das Auswärtige Amt gewährt laut telefonischer Auskunft des zuständigen Referates 511 Bestattungskosten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG und sieht den Verstorbenen diesbezüglich als Hilfeempfänger an.

⁷⁹³ So wurde hier die Frage offen gelassen und auch auf keine Entscheidung verwiesen, VG Berlin, Urteil vom 26.07.2010, Az.: 34 A 87.05, Rn. 22 (zitiert nach juris).

⁷⁹⁴ Für diejenigen, die eine Antragstellung des Hilfeempfängers nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG voraussetzen, stellt sich zudem das Problem, dass der Verstorbene keinen Antrag mehr stellen kann. Zur Frage, ob ein Antrag im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erforderlich ist siehe unter A.VI.

Die deutsche Staatsangehörigkeit ist zwar ein höchstpersönliches Recht, welches mit dem Tod erlischt.⁷⁹⁵ Es gibt aber auch andere Vorschriften, in deren Anwendungsbereich Verstorbene fallen, obwohl diese im Wortlaut der Regelung nicht ausdrücklich erwähnt werden. Ein Beispiel hierfür ist Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG, wonach die Würde des Menschen unantastbar ist. Obwohl das Menschsein unstreitig mit dem Tod endet,⁷⁹⁶ gewährt Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG ebenso unstreitig auch einen gewissen über den Tod hinausgehenden Würdeschutz.⁷⁹⁷ Auch dient die Bestimmung des Kreises der Hilfsbedürftigen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG hauptsächlich der Bestimmung desjenigen Personenkreises, für den sich der jeweilige Konsularbeamte einsetzen darf. Auch mit dem Tod weist der Verstorbene weiterhin die größte Nähe zu den für ihn zu Lebzeiten zuständigen Konsularbeamten auf, so dass bezüglich der rechtlichen Zulässigkeit des konsularischen Tätigwerdens für Verstorbene insbesondere mit Blick auf das geltende Völkerrecht keine Bedenken bestehen.

Der Verstorbene befindet sich auch in einer Notlage. Der Tote hat einen nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch sowohl auf ein würdiges Begräbnis als auch auf eine würdige Totenruhe.⁷⁹⁸ Sind weder finanzielle Mittel noch Dritte vorhanden, die eine würdige Bestattung ermöglichen, bedarf es der Hilfe des Konsularbeamten, um diese Notlage zu beseitigen. Zudem ist es gemäß § 1 Satz 1 SGB XII Aufgabe der Sozialhilfe und damit auch Aufgabe des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG als eine außerhalb des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch liegende besondere sozialhilferechtliche Norm, dem Hilfsbedürftigen die Führung eines Lebens zu ermöglichen, welches nicht die Würde des Menschen verletzt.

Die Einbeziehung Verstorbener in den Schutzbereich der konsularischen Hilfe ist daher auch als eine verfassungskonforme Auslegung des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 GG zu werten,⁷⁹⁹ wonach eine staatliche Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde besteht, welche unter anderem in § 1 Satz 1 SGB XII konkretisiert wurde.⁸⁰⁰ Hiernach hat der Staat, vertreten durch seine zuständigen Behörden wie hier den Auslandsvertretungen, eine menschenwürdige Existenz zu sichern und Vorkehrungen gegen Verletzungen der Menschenwürde durch Dritte zu treffen.⁸⁰¹ Die Hilfeleistung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfolgt nur, wenn und soweit die Notlage nicht auf andere Weise behoben werden kann. Eine Übernahme der Bestattung und der damit verbundenen Kosten kommt also nur in Betracht, wenn keine Bestattungspflichtigen vorhanden sind oder tätig werden und wenn die Behörden im

795 BVerwG, Beschluss vom 25.09.2000, Az.: 25.09.2000, Rn. 6 f. (zitiert nach juris).

796 Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff., Rn. 12, 16. Die Leiche wird nach herrschender Meinung vielmehr als Sache angesehen, Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG Kommentar, Art. 1 Rn. 65; Stresemann, Münchener Kommentar zum BGB, § 90 Rn. 29 m.w.N.

797 Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 1 Rn. 10; Maunz/Dürig/Herdegen, GG Kommentar, § 1 Rn. 56 ff.

798 Von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Art 1 Rn. 15.

799 Nach der Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG ist ebenfalls Deutschen Rat und Beistand zu gewähren. Würde man also die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zumindest aufgrund der Deutscheigenschaft auf Verstorbene ablehnen, müsste dies ebenso für § 1 Spiegelstrich 2 KonsG gelten.

800 Grube/Wahrendorf, SGB XII Kommentar, § 1 Rn. 16.

801 Maunz/Dürig/Herdegen, GG Kommentar, § 1 Rn. 78.

Empfangsstaat auch keine angemessene Bestattung sicherstellen. Somit ist es gemäß Art. 1 Abs. 1 GG die Pflicht der zuständigen Behörde und damit in diesen Fällen der Konsularbeamten, für eine würdige Bestattung zu sorgen.

Auch die historische Auslegung unterstützt dieses Ergebnis. Nach der Vorgängernorm des § 26 KonsG 1867 wurden die Kosten für eine angemessene Bestattung ebenfalls übernommen, wenn der Nachlass des Verstorbenen hierfür nicht ausreichte und auch die Behörden des Empfangsstaates eine Übernahme der Kosten verweigerten.⁸⁰² Auch diese Vorschrift stellte mit ihrem Wortlaut „Hülfbedürftigen Bundesangehörigen haben die Bundeskonsuln die Mittel zur Milderung augenblicklicher Noth . . . zu gewähren“ auf einen Bundesangehörigen und damit die Staatsangehörigkeit des Verstorbenen und auf die Milderung einer Notlage des Verstorbenen ab.

Ferner werden bei der Bestattung nach § 74 SGB XII auch Wünsche des Verstorbenen berücksichtigt,⁸⁰³ soweit diese erforderlich und angemessen sind. Dies wird ebenfalls damit begründet, dass die Sozialhilfe nach § 1 Satz 1 SGB XII die Führung eines menschenwürdigen Lebens, wozu der Gedanke der Selbstverwirklichung gehört, ermöglichen soll.⁸⁰⁴ So werden bei der Bestattung Glaubensvorschriften berücksichtigt, wenn der Verstorbene glaubensgebunden gelebt hat.⁸⁰⁵

Die vom Konsularbeamten zur Beseitigung der Notlage zu gewährende erforderliche Hilfe sind die Kosten einer angemessenen Bestattung. Der Leistungsinhalt dürfte sich dabei an dem Umfang der Kostenübernahme nach § 74 SGB XII richten.⁸⁰⁶ Kosten für eine Leichenüberführung werden grundsätzlich nicht gewährt.⁸⁰⁷ Eine Ausnahme dürfte in Anlehnung an § 74 SGB XII aber gelten, wenn vor Ort keine dem Wünschen des Verstorbenen entsprechende Bestattung insbesondere unter Berücksichtigung religiöser Vorstellungen möglich ist.⁸⁰⁸

(2) Bestattungskostenschuldner mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland

Hat der Bestattungskostenschuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, können die Bestattungskosten nicht nach § 74 SGB XII übernommen werden. Zwar wäre – zumindest bei einem Sterbeort im Inland – eine örtliche Zuständigkeit nach § 98 Abs. 3 SGB XII gegeben, für

802 Von König, Handbuch Konsularwesen, S. 502.

803 Grube/Wahrendorf, SGB XII Kommentar, § 74 Rn. 32.

804 Ebd. § 9 Rn. 32 ff.

805 VG Hannover, Urteil vom 23.04.2004, Az.: 7 A 4014/03, Rn. 29 (zitiert nach juris).

806 Hecker/Witten, Handbuch konsularische Praxis, § 8 C IV Rn. 6; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.5.4.

807 Hecker/Witten, Handbuch konsularische Praxis, § 8 C IV Rn. 6; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.5.5.

808 OVG Hamburg, Urteil vom 21.02.1992, Az.: Bf IV 44/90, Rn. 31 (zitiert nach juris); SG Lüneburg, Urteil vom 12.05.2011, Az.: S 22 SO 19/09, Rn. 26 ff. (zitiert nach juris). So heißt es auch im Erwägungsgrund Nr. 15 Richtlinie (EU) 2015/637, dass im Todesfall „den Wünschen der nächsten Angehörigen Rechnung zu tragen [ist], welche Vorkehrungen in Bezug auf die sterblichen Überreste des Verstorbenen zu treffen sind.“

§ 74 SGB XII gilt aber das Territorialprinzip des § 30 Abs. 1 SGB I, wonach Leistungen nur an Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland zu erbringen sind. Empfänger der Leistung nach § 74 SGB XII ist der Bestattungskostenschuldner. Für Leistungen an Deutsche mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland besteht die abschließende Sonderregelung des § 24 SGB XII.

Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB XII sind an Deutsche mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland grundsätzlich keine Leistungen zu erbringen. Ausnahmen sind nach § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB XII nur unter engen Voraussetzungen möglich, die nur in seltenen Einzelfällen vorliegen dürften. Zunächst muss eine außergewöhnliche Notlage und damit eine erheblich Gefahr für existenzielle Rechtsgüter gegeben sein.⁸⁰⁹ Weiterhin muss eine grundsätzliche Rückkehrbereitschaft in die Bundesrepublik Deutschland bestehen, das heißt der Betroffene muss nachweisen, dass ihm die Rückkehr aus den in § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB XII abschließend aufgeführten Gründen nicht möglich ist.⁸¹⁰

Es stellt sich daher die Frage, ob § 24 Abs. 1 SGB XII dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass Bestattungskosten zu ersetzen sind und damit eine dem § 74 SGB XII entsprechende Rechtslage auch für Bestattungskostenschuldner mit gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland begründet wird.

Dafür sprechen zunächst Sinn und Zweck der Vorschrift und insbesondere der Verschärfung der Anspruchsvoraussetzungen im Jahr 2004. Im Jahr 2003 berichtete eine Boulevardzeitung über „Florida-Rolf“, der mit Sozialhilfe seinen Lebensunterhalt in Miami, Florida finanzierte.⁸¹¹ Die öffentliche Empörung war nach diesem Bericht so groß, dass die Anforderungen an die Gewährung von Sozialhilfe für Deutsche mit gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland deutlich verschärft und diese damit auf wenige Ausnahmefälle begrenzt wurde.⁸¹² Die Regelung wurde also deshalb überarbeitet, weil niemandem auf Kosten des Steuerzahlers ein Leben im Urlaubsparadies finanziert werden sollte. Außerdem fürchtete der Gesetzgeber aufgrund von in der Öffentlichkeit provokant dargestellten Einzelfällen um die grundsätzliche gesellschaftliche Akzeptanz der Sozialhilfe als solche.⁸¹³ Die Übernahme von Bestattungskosten würde dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift also nicht zuwiderlaufen. Zudem erscheint es fragwürdig, dass § 24 SGB XII allein aufgrund der Zahlung eines einmaligen Betrages in Höhe von höchstens wenigen tausend Euro die Rückkehr eines eigentlich im Ausland von Staatsleistungen

809 Grube/Wahrendorf/Bieback, SGB XII Kommentar, § 24 Rn. 17. Das LSG Baden-Württemberg lehnt das Vorliegen dieser Voraussetzung für eine einmalige Leistung in der Höhe von angemessenen Bestattungskosten generell ab, da eine einmalige Schuldsumme in dieser Höhe eine menschenwürdige Existenz nicht gefährden könne, zumal Ratenzahlungen oder ähnliches mit dem Bestattungsinstitut vereinbart werden könnten, LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.10.2013, Az.: L 2 SO 3798/12, Rn. 31 (zitiert nach juris).

810 Grube/Wahrendorf/Bieback, SGB XII Kommentar, § 24 Rn. 21 ff.; vgl. auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.03.2015, Az.: L 2 SO 56/15, Rn. 31 ff. (zitiert nach juris); LSG Hamburg, Urteil vom 28.01.2015, Az.: L 4 SO 16/14, Rn. 22 ff. (zitiert nach juris).

811 Auslöser war das Urteil des OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.08.2003, Az.: 4 ME 310/03.

812 Eine schöne Darstellung der Entwicklung bis zur Änderung des § 24 SGB XII und der Tatbestandsvoraussetzungen der Vorgängerfassungen des § 119 BSHG in Hammel, ZFSH/SGB 2008, 396 ff.; Thüsing, NJW 2003, 3246 f.

813 BT-Drs. 15/1761, S. 6.

unabhängig lebenden Deutschen in Kauf nimmt und dabei riskiert, dass der Rückkehrer dann in der Bundesrepublik Deutschland vollständig auf Sozialleistungen angewiesen ist.⁸¹⁴ Auch kann diskutiert werden, ob eine unterschiedliche Behandlung von Bestattungspflichtigen mit und ohne gewöhnlichen Aufenthalt im Inland mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, also ob allein der gewöhnliche Aufenthalt ein eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigender Umstand sein kann.

Die besseren Argumente sprechen dafür, § 24 SGB XII auf die vorliegende Konstellation nicht anzuwenden.⁸¹⁵ Der Wortlaut des § 24 Abs. 1 SGB XII schließt ausdrücklich Leistungen an Deutsche abgesehen von den drei abschließend aufgezählten Einzelfällen aus. Weiterhin obliegt es dem Gesetzgeber, Voraussetzungen und Ausgestaltung staatlicher Zuwendungen zu regeln. Er ist hierbei nur an höherrangiges Recht also hier insbesondere an das Sozialstaatsprinzip und die Pflicht zum Schutz der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG gebunden. Diese gebieten aber nur die Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums.⁸¹⁶ Dieser Verpflichtung dürfte der Gesetzgeber allein dadurch nachgekommen sein, dass er in den Fällen, in denen einer Rückkehr in die Bundesrepublik Deutschland einer der schwerwiegenden in § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB XII aufgezählten Gründe entgegensteht, Sozialhilfe gewährt und in allen anderen Fällen die Zahlung von der (durch öffentliche Leistungen bezahlten) Rückkehr des Hilfsbedürftigen in der Bundesrepublik Deutschland abhängig macht. Zumal in Notfällen auch noch die Möglichkeit einer Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG besteht.⁸¹⁷

Zu beachten ist aber, dass eine Entscheidung der Frage, ob § 24 SGB XII oder doch § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG Anwendung finden, in vielen Fällen dahinstehen kann, weil der im Ausland lebende Angehörige gar nicht Bestattungsverpflichteter ist.⁸¹⁸ Die Bestattungspflicht ergibt sich insbesondere aus erbrechtlichen, unterhaltsrechtlichen⁸¹⁹ oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften.⁸²⁰ Eine erbrechtliche Kostentragungspflicht aus § 1968 BGB besteht nur, wenn der Betroffene tatsächlich Erbe geworden ist, also insbesondere das Erbe nicht ausgeschlagen hat.⁸²¹ Im Regelfall nimmt der potenzielle Erbe das Erbe nicht an, wenn der Verstorbene über kein – insbesondere kein die Bestattungskosten tragendes – Vermögen verfügt und der Erbberechtigte ebenfalls über kein Vermögen verfügt, um die Nachlassverbindlichkeiten

814 LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.06.2007, Az.: L 20 B 10/07 SO, Rn. 6 (zitiert nach juris).

815 Das Bayerische LSG hat in einem solchen Fall eine mögliche Anwendung des § 24 SGB XII nicht einmal problematisiert, Bayerisches LSG, Beschluss vom 19.11.2009, Az.: L 8 SO 86/09, Rn. 23 (zitiert nach juris).

816 Zum Beispiel Maunz/Dürig/Herdegen, GG Kommentar, Art. 1 Rn. 121.

817 Mit dieser Argumentation auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.10.2013, Az.: L 2 SO 3798/12, Rn. 32 ff. (zitiert nach juris).

818 Zudem stellt sich grundsätzlich die Frage, welche allerdings außerhalb des Rahmens der vorliegenden Untersuchung liegt, ob ein im Ausland lebender Angehöriger, der vielleicht nicht einmal die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, überhaupt nach deutschem Recht zur Vornahme und Finanzierung einer Bestattung herangezogen werden kann.

819 §§ 1360a Abs. 3, 1361 Abs. 4, 1615 Abs. 2, 1615m, 1615n und §§ 5, 12 Abs. 2 S. 2 LPartG.

820 BSGE 104, 219, 221.

821 §§ 1942 Abs. 1, 1943, 1944 BGB. So zum Beispiel in LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.10.2013, Az.: L 2 SO 3798/12, Rn. 26 (zitiert nach juris).

abwickeln zu können. Eine unterhaltsrechtliche Kostentragungspflicht ist nur gegeben, wenn der Betroffene tatsächlich unterhaltspflichtig war. So sind Verwandte in gerader Linie – was der häufigste Fall der Inanspruchnahme bei der Übernahme von Beerdigungskosten sein dürfte – gemäß § 1603 Abs. 1 BGB nicht unterhaltspflichtig, wenn sie bei Berücksichtigung ihrer sonstigen Verpflichtungen außerstande sind, ohne Gefährdung ihres angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren also wenn sie nicht leistungsfähig sind.⁸²² Diese Leistungsunfähigkeit dürfe immer Vorliegen, da das finanzielle Unvermögen die Beerdigungskosten zu tragen, ebenfalls Voraussetzung für eine Hilfe sowohl nach § 24 SGB XII als auch § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist. Die Bestattungspflicht aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergibt sich zumeist aus den Bestattungsgesetzen der Länder. Mehrere dieser Bestattungsgesetze enthalten Regelungen, wonach zur Bestattung nur verpflichtet ist, wer nicht verhindert ist.⁸²³ Verhindert ist hiernach zum Beispiel wer krank oder nicht erreichbar ist, sich also insbesondere im Ausland aufhält.⁸²⁴ Ein im Ausland Lebender ist deshalb verhindert, weil er aufgrund der kurzen Bestattungsfristen nicht notfalls durch Zwangsmaßnahmen zur Bestattung angehalten werden kann.⁸²⁵

c) Ergebnis

Die vorangegangene Untersuchung zeigt, dass die Kosten einer Bestattung in den Fällen, in denen keine leistungsfähigen Angehörigen oder sonstigen zur Bestattung verpflichteten Personen vorhanden oder rechtzeitig vor der Bestattung ausfindig zu machen oder zu erreichen sind, einzelfallabhängig von verschiedenen öffentlichen Stellen aufgrund verschiedener Rechtsgrundlagen zu übernehmen sind. Zusammengefasst lässt sich das folgende Ergebnis festhalten.

Verstirbt ein Deutscher im Ausland und sind keine bestattungspflichtigen Personen vorhanden oder rechtzeitig zu erreichen, befindet sich der Verstorbene in einer wirtschaftlichen Notlage im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG, so dass die Kosten einer würdigen Bestattung im Rahmen der konsularischen Hilfe durch den zuständigen Konsularbeamten zu bewilligen sind.

Verstirbt ein Deutscher im Ausland und sind bestattungspflichtige Personen vorhanden, denen aber die Übernahme der Bestattungskosten nicht zugemutet werden kann, haben diese grundsätzlich gemäß § 74 SGB XII einen Anspruch auf Übernahme der Bestattungskosten gegen den zuständigen Träger der Sozialhilfe. Welcher Träger der Sozialhilfe zuständig ist, hängt von dem gewöhnlichen Aufenthalt des Verstorbenen sowie von der Frage ab, ob der Verstorbene vor seinem Tod laufend Sozialhilfe bezogen hat.

⁸²² Im Einzelnen zum Merkmal der Leistungsfähigkeit Born, Münchener Kommentar zum BGB, § 1603 Rn. 1 ff.

⁸²³ So zum Beispiel § 31 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 21 Abs. 3 Gesetz über das Friedhofs- und Leichenwesen des Landes Baden-Württemberg, GBl. 1970 S. 395, zuletzt geändert durch GBl. 2012 S. 437; § 16 Abs. 2 Gesetz über das Leichen- und Bestattungswesen des Landes Berlin, GVBl. 1973 S. 1830, zuletzt geändert durch GVBl. 2010 S. 560.

⁸²⁴ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 25.04.2013, Az.: L 7 SO 5656/11, Rn. 28 (zitiert nach juris).

⁸²⁵ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.10.2013, Az.: L 2 SO 3798/12, Rn. 28 (zitiert nach juris).

Ist ein Deutscher mit vorangegangenen gewöhnlichem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland zum Beispiel während eines Urlaubes im Ausland verstorben, ist bei einem vorherigen laufenden Sozialhilfebezug des Verstorbenen gemäß § 98 Abs. 3 SGB XII die die Sozialhilfe gewährende Stelle auch für die Übernahme der Bestattungskosten nach § 74 SGB XII zuständig. Hat der Verstorbene vorher keine oder aber keine laufende Sozialhilfe bezogen, ist der für den zur Übernahme der Bestattungskosten Verpflichteten zuständige Sozialhilfeträger gemäß § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII für die Übernahme der Bestattungskosten nach § 74 SGB XII zuständig.

Hatte der verstorbene Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland und hat er vor seinem Tod laufend Sozialhilfe nach § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB XII bezogen, ist gemäß § 98 Abs. 3 SGB XII der diese Sozialhilfe gemäß § 24 Abs. 4 Satz 2 bis 4 SGB XII gewährende überörtliche Träger der Sozialhilfe für die Übernahme der Bestattungskosten nach § 74 SGB XII zuständig. Hat der Verstorbene keine Sozialhilfe erhalten, ist wiederum auf die allgemeine Regelung des § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII abzustellen. Da Leistungsempfänger des § 74 SGB XII der Bestattungspflichtige ist, sind keine Gründe erkennbar, warum sein Kostenerstattungsanspruch vom gewöhnlichen Aufenthalt des Verstorbenen abhängig sein soll.

Hat der zur Übernahme der Bestattungskosten Verpflichtete selbst ebenfalls seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, besteht aufgrund des Territorialitätsgrundsatzes kein über § 24 SGB XII hinausgehender Anspruch auf Sozialhilfe. Ein solcher Fall dürfte aber in der Praxis kaum vorliegen, da ein im Ausland lebender nicht leistungsfähiger Angehöriger zunächst eine nicht die Bestattungskosten deckende Erbmasse nicht annehmen und mangels eigener Leistungsfähigkeit auch nicht unterhaltspflichtig sein dürfte. Eine Bestattungspflicht aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften dürfte ebenfalls in der Regel mangels Aufenthalt im Inland nicht gegeben, zumindest aber kaum vollstreckbar sein. Für den kaum denkbaren Fall einer Haftung, verbliebe aber letztendlich immer noch die Möglichkeit des konsularischen Schutzes nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage.

III. Zuständigkeit des Konsularbeamten

Die Hilfeleistung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG muss durch den sachlich (hierzu unter 1) und örtlich (hierzu unter 2) zuständigen Konsularbeamten erfolgen. Hat der Hilfsbedürftige seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, endet die Zuständigkeit des Konsularbeamten nach zwei Monaten (hierzu unter 3).

1. Sachliche Zuständigkeit

Sachlich zuständig für die Hilfeleistung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist der Konsularbeamte. Konsularbeamter im Sinne dieser Vorschrift ist gemäß § 1 KonsG sowohl der Berufs- als auch der Honorarkonsularbeamte.⁸²⁶ Berufskonsularbeamte sind gemäß § 18 Abs. 1 KonsG die bei

826 Diese Unterscheidung in Berufs- und Honorarkonsularbeamte ist auch im WÜK enthalten, vgl. Art. 1

den diplomatischen oder berufskonsularischen Vertretungen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland mit der Wahrnehmung konsularischer Aufgaben beauftragte Personen. Honorarkonsularbeamte⁸²⁷ sind dagegen gemäß § 20 KonsG nur Ehrenbeamte. Sie erhalten keine Vergütung für ihre Tätigkeit, sind zumeist Staatsangehörige des Empfangsstaates⁸²⁸ und unterliegen gemäß § 11 Abs. 4 Satz 1 Gesetz über den Auswärtigen Dienst den Weisungen des Auswärtigen Amtes und der übergeordneten Auslandsvertretung. Bei Honorarkonsularbeamten ist die Zuständigkeit dahingehend gemäß § 24 Abs. 2 KonsG in Verbindung mit der Dienstanweisung RES 20-77 eingeschränkt, dass ihre Entscheidungen grundsätzlich der Zustimmung der übergeordneten Auslandsvertretung bedürfen.⁸²⁹ Einige Fälle bedürfen zudem intern der Zustimmung des Auswärtigen Amtes.⁸³⁰

2. Örtliche Zuständigkeit

Örtlich zuständig ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG der Konsularbeamte, in dessen Konsularbezirk der Hilfsbedürftige tatsächlich hilfsbedürftig ist. Gemäß der Legaldefinition des Art. 1 lit. b) WÜK umfasst ein Konsularbezirk das einer konsularischen Vertretung für die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben zugeteilte Gebiet. Die Zulassung des Konsularbeamten durch den Empfangsstaat bezieht sich damit grundsätzlich nur auf den jeweiligen Amtsbezirk.⁸³¹ Seine Zuständigkeit ist insoweit örtlich beschränkt. Entscheidend für die Hilfsbedürftigkeit im Amtsbezirk ist, ob der Konsularbeamte die abhelfende Amtshandlung von seinem Konsularbezirk aus vornehmen kann. Ist diese Frage zu bejahen, kann er auch Hilfesuchenden helfen, die sich außerhalb seines Konsularbezirkes befinden.⁸³² Ein Beispiel hierfür sind schriftliche Anfragen.

3. Zeitliche Beschränkung der Zuständigkeit

Bei Hilfsbedürftigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, ist der Konsularbeamte gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG nur für solche Notlagen zuständig, die nicht

Abs. 2 WÜK.

827 Derzeit gibt es 337 Honorarkonsuln, Homepage des Auswärtigen Amtes, zuletzt abgerufen am 01.09.2017 unter http://www.auswaertiges-amt.de/DE/AAmt/Auslandsvertretungen/Uebersicht_node.html.

828 Sie erhalten aber unter Umständen Verwaltungskostenzuschüsse zum Beispiel für ein Büro oder eine Hilfskraft und können (zusätzliche) Gebühren für ihre Amtshandlungen erheben, Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 68.

829 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 3; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.11.

830 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 4.

831 Diese vom Empfangsstaat für einen bestimmten Konsularbezirk erteilte Befugnis der Ausübung konsularischer Tätigkeit heißt Exequatur, vgl. Art. 12 WÜK. „Sobald der Konsul das Exequatur erlangt hat, hat er das Recht, seine Amtsbefugnisse auszuüben und die in dem Orte seines Amtssitzes den fremden Konsuln vertragsmäßig, nach einer allgemeinen Staatenpraxis oder nach den speziellen Gesetzen und Gebräuchen des Landes zugestandenen Rechte in Anspruch zu nehmen.“, § 1 Rn. 5 Allgemeine Dienstinstruktion vom 06.06.1871 und dem Nachtrag vom 22.02.1873, abgedruckt in Zorn, Konsulargesetzgebung des Deutschen Reichs, S. 20.

832 Hecker/*Blöß*, Handbuch konsularische Praxis, § 3 D IV Rn. 8; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.3.

länger als zwei Monate⁸³³ andauern. Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist die Beseitigung einer vorübergehenden, punktuellen Notlage.⁸³⁴ Langfristige und wiederkehrende Hilfen sind vom Sinn und Zweck dieser Vorschrift nicht erfasst.⁸³⁵ Daher sind für Notlagen, die länger als zwei Monate fortbestehen, die überörtlichen Träger der Sozialhilfe zuständig und in diesen Fällen dann auch rückwirkend von dem Zeitpunkt des Eintritts der Hilfsbedürftigkeit an.⁸³⁶

Einzige Ausnahme ist die in § 5 Abs. 4 KonsG geregelte sogenannte Heimführung. Für diese besitzt der Konsularbeamte gemäß § 5 Abs. 6 Satz 2 KonsG eine ausschließliche Zuständigkeit und bleibt damit allein für die Heimführung auch zuständig, wenn der Eintritt der Hilfsbedürftigkeit bereits länger als zwei Monate zurückliegt.⁸³⁷

Diese Zuständigkeit der überörtlichen Träger der Sozialhilfe ist nur gegeben, wenn der Hilfsbedürftige seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat. Der gewöhnliche Aufenthalt kann hierbei auch in einem anderen Land liegen, als in dem in dem die Hilfsbedürftigkeit eintritt.⁸³⁸ Einen gewöhnlichen Aufenthalt begründet eine Person an dem Ort, den sie nicht nur vorübergehend zum Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen macht. Wichtig sind mithin der Wille zur Begründung des Aufenthalts und die tatsächliche Verlagerung des Lebensmittelpunktes an diesen Ort.⁸³⁹

Untersuchungs- und Strafgefangene sind gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG Hilfsbedürftigen mit gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland gleichzustellen und § 24 SGB XII diesbezüglich entsprechend anzuwenden. Diese ausdrückliche Aufnahme ist erforderlich, weil Inhaftierte grundsätzlich keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründen. Diese Begründung setzt eine Freiwilligkeit und damit einen Willen für die Wahl eines bestimmten Ortes als gewöhnlichen Aufenthalt voraus, der bei Inhaftierten nicht gegeben ist.⁸⁴⁰ Hat der Inhaftierte seinen gewöhnlichen Aufenthalt bereits vor der Inhaftierung im Ausland begründet, bleibt er bestehen,

833 Der Zeitraum von zwei Monaten wurde aus zwei Gründen gewählt. Zum einen ging der Gesetzgeber davon aus, dass zwei Monate eine angemessene Entscheidungsfrist für die überörtlichen Träger der Sozialhilfe darstellen und zum anderen verliert eine „länger dauernde Bedürftigkeit den Charakter des Vorübergehenden“, BR-Drs. 208/72, S. 19.

834 BR-Drs. 308/72, S. 19; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.10.2013, Az.: L 2 SO 3798/12, Rn. 32 ff. (zitiert nach juris); OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.01.2013, Az.: OVG 10 S 2.13, OVG 10 M 5.13, Rn. 4 (zitiert nach juris).

835 Bei Hilfsbedürftigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, ist aufgrund ihres zeitlich beschränkten Aufenthaltes im Ausland davon auszugehen, dass grundsätzlich nur einmalige oder aber höchstens zeitlich beschränkte Hilfen benötigt werden.

836 Eine Übersicht der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und eine Liste für welche Länder sie zuständig sind, sind als Anhang 1 und 2 auf S. 21 ff. im Leitfaden für Leistungen an Deutsche im Ausland der BAGüS enthalten.

837 Der Konsularbeamte hat die ausschließliche Zuständigkeit für die Heimführung, weil diese Zuständigkeitsregelung bereits nach dem KonsG 1867 bestand und sich bewährt hat, BR-Drs. 308/72, S. 19.

838 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 6.2.1.

839 Bayerisches LSG, Beschluss vom 19.11.2009, Az.: L 8 SO 86/09, Rn. 19 (zitiert nach juris); BAGüS, Leitfaden für Leistungen an Deutsche im Ausland, Rn. 3.3.1.; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 6.2.1.1.

840 Ebd. Rn. 6.2.1.1. und 6.2.5.; BSGE 60, 262, 263; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 09.01.2003, Az.: 3Z AR 47/02, Rn. 5 (zitiert nach juris); Bayerisches LSG, Beschluss vom 19.11.2009, Az.: L 8 SO 86/09, Rn. 19 (zitiert nach juris).

da der Wille zum Wechsel des Lebensmittelpunktes nicht betätigt werden kann. Ebenso wie bei § 7 KonsG meint die Formulierung Untersuchungs- und Strafgefangene jede Form der Haft oder Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit.⁸⁴¹

Die Person darf sich nicht illegal an diesem Ort aufhalten.⁸⁴² Mit der laufenden finanziellen Unterstützung einer Person ohne Aufenthaltsgenehmigung dürfte der Konsularbeamte geltendes Recht des Empfangsstaates verletzen, da er durch seine Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG die Fortdauer des illegalen Aufenthaltes unterstützt oder gegebenenfalls sogar erst ermöglicht. Der Konsularbeamte ist an das im Empfangsstaat geltende Recht gebunden. Dieser aus der Staatensouveränität folgende Grundsatz ist sowohl gemäß § 4 Satz 1 KonsG im nationalen als auch gemäß Art. 55 Abs. 1 WÜK im internationalen Recht niedergelegt.

Gewährt der Konsularbeamte in den ersten zwei Monaten vom Eintritt der Hilfsbedürftigkeit an Hilfen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG, werden diese Zahlungen nachträglich umgewandelt in Vorschusszahlungen auf die nach § 24 SGB XII zu bewilligenden Leistungen. Dies gilt sowohl für Leistungen, die der Konsularbeamte in der – wie sich später herausstellt falschen – Erwartung erbringt, der Zustand der Hilfsbedürftigkeit werde nicht länger als zwei Monate andauern als auch solche die er als sofortige Nothilfe gewährt, weil die zum Teil langwierige Prüfung des Falles durch die überörtlichen Träger der Sozialhilfe nicht abgewartet werden kann.⁸⁴³

Nach zwei Monaten werden die Auslandsvertretungen noch unterstützend tätig. Gemäß § 24 Abs. 6 SGB XII arbeiten die Träger der Sozialhilfe mit den deutschen Dienststellen im Ausland zusammen. Hierbei sind die Träger der Sozialhilfe insbesondere auf die Mithilfe der Auslandsvertretungen bei der Aufklärung und Feststellung des relevanten Sachverhalts sowie der Abwicklung und Kontrolle der gewährten Leistungen angewiesen.⁸⁴⁴

IV. Subsidiarität der Hilfe

Die Notlage des Hilfsbedürftigen darf laut § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht auf andere Weise als durch die Hilfeleistung des Konsularbeamten behoben werden können. Dieser Subsidiaritätsgrundsatz entspricht dem Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe,⁸⁴⁵ welcher einen der tragenden Grundsätze des Sozialhilferechts darstellt.⁸⁴⁶

Diese Tatbestandsvoraussetzung bedeutet laut Gesetzesbegründung, dass

841 Hierzu unter Abschnitt 3 A.I.

842 BAGüS, Leitfaden für Leistungen an Deutsche im Ausland, Rn. 3.3.1.

843 BR-Drs. 308/72, S. 19; BAGüS, Leitfaden für Leistungen an Deutsche im Ausland, Rn. 4.3.3; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 6.2.2.

844 Grube/Wahrendorf/*Bieback*, Kommentar SGB XII, § 24 Rn. 46; Hecker/*Birgelen*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 F III Rn. 21 ff. Die Zusammenarbeit im Einzelnen ergibt sich aus den Rundschreiben des BMI vom 10.04.1962 (GMBI. S. 195) und vom 27.09.1962 (GMBI. S. 479), geändert und ergänzt durch Runderlass vom 12.03.1969 (GMBI. S. 181).

845 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.7; Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 187.

846 Bieritz-Harder/Conradis/*Thie/Armborst*, SGB XII Kommentar, § 2 Rn. 1; Grube/*Wahrendorf*, SGB XII Kommentar, § 2 Rn. 1 ff.; Schellhorn/*Jirasek/Seipp*, BSHG Kommentar, § 2 Rn. 1.

„der Hilfesuchende sich nicht selbst, sei es durch Arbeitsleistung, sei es durch Einsatz eigener Mittel, helfen kann. Auch die Möglichkeit einer Unterstützung von dritter Seite muß zunächst geprüft werden, wobei ggf. Verwandte, Freunde und Bekannte in Frage kommen können. Überdies ist mit dieser Vorschrift der Konsularbeamte auch gehalten zu klären, ob nicht der Empfangsstaat mit Erfolg zur Gewährung von Unterstützungen veranlaßt werden kann. . . . Es kann auch aussichtsreich sein, sich im Einzelfall an Stellen der freien Wohlfahrtspflege im Empfangsstaat oder auch an Vereine und dergl. im Rahmen einer deutschen Kolonie zu wenden.“⁸⁴⁷

Mit anderen Worten bedeutet der Subsidiaritätsgrundsatz, dass der Konsularbeamte Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nur gewähren darf, soweit es dem Hilfesuchenden nicht möglich und zumutbar ist, sich selbst zu helfen oder von dritter Seite Hilfe zu erhalten.⁸⁴⁸ Geeignete Dritte sind sowohl Privatpersonen wie zum Beispiel Angehörige, Bekannte und der Arbeitgeber als auch private und öffentliche Einrichtungen.⁸⁴⁹ So ist der Hilfesuchende insbesondere an die zuständigen Behörden des Empfangsstaates zu verweisen, wenn er nach dem Recht des Empfangsstaates einen Hilfeanspruch zum Beispiel auf Zahlung von Sozialhilfe hat.⁸⁵⁰

Die Fälle und Ausgaben nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG sind aufgrund der vereinfachten Selbsthilfemöglichkeiten insbesondere durch schnelle Überweisungsmöglichkeiten verbunden mit einfachen Kontaktaufnahmemöglichkeiten rückläufig.⁸⁵¹ Der Konsularbeamte wird, wenn und soweit dies erforderlich ist, im Rahmen der Selbsthilfe unterstützend tätig, indem er insbesondere Möglichkeiten der Überweisung aufzeigt und die Kontaktaufnahme durch Bereitstellen entsprechender Kommunikationsmittel ermöglicht. Der Konsularbeamte kann auch etwaige finanzielle Hilfen zur Überbrückung der Zeit bis zum Eingang des Geldes gewähren.⁸⁵²

Eine nicht zumutbare Selbsthilfe liegt zum Beispiel vor, wenn die notwendige finanzielle Hilfe so gering ist, dass ein kostenverursachender weiterer Aufenthalt bis zum Eintreffen des angeforderten Geldes nicht in einem angemessenen Verhältnis steht oder der Hilfesuchende nur ihm persönlich sehr wertvolle Gegenstände wie seinen Ehering als geeignete Selbsthilfemaßnahme veräußern könnte.⁸⁵³

Ist eine Subsidiaritätsprüfung nicht möglich, weil zum Beispiel eine Kontaktaufnahme mit dem Hilfsbedürftigen nicht möglich ist oder aufgrund der Dringlichkeit der Notlage nicht abgewartet werden kann, ist ebenfalls Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zu gewähren. In Fällen, in denen keine Zeit oder keine Möglichkeit der Prüfung der Subsidiarität besteht, kann die Notlage auf andere Weise als durch die Hilfe des Konsularbeamten ebenfalls nicht behoben werden. Verunglückt zum Beispiel ein Deutscher so schwer, dass Lebensgefahr besteht, wenn er nicht

847 BR-Drs. 308/72, S. 18.

848 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 12.

849 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.7.

850 Ebd. § 5 Rn. 1.7.1. ff. mit weiteren Beispielen. Das Europäische Fürsorgeabkommen vom 11.12.1953 (BGBl. 1956 II S. 564, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 01.09.1956, BGBl. 1958 II S. 18) gewährt in Art. 1 Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten, die sich im Sinne von Art. 11 rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, die gleichen Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge wie den eigenen Staatsangehörigen.

851 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, Anhang I, Formular zu § 8 A/1, S. 1.

852 Ebd. § 8 A IV Rn. 13 f. mit näherer Darstellung der einzelnen Selbsthilfemöglichkeiten.

853 Beispiele aus ebd. § 8 A IV Rn. 15 mit weiteren Beispielen.

sofort in eine Spezialklinik ausgeflogen wird, kann der Konsularbeamte finanzielle Hilfen in Form von Kostenzusagen für den Krankentransport in die Spezialklinik übernehmen. Allerdings ist auch in diesen Fällen die Hilfeleistung auf das Erforderliche zu begrenzen, so dass eine Kostenzusage zum Beispiel zunächst zeitlich zu beschränken sein dürfte.⁸⁵⁴

V. Hilfsbedürftige

Für wen Konsularbeamte konsularischen Schutz ausüben dürfen, ist sowohl nach dem Völkerrecht als auch nach dem Konsularrecht der Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich geregelt. In erster Linie werden die Konsularbeamten der Bundesrepublik Deutschland für ihre eigenen Staatsangehörigen und damit für Deutsche tätig (hierzu unter 1). Aber auch bestimmte Gruppen von Ausländern unterliegen dem konsularischen Schutz durch deutsche Konsularbeamte (hierzu unter 2). Bei sogenannten Mehrstaaten gelten besondere Regelungen (hierzu unter 3). Darüber hinaus bleibt es dem Konsularbeamten unbenommen, sich auch für Dritte einzusetzen (hierzu unter 4).

1. Deutsche

Die Konsularbeamten der Bundesrepublik Deutschland können nach der sogenannten „nationality rule“ grundsätzlich nur für deutsche Staatsangehörige konsularische Hilfe ausüben.⁸⁵⁵ Der Begriff des Deutschen in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst sowohl natürliche (hierzu unter a) als auch juristische Personen (hierzu unter b).

a) Natürliche Personen

Konsularische Hilfe wird nach dem Völkerrecht gemäß Art. 5 lit. a) und e) WÜK den Angehörigen des Entsendestaates gewährt. Wer Angehöriger eines Staates ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen nationalen Recht.⁸⁵⁶ Nach deutschem Recht kommt die konsularische Hilfe gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG Deutschen zugute. Der Begriff des „Deutschen“ bestimmt sich gemäß § 27 KonsG nach Art. 116 Abs. 1 GG.⁸⁵⁷ Er erfasst neben deutschen Staatsangehörigen

854 Ebd. § 8 A IV Rn. 17.

855 *Hailbronner/Renner/Maaßen*, Staatsangehörigkeitsrecht, Rn. 87.; Von der Groeben/Schwarze/Müller-Graff, EGV und EUV Kommentar, Art. 20 EGV Rn. 7. Eine Ausdehnung der Hilfe auf fremde Staatsangehörige stellt grundsätzlich einen Eingriff in die Gebietshoheit des Empfangsstaates und die Personalhoheit des Heimatstaates des fremden Staatsangehörigen dar, vgl. Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, Art. 5 Rn. 2.2.1.1.

856 Maunz/Dürig/Giegerich, Kommentar GG, Art. 119 Rn. 63 m.w.N.; Makarov, Wörterbuch des Völkerrechts, Band 3, S. 323 f.; Zimmermann, EuR 1995, 54, 57; Zorn, Grundzüge des Völkerrechts, S. 59 f.

857 Art. 116 Abs. 1 GG hat folgenden Wortlaut: „Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.“

im Sinne des Staatsangehörigkeitsgesetzes⁸⁵⁸ gemäß Art. 116 Abs. 1 Var. 1 GG auch gemäß Art. 116 Abs. 1 Var. 2 GG sogenannte Statusdeutsche. Statusdeutsche sind danach Flüchtlinge oder Vertriebene deutscher Volkszugehörigkeit⁸⁵⁹ sowie deren Ehegatten oder Abkömmlinge, die in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden⁸⁶⁰ haben.⁸⁶¹ Die Statusdeutscheigenschaft beginnt mit der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland und ist in der Regel nur vorübergehender Natur, da ihnen zeitnah gemäß § 7 Staatsangehörigkeitsgesetz in Verbindung mit §§ 15 Abs. 1 und 2, 5 Bundesvertriebenengesetz⁸⁶² die deutsche Staatsangehörigkeit erteilt wird, wenn keine Ausschlussgründe vorliegen.⁸⁶³ In der Praxis spielen die Statusdeutschen daher aufgrund ihrer geringen Anzahl kaum eine Rolle.⁸⁶⁴

Der Status als Deutscher im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG ist ausreichend für die Stellung als Schutzbedürftiger im Rahmen des konsularischen Schutzes. Der der konsularischen Hilfe bedürftige Deutsche muss keine weiteren Beziehungen oder Anknüpfungspunkte an die Bundesrepublik Deutschland haben. In besonderem Maße verdeutlichte dies der Fall der Brüder LaGrand, welche 1967 im Kindesalter in die USA ausgewandert sind und weder deutsch sprachen noch sonstige Verbindungen in die Bundesrepublik Deutschland hatten. Dennoch urteilte der Internationale Gerichtshof 2001, dass beiden Brüdern nach ihrer Verhaftung aufgrund eines tödlichen Bankraubes das Recht auf konsularischen Beistand durch die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 36 Abs. 1 lit. a), b) und c) WÜK zustand und sie entsprechend über dieses Recht hätten aufgeklärt werden müssen.⁸⁶⁵

858 Staatsangehörigkeitsgesetz BGBl. in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 102-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 11.10.2016 (BGBl. 2016 I S. 2218).

859 Eine Legaldefinition des Begriffes deutscher Volkszugehörigkeit findet sich in § 6 Bundesvertriebenengesetz. Gemäß § 6 Abs. 1 BVFG ist insbesondere deutscher Volkszugehöriger, wer sich in seiner Heimat zum deutschen Volkstum bekannt hat, sofern dieses Bekenntnis durch bestimmte Merkmale wie Abstammung, Sprache, Erziehung, Kultur bestätigt wird.

860 Aufnahme finden setzt voraus, „daß der Betroffene mit dem Zuzug einen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet erstrebt und aufgrund eines Tätigwerdens oder sonstigen Verhaltens der Behörden der Schluß berechtigt ist, daß ihm die Aufnahme nicht verweigert wird“, vgl. BVerwGE 90, 181, 183 m.w.N.

861 Zur Entstehung und Bedeutung des Begriffes des Statusdeutschen zum Beispiel von Münch, Die deutsche Staatsangehörigkeit, S. 109 ff.

862 Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge, BGBl. 2007 I S. 1902, zuletzt geändert durch BGBl. 2015 I S. 2010.

863 Für Personen, die bis zum 01.08.1999 Statusdeutsche waren, gab es einen gesetzlichen Einbürgerungsanspruch nach § 6 Abs. 1 StAG (BGBl. III, Gliederungsnummer 102-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch BGBl. 2016 I S. 2218).

864 Zu den Zahlen im Einzelnen Hailbronner/Renner/Maaßen, Staatsangehörigkeitsrecht, Art. 116 GG Rn. 15. Schätzungen zufolge gibt es theoretisch noch etwa zwei Millionen potenzielle Statusdeutsche, die auf dem Gebiet der ehemaligen UdSSR leben, vgl. von Münch, Die deutsche Staatsangehörigkeit, S. 121.

865 IGH, LaGrand, Germany v. United States of America, Judgment vom 27.06.2001, ICJ Reports 2001, S. 466 ff. Eine deutsche Übersetzung der wichtigen Teile des Urteils findet sich in EuGRZ 2001, 287 ff.

b) Juristische Personen

Auch inländische juristische Personen unterliegen nach dem Völkerrecht gemäß Art. 5 lit. a) und e) WÜK sowie innerstaatlich gemäß § 1 Spiegelstrich 2 KonsG⁸⁶⁶ dem konsularischen Schutz der Bundesrepublik Deutschland.

Die Bestimmung, ob eine juristische Person als inländisch anzusehen ist, ist eine Einzelfallentscheidung und auch abhängig von der dazu vertretenen Auffassung des Empfangsstaates, da dieser die Ausübung des konsularischen Schutzes durch den vermeintlichen Entsendestaat akzeptieren muss. Die zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit⁸⁶⁷ verwendeten Anknüpfungspunkte unterscheiden sich. Insbesondere die angelsächsischen Länder schauen danach, in welchem Staat beziehungsweise nach welchem innerstaatlichen Recht die juristische Person gegründet wurde. Daneben gibt es die sogenannte Kontrolltheorie, wonach auf die Staatsangehörigkeit der an der juristischen Person beteiligten, sie kontrollierenden natürlichen Personen abgestellt wird.⁸⁶⁸ Deutschland stellt wie auch die anderen Länder der Europäischen Union auf den tatsächlichen Sitz der juristischen Person ab.⁸⁶⁹ Nach der deutschen Rechtsprechung ist der Verwaltungssitz und damit der „Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“ maßgeblich.⁸⁷⁰ Grundsätzlich ist hiernach eine juristische Person dann als inländisch anzusehen, wenn sie nach deutschem Recht gegründet wurde und ihren tatsächlichen und nicht nur satzungsmäßigen Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland hat.⁸⁷¹ Bei nichtrechtsfähigen Vereinen wird auf die Staatsangehörigkeit der Mitglieder abgestellt.⁸⁷²

Im Einzelfall ist zu prüfen, zu welchem Staat die juristische Person die engeren Verbindungen unterhält und welche Auffassung der Empfangsstaat vertritt. So heißt es bereits im Kommentar zum KonsG 1867:

„Grundsätzlich entscheidend ist, ob das Unternehmen (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung usw.) nach deutschem oder ausländischem Recht gegründet worden ist. Der deutschen Staatsangehörigkeit der Einzelpersonen entspricht die Gründung einer juristischen Person nach deutschem Recht. [. . .] Im Übrigen ist die Schutzgewährung nicht schlechthin von der formellen Rechtslage abhängig. Es ist durchaus möglich, daß auch ein nach deutschem Recht

866 Der Gesetzesbegründung zufolge ist die ausdrückliche Aufnahme der juristischen Personen in den Schutzbereich lediglich eine Klarstellung, BR-Drs. 308/72, S. 10.

867 Bei juristischen Personen empfiehlt es sich, von Staatszugehörigkeit anstatt von Staatsangehörigkeit zu sprechen, Kley-Struller, SZIER 1991, 163, 174 m.w.N.; Makarov, Wörterbuch des Völkerrechts, Band 3, S. 323; von Münch, Die deutsche Staatsangehörigkeit, S. 7.

868 Die Kontrolltheorie wird zum Beispiel von der Schweiz angewandt, Kley-Struller, SZIER 1991, 163, 174 ff. Gegen diese Theorie hat sich der IGH aber bereits 1970 ausgesprochen, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment vom 05.02.1970, ICJ Reports 1970, S. 3, 42.

869 Zu den verschiedenen möglichen Anknüpfungspunkten, ebd. S. 3, 42 ff.; Kley-Struller, SZIER 1991, 163, 167 ff. und 174 ff.; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 91.

870 BGHZ 97, 269, 271.

871 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.1.5; Hecker, Handbuch konsularischen Praxis 1982, Rn. A 53.

872 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.1.5.

gegründetes Unternehmen kapitalmäßig oder mit Bezug auf die Leitung so stark unter ausländischen Einfluß gekommen ist, daß seine Interessen nicht mehr mit dem deutschen Allgemeininteresse übereinstimmen. Dabei ist regelmäßig wichtiger als die Kapitalbeteiligung die Frage, ob die Leitung des Unternehmens in deutschen Händen liegt. Die Entscheidung kann aber nur von Fall zu Fall getroffen werden, da unter Umständen die ausländischen Geldgeber den maßgebenden Einfluß auf die Geschäftsführung haben.⁸⁷³

2. Ausländer

Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG ist.⁸⁷⁴ Ausländern wird grundsätzlich keine konsularische Unterstützung nach dem Konsulargesetz gewährt.⁸⁷⁵ Ausnahmen sind Familienangehörige (hierzu unter a) und Unionsbürger (hierzu unter b). Staatenlosen (hierzu unter c) und Flüchtlingen (hierzu unter d) kann der Konsularbeamte unter bestimmten Voraussetzungen konsularischen Schutz gewähren.

a) Familienangehörige

Gemäß § 5 Abs. 2 KonsG kann der Konsularbeamte auch nichtdeutschen Familienangehörigen von Deutschen Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewähren, wenn diese mit dem Deutschen in Haushaltsgemeinschaft leben oder gelebt haben.⁸⁷⁶ Sinn und Zweck der Einbeziehung von Familienangehörigen ist es, Familien geschlossen die Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zukommen lassen zu können, um Familienmitglieder insbesondere bei der Heimführung nicht trennen zu müssen.⁸⁷⁷ Die Nähe zu den eigenen Staatsangehörigen wird in diesen Fall für ein Tätigwerden des Konsularbeamten als ausreichend angesehen.⁸⁷⁸

Der Begriff des Familienangehörigen ist unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten im Empfangsstaat weit auszulegen.⁸⁷⁹ Zur Auslegung des Begriffes der Haushaltsgemeinschaft kann auf die entsprechende Verwendung des Begriffes im Sozialhilferecht zurückgegriffen werden, da § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG eine besondere sozialhilferechtliche Regelung außerhalb der Sozialgesetzbücher darstellt. Danach lebt in Haushaltsgemeinschaft, wer tatsächlich zusammen lebt und hierbei auch gemeinsam wirtschaftet, dass heißt den Haushalt gemeinsam führt.⁸⁸⁰

873 Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 129 f.

874 So auch die Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz, Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet, BGBl. 2008 I S. 162, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 2780.

875 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 11.

876 Gleiches gilt gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 KonsG auch für Abkömmlinge von Mehrstaatern, welche die deutsche und die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Empfangsstaat haben und deren Mutter oder Vater ebenfalls die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzen oder besessen haben.

877 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 2.1.

878 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 98.

879 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 2.1.1.

880 *Grube/Wahrendorf*, SGB XII Kommentar, § 39 Rn. 6 ff.; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 2.1.2.

Gemäß § 5 Abs. 2 KonsG reicht es aus, wenn die nichtdeutschen Familienangehörigen mit dem Deutschen längere Zeit in Haushaltsgemeinschaft gelebt haben. Diese Alternative wurde aufgenommen, um die Fälle zu erfassen, in denen Familienangehörige erst aufgrund des Todes eines Deutschen in eine finanzielle Notlage geraten, also insbesondere wenn mit dessen Tod das Familieneinkommen plötzlich wegfällt.⁸⁸¹ Auf diesen Fall ist der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 2 KonsG aber nicht zu beschränken.⁸⁸² Zum einen gibt der Wortlaut eine solche Begrenzung nicht her und zum anderen gebietet der Sinn und Zweck der Vorschrift, Familien in Nottfällen nicht zu trennen, so dass zum Beispiel Kinder die während des Studiums zuhause wohnen oder aber gerade in eine eigene Unterkunft gezogen sind, gleich zu behandeln sind. Inwieweit im Einzelfall die Nähe zu dem Deutschen und der einmal bestandenen Haushaltsgemeinschaft noch ausreicht, ist vom Konsularbeamten im Rahmen seiner Ermessenserwägungen zu berücksichtigen.

b) Unionsbürger

Gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) und Art. 23 Satz 1 AEUV sowie Art. 46 GRCh muss der Konsularbeamte Unionsbürgern in gleichem Maße konsularischen Schutz gewähren wie den eigenen Staatsangehörigen, wenn der Mitgliedsstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, nicht im Empfangsstaat vertreten ist.⁸⁸³

Gleiches gilt gemäß Art. 5 Richtlinie (EU) 2015/637 für Familienangehörige eines Unionsbürgers, welche selbst nicht die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates besitzen.⁸⁸⁴ Diesen ist konsularischer Schutz in demselben Umfang und unter denselben Bedingungen zu gewähren, wie er den nicht die Unionsbürgerschaft besitzenden Familienmitgliedern der Bürger des Hilfe leistenden EU-Mitgliedstaats entsprechend dessen nationalen Rechts und Gepflogenheiten gewährt wird. Die Identität der Familienangehörigen eines Unionsbürgers und das Bestehen einer familiären Bindung kann gemäß Art. 8 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2015/637 durch jedes geeignete Mittel nachgewiesen werden, welches eine Überprüfung der Angaben bei den konsularischen und diplomatischen Vertretungen des EU-Mitgliedstaates, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, ermöglicht.

881 Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/55 f.

882 Anhaltspunkte für eine solche Beschränkung finden sich auch nicht in der Kommentarliteratur.

883 Näheres zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des konsularischen Schutzes für Unionsbürger unter Kapitel 1 Abschnitt 3 B.

884 Begründet wird die Erweiterung des Schutzbereichs auf Familienangehörige von Unionsbürgern mit der wirksamen Gewährleistung des in Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe c AEUV verankerten Rechts der Unionsbürger auf Gewährung konsularischen Schutzes durch einen anderen Mitgliedstaat im gleichen Umfang wie den Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates und das in Artikel 7 der Charta anerkannte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Soweit Kinder des konsularischen Schutzes bedürfen, soll im Einklang mit Artikel 24 der Charta und gemäß dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein, vgl. Erwägungsgrund 9 Richtlinie (EU) 2015/637.

Familienangehörigen kann im Einzelfall nicht jede Art von konsularischer Schutz gewährt werden. Rückkehrerausweise werden zum Beispiel grundsätzlich nur an Unionsbürger und nur mit Zustimmung des jeweiligen Herkunftsmitgliedstaates ausgestellt.⁸⁸⁵

c) Staatenlose

Nach Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28. September 1954⁸⁸⁶ ist derjenige staatenlos, den kein Staat aufgrund seines Rechtes als Staatsangehörigen ansieht.⁸⁸⁷ Neben dieser sogenannten *de jure*-Staatenlosigkeit gibt es noch die *de facto*-Staatenlosigkeit. Von *de facto*-Staatenlosigkeit wird gesprochen, wenn eine Person zwar formell eine Staatsangehörigkeit besitzt, diese aber nach Verlassen des Heimatstaates nicht mehr in Anspruch nehmen will oder aber der Entsendestaat dieser Person die aus der Staatsangehörigkeit folgenden Rechte verwehrt.⁸⁸⁸ Bei letzteren Personen handelt es sich also häufig um Flüchtlinge.

Auch bei juristischen Personen ist gegebenenfalls eine Staatenlosigkeit denkbar, wenn kein Staat sie als seinem Staat zugehörig ansieht und demzufolge kein Staat bereit ist, konsularischen Schutz zugunsten dieser juristischen Person auszuüben.⁸⁸⁹ Ebenso wie im Völkerrecht zurzeit noch kein Anspruch des Individuums auf die Ausübung konsularischen Schutzes anerkannt ist,⁸⁹⁰ können Staaten auch nicht verpflichtet werden, aufgrund bestehender Anknüpfungspunkte eine juristische Person als ihrem Staat zugehörig zu behandeln.

Für die Gewährung von konsularischer Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG für Staatenlose gibt es keine Rechtsgrundlage. Art. 46 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über konsularische Aufgaben des Europarates vom 11. Dezember 1976⁸⁹¹ ermöglicht die Schutzgewährung durch den Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes, wenn der Staatenlose in der Vergangenheit nicht die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besessen hat. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Übereinkommen unterzeichnet. Eine Ratifikation ist mit der Begründung nicht geplant, dass das Abkommen gegenüber dem Konsulargesetz und dem WÜK „keinen praxisrelevanten Mehrwert bringt“.⁸⁹²

885 Ziffer 2 der Anweisungen für die Ausstellung des Rückkehrerausweises im Anhang II zum Beschluß der im Rat Vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25.06.1996 zur Ausarbeitung eines Rückkehrerausweises, 96/409/GASP.

886 BGBl. 1976 II S. 474. Das Übereinkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 24.01.1977 in Kraft getreten, BGBl. 1977 II S. 235.

887 Zu den Gründen der Entstehung von Staatenlosigkeit siehe Jürgens, Diplomatischer Schutz und Staatenlose, S. 55 ff.

888 Ebd. S. 53.

889 Kley-Struller, SZIER 1991, 163, 190.

890 Siehe zu dieser Frage näher unter Kapitel 1 Abschnitt 2.

891 Der deutsche Text des Übereinkommens wurde zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://conventions.coe.int/treaty/ger/Treaties/Html/061.htm>.

892 BT-Drs. 17/12996, S. 6. Das Abkommen wurde bisher von fünf Mitgliedstaaten des Europarates ratifiziert und ist am 09.06.2011 in Kraft getreten.

Art. 23 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen bestimmt aber, dass die Vertragsstaaten den Staatenlosen, die sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten, in Bezug auf öffentliche Fürsorge und Unterstützung die gleiche Behandlung wie ihren Staatsangehörigen gewähren. Fraglich ist, ob das „sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten“ bedeutet, dass sie dort rechtmäßig ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben müssen, um Leistungen der öffentlichen Fürsorge zu erhalten oder ob sie solche Leistungen nur während ihres Aufenthaltes im Hoheitsgebiet erhalten. Für letzteres spricht § 16 des Anhangs zum Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen. Danach gibt die Ausstellung eines Reiseausweises durch den Empfangsstaat dem Inhaber keinen Anspruch auf den Schutz der diplomatischen oder konsularischen Dienststellen des Ausstellungslands und verleiht diesem nicht ohne weiteres ein Schutzrecht. Für die Bundesrepublik Deutschland kann die Frage aber dahinstehen, da sie mit Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 28. September 1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1976 einen gemäß Art. 38 Abs. 1 Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen zulässigen Vorbehalt zu Art. 23 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen⁸⁹³ angebracht hat. Dieser hat folgenden Wortlaut:

„Artikel 23 des Übereinkommens wird uneingeschränkt nur auf Staatenlose angewandt, die zugleich Flüchtlinge im Sinne des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Bundesgesetzbl. 1953 II S. 559) und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Bundesgesetzbl. 1969 II S. 1293) sind, im übrigen jedoch nur in einem nach Maßgabe innerstaatlicher Gesetze eingeschränktem Umfange.“

Hiernach findet Art. 23 Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen also nur eingeschränkt auf Staatenlose Anwendung. Die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG kann aus dieser Vorschrift für *de jure*-Staatenlose und *de facto*-Staatenlose, die keine anerkannten Flüchtlinge sind, nicht begründet werden. Zum konsularischen Schutz für Flüchtlinge und damit auch einen großen Teil der Staatenlosen siehe sogleich.

d) Flüchtlinge

Ein Flüchtling ist gemäß Art. 1 Abs. A Nr. 2 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge⁸⁹⁴ in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967⁸⁹⁵ insbesondere⁸⁹⁶ eine Person,

893 BGBl. 1976 II S. 474.

894 BGBl. 1953 II S. 560. Das Abkommen ist für die Bundesrepublik Deutschland am 22.04.1954 in Kraft getreten, BGBl. 1954 II S. 619.

895 BGBl. 1969 II S. 1294. Dieses Protokoll ist für die Bundesrepublik Deutschland am 05.11.1969 in Kraft getreten, BGBl. 1970 II S. 194.

896 Für die vollständige Begriffsdefinition mit insbesondere weiteren Ausnahmen siehe den vollständigen Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge in Verbindung mit den Einschränkungen in Art. 1 Abs. 2 des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. Eine Darstellung des Flüchtlingsbegriffes findet sich zum Beispiel bei Tometten, ZAR 2010, 22, 23 f.

„die aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will; oder sich als staatenlose infolge solcher Ereignisse außerhalb des Landes befindet, in welchen sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und nicht dorthin zurückkehren kann oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht dorthin zurückkehren will.“

Gemäß Art. 23 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge ist Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge und sonstigen Hilfeleistungen die gleiche Behandlung wie deutschen Staatsangehörigen zu gewähren.⁸⁹⁷ Hier stellt sich wiederum die Frage, ob „rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten“ bedeutet, dass sie grundsätzlich ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik haben müssen oder ob sie öffentliche Fürsorgeleistungen nur während ihres tatsächlichen Aufenthaltes im Bundesgebiet bekommen. Die Literatur wendet diese Vorschrift im Sinne der ersten Auslegungsmöglichkeit auf § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG als besondere außerhalb der Sozialgesetzbücher liegende sozialhilferechtliche Vorschrift an.⁸⁹⁸ Rechtsprechung zu dieser Frage existiert bisher nicht. Voraussetzung ist aber, dass sie über eine Aufenthaltsgenehmigung für die Bundesrepublik Deutschland verfügen und sich nur vorübergehend im Ausland aufhalten,⁸⁹⁹ weil durch die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes im Ausland der Status als sich rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltender Flüchtling verloren geht.⁹⁰⁰

Laut einer Meinung in der Literatur soll auf Flüchtlinge aber § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG nur als „Kann-Leistung“ Anwendung finden.⁹⁰¹ Inwieweit das mit Art. 23 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vereinbar ist, wonach ihnen die gleiche Behandlung wie Deutschen zu gewähren ist, erschließt sich nicht. Die Tatbestandsvoraussetzung der gleichen Behandlung im Sinne von Art. 23 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge bedeutet nicht nur, dass nach Art und Höhe die gleichen Leistungen zu gewähren sind, sondern dass generell „in vergleichbaren Situationen mit Flüchtlingen nicht anders umgegangen wird als mit den eigenen Staatsangehörigen“.⁹⁰²

897 Eine ähnliche Regelung gibt es für sogenannte heimatlose Ausländer. Gemäß § 19 Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet (BGBl. 1951 I S. 269, zuletzt geändert durch BGBl. 2004 I S. 1950.) erhalten heimatlose Ausländer in der öffentlichen Fürsorge Leistungen in gleicher Höhe wie deutsche Staatsangehörige. Zur Definition siehe §§ 1 und 2 des Gesetzes.

898 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 11; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.5.7.

899 Telefonische Auskunft des Referates 504 des Auswärtigen Amtes; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.5.7; Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 11.

900 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.5.7.

901 Ebd.

902 BVerwGE 130, 148, 153.

3. Mehrstaater

Mehrstaater ist derjenige, der von mehr als einem Staat als eigener Staatsangehöriger betrachtet wird.⁹⁰³ Bei Mehrstaatern ist es möglich, dass gegebenenfalls zwei oder sogar mehr Staaten konsularischen Schutz für die gleiche Person ausüben beziehungsweise dieses Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes für sich reklamieren.⁹⁰⁴ Hierbei muss unterschieden werden zwischen Mehrstaatern, welche neben der Staatsangehörigkeit des Entsendestaates die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates und damit nicht des Empfangsstaates haben (hierzu unter a) und solchen, welche zugleich die Staatsangehörigkeit des Entsende- und des Empfangsstaates besitzen (hierzu unter b).

Auch bei einer juristischen Personen kann es aufgrund der verschiedenen möglichen Anknüpfungspunkte im Rahmen der Bestimmung der Staatszugehörigkeit⁹⁰⁵ passieren, dass mehrere Staaten sie als ihnen zugehörig betrachten. Welcher Anknüpfungspunkt dann überwiegt oder ob es hier auch eine Mehrstaatigkeit geben kann, ist noch nicht geklärt.⁹⁰⁶

a) Mehrstaater mit weiterer Staatsangehörigkeit eines Drittstaates

Mehrstaater mit deutscher Staatsangehörigkeit werden von den konsularischen Vertretungen grundsätzlich wie deutsche Staatsangehörige behandelt.⁹⁰⁷ Nach Völkergewohnheitsrecht⁹⁰⁸ darf ein Mehrstaater von jedem Staat, der ihn als seinen Staatsangehörigen betrachtet, wie ein ausschließlich eigener Staatsangehöriger behandelt werden. Wenn eine Absprache und/oder Zusammenarbeit dieser Staaten nicht möglich ist, dass heißt, es insbesondere zu einem Konflikt zwischen ihnen hinsichtlich der Ausübung konsularischen Schutzes zugunsten des Mehrstaaters kommt, ist gemäß Art. 5 Haager Konvention über gewisse Fragen beim Konflikt

903 Der Begriff Doppelstaater bezeichnet jemanden, der zwei verschiedene Staatsangehörigkeiten besitzt. Da er im Begriff Mehrstaater enthalten ist, wird im Folgenden nur der Begriff Mehrstaater verwendet.

904 Wagner/Raasch/Pröpstel, WÜK Kommentar, S. 253.

905 Siehe oben unter 1.b).

906 Geck, EPIL, Band 1, S. 1045, 1053; Kley-Struller, SZIER 1991, 163, 190.

907 Hecker, Handbuch konsularische Praxis 1982, Rn. A 52; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.1.2; Wagner/Raasch/Pröpstel, WÜK Kommentar, S. 90.

908 Art. 3 der Haager Konvention über gewisse Fragen beim Konflikt von Staatsangehörigkeitsgesetzen vom 12.04.1930 hat folgenden Wortlaut: „Wer zwei oder mehr Staatsangehörigkeiten besitzt, kann vorbehaltlich der Bestimmungen dieses Abkommens von jedem der Staaten, denen er angehört, als sein Staatsangehöriger angesehen werden.“ Die deutsche Fassung ist abgedruckt in Hecker, Verträge zum Staatsangehörigkeitsrecht, S. 13 ff. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Haager Konvention nicht ratifiziert. Zumindest Art. 3-5 Haager Konvention sind aber nach herrschender Meinung als Völkergewohnheitsrecht anzusehen, Berber, Lehrbuch Völkerrecht I, S. 379 f.; Hecker/Bloß, Handbuch konsularische Praxis, § 3 D IV Rn. 4; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.1.2. Insbesondere Art. 3 Haager Konvention wurde als Kodifikation geltenden Völkergewohnheitsrechts verstanden, Weis, Nationality and Statelessness in International Law, S. 195. Die Haager Konvention kodifiziert auch die herrschende Staatenmeinung zur damaligen Zeit, da der Textausarbeitung eine Staatenbefragung vorausging, vgl. ebd. S. 181 ff.

von Staatsangehörigkeitsgesetzen⁹⁰⁹ auf die effektive Staatsangehörigkeit abzustellen.⁹¹⁰ Die effektive Staatsangehörigkeit ist diejenige, zu dessen Staat die Person die näheren Bindungen aufweist. Ein Kriterium ist der gewöhnliche Aufenthaltsort des Mehrstaaters.⁹¹¹

b) Mehrstaater mit weiterer Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates

Besonderheiten gelten aber, wenn der Mehrstaater zugleich die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzt. Ihm kann zumeist nur Rat erteilt und Beistand außerhalb des Zuständigkeitsbereiches des Empfangsstaates gewährt werden. Eine Gewährung von Beistand gegenüber den Behörden des Empfangsstaates ist schwierig, da aufgrund des Grundsatzes der Staatengleichheit der Empfangsstaat diesen Mehrstaater als ausschließlich eigenen Staatsangehörigen betrachten und die Einmischung durch Dritte in den meisten Fällen ablehnen wird.⁹¹² Nach Völkergewohnheitsrecht darf ein Staat zugunsten eines Individuums, welches auch die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzt, keine Rechte gegen den Empfangsstaat geltend machen.⁹¹³

Nach der bisher vorherrschenden Rechtsauffassung und Staatenpraxis kam es in diesen Fällen nicht auf die Nähe des Einzelnen zu seinen jeweiligen Staatsangehörigkeiten, dass heißt auf

909 Art. 5 Haager Konvention hat folgenden Wortlaut: „Wer mehreren Staaten angehört, ist in einem dritten Staate so zu behandeln, als besäße er nur eine Staatsangehörigkeit. Der dritte Staat braucht auf seinem Gebiet, unbeschadet der Rechtsnormen, die dort hinsichtlich des Personalstatuts gelten, und unter Vorbehalt bestehender Staatsverträge, von den Staatsangehörigkeiten der Beteiligten ausschließlich diejenige des Staates anzuerkennen, in dessen Gebiet der Beteiligte seinen gewöhnlichen und hauptsächlichsten Aufenthalt hat, oder die Staatsangehörigkeit des Staates, mit dem der Beteiligte den Umständen nach tatsächlich am meisten verbunden zu sein scheint.“

910 Art. 6 Abs. 1 Draft Articles on Diplomatic Protection bestimmt für die Ausübung diplomatischen Schutzes ebenfalls, dass jeder Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Mehrstaater besitzt, diplomatischen Schutz ausüben darf. Art. 6 Abs. 2 ermächtigt mehrere Staaten zur Zusammenarbeit. Regelungen für den Fall eines Konfliktes zwischen den schutzausübenden Staaten in Bezug auf die Ausübung diplomatischen Schutzes sind in dem Entwurf nicht enthalten. In Abs. 4 der Begründung zu Art. 6 heißt es, dass eine entsprechende Kodifikation schwierig sei und diesbezüglich die allgemeinen von internationalen und nationalen Streitbelegungsinstanzen anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze in Bezug auf die gemeinschaftliche Geltendmachung von Ansprüchen zurückgegriffen werden müsse, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf. Die Draft Articles on Diplomatic Protection finden nicht auf das Rechtsinstitut des konsularischen Schutzes Anwendung, vgl. Abs. 11 der Begründung zu Art. 1.

911 Hecker, Handbuch konsularische Praxis 1982, Rn. A 51. Internationale Schiedsgerichte stellen früher bei Mehrstaatern häufig auf den Wohnsitz der betreffenden Person ab. Eine Übersicht solcher Entscheidungen findet sich bei Weis, Nationality and Statelessness in International Law, S. 173 ff.

912 Hecker, Handbuch konsularische Praxis 1982, Rn. A 51; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.1.2; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 254. So schreibt zum Beispiel die deutsche Botschaft in Tel Aviv auf ihrer Homepage: „Die Behörden Israels (bzw. des Staates Ihrer anderen Staatsangehörigkeit) sind berechtigt, Sie zu jeder Zeit so zu behandeln, als ob Sie ausschließlich diese Staatsangehörigkeit besäßen. [. . .] Die deutsche Botschaft wäre dann nicht in der Lage, Ihnen wirksamen deutschen konsularischen Schutz zu bieten.“, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://www.tel-aviv.diplo.de/Vertretung/telaviv/de/02-RK/Staatsangeh_C3_B6rigkeit/HinweisMehrstaater.html. Syrien hat im Fall der Inhaftierung eines Deutsch-Syrers in Syrien die konsularische Betreuung durch die deutsche Botschaft zurückgewiesen, vgl. BT-Drs. 16/13795, S. 4.

913 Art. 4 Haager Konvention über gewisse Fragen beim Konflikt von Staatsangehörigkeitsgesetzen, welcher nach seinem Wortlaut aber nur den diplomatischen Schutz erfasst. Berber, Lehrbuch Völkerrecht I, S. 380.

die effektive Staatsangehörigkeit an. Diesbezüglich – zumindest aber in Bezug auf das Rechtsinstitut des diplomatischen Schutzes – scheint sich das Völkerrecht aber gerade weiterzuentwickeln. Art. 7 der Draft Articles on Diplomatic Protection gewährt dem Entsendestaat grundsätzlich ebenfalls kein Recht gegenüber dem Empfangsstaat zur Ausübung diplomatischen Schutzes, wenn der Betroffene auch die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzt. Er macht hiervon aber ausdrücklich für den Fall eine Ausnahme, dass die Staatsangehörigkeit des Entsendestaates die vorherrschende ist, wofür der Entsendestaat beweispflichtig ist.⁹¹⁴ Die Draft Articles on Diplomatic Protection finden auf das Rechtsinstitut des konsularischen Schutzes keine Anwendung.⁹¹⁵ Es bleibt also abzuwarten, wie sich das Völkerrecht diesbezüglich entwickelt. Für ein Abstellen auf die vorherrschende Staatsangehörigkeit auch beim konsularischen Schutz sprechen aber die bisherige diesbezügliche Gleichbehandlung der Rechtsinstitute sowie der fließende Übergang und die Vermischung beider Rechtsinstitute im Einzelfall⁹¹⁶.

Ein Rat als Meinungsäußerung ist grundsätzlich keine Einmischung in die inneren Angelegenheiten des Empfangsstaates. Aus diesem Grund und aus dem in Art. 5 WÜK enthaltenen Grundsatz der Förderung konsularisch-zwischenstaatlicher Beziehungen muss der Empfangsstaat den Kontakt seines Staatsangehörigen zu den anderen konsularischen Vertretungen, deren Staatsangehörigkeiten er ebenfalls besitzt, ermöglichen.⁹¹⁷ Die Zahlung finanzieller Hilfen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG und insbesondere laufender Sozialhilfeleistungen nach § 24 SGB XII kann vom dem Empfangsstaat als Einmischung in die inneren Angelegenheiten angesehen werden, da durch diese Zahlungen der Mehrstaater gegebenenfalls gegenüber den anderen Staatsangehörigen des Empfangsstaat bessergestellt wird.⁹¹⁸

4. Sonstige

Unabhängig von dem zuvor Gesagten, kann ein Staat versuchen, sich auch für Dritte einzusetzen, die nicht zu dem berechtigten Personenkreis gehören, und für diese konsularischen Schutz auszuüben. Er muss dann aber mit dem Zurückweisen seines Anliegens durch den Empfangsstaat rechnen. Ein Beispiel für ein solches Tätigwerden ist die Heimführung eines ausländischen Staatsangehörigen⁹¹⁹, der seit langer Zeit in der Bundesrepublik Deutschland lebt.⁹²⁰

914 Abs. 6 der Begründung zu Art. 7 Draft Articles on Diplomatic Protection, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf.

915 Abs. 11 der Begründung zu Art. 1 Draft Articles on Diplomatic Protection, ebd.

916 Hierzu näher unter Kapitel 1 Abschnitt 1 C.II.

917 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 254.

918 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.1.2.

919 Welcher weder Statusdeutscher noch Flüchtling ist, vgl. hierzu bereits unter 2a) und 2d).

920 Hecker/Bloß, Handbuch konsularische Praxis, § 3 D IV Rn. 1.

VI. Antrag

In der Literatur wird fast einhellig die Auffassung vertreten, dass es für die Gewährung der Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG eines Antrages des Hilfsbedürftigen bedarf.⁹²¹ Als Begründung wird zunächst ein Vergleich mit § 6 KonsG herangezogen. Für die Hilfsmaßnahmen nach § 6 KonsG ist unstreitig kein Antrag erforderlich.⁹²² Bereits aus den unterschiedlichen Formulierungen „sollen . . . die erforderliche Hilfe leisten“ in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG und „sollen . . . die erforderlichen Maßnahmen treffen“ in § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG soll ein solches Antragserfordernis folgen.⁹²³ Dieser sprachliche Unterschied erschließt sich nicht. In § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG wurde das Verb leisten gewählt, weil finanzielle Hilfen eben geleistet oder gewährt werden und in § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG wurde ein weitergehendes Verb gewählt, da hiernach auch nicht finanzielle Hilfen erbracht werden können. Die Formulierungen sind im Ergebnis inhaltlich gleich, da in beiden Fällen die Konsularbeamten zur Vornahme der erforderlichen Maßnahmen angehalten werden.

Weiterhin wird argumentiert, dass § 5 Abs. 7 KonsG „zwangsläufig eine vorherige Antragsstellung voraus[setze]“.⁹²⁴ Richtig ist, dass der Konsularbeamte zur Gewährung finanzieller Hilfen grundsätzlich viele Informationen von dem Hilfsbedürftigen benötigt, damit er Art, Form und Maß der Höhe situationsangemessen gewähren kann. Auch für die Gewährung von Sozialhilfe werden entsprechende Informationen benötigt, da sonst der Hilfebedarf kaum bestimmt werden kann. Dennoch ist für Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch kein Antrag erforderlich. Sozialhilfe wird von Amts wegen gewährt, sobald ein Sozialhilfeträger Kenntnis vom Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen in einem konkreten Fall hat.⁹²⁵ Genauso gut könnte auch der Konsularbeamte von dritter Seite, zum Beispiel in Fällen von Schwerkranken, auf einen Hilfsbedürftigen aufmerksam gemacht werden und von selbst tätig werden.

Vielmehr spricht gegen ein Antragserfordernis zum einen, dass dieses dem Grunde nach sowie die Art und Weise der Antragstellung nicht ausdrücklich geregelt sind.⁹²⁶ Zum anderen setzt die Gewährung von Sozialhilfe gemäß § 18 SGB XII⁹²⁷ grundsätzlich keinen Antrag voraus. § 5 KonsG bedarf als Sonderfall der Sozialhilfe außerhalb des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch

921 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 20; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.12; Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 62.

922 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.5, Hecker/*Scheller*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 20.

923 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.5; Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 62.

924 Ebd.

925 Dieser sogenannte Kenntnisgrundsatz ist in § 18 Abs. 1 SGB XII geregelt. Erläuterungen zum Kenntnisgrundsatz finden sich zum Beispiel bei Grube/Wahrendorf, SGB XII Kommentar, § 18 Rn. 2 ff.

926 So begründet das Verwaltungsgericht Berlin das fehlende Antragserfordernis nach § 6 KonsG auch mit einer fehlenden ausdrücklichen Regelung: „Ein förmlicher Antrag ist für die Hilfeleistung nicht gesetzlich vorgeschrieben und daher auch nicht notwendig“, VG Berlin, Urteil vom 01.02.2006, Az.: 14 A 94.03, Rn. 24 (zitiert nach juris).

927 Vielmehr enthält § 18 SGB XII den sogenannten Kenntnisgrundsatz, wonach Sozialhilfe von Amts wegen zu gewähren ist, sobald bekannt wird, dass die Voraussetzungen hierfür vorliegen, Grube/Wahrendorf, SGB XII Kommentar, § 18 Rn. 3.

daher konsequenterweise auch keines Antrages.⁹²⁸ Man könnte vielleicht argumentieren, dass der Grundsatz, dass konsularische Hilfe nicht gegen den Willen des Betroffenen gewährt werden darf,⁹²⁹ für ein Antragserfordernis spricht. Aber zum einen dürfen auch die Maßnahmen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG, welche unstreitig keines vorherigen Antrages bedürfen,⁹³⁰ nicht gegen den Willen des Empfängers durchgeführt werden⁹³¹ und zum anderen verbleibt dem Hilfeempfänger die Möglichkeit, die konsularische Hilfe abzulehnen.

B. Rechtsfolgen

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 KonsG vor, soll beziehungsweise kann der Konsularbeamte die erforderliche Hilfe leisten. Dem Konsularbeamten steht sowohl ein Entschließungsermessen, ob er überhaupt tätig wird (hierzu unter I), als auch ein Auswahlermessen hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen zu (hierzu unter II).

I. Entschließungsermessen

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG sollen die Konsularbeamten tätig werden (hierzu unter 1), während sie den in § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG genannten Personengruppen Hilfe gewähren können, soweit es im Einzelfall der Billigkeit entspricht (hierzu unter 2).

1. Soll-Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG

Die Konsularbeamten sollen bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG die erforderliche Hilfe leisten. Diese Vorschrift regelt ein sogenanntes intendiertes Ermessen,⁹³² wonach der Konsularbeamte tätig werden muss, wenn keine besonderen Gründe vorliegen, die im Einzelfall ein Absehen von der Gewährung der konsularischen Hilfe rechtfertigen.⁹³³

928 Für andere Sozialleistungen wird das Antragserfordernis ausdrücklich geregelt, so zum Beispiel für Leistungen der Arbeitsförderung nach dem SGB XII in § 323 SGB III und für Leistungen im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitssuchende in § 37 Abs. 1 SGB II.

Leistungen nach § 24 SGB XII setzen gemäß § 24 Abs. 4 Satz 1 KonsG zwar einen Antrag voraus. Allerdings war in der Vorgängerregelung des § 119 BSHG, welche im Zeitpunkt der Ausarbeitung von § 5 KonsG in Kraft war, kein Antragserfordernis enthalten und wurde unstreitig auch nicht vorausgesetzt, Grube/Wahrendorf/*Bieback*, SGB XII Kommentar, § 24 Rn. 41.

929 Bezogen auf die Heimführung Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 4.5.

930 Hecker/*Scheller*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 20; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.5.

931 VG Berlin, Urteil vom 01.02.2006, Az.: 14 A 94.03, Rn. 24 (zitiert nach juris); Hecker/*Scheller*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 16; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.5.

932 Auch gebundenes oder gelenktes Ermessen genannt.

933 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.1; BVerwGE 72, 1, 6; 105, 55, 57 f.; Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 64; Stelkens/Bonk/*Sachs*, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 26, 27.

Der Konsularbeamte hat im Rahmen dieser Ermessensentscheidung die Interessen der Bundesrepublik Deutschland mit den Interessen des einzelnen Hilfsbedürftigen abzuwägen.⁹³⁴ Hierbei muss er besondere Erwägungen berücksichtigen, die bei einer Ermessensentscheidung ohne Auslandsbezug grundsätzlich nicht relevant sind. Hierzu gehören zum Beispiel die besondere rechtliche und tatsächliche Situation im Empfangsstaat, geltende diplomatische Gepflogenheiten und die außenpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland. Im Zweifel überwiegen die Interessen der Bundesrepublik Deutschland gegenüber den Interessen eines Einzelnen. Gemäß § 3 Abs. 2 KonsG haben die Konsularbeamten bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben das Ansehen und die Interessen der Bundesrepublik Deutschland nach besten Kräften zu schützen und zu fördern.⁹³⁵ In der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift heißt es:

„Wie im Konsulargesetz erscheint es auch im Entwurf notwendig, ausdrücklich festzulegen, daß die Konsuln zunächst und vornehmlich die Interessen der Bundesrepublik in ihrem Tätigkeitsbereich zu schützen und zu fördern haben. Da mitunter Interessenkonflikte mit Einzelanliegen auftreten können, bedarf es dieser klaren gesetzlichen Regelung.“⁹³⁶

„Das Ansehen und die Interessen des Entsendestaates zu schützen und zu fördern, ist nach unserem Verständnis die Grundrichtlinie für das Verhalten und die Arbeit der Konsularbeamten.“⁹³⁷

Zu berücksichtigen ist hierbei aber, dass eine Ablehnung der Gewährung von Hilfen aufgrund finanzieller Not dem Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Regelfall nicht zuträglich sein dürfte.⁹³⁸

Die Ursache der Hilfsbedürftigkeit ist für die konsularische Betreuung ohne Bedeutung und darf daher in die Ermessensentscheidung nicht einbezogen werden. Die Hilfe muss damit auch dann gewährt werden, wenn der Hilfsbedürftige sich aufgrund eigenen Verschuldens in der konkreten Notlage befindet.⁹³⁹ Der Konsularbeamte kann aber die Intensität der Bindung des Hilfsbedürftigen zur Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des Ermessens berücksichtigen.⁹⁴⁰

934 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.5.5.

935 Auch das KonsG 1867 sowie die Vorgängerentwürfe zum Konsulargesetz enthielten bereits entsprechende Regelungen: § 1 Satz 1 Halbsatz 1 KonsG 1867 hatte folgenden Wortlaut: „Die Bundeskonsuln sind berufen, das Interesse des Bundes, namentlich in Bezug auf Handel, Verkehr und Schifffahrt thunlichst zu schützen und zu fördern“, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867, S. 137 ff.; § 2 Abs. 1 Entwurf 1965, vgl. BR-Drs. 404/64, S. 2 und § 2 Abs. 2 Entwurf 1972, vgl. BR-Drs. 308/72, S. 2. Die konsularische Aufgabe des Schutzes der Interessen des Entsendestaates findet sich auch in Art. 5 lit. a) WÜK.

936 BR-Drs. 404/64, S. 11. Ähnliche Zitate finden sich in der Kommentarliteratur: „An erster Stelle [des § 1 KonsG] stehen die Aufgaben, die im Interesse der Bundesrepublik Deutschland, also im Allgemeininteresse wahrzunehmen sind. An zweiter Stelle folgen die Aufgaben, die dem Schutz der Einzelinteressen dienen.“, Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.3.

937 BR-Drs. 308/72, S. 10.

938 Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 139.

939 BVerfG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 13 (zitiert nach juris); Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.6.3; Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 189.

940 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 189.

Ein Anspruch des Hilfsbedürftigen auf ein Tätigwerden des Konsularbeamten besteht nur, insoweit eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, wenn also ausschließlich die Entscheidung zum Tätigwerden eine ermessensfehlerfreie Entscheidung darstellen würde.⁹⁴¹

Ein Grund für die Ablehnung der Hilfe trotz Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist in § 5 Abs. 7 KonsG ausdrücklich geregelt. Danach kann die Gewährung der Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG abgelehnt werden, wenn festgestellt wird, dass der Hilfesuchende frühere Hilfen missbraucht hat. Hierbei ist ein früherer Missbrauchsfall ausreichend.⁹⁴² Ein Missbrauch der Hilfe liegt zum einen vor, wenn der Hilfesuchende aufgrund falscher Angaben den Konsularbeamten vom Vorliegen der Voraussetzungen für eine Hilfeleistung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG überzeugt und dieser die Hilfe bei wahrheitsgemäßen Angaben nicht gewährt hätte. Zum anderen ist ein Missbrauch der Hilfe gegeben, wenn der Hilfeempfänger die Hilfe für einen anderen als den vom Konsularbeamten bestimmten Zweck verwendet, also zum Beispiel von den gewährten Geldmitteln keine Fahrkarte für die Rückkehr in die Bundesrepublik Deutschland erworben wird.⁹⁴³ Die Ablehnung der Hilfe ist aber gemäß § 5 Abs. 7 letzter Halbsatz KonsG nicht möglich, wenn im Fall der Ablehnung ein ernster Nachteil an Leib, Leben oder Gesundheit des Hilfesuchenden zu erwarten ist. Missbräuche werden beim Auswärtigen Amt zentral erfasst.⁹⁴⁴ Dieser Ablehnungsgrund stellt allein auf einen vergangenen Missbrauch ab. Ein zu erwartender künftiger Missbrauch ist allgemein im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen.⁹⁴⁵ Liegt ein Missbrauch vor, muss der Konsularbeamte das ihm nach § 5 Abs. 7 KonsG eingeräumte Ermessen hinsichtlich der Ablehnung der Hilfe auch tatsächlich ausüben, da seine Entscheidung sonst an dem Ermessensfehler des Ermessensnichtgebrauchs leiden würde und rechtswidrig wäre.⁹⁴⁶

2. Kann-Vorschriften des § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 KonsG kann Deutschen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem ausländischen Staat haben, wenn sie gleichzeitig die Staatsangehörigkeit dieses Staates

941 Siehe hierzu näher Kapitel 1 Abschnitt 5 B.I.

942 Der in § 5 Abs. 7 KonsG verwendete Plural der früheren Hilfen dürfte sich dort allein aus phonetischen Gründen befinden. Im Rahmen der Beratungen des Rechtsausschusses wird von einer früheren Hilfe gesprochen, vgl. Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/58-65. Auch der erste Entwurf, die Missbrauchsklausel ausschließlich auf den Missbrauch von Hilfen zur Heimführung zu beziehen, ließ einen Missbrauch ausreichen, vgl. Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/57. Dem Sinn und Zweck der Verhinderung des Missbrauchs von Hilfen wird die Vorschrift am besten gerecht, wenn ein einziger Missbrauch als ausreichend angesehen wird. Zumal dem Konsularbeamten bei der Ablehnung ebenfalls ein Ermessen zukommt und sie auch nur erfolgen darf, wenn dadurch keine ernsthaften Nachteile zu befürchten sind. Andere Ansicht Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 7.3.

943 Ebd.

944 Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 A IV Rn. 33.

945 Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/57 f.

946 Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 94 ff.; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 40 Rn. 55.

besitzen und auch ihr Vater oder ihre Mutter sie besitzt oder besessen hat, sowie ihren Abkömmlingen Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt werden, soweit es im Einzelfall der Billigkeit entspricht.⁹⁴⁷ Gleiches gilt gemäß § 5 Abs. 2 KonsG für nichtdeutsche Familienangehörige von Deutschen, wenn sie mit dem Deutschen in Haushaltsgemeinschaft leben oder gelebt⁹⁴⁸ haben. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, Familien geschlossen in die Hilfeleistung einbeziehen zu können. Von praktischer Relevanz ist insbesondere die geschlossene Heimführung einer Familie.⁹⁴⁹

Die Hilfeleistung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG liegt im freien Ermessen des Konsularbeamten als Gegenstück zum gebundenen Ermessen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG. Dies bedeutet, dass der Konsularbeamte seine Entscheidung „nach sachlichen Gesichtspunkten unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes sowie unter gerechter und billiger Abwägung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland und der jeweiligen Einzelinteressen zu treffen“ hat.⁹⁵⁰ Dieses freie Ermessen schließt allerdings nicht aus, dass auch im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG im Einzelfall nur eine Entscheidung ermessensfehlerfrei getroffen werden kann und damit rechtmäßig ist.

II. Auswahlermessen

Welche Maßnahmen im Einzelfall als erforderliche Hilfe im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG anzusehen sind, liegt im Ermessen des Konsularbeamten (hierzu unter 1). Zwei besonders häufige Hilfsmaßnahmen sind die Heimführung und die Gewährung von Rechtsschutz (hierzu unter 2). Bei seinem Tätigwerden muss der Konsularbeamte das im Empfangsstaat geltende Recht beachten (hierzu unter 3).

1. Gewährung der erforderlichen Hilfe

Der Konsularbeamte soll gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG die erforderliche Hilfe gewähren. Anders als bei der Entscheidung, ob der Konsularbeamte überhaupt tätig werden soll, liegt die Entscheidung über die Wahl der Hilfsmaßnahmen im freien Ermessen des Konsularbeamten. Der ihm eingeräumte Ermessensspielraum hinsichtlich Art, Maß und Form der Hilfe ist weit.⁹⁵¹ Die vom Konsularbeamten gewählte Hilfe muss geeignet sein, die bestehende Notlage zu

947 Für die Personengruppe nach § 5 Abs. 1 Satz 2 KonsG wurde die Hilfeleistung auf eine Kann-Leistung beschränkt, weil in diesen Fällen die deutsche Staatsangehörigkeit nur eine förmliche ist, vgl. Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/55. Dies bedeutet, dass davon auszugehen ist, dass diese Deutschen „vielfach schon so weit in [ihr] Aufenthaltsland integriert [sind], daß staatliche Hilfe von deutscher Seite nicht angezeigt erscheint“, BR-Drs. 308/72, S. 18.

948 Die Formulierung in Haushaltsgemeinschaft gelebt haben, bezieht sich auf die Fälle, in denen in Haushaltsgemeinschaft lebende nichtdeutsche Familienangehörige durch den Tod des deutschen Familienmitglieds in eine finanzielle Notlage geraten sind, vgl. Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/55 f.

949 BR-Drs. 404/64, S. 26; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 2.1.

950 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.4. So auch BR-Drs. 308/72, S. 18.

951 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Vorbemerkungen Rn. 2.3.

beheben.⁹⁵² Weiterhin hat der Konsularbeamte gemäß dem ausdrücklichen Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG seine Hilfe auf das erforderliche Maß zu beschränken. Unter dem Begriff „erforderlich“ ist zunächst zu verstehen, dass die Hilfe ausdrücklich auf das zur Beendigung der Hilfsbedürftigkeit Notwendige zu beschränken ist. Erforderlich bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch „für einen bestimmten Zweck unbedingt notwendig; unerlässlich“.⁹⁵³ Abzustellen ist darauf, ob der Konsularbeamte im Zeitpunkt seiner Entscheidung bei verständiger Würdigung der objektiven Gesamtumstände die von ihm gewählten Hilfen für geeignet und erforderlich halten durfte.⁹⁵⁴

Gemäß § 10 Abs. 1 SGB XII wird die Sozialhilfe in Form von Dienst-, Geld- und Sachleistungen erbracht. Diese Formen der Sozialhilfe gelten auch für § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG als außerhalb des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch liegende besondere sozialhilferechtliche Norm.⁹⁵⁵ Allerdings muss § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG als Norm des Konsularrechts im Licht der Anforderungen dieses Rechtsgebietes ausgelegt und angewandt werden.⁹⁵⁶ Die Dienstleistung ist hierbei die wichtigste und praktisch häufigste Hilfe, da in vielen Fällen Geldleistungen allein die Notlage nicht beheben können, sondern vielmehr die persönliche Betreuung des Hilfesuchenden notwendig und auch aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes vorrangig ist.⁹⁵⁷ Sachleistungen sind eher die Ausnahme, können aber zum Beispiel als Bereitstellen einer Unterkunft oder Aushändigung einer Fahrkarte gewährt werden.⁹⁵⁸

Art, Form und Maß der Hilfe richten sich gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG nach den besonderen Verhältnissen im Empfangsstaat unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines dort lebenden Deutschen und damit nicht der dort lebenden Bevölkerung.⁹⁵⁹ Auf die Wünsche des Betroffenen ist in Anlehnung an § 9 Abs. 2 Satz 1 SGB XII Rücksicht zu nehmen, soweit sie angemessen sind, dass heißt sinnvoll erscheinen und nicht zu erheblichen Mehrkosten führen.⁹⁶⁰

Eine Anspruch auf konkrete Einzelmaßnahmen ist in der Regel nicht gegeben, da die Wahl der richtigen Hilfsmaßnahme im pflichtgemäßen Ermessen des Konsularbeamten liegt.⁹⁶¹ Er besteht im Ausnahmefall aber und nur dann, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, dass

952 VG Köln, Urteil vom 19.05.2011, Az.: 26 K 4731/09, Rn. 61 (zitiert nach juris); Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.8.

953 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/erforderlich>.

954 BVerfG, Beschluss vom 04.02.2010, Az.: 7 B 40/09, Rn. 5 (zitiert nach juris); OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.01.2013, Az.: OVG 10 S 2.13, OVG 10 M 5.13, Rn. 3 (zitiert nach juris).

955 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.2.

956 Ebd. § 5 Rn. 1.2 und 3.

957 Zur persönlichen Betreuung gehören zum Beispiel die Vermittlung von Ärzten, Dolmetschern und zuständigen Einrichtungen, die Ermöglichung der Kontaktaufnahme mit Angehörigen und die Aufklärung über Geldtransfermöglichkeiten. Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.2.1 f.

958 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.2.3.

959 Anders bei einer länger als zwei Monate andauernden Notlage. Gemäß § 24 Abs. 3 SGB XII richten sich Art und Maß der Leistungserbringung sowie der Einsatz des Einkommens und des Vermögens nur nach den besonderen Verhältnissen im Empfangsstaat.

960 Ebd. § 5 Rn. 3.4.

961 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 99; BVerfGE 55, 349, 364 ff.

heißt wenn der Konsularbeamte nur eine ermessensfehlerfreie und damit rechtmäßige Entscheidung treffen kann.⁹⁶²

2. Einzelne Hilfen nach § 5 KonsG

Aufgrund ihrer praktischen Relevanz und expliziten Erwähnung in § 5 KonsG werden im Folgenden die Hilfen der Heimführung (hierzu unter a) und der Gewährung von Rechtsschutz (hierzu unter b) einzeln erörtert.

a) Heimführung

Gemäß § 5 Abs. 4 KonsG können die Konsularbeamten die Hilfe auch dadurch leisten, dass sie dem Hilfesuchenden die Reise an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts oder an einen anderen Ort ermöglichen.⁹⁶³ Als mögliches Reiseziel kommt grundsätzlich jeder Ort⁹⁶⁴ in Betracht, an dem eine Beseitigung der Hilfsbedürftigkeit zu erwarten ist,⁹⁶⁵ auch wenn die Beseitigung in dem Erhalt von Sozialleistungen liegt.⁹⁶⁶

Als zusätzliche Voraussetzung regelt § 5 Abs. 4 KonsG, dass es sich empfehlen muss, die Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG als Heimführung zu gewähren. Dies bedeutet, dass die Heimführung im Einzelfall als bestes Mittel zur Behebung der Notlage erscheint.⁹⁶⁷ Damit wird im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG anders als nach § 24 Abs. 1 Satz 2 SGB XII die Heimführung nicht automatisch als das beste Mittel zur Behebung der Notlage angesehen.

Auch wenn wiederum die Wünsche des Betroffenen entsprechend der Regelung in § 9 Abs. 2 Satz 1 SGB XII zu berücksichtigen sind, steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Konsularbeamten, Reiseart, -weg und -ziel zu bestimmen.⁹⁶⁸ Da die Hilfe auf das erforderliche

962 Zu dieser Frage bereits unter B.I.1.

963 Die Heimführung war bereits ausdrücklich in § 26 KonsG 1867 enthalten, wonach die Mittel „zur Rückkehr in die Heimath“ zu gewähren waren. Abzugrenzen ist die Heimführung von der Rückschaffung gemäß Art. 6 ff. des Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11.12.1953, BGBl. 1956 II S. 564. Für die Bundesrepublik Deutschland ist das Abkommen am 01.09.1965 in Kraft getreten, BGBl. 1958 II S. 18. Gemäß Art. 6 Abs. 1 darf ein Vertragsstaat Staatsangehörige eines anderen Vertragsstaates, die ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat haben, grundsätzlich nicht allein aus Gründen der Hilfsbedürftigkeit zurückschaffen. Die Kosten der Rückschaffung muss der Empfangsstaat gemäß § 8 Abs. 1 Europäisches Fürsorgeabkommen bis zur Grenze des Entsendestaates tragen.

964 Nach § 26 KonsG 1867 wurden Reisebeihilfen nur bis zur Grenze der Bundesrepublik Deutschland gewährt, da danach die inländischen Behörden zuständig waren, von König, Handbuch Konsularwesen, S. 501.

965 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 4.2.1. Obwohl die Begriffe der Heim- und Rückführung daher inhaltlich nicht ganz korrekt sind, weil sie nicht alle Formen der möglichen Hilfe nach § 5 Abs. 4 KonsG erfassen, werden sie der Einfachheit halber im Folgenden trotzdem verwendet.

966 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 4.6 f.

967 Hecker/*Braun*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 B III Rn. 2; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 4.4.

968 Ebd. § 5 Rn. 4.6.

Maß zu begrenzen ist, ist grundsätzlich der günstigste Reiseweg⁹⁶⁹ zu wählen.⁹⁷⁰ Allerdings ist der Konsularbeamte zum Beispiel dann nicht verpflichtet, einen sogenannten Billigflug zu buchen, wenn bei einem teureren Fluganbieter ein kostenloses Umtauschrecht gegeben ist, welches erfahrungsgemäß bei Heimführungen häufig in Anspruch genommen werden muss.⁹⁷¹

In der Vergangenheit entfiel ein Großteil notwendiger Heimführungen auf Fälle von Insolvenzen von Reiseanbietern. Mit Inkrafttreten von § 651k BGB 1994 wonach Reiseveranstalter im Fall einer Insolvenz Vorkehrungen für die wirtschaftlichen Folgen der Rückkehr der sich gerade im Urlaub befindenden Kunden entweder in Form einer Versicherung oder einer Bankbürgschaft treffen müssen,⁹⁷² kommen solche Fälle in der Praxis kaum noch vor.⁹⁷³

b) Gewährung von Rechtsschutz

Gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG kann die konsularische Hilfe auch in der Gewährung von Rechtsschutz bestehen. Die Gewährung von Rechtsschutz umfasst insbesondere die persönliche Vermittlung durch den Konsularbeamten bei den zuständigen Behörden und Gerichten des Empfangsstaates,⁹⁷⁴ die Übernahme von Dolmetscher- oder Anwaltskosten⁹⁷⁵ sowie in gerechtfertigten Ausnahmefällen die Zahlung von Kautionen oder Geldbußen⁹⁷⁶.

Für Inhaftierte regelt § 7 KonsG nur die Vermittlung von Rechtsschutz und damit nicht die finanzielle Betreuung.⁹⁷⁷ Die Übernahme zum Beispiel von Anwalts- und Prozesskosten erfolgt auf der Grundlage von § 5 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 1 KonsG.⁹⁷⁸ Die Gewährung von

969 Die Reisekosten können dabei im Einzelfall auch deutlich über die bloßen Kosten eines einfachen Linienfluges hinausgehen. So lagen die Kosten der Rückführung der im Juli 2003 in Mali freigelassenen neun Geiseln bei insgesamt 419.422,60 Euro, vgl. BT-Drs. 15/1556, S. 3, von denen den einzelnen Geiseln angeblich jeweils 2.301,00 Euro tatsächlich in Rechnung gestellt wurden, Göres, NJW 2004, 1909.

970 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 4.7.

971 VG Berlin, Vorbehalturteil vom 10.02.2014, Az.: VG 34 K 204.12, S. 6, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2014/pressemitteilung.425653.php>; VG Berlin, Gerichtsbescheid vom 11.08.2008, Az.: 34 A 13.07, Rn. 25 (zitiert nach juris).

972 Im Einzelnen zu dieser Norm zum Beispiel Tonner, Münchener Kommentar zum BGB, § 651k Rn. 1 ff.

973 Während 1993 die Auslandsvertretungen noch mit 210 solcher Insolvenzen von Reiseveranstaltern befasst waren, war es 2001 nur noch eine, Hecker/*Braun*, Handbuch konsularische Praxis, § 8 B III Rn. 8.

974 So zum Beispiel die Identifikation von Personen auf Polizeidienststellen, weil diese sich nicht ausweisen können, Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.6.1.

975 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.6.5.

976 Ein solcher Ausnahmefall läge zum Beispiel vor, wenn der Beschuldigte für eine Straftat inhaftiert wird, die mit unserem Rechtsempfinden nicht vereinbar ist oder die Gefängnisbedingungen eine erhebliche Gesundheitsgefahr für den Betroffenen darstellen. Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 3.6.5 mit weiteren Beispielen.

977 Hierzu unter Abschnitt 3 B.

978 Im Fall eines im Iran wegen Geschlechtsverkehrs mit einer Muslimin verurteilten Deutschen zahlte das Auswärtige Amt zumindest anteilig die Anwaltskosten in Höhe von 50.000 US-Dollar, um eine Revision des Urteils und eine Freilassung zu erreichen, Gefangener verklagt Außenamt: Im Iran inhaftierter Deutscher verlangt Zahlung der Anwaltskosten - Vorwürfe dementiert, Die Welt vom 18.05.1998, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.welt.de/print-welt/article599098/>

Rechtsschutz ist wie jede Leistung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG subsidiär. Sie kommt also zum Beispiel nicht in Betracht, wenn der Inhaftierte die finanziellen Mittel selbst aufbringen kann oder wenn ihm vom Empfangsstaat ein Pflichtverteidiger gestellt wird, dessen Bestellung eine angemessene Rechtsverteidigung verspricht.⁹⁷⁹ Auch die finanzielle Unterstützung von Inhaftierten zur Sicherstellung einer Mindestversorgung mit insbesondere einer ausreichenden Ernährung und jahreszeitenangemessener Kleidung ist von § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst, da in manchen Staaten diese nicht durch die Gefängnisverwaltung gewährleistet wird.⁹⁸⁰

3. Bindung an das Recht des Empfangsstaates

Der Konsularbeamte ist bei der Ausübung seiner Befugnisse im Hoheitsgebiet des Empfangsstaates an das im Empfangsstaat geltende nationale und internationale Recht gebunden. Dies ist sowohl im nationalen Recht in § 4 KonsG als auch im internationalen Recht in Art. 55 Abs. 1 und 36 Abs. 2 WÜK geregelt.

Inhalt und Bedeutung dieser Bestimmung werden bereits in der Allgemeinen Dienstinstruktion zu § 1 Satz 2 KonsG 1867⁹⁸¹ erklärt:

„Der Schluß des § 1 verpflichtet die Konsuln, bei Ausübung ihres Amtes die durch die Gesetze und die Gewohnheiten⁹⁸² ihres Amtsbezirks gebotenen Schranken einzuhalten. Es ist dies eine Bestimmung, deren genaue Beobachtung sich die Konsuln besonders angelegen sein lassen müssen. Kein Staat läßt fremde Konsuln in seinem Gebiete anders zu, als unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalte, daß dieselben Nichts gegen die Gesetze des Landes vornehmen. Die deutschen Konsuln können daher die ihnen durch das Gesetz vom 8. November 1867 beilegte Befugnisse nur insoweit ausüben, als die fremde Staatsgewalt es ihnen gestattet. Wäre z. B. in dem Amtsbezirke des Konsuls die Aufnahme von Vollmachten, Verträgen oder anderen Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Landesgerichten oder Notaren vorbehalten, so würde der Konsul von den, ihm in §§ 16 ff. des Gesetzes vom 8. Novbr. 1867 beilegte Befugnissen keinen Gebrauch machen dürfen. Ebenso ist es mit anderen Bestimmungen dieses Gesetzes. Dasselbe kann selbstverständlich die fremden Staats-Regierungen nicht binden, vielmehr sind seine Bestimmungen zunächst und so lange nicht die völkerrechtliche Anerkennung derselben Seitens der fremden Staatsgewalt erfolgt ist, nur für das Verhältnis zwischen den Konsuln und dem Deutschen Reiche maßgebend. Mit anderen Worten: das Gesetz vom 8. Novbr. 1867 setzt fest, welche Befugnisse das Deutsche Reich seinen Konsuln einräumt; damit aber die Konsuln diese Befugnisse wirklich ausüben können, muß diese Ausübung nach den

Gefangener-verklagt-Aussenamt.html.

979 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.6.3.

980 Ebd. § 7 Rn. 7.7 ff.

981 § 1 Satz 2 KonsG 1867 hat folgenden Wortlaut: „Sie müssen hierbei nach den Bundesgesetzen und den ihnen erteilten Instruktionen sich richten und die durch die Gesetze und die Gewohnheiten ihres Amtsbezirks gebotenen Schranken einhalten.“

982 Die Schranke der Gewohnheiten des Konsularbezirkes wurde nicht in § 4 Satz 1 KonsG übernommen, weil sie als zu weitgehend erachtet wurde, Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 4 Rn. 1. Allerdings kann im Einzelfall eine solche Rücksichtnahme auf die im Konsularbezirk geltenden Gewohnheiten über den Erfolg der konsularischen Hilfe entscheiden, da der Konsularbeamte vielfach auf die Hilfe der Behörden des Empfangsstaates angewiesen ist.

Gesetzen oder Gewohnheiten des betreffenden fremden Landes zulässig oder durch besondere Verträge gestattet sein.⁹⁸³

Der Konsularbeamte muss im Ergebnis sowohl bei der Ausübung seines Entschließungs- aber insbesondere auch bei der Ausübung seines Auswahlermessens das im Empfangsstaat geltende nationale und internationale Recht beachten.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der Konsularbeamte grundsätzlich zur Ausübung konsularischen Schutzes nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG verpflichtet ist, soweit kein atypischer Fall vorliegt, welcher das Absehen von Hilfe rechtfertigt. Die Gewährung von Hilfe an Personengruppen nach § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG liegt im freien Ermessen des Konsularbeamten, wobei auch hier im Einzelfall allein die Entscheidung für die Gewährung von Hilfe ermessensfehlerfrei und damit rechtmäßig sein kann. Art, Maß und Form der Hilfe und damit die Auswahl, Inhalt und Umfang der konkreten Hilfsmaßnahmen liegen ebenfalls im freien Ermessen des Konsularbeamten, wobei ihm diesbezüglich ein weiter Ermessensspielraum zukommt. Die gewährte Maßnahme muss allerdings sowohl in Bezug auf ihren Inhalt als auch ihren Umfang geeignet sein, die konkrete Notlage zu beheben. Ein Anspruch auf die Vornahme einer konkreten Maßnahme besteht wiederum nur für den Fall des Vorliegens einer Ermessensreduzierung auf Null. Im Rahmen seiner Ermessensausübung ist der Konsularbeamte an das im Empfangsstaat geltende nationale und internationale Recht gebunden.

Abschnitt 2 § 6 KonsG - Hilfe in Katastrophenfällen

Wenn im Konsularbezirk Katastrophenfälle, die der Bevölkerung oder Teilen von ihr Schaden zufügen, eintreten oder einzutreten drohen, sollen die Konsularbeamten gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG die erforderlichen Maßnahmen treffen, um den Geschädigten oder den Bedrohten Hilfe und Schutz zu gewähren. Diese Vorschrift war weder im KonsG 1867 noch im ersten Entwurf des KonsG 1965 enthalten. Sie wurde aber aufgrund ihrer auch finanziellen Bedeutung in der Praxis⁹⁸⁴ bereits mit dem Entwurf 1972 in das Konsulargesetz aufgenommen.⁹⁸⁵ Auch vor Inkrafttreten des Konsulargesetzes wurde schon ein Großteil der nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG erforderlichen Maßnahmen durchgeführt, da die entsprechenden Mittel bereits in den früheren Bundeshaushaltsplänen hierfür zur Verfügung standen.⁹⁸⁶

Im Folgenden werden wieder zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen (hierzu unter A) und anschließend die Rechtsfolgen (hierzu unter B) dieser Vorschrift erörtert.

983 § 1 Rn. 4 Allgemeine Dienstinstruktion vom 06.06.1871 und dem Nachtrag vom 22.02.1873, abgedruckt in Zorn, Konsulargesetzgebung des Deutschen Reichs, S. 18 f.

984 BR-Drs. 308/72, S. 19.

985 Ebd. S. 4.

986 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.1.

A. Tatbestand

Der Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG setzt das Drohen oder das Vorliegen eines Katastrophenfalls voraus (hierzu unter I), welcher der Bevölkerung oder Teilen von ihr Schaden zugefügt hat oder zuzufügen droht (hierzu unter II). Ist dies der Fall, soll der zuständige Konsularbeamte (hierzu unter IV) Deutschen sowie den in § 6 Abs. 1 Satz 2 KonsG genannten Personen (hierzu unter III) Hilfe und Schutz gewähren.

I. (Drohendes) Vorliegen eines Katastrophenfalls

Katastrophenfälle im Sinne der amtlichen Überschrift des § 6 KonsG sind gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG Naturkatastrophen, kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen oder vergleichbare Ereignisse. Unter einer Naturkatastrophe sind durch die Natur hervorgerufene Unglücke großen Ausmaßes wie zum Beispiel Erdbeben, Überschwemmungen und Vulkanausbrüche zu verstehen.⁹⁸⁷ Kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen sind mit Waffengewalt ausgetragene Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Gruppen.⁹⁸⁸

Welche Katastrophenfälle unter das Tatbestandsmerkmal des vergleichbaren Ereignisses zu fassen sind, ist bisher nicht geklärt. Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nicht. Einer Ansicht in der Literatur zufolge bezieht sich das „oder vergleichbare Ereignisse“ nur auf die „kriegerischen oder revolutionären Verwicklungen“, nicht aber auf die Naturkatastrophen.⁹⁸⁹ Begründet wird diese Einschränkung leider nicht. Aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG ergibt sie sich nicht. Vielmehr enthält er eine gleichberechtigte Aufzählungen der drei möglichen Katastrophenfälle. Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift spricht nicht für eine Beschränkung. Hiernach soll in Katastrophenfällen, die eine große Zahl von Menschen gefährden, wirksam geholfen werden. Der Eintritt eines Großschadensereignisses, welches nicht durch eine Naturkatastrophe, also ein durch eine Naturgewalt ausgelöstes Ereignis entstanden ist, wie zum Beispiel eines terroristischen Anschlages, eines Brückeneinsturzes oder einer Massenpanik bei einer Großveranstaltung, ist vergleichbar wahrscheinlich und tritt vergleichbar überraschend auf wie eine Naturkatastrophe und verursacht daher auch vergleichbare Gefahren und Notsituationen. Auch würde die Beschränkung des vergleichbaren Ereignisses auf kriegerische und revolutionäre Verwicklungen in Einzelfällen zu Rechtsunsicherheiten führen. So wäre zum Beispiel bei jedem Großbrand, Flugzeugabsturz, Schiffs- oder Eisenbahnunglück zu fragen, ob dieses Ereignis Ergebnis einer Naturkatastrophe wie zum Beispiel schlechter Wetterbedingungen oder aber eines technischen Defekts oder menschlichen Versagens ist. Auch stellt sich aufgrund der Vergleichbarkeit der Ereignisse trotz der unterschiedlichen Ursachen die Frage, warum sie teils von § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst

987 Ebd.

988 Auf die völkerrechtliche Definition eines Krisenherdes als bewaffneter internationaler oder interner Konflikt kommt es nicht an, ebd. § 6 Rn. 1.2.

989 Ebd.

sein sollen und teils nicht. Auch die amtliche Überschrift Katastrophenfälle spricht für eine weite Auslegung dieser Norm.⁹⁹⁰

Der Katastrophenfall muss nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG noch nicht eingetreten sein. Es genügt, dass dessen Eintritt droht, dass heißt aufgrund vorliegender Tatsachen nicht unwahrscheinlich ist.

II. (Drohender) Schaden für die Bevölkerung oder Bevölkerungsteile

§ 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst Naturkatastrophen, kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen oder vergleichbare Ereignisse, die der Bevölkerung oder Teilen von ihnen Schaden zufügen oder zuzufügen drohen. Der letzte Halbsatz enthält das Erfordernis des Vorliegens einer Gefahr für die Allgemeinheit, also einer Gemeingefahr. Diese ist gegeben, wenn eine objektive Gefahrenlage für eine größere Zahl von Personen besteht oder einzutreten droht.⁹⁹¹

Fraglich ist allerdings, auf welche Katastrophenfälle sich das Erfordernis des Vorliegens einer Gemeingefahr bezieht (hierzu unter 1). Eine Meinung in der Literatur lehnt sogar die Notwendigkeit eines solchen Tatbestandsmerkmals im Rahmen des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG ab (hierzu unter 2).

1. Bezugspunkt des Tatbestandsmerkmals der Gemeingefahr

Fraglich ist, auf welche der in § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG genannten Katastrophenfälle sich der Halbsatz „die der Bevölkerung oder Teilen von ihnen Schaden zufügen“ überhaupt bezieht, da der Wortlaut insoweit nicht eindeutig ist. Die besseren Argumente sprechen dafür, dass sich das Erfordernis des Vorliegens einer Gemeingefahr nur auf die vergleichbaren Ereignisse bezieht. Zunächst beinhalten Naturkatastrophen sowie kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen bereits von ihrem Wortsinn her eine Gemeingefahr. Nach dem allgemeinen Wortsinn ist eine Naturkatastrophe eine „durch Naturgewalten hervorgerufene Katastrophe“⁹⁹² und damit ein

990 Die International Law Commission erarbeitet gerade den Text für ein internationales Übereinkommen zum Schutz von Menschen in Katastrophenfällen (Protection of Persons in the Event of Disasters). Art. 3 des derzeit vorliegenden Entwurfs (UN Doc. A/69/10, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.ifrc.org/PageFiles/126924/ILC%20A-69-10-%20Annual%20Report-%20Chp5.pdf>) definiert den Katastrophenfall wie folgt: „Disaster' means a calamitous event or series of events resulting in widespread loss of life, great human suffering and distress, or large-scale material or environmental damage, thereby seriously disrupting the functioning of society.“ Das Übereinkommen beschäftigt sich in erster Linie mit der Unterstützung für die von einer Katastrophe betroffene Bevölkerung durch Dritte (Staaten, internationale und private Organisationen), welche Erfahrung im Umgang mit Katastrophenfällen haben und erste Hilfe für die betroffene Bevölkerung unabhängig von der Staatsangehörigkeit leisten können (vgl. Erläuterung Nr. 2 f. zu Art. 1). Regelungen zum konsularischen Schutz enthält der Entwurf nicht. Da das Übereinkommen aber allgemein Pflichten des betroffenen Staates und der helfenden Einheiten sowie auch Rechte der Betroffenen regelt, ist nicht auszuschließen, dass es auch für den konsularischen Schutz nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG im Einzelfall Relevanz haben wird.

991 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 33 (zitiert nach juris); Hecker/Scheller, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 11; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.1.

992 Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter

„Unglücksfall großes Ausmaßes“⁹⁹³ oder auch „schweres Unglück, Naturereignis mit verheerenden Folgen“⁹⁹⁴. Ebenso stellen kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen als mit Waffengewalt ausgetragene Auseinandersetzungen bereits eine Gemeingefahr in dem Gebiet dar, in dem diese Verwicklungen bestehen. Es ist daher wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber diesen Halbsatz eingefügt hat, um klarzustellen, dass von § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasste vergleichbare Ereignisse tatsächlich dann vergleichbar sind, wenn sie die typischerweise Naturkatastrophen und kriegerischen oder revolutionären Verwicklungen anhaftende Gemeingefahr beinhalten. So heißt es auch in der Gesetzesbegründung:

„der vorliegende Paragraph [hat] Fälle im Auge, wo ein im Ausland eintretendes Ereignis Gefahren oder Schäden für eine größere Anzahl von Menschen [. . .] mit sich bringt und „Die Begriffe „Naturkatastrophen, kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen“ umschreiben beispielsweise den Charakter, den solche Ereignisse haben müssen.“⁹⁹⁵

Außerdem würde das Erfordernis einer Einteilung sowohl von Naturkatastrophen als auch kriegerischen oder revolutionären Verwicklungen in solche mit und in solche ohne Gemeingefahr § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG zu einer in der Praxis untauglichen Regelung werden lassen. Die Konsularbeamten müssen in Katastrophenfällen schnell reagieren. Eine längere Prüfung, ob eine Naturkatastrophe im Sinne der Vorschrift vorliegt oder nicht, was insbesondere auch für Fragen der Kostenerstattung relevant ist,⁹⁹⁶ würde einerseits wertvolle Zeit kosten und andererseits erhebliche Rechtsunsicherheiten verursachen. Auch würde sich die Frage stellen, ob eine abstrakte oder eine konkrete Gefahr gegeben sein muss. Würde man letzteres Bejahen, drohten insbesondere im Anschluss an konsularische Schutzmaßnahmen bei der Frage der Rechtmäßigkeit der Kostenerstattung komplizierte Beweisfragen beispielsweise dergestalt, wie wahrscheinlich es war, dass der Wirbelsturm nun gerade diesen Weg nehmen würde.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Tatbestand das Vorliegen einer Gemeingefahr voraussetzt. Bei Naturkatastrophen und kriegerischen sowie revolutionären Verwicklungen ist die Gemeingefahr aber der Natur der Sache nach gegeben. Nur bei der Prüfung, ob ein vergleichbares Ereignis im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, muss auch das Vorliegen einer Gemeingefahr selbständig geprüft werden.

2. Erfordernis der Gemeingefahr

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass der Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG das Vorliegen einer Gemeingefahr nicht voraussetzt. Die Abgrenzung der Maßnahmen nach § 6

<http://www.dwds.de/?qu=Naturkatastrophe>.

993 Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?view=1&qu=Katastrophe>.

994 Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Katastrophe>.

995 BR-Drs. 308/72, S. 19.

996 So auch die Gesetzesbegründung zur Aufnahme der Regelung in das Konsulargesetz: „Diese Verankerung ist umso mehr geboten, als die Maßnahmen, die der Konsularbeamte ergreift, Kosten verursachen.“, BT-Drs. 208/72, S. 19.

Abs. 1 Satz 1 KonsG zur Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG solle vielmehr danach erfolgen, ob die Notlage durch eine Hilfeleistung an einen Einzelnen behoben werden könne oder darüber hinausgehende, umfassendere Rettungsmaßnahmen erforderlich seien.⁹⁹⁷ Abgesehen davon, dass der eindeutige Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG diese Auffassung widerlegt, überzeugen auch die von dieser Literaturmeinung angebrachten Argumente nicht.

Diese Auffassung wird zunächst damit begründet, dass § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht „allein auf nur strukturelle Maßnahmen ziele, die einer Mehrzahl von Personen zugute kommen“, sondern auch Maßnahmen erfasse, die sich direkt an einzelne Personen richten wie zum Beispiel Evakuierungen oder ärztliche Behandlungen. Damit könnten auch nur Einzelne von einer Katastrophe nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG betroffen sein.⁹⁹⁸ Dieses Argument vermischt die Voraussetzungen einer Hilfeleistung mit den möglichen Rechtsfolgen einer Hilfe nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG. Der Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist verwirklicht, wenn ein Katastrophenfall vorliegt und damit eine Gefahr für eine größere Zahl von Menschen gegeben ist. Ist dies der Fall, können die Konsularbeamten die erforderlichen Maßnahmen treffen. Hierbei kann es sein, dass sich die Gefahr dergestalt realisiert, dass nur einzelne Personen überhaupt oder in einer bestimmten Art und Weise betroffen sind und auch nur ihnen (mit einer bestimmten Maßnahme) geholfen werden muss. Das Voraussetzen einer Gemeingefahr schließt mit anderen Worten nicht aus, dass aufgrund der konkreten Verwirklichung des Schadensereignisses im Ergebnis nur wenige Personen tatsächlich schutzbedürftig sind und sich die erforderlichen Maßnahmen nur an Einzelne richten. Ein Wirbelsturm bleibt ein Wirbelsturm, auch wenn aufgrund seines prognostizierten oder tatsächlichen Verlaufs nur eine Person evakuiert werden muss oder nur eine Person von ihr tatsächlich verletzt wird und dementsprechend betreut werden muss.

Weiterhin kritisiert diese Auffassung, dass das Kriterium der Gemeingefahr ein Risiko der Zufälligkeit und damit der Willkür berge, je nachdem wie viele Personen im konkreten Fall tatsächlich betroffen sind. So läge ein Katastrophenfall im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG vor, wenn ein ganzes Flugzeug entführt werde, aber nicht bei der Entführung einer kleinen Reisegruppe. Auch wäre § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG einschlägig, wenn eine Entführung in einem Bürgerkriegsgebiet stattfindet, in anderen Fällen aber nicht.⁹⁹⁹

In den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG fallen Katastrophenfälle. Diese Regelung wurde in das Konsulargesetz aufgenommen, weil solche Großschadensereignisse besondere Maßnahmen sowohl in der Art als auch im Umfang erfordern, die über die übliche Einzelfallhilfe der konsularischen Vertretungen sowohl in Bezug auf den personellen als auch den finanziellen Umfang deutlich hinausgehen. Hier sollte eine einfachgesetzliche Regelung insbesondere auch mit Hinblick auf die Kostenfolgen und die Kostenerstattung getroffen werden. Es ist daher nicht willkürlich, wenn der Busunfall mit einem Verletzten nicht unter die Vorschrift fällt, aber der verunglückte Reisebus schon. Vielmehr wird diese Unterscheidung den

997 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 188.

998 Ebd. 187.

999 Ebd. 187 f.

besonderen Anforderungen, die ein solches Ereignis mit einer Vielzahl möglicher Betroffener an die konsularischen Vertretungen stellt, gerecht. In den aufgrund des fehlenden Merkmals der Gemeingefahr nicht unter den Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG fallenden Notfällen, wird konsularische Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG oder aber nach § 1 Spiegelstrich 2 KonsG gewährt.

III. Personeller Anwendungsbereich

Der Kreis der Schutzbedürftigen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG entspricht dem Kreis der Hilfsbedürftigen im Sinne des § 5 KonsG (hierzu unter 1). Der Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist nicht auf Ortsansässige beschränkt (hierzu unter 2).

1. Schutzbedürftige

Die Maßnahmen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG richten sich ebenso wie die Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zunächst an Deutsche.¹⁰⁰⁰ Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 KonsG sollen Konsularbeamte in Katastrophenfällen auch Abkömmlingen und nichtdeutschen Familienangehörigen von Deutschen helfen, wenn diese mit dem Deutschen in Haushaltsgemeinschaft leben oder längere Zeit gelebt haben. Auch insoweit entspricht der Kreis der Schutzberechtigten dem des § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG. Allerdings ist im Rahmen der Hilfe nach § 6 Abs. 1 Satz 2 KonsG weder eine mögliche Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates von Bedeutung noch wird für diese Personen nur Hilfe gewährt, wenn es im Einzelfall der Billigkeit entspricht.¹⁰⁰¹

Bei einem Unfall im Hoheitsgebiet des Empfangsstaates eines unter deutscher Flagge fahrenden Schiffes oder in Deutschland registrierten Flugzeuges sind die zuständigen Behörden des Empfangsstaates gemäß Art. 37 lit. c) WÜK verpflichtet, unverzüglich die dem Ort des Unglücks am nächsten gelegene konsularische Vertretung zu benachrichtigen.

Auch Unionsbürger fallen gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) und Art. 23 Satz 1 AEUV in Verbindung mit der Richtlinie (EU) 2015/637¹⁰⁰² unter den Schutzbereich dieser Norm, wenn eine konsularische Vertretung ihres Heimatstaates nicht vorhanden oder eine vorhandene Vertretung nicht erreichbar ist.¹⁰⁰³ Seit Ende 2007 kann von den konsularischen Behörden der teilnehmenden Staaten (EU-Mitgliedstaaten, Norwegen, Island, Liechtenstein, Kroatien) in Katastrophenfällen das Verfahren der Zusammenarbeit für den Katastrophenschutz ausgelöst

1000 Ausführlich zum Begriff des Deutschen siehe unter Abschnitt 1 A.V.1.

1001 Zu § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KonsG siehe unter Abschnitt 1 A.V.2.a).

1002 Richtlinie (EU) 2015/637 des Rates vom 20.04.2015 über Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zur Erleichterung des konsularischen Schutzes von nicht vertretenen Unionsbürgern in Drittländern und zur Aufhebung des Beschlusses 95/553/EG, ABl. EU Nr. L 106/1, welche gemäß Art. 20 Richtlinie (EU) 2015/637 am 14.05.2015 in Kraft getreten. Näheres zum Inhalt den Schutzanspruches von Unionsbürgern im Allgemeinen und zur Richtlinie (EU) 2015/637 im Besonderen unter Kapitel 1 Abschnitt 3 B.

1003 Ausführlich zum konsularischen Schutz für Unionsbürger unter Abschnitt 1 A.V.2.b).

werden. Das Beobachtungs- und Informationszentrum der Europäischen Kommission koordiniert dann den Zugang zu den für Katastrophenschutz-Einsätze zur Verfügung stehenden nationalen Ressourcen,¹⁰⁰⁴ in der Hoffnung auf Katastrophenfälle schneller, effizienter und angemessener reagieren zu können.

Bei Katastrophenfällen im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG und insbesondere bei Naturkatastrophen werden die Konsularbeamten erfahrungsgemäß auch für andere Personengruppen tätig, da mit diesbezüglichen Widerspruch des Empfangsstaates im Regelfall nicht zu rechnen sein wird. Staaten, in denen Katastrophenfälle auftreten, sind zumeist über jede Hilfe froh. Sind Leben und Gesundheit in Gefahr, verstößt der betreffende Staat aufgrund seines nationalen Rechts und seiner internationalen Verpflichtungen zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit¹⁰⁰⁵ gegebenenfalls auch gegen geltendes Recht, wenn er vorhandene Hilfe ablehnt. Evakuierungen nichtdeutscher Schutzbedürftiger dürften auch deshalb zulässig sein, weil gemäß Art. 12 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und Art. 2 Abs. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention jeder das Recht hat, jederzeit jedes Land zu verlassen. Die Konsularbeamten werden insbesondere auch nichtdeutschen Mitarbeitern in deutschen kulturellen oder Entwicklungshilfeeinrichtungen helfen. Auf diese wird ausdrücklich in § 6 Abs. 3 KonsG Bezug genommen, wonach auch andere Schutzbefohlene¹⁰⁰⁶ in die gemäß § 6 Abs. 3 KonsG zu führende Krisenvorsorgeliste aufzunehmen sind.¹⁰⁰⁷

2. Keine Begrenzung auf Ansässige

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass sich § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG nur auf Ortsansässige beschränke.¹⁰⁰⁸ Zum einen wird der Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG herangezogen, wonach Katastrophenfälle geregelt sind, die der Bevölkerung oder Teilen von ihr Schaden zufügen. Zum anderen wird auf § 6 Abs. 3 KonsG abgestellt, wonach eine Liste der im Bezirk ansässigen Deutschen und anderer Schutzbefohlener sowie ihrer Familienangehörigen erstellt und auf dem laufenden gehalten werden soll. Bei näherer Betrachtung insbesondere der Entstehungsgeschichte der Norm, ist diese Ansicht abzulehnen. § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG beschränkt sich nicht auf Ortsansässige.¹⁰⁰⁹

1004 Mit Beispielen, in denen sich das Verfahren bereits bewährt hat, Mitteilung der Kommission Konsularischer Schutz der EU-Bürger in Drittstaaten: Sachstand und Entwicklungsperspektiven vom 23.03.2011 (KOM(2011) 149 endgültig), S. 9 f.

1005 So verpflichtet zum Beispiel Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention die Mitgliedsstaaten, das menschliche Leben aktiv zu schützen, BGBl. 1952 II S. 686 (Neubekanntmachung BGBl. 2010 II S. 1198). Die Konvention ist für die Bundesrepublik Deutschland am 03.09.1953 in Kraft getreten, BGBl. 1954 II S. 14.

1006 Ferner dürften die unter den konsularischen Schutz fallenden Unionsbürger damit gemeint sein, Hecker/Scheller, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 21.

1007 Hecker/Bloß, Handbuch konsularische Praxis, § 3 D IV Rn. 2.

1008 Ohne Begründung Dahm, NVwZ 2005, 172, 173; Göres, NJW 2004, 1909, 1911.

1009 So auch die Rechtsprechung, VG Berlin, Urteil vom 01.02.2006, Az.: 14 A 94.03, Rn. 23 (zitiert nach juris).

Der in § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewählte Begriff der Bevölkerung begründet keine Beschränkung auf Ansässige. Unter dem Begriff der Bevölkerung wird zwar nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die Gesamtheit der Bewohner eines bestimmten Gebietes¹⁰¹⁰ und damit diejenigen Personen verstanden, die in einem bestimmten Gebiet dauerhaft wohnen. Die Anwendungen der anderen Auslegungsmethoden macht aber deutlich, dass im vorliegenden Fall eine strenge Auslegung am Wortsinn nicht gewollt sein kann. Zunächst sprechen für eine weite Auslegung systematische Argumente. § 6 KonsG ist Ausfluss der allgemeinen konsularischen Beistandspflicht nach § 1 Spiegelstrich 2 KonsG,¹⁰¹¹ nach welcher Rat und Beistand für alle Deutschen zu gewähren ist. Für eine Begrenzung in einer Konkretisierungsvorschrift auf Ortsansässige und damit einen Teil der Deutschen gibt es keine Gründe, insbesondere weil die §§ 5 bis 7 KonsG besonders häufige Fälle der konsularischen Beistandspflicht nach § 1 Spiegelstrich 2 KonsG regeln sollen.¹⁰¹² Außerdem dürfte der Gesetzgeber diese Wortwahl aufgrund des Gebotes der Rechtsklarheit zum besseren Verständnis gewählt haben. Jede andere Formulierung hätte den ohnehin schon verschachtelten Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG noch unübersichtlicher gemacht.

Die Regelung des § 6 Abs. 3 KonsG, wonach eine Liste der ortsansässigen potenziellen Schutzbedürftigen geführt werden soll, stützt ebenfalls nicht die Annahme einer Begrenzung der Vorschrift auf Ortsansässige. Zunächst würde die Aufnahme von potenziellen Schutzbedürftigen ohne gewöhnlichen Aufenthalt in die Liste nach § 6 Abs. 3 KonsG die konsularischen Vertretungen vor große praktische Probleme stellen. Zum einen dürfte es kaum möglich sein, an die notwendigen Informationen zu gelangen und zum anderen hätte die große Zahl der Touristen und sonstigen Personen mit nur kurzem Aufenthalt in vielen Regionen aufgrund der Masse einen derart großen Arbeitsaufwand zur Folge, dass er wesentliche Teile der Ressourcen der Auslandsvertretungen binden würde, schlicht kaum zu bewältigen wäre und zu dem angestrebten Zweck außer Verhältnis stünde. Die Liste nach § 6 Abs. 3 KonsG sollte insbesondere die Arbeit der Konsularbeamten erleichtern und nicht das Gegenteil bewirken. Auch ergibt sich aus den Protokollen des Rechtsausschusses, dass die Liste nach § 6 Abs. 3 KonsG deswegen auf Ortsansässige beschränkt wurde, weil eine Meldepflicht aufgrund rechtlicher Bedenken nicht geregelt werden konnte.¹⁰¹³ Die Konsularbeamten haben somit keine Möglichkeiten ohne einen unverhältnismäßigen Arbeitsaufwand Informationen über kurzzeitig anwesende Deutsche zu erlangen.¹⁰¹⁴ Die Aufnahmepflicht in die Liste wurde also deshalb auf

1010 Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.dwds.de/?view=1&qu=Bevölkerung>; Duden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Bevoelkerung>.

1011 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.1.

1012 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 70.

1013 Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/68 ff. In der letzten Sitzung wurde sogar allein aus dem Grund, dass die Formulierung „haben eine Liste zu erstellen“ vielleicht doch als eine versteckte Meldepflicht interpretiert werden könnte, der Wortlaut in „sollen eine Liste erstellen“ geändert, Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 19. Sitzung vom 07.11.1973, S. 19/29 und 19/31.

1014 Aus diesem Grund ist auch die Argumentation von Göres nicht schlüssig, wonach die Begrenzung auf Ortsansässige daraus zu folgern ist, dass sich Touristen weder anmelden müssen noch in Listen geführt werden, DÖV 2008, 622, 628.

Ortsansässige beschränkt, weil die Aufnahme von Touristen und anderen potenziellen Schutzbedürftigen ohne gewöhnlichen Aufenthalts mangels Vorliegens entsprechender Informationen und des großen zeitlichen Aufwandes schlicht nicht möglich wäre.

Ferner ist zu beachten, dass Ortsansässige den Gefahren von Katastrophenfällen vor Ort besonders stark ausgesetzt sind,¹⁰¹⁵ da insbesondere davon auszugehen ist, dass nur kurzzeitig Anwesende wie Touristen in Fällen drohender Naturkatastrophen die Reise gar nicht erst antreten und überwiegend auch in touristische Hochburgen reisen, die von Katastrophenfällen seltener betroffen sein dürften.

IV. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Konsularbeamten entspricht der Zuständigkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG.¹⁰¹⁶ Eine zeitliche Begrenzung der Zuständigkeit ist nicht gegeben.

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit kann in Katastrophenfällen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG die Ausnahmeregelung des Art. 6 WÜK relevant sein, wonach ein Konsularbeamter unter besonderen Umständen mit Zustimmung des Empfangsstaates auch außerhalb seines Konsularbezirks tätig werden kann. So können Staaten gewährleisten, dass schnell und unkompliziert¹⁰¹⁷ eine konsularische Betreuung bei besonderen Ereignissen erfolgt, bei denen eine konsularische Betreuung durch den zuständigen Konsularbeamten zum Beispiel aufgrund von vorhandener Distanzen oder Krankheit nicht möglich ist.¹⁰¹⁸ Besondere Umstände dürften vorliegen, wenn plötzlich Notsituationen eingetreten sind, die ein schnelles Handeln des jeweiligen Konsularbeamten erfordern, weil Staatsangehörige seines Landes betroffen sind.¹⁰¹⁹ Beispiele hierfür sind Flugzeugunglücke oder Naturkatastrophen. Die Zustimmung des Empfangsstaates ist gegeben, wenn sie vorher für besondere Umstände im Sinne des Art. 6 WÜK, für den konkreten Einzelfall, im Anschluss an die Aufgabenwahrnehmung oder konkludent erteilt wurde.¹⁰²⁰

1015 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 70 f.

1016 Ausführlich zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit Abschnitt 1 A.III.1 und Abschnitt 1 A.III.2.

1017 Sonst müsste, falls der eigentlich zuständige Konsularbeamte nicht helfen kann, weil er krank ist oder sein Aufenthaltsort abgelegen ist, immer erst ein neuer Konsularbeamter notifiziert und auf die Zustimmung des Empfangsstaates gewartet werden. Vgl. zum Verfahren der Akkreditierung eines Konsularbeamten die Kommentierung zu Art. 9 – 11 WÜK in Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 121 ff.

1018 Ebd. S. 113.

1019 Ebd. S. 114.

1020 Ohne diese Zustimmung handelt der Konsularbeamte rechtswidrig und seine Handlungen entfalten keine Wirkungen gegenüber dem Empfangsstaat, ebd.

V. Anwendbarkeit auf Entführungsfälle

Sowohl das Merkblatt des Auswärtigen Amtes „Wann helfen Botschaften und Konsulate?“¹⁰²¹ als auch das Formular Hinweise zur Erstellung eines Krisenplans des Auswärtigen Amtes¹⁰²² nennen Geiselnahmen und Entführungen im Zusammenhang mit Naturkatastrophen, großen Unglücken und blutigen Unruhen. Im Folgenden soll daher untersucht werden ob und inwieweit Maßnahmen in Entführungsfällen in direkter (hierzu unter 1) oder in analoger Anwendung (hierzu unter 2) auf § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG gestützt werden können.

1. Direkte Anwendung auf Entführungsfälle

§ 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist in bestimmten Fällen auf Entführungen anwendbar. Eine Meinung in der Literatur lehnt zu Unrecht eine Anwendbarkeit auf Entführungsfälle deshalb ab, weil sich der Anwendungsbereich auf präventive Maßnahmen beschränke (hierzu unter a). Entführungen können aber im Einzelfall ein vergleichbares Ereignis im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG darstellen (hierzu unter b). Zudem kann es sich bei Entführungen um eine direkte Folge kriegerischer oder revolutionärer Verwicklungen handeln (hierzu unter c).

a) Keine Begrenzung auf präventive Maßnahmen

Eine Meinung in der Literatur ist der Ansicht, dass eine Anwendbarkeit auf Entführungsfälle bereits deshalb ausscheidet, weil § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG nur präventive Maßnahmen erfasse, die darauf gerichtet seien, einer Gefahr zu entkommen. Auf das Auflösen einer bestehenden Zwangslage sei § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht anwendbar. Dies ergebe sich aus den in der Gesetzesbegründung genannten Beispielfällen wie insbesondere die Eröffnung von Möglichkeiten zum Verlassen des betroffenen Gebietes und der Liste nach § 6 Abs. 3 KonsG.¹⁰²³

Diese Auffassung ist bereits deshalb abzulehnen, weil sie dem eindeutigen Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG widerspricht. Danach soll der Konsularbeamte auch dann die erforderlichen Maßnahmen treffen, wenn ein Katastrophenfall bereits eingetreten ist, und auch den hierdurch Geschädigten und nicht nur den Bedrohten Hilfe und Schutz gewähren. Der Konsularbeamte ist also ausdrücklich aufgerufen, auch dann die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, wenn den Betroffenen bereits ein Schaden entstanden ist, präventive Maßnahmen also zu spät kommen.¹⁰²⁴ In der Gesetzesbegründung heißt es zudem ausdrücklich:

„hat der vorliegende Paragraph Fälle im Auge, wo ein im Ausland eintretendes Ereignis Gefahren oder Schäden [. . .] mit sich bringt“.¹⁰²⁵

1021 Das Merkblatt ist abgedruckt in Hecker/*Kettering*, Handbuch konsularische Praxis, Anhang I, Formular zu § 8 A/1 Nr. 1.

1022 Das Formular ist abgedruckt bei ebd. Anhang, Formular zu § 8 E/1 C, S. 16.

1023 Göres, DÖV 2008, 622, 628; Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 798.

1024 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 71 f.

1025 BR-Drs. 308/72, S. 19.

Auch wäre eine Entscheidung des Gesetzgebers, nur die Fälle ausdrücklich zu regeln, in denen eine Gefahr droht, aber nicht die, in denen sich die Gefahr bereits verwirklicht hat und die Schutzbedürftigkeit der Menschen somit größer ist, insbesondere aufgrund der in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geregelten Schutzpflichten des Staates gegenüber dem menschlichen Leben und der körperlichen Unversehrtheit kaum mit vernünftigen Erwägungen begründbar. Die in der Gesetzesbegründung aufgezählten Beispiele beschränken sich entgegen der Literaturansicht auch nicht auf präventive Maßnahmen. So heißt es:

„Als „erforderliche Maßnahmen“ können sehr verschiedenartige in Fragen kommen, z. B. Gewährung von Obdach, Speisungen, aber auch die Eröffnung von Möglichkeiten zum Verlassen des Landes oder des betroffenen Gebietes.“¹⁰²⁶

Alle drei genannten Beispiele sind sowohl als präventive als auch Hilfsmaßnahmen nach einem eingetretenen Katastrophenfall denkbar.

Inwiefern sich aus der Pflicht zur Führung einer Liste nach § 6 Abs. 3 KonsG eine Beschränkung auf präventive Maßnahmen ergeben soll, erschließt sich nicht. Zum einen ist es tatsächlich schlicht und einfach nicht möglich, im Voraus eine Liste mit Geschädigten zu führen, und zum anderen soll die Liste dem zuständigen Konsularbeamten einen Überblick über die potenziell von dem Katastrophenfall Betroffenen geben, damit dieser den Umfang der notwendigen Hilfsmaßnahmen einschätzen und schneller reagieren kann und nicht erst im Katastrophenfall in Erfahrung bringen muss, wo Deutsche betroffen sein könnten.

b) Entführungen als vergleichbares Ereignis

Entführungsfälle können im Einzelfall ein vergleichbares Ereignis im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG darstellen. Die Vergleichbarkeit des Ereignisses kann sich sowohl auf das Tatbestandsmerkmal der Naturkatastrophe als auch der kriegerischen oder revolutionären Verwicklung beziehen.¹⁰²⁷ Eine Entführung ist aufgrund ihrer Beschränkung auf eine bestimmte Opfer- und Tätergruppe sowie aufgrund der Einseitigkeit der Gewalt mit einer kriegerischen oder revolutionären Entwicklung nicht vergleichbar. Sie kann aber im Einzelfall einer Naturkatastrophe vergleichbar sein, so zum Beispiel, wenn ein Flugzeug entführt wird und daher auch eine Gefahr für eine größere Anzahl von Personen gegeben ist. Die Abgrenzung, wann eine Entführung einen Katastrophenfall im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG darstellt, ist schwierig und mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet.¹⁰²⁸ Entführungen mit einer großen Anzahl von Personen dürften in der Praxis auch kaum – allenfalls bei der Entführung eines Flugzeuges oder Schiffes – vorkommen, da eine Entführung einer großen Personengruppe logistisch schwer zu bewerkstelligen ist.

1026 Ebd.

1027 Hierzu ausführlich unter A.I.

1028 Daher der Gesetzesvorschlag unter Kapitel 4 Abschnitt 2, welcher auch eine Änderung des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG beinhaltet, die diese Rechtsunsicherheiten beseitigen soll.

Einer Ansicht in der Literatur zufolge stellen Entführungen allein deshalb kein vergleichbares Ereignis im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG dar, weil das Erfordernis der Gemeingefahr eine Gefahr für eine unbestimmte Anzahl von Personen voraussetze. Bei einer Entführung sei die Zahl der Entführungsoffer aber bekannt. Es bestehe eine Gefahr für einen bestimmbareren Personenkreis.¹⁰²⁹

Diese Ansicht ist mit der Rechtsprechung und der herrschenden Ansicht in der Literatur¹⁰³⁰ abzulehnen. Erforderlich ist lediglich eine Gefahr für eine größere Anzahl von Personen. Richtig ist, dass der Begriff der Gemeingefahr sowohl in anderen Gesetzen als auch in Rechtswörterbüchern mit einer Gefahr für eine unbestimmte Anzahl von Personen umschrieben wird. § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG verwendet aber nicht den Begriff der Gemeingefahr, sondern enthält das Tatbestandsmerkmal „der Bevölkerung oder Teilen von ihnen Schaden zufügen“. Der Einfachheit halber und mangels Existenz eines anderen prägnanten Begriffes wird in der Literatur hierfür der Begriff der Gemeingefahr verwendet, ohne jedoch eine Gefahr für einen unbestimmten Personenkreis vorauszusetzen. So verwendet zum Beispiel der Kommentar von Hoffmann/Glietsch mehrfach den Begriff der Gemeingefahr,¹⁰³¹ verlangt aber nur, dass „eine größere Zahl von Menschen“ gefährdet oder geschädigt wird.¹⁰³² Für ein Erfordernis der Unbestimmtheit des betroffenen Personenkreises finden sich in diesem Kommentar keine Anhaltspunkte. In dem zweiten großen Konsulargesetzkommentar von Hecker wird das Erfordernis einer Gemeingefahr gar nicht erwähnt, sondern wiederum nur „von einer größeren Zahl von Menschen“ gesprochen.¹⁰³³ Des Weiteren bezieht sich der Halbsatz „die der Bevölkerung oder Teilen von ihnen Schaden zufügen“ auch auf bereits eingetretene Schadensereignisse. Spätestens mit dem Eintritt des Schadens ist aber der hiervon betroffene Personenkreis bestimmbar. Auch muss das Ereignis unter anderem einer Naturkatastrophe vergleichbar sein, welche aber auch örtlich sehr begrenzt sein und damit nur einen bestimmbareren Personenkreis gefährden kann.

c) Entführungen als Folge kriegerischer oder revolutionärer Verwicklungen

Entführungen können sich ferner als Verwirklichung der Gefahr einer kriegerischen oder revolutionären Verwicklung darstellen. In der Vergangenheit wurden Ausländer oft in Regionen entführt, in denen ein bewaffneter Konflikt stattfand. Zum einen begünstigen fehlende funktionierende rechtsstaatliche Strukturen den Anstieg von Kriminalität, zum anderen werden Entführungen eingesetzt, um die Kriegskasse zu füllen oder aber politische Forderungen durchzusetzen.

1029 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 73 ff.

1030 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 33 (zitiert nach juris); Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.1; Hecker/Scheller, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 11.

1031 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.2.

1032 Ebd. § 6 Rn. 1.1.

1033 Hecker/Scheller, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 11.

Eine Ansicht in der Literatur will Entführungen dann unter den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG fallen lassen, wenn zwischen der Konfliktsituation im Land und der Entführung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Dann lägen die Tatbestandsvoraussetzungen eines Katastrophenfalls und einer Gemeingefahr vor.¹⁰³⁴ Dieser Ansicht ist bezogen auf das Erfordernis eines adäquaten Kausalzusammenhanges zuzustimmen. Bereits der Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG macht deutlich, dass die drohende Gefahr oder der eingetretene Schaden ursächlich auf den Katastrophenfall zurückgehen müssen.¹⁰³⁵

Im Übrigen geht diese Literaturlauffassung aber über den Regelungsinhalt des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG hinaus. In § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG heißt es „wenn im Konsularbezirk Naturkatastrophen, kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen oder vergleichbare Ereignisse . . . eintreten oder einzutreten drohen“. Nach dem Wortlaut sollen die Konsularbeamten also in dem Moment helfen, in dem Katastrophenfälle gerade eingetreten sind oder einzutreten drohen. Auf andauernde, sich verfestigte Situationen ist § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht einschlägig. Dies verdeutlicht auch die amtliche Überschrift mit der Wahl des Wortes Katastrophenfall, welches etwas Plötzliches und Einmaliges beinhaltet. In der Gesetzesbegründung zu § 15 Entwurf 1972 (jetzt § 6 KonsG) heißt es hierzu:

„Während § 14 [jetzt § 5 KonsG] sich mit der Hilfe für einzelne notleidende Deutsche befaßt, hat der vorliegende Paragraph Fälle im Auge, wo ein im Ausland eintretendes Ereignis Gefahren oder Schäden für eine größere Anzahl von Menschen, unter ihnen auch Deutsche, mit sich bringt.“¹⁰³⁶

Obwohl die Begründung zu § 6 KonsG mit einer halben Seite wesentlich knapper als die Begründung zu § 5 KonsG ausgefallen ist, lassen sich aus dem obigen Zitat doch an zwei Stellen Argumente für eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf gerade entstehende oder gerade entstandene Konfliktsituationen entnehmen. Zum einen regelt laut Gesetzesbegründung § 6 KonsG Fälle eines „im Ausland eintretenden Ereignisses“, welches Gefahren mit sich bringt. Die Formulierung zeigt deutlich, dass nicht ein bereits andauernder Konflikt gemeint ist, in dem sich die Gefahrenlage bereits manifestiert und für die Öffentlichkeit die Gefahren erkennbar und einschätzbar sind. Zum anderen zieht das Zitat eine Parallele zu § 5 KonsG. Notlagen im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG müssen vergleichbar den Notlagen in § 6 KonsG auch akut sein und damit ein plötzliches und ein überraschendes Element beinhalten.

Auch die Krisenvorsorgeliste¹⁰³⁷ nach § 6 Abs. 3 KonsG unterstützt diese Einschränkung des Tatbestandes. Die Liste nach § 6 Abs. 3 KonsG soll Maßnahmen in Fällen plötzlich eintretender Krisen beschleunigen und auch sonst erleichtern. So heißt es auf der Homepage des Auswärtigen Amtes:

1034 Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 76 ff.

1035 Ebd. S. 78 f.

1036 BR-Drs. 308/72, S. 19.

1037 So die Bezeichnung durch das Auswärtige Amt, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://www.konsularinfo.diplo.de/_Zentrale_20Komponenten/Ganze-Seiten/_Positivliste-Mitnehmen/de/Krisenvorsorgeliste/-Krisenvorsorgeliste.html?site=361719.

„§ 6 Abs. 3 Konsulargesetz fordert die deutschen Auslandsvertretungen auf, im Interesse der Krisenvorsorge Listen der in ihrem Amtsbezirk ansässigen Deutschen und ihrer Familienangehörigen zu führen.“¹⁰³⁸

Die besseren Argumente sprechen zusammengefasst dafür, den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG auf drohende beziehungsweise akute Krisenfälle zu begrenzen. Hat sich ein Konflikt verfestigt und ist die Gefahrenlage für die Öffentlichkeit sichtbar, ist der Anwendungsbereich nicht mehr eröffnet.¹⁰³⁹ Wo die Grenze zu ziehen ist, muss für den jeweiligen Einzelfall bestimmt werden. Ganz sicher fällt aber zum Beispiel eine Entführung durch die FARC in Kolumbien¹⁰⁴⁰ nicht mehr unter § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG, da der Konflikt zwischen der FARC und der kolumbianischen Regierung seit 1964 besteht.

2. Analoge Anwendung auf Entführungsfälle

Eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG auf Entführungen in anhaltenden kriegerischen oder revolutionären Konflikten oder auf Entführungen außerhalb von Konfliktregionen ist mit den bereits zur Frage der analogen Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG angebrachten Argumenten abzulehnen.

Die für eine Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke ist aufgrund der Regelungslogik des Konsulargesetzes nicht gegeben. Der Gesetzgeber hat die konsularischen Notfälle von besonderer Bedeutung in §§ 5 bis 7 KonsG geregelt und für alle anderen Fälle den Auffangtatbestand des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG geschaffen.¹⁰⁴¹ Auch die Voraussetzung der vergleichbaren Interessenlage dürfte nicht erfüllt sein. Die konsularische Hilfe nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst plötzlich auftretende Notsituationen für die Allgemeinheit. Bei Entführungen außerhalb von Konfliktregionen ist eine Gefahr für die Allgemeinheit nicht gegeben. Hier stellt sich die Entführung als Straftat gegen die einzelnen Entführungsoffer dar. Bei Entführungen in Regionen mit anhaltenden Konflikten treten diese nicht überraschend auf, sondern sind Teil der von den Entführungsoffer bewusst eingegangenen Gefahr, als sie sich in diese Region begeben haben.

B. Rechtsfolgen

Die Konsularbeamten sollen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG die erforderlichen Maßnahmen treffen (hierzu unter I), um den Geschädigten oder Bedrohten Hilfe und Schutz zu gewähren (hierzu unter II).

1038 Zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <https://elefand.diplo.de/elefandextern/home/login!form.action>.

1039 Hieraus ergibt sich dann allerdings der Widerspruch, dass ein Hilfe- und Schutzbedürftiger in einem plötzlich auftretenden und damit nicht vorhersehbaren Krisenfall zur Kostenerstattung herangezogen wird, während für die Kostenerstattung in Fällen, in denen sich jemand bewusst in eine Krisenregion oder sogar Kriegsgebiet begibt, keine Erstattungsgrundlage besteht.

1040 Wie in dem Verfahren VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04. FARC steht für „Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia“ und bedeutet übersetzt „Revolutionäre Streitkräfte Kolumbiens“, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://de.wikipedia.org/wiki/FARC>.

1041 Siehe hierzu unter Abschnitt 1 A.I.6.c)(1).

I. Ermessen

§ 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG bestimmt ebenso wie § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG, dass die Konsularbeamten die erforderlichen Maßnahmen treffen sollen. Den Konsularbeamten steht daher sowohl ein Entschließungsermessen hinsichtlich der Entscheidung, ob sie überhaupt im konkreten Fall tätig werden sollen, als auch ein Auswahlermessen hinsichtlich der geeigneten zu treffenden Maßnahmen zu. Bezüglich des Auswahlermessens ist auch § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG ein Fall des sogenannten intendierten oder gebundenen Ermessens.¹⁰⁴² Die Konsularbeamten müssen daher tätig werden, solange keine besonderen Gründe im Einzelfall eine abweichende Entscheidung rechtfertigen.¹⁰⁴³

Ein Anspruch des Einzelnen auf Tätigwerden beziehungsweise auf die Vornahme einer konkreten Maßnahme besteht nur, soweit das Entschließungsermessen des Konsularbeamten insoweit auf Null reduziert ist, also nur die Entscheidung zum Tätigwerden keine Ermessensfehler beinhaltet. Gleiches gilt für die Entscheidung des Konsularbeamten hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen im Einzelfall. Hierbei ist zu beachten, dass bereits bei der Gewährung von Schutz gegen Gefahren in der Bundesrepublik Deutschland den zuständigen Behörden ein erheblicher Ermessensspielraum zugestanden wird, so dass sie auf jeden Einzelfall angemessen reagieren können.¹⁰⁴⁴ Bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ist der Ermessensspielraum daher sehr weit. So hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass „der Bundesregierung hinsichtlich der Frage, ob und in welcher Weise sie Auslandsschutz gewährt, ein weites Ermessen zusteht“ und dies wie folgt begründet:

„Die Weite des Ermessens im auswärtigen Bereich hat ihren Grund darin, daß die Gestaltung auswärtiger Verhältnisse und Geschehensabläufe nicht allein vom Willen der Bundesrepublik Deutschland bestimmt werden kann, sondern vielfach von Umständen abhängig ist, die sich ihrer Bestimmung entziehen. Um es zu ermöglichen, die jeweiligen politischen Ziele der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des völkerrechtlich und verfassungsrechtlich Zulässigen durchzusetzen, gewährt das Grundgesetz den Organen der auswärtigen Gewalt einen sehr weiten Spielraum in der Einschätzung außenpolitisch erheblicher Sachverhalte wie der Zweckmäßigkeit möglichen Verhaltens.“¹⁰⁴⁵

II. Gewährung von Hilfe und Schutz

Die erforderlichen Maßnahmen im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfassen alle Maßnahmen, die im Einzelfall erforderlich sind, um Hilfe und Schutz zu gewähren. Diese erforderlichen Maßnahmen umfassen sowohl allgemeine Maßnahmen für eine größere Gruppe wie zum Beispiel die Herausgabe von Warnungen und die Durchführung von Evakuierungsmaßnahmen als auch individuelle Maßnahmen an Einzelne. Der Konsularbeamte kann nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG praktisch alle denkbaren Maßnahmen treffen, die im

¹⁰⁴² Hecker/Scheller, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 13.

¹⁰⁴³ Zum intendierten Ermessen siehe bereits unter Abschnitt 1 B.I.1.

¹⁰⁴⁴ Giegerich, ZaöRV 57 (1997), 409, 551, Fn. 436; BVerfGE 46, 160, 164 f.

¹⁰⁴⁵ BVerfGE, 55, 349, 364 f.

Einzelfall erforderlich sind, um Hilfe und Schutz zu gewähren.¹⁰⁴⁶ So sind insbesondere auch alle finanziellen Hilfen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG denkbar,¹⁰⁴⁷ da § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG insoweit die Hilfe in Katastrophenfällen abschließend regelt.¹⁰⁴⁸ Beispiele für Maßnahmen in Katastrophenfällen sind die Herausgabe von Warnungen und sonstigen Informationen, die Bereitstellung von Unterkunft und Verpflegung, die Vermittlung ärztlicher Behandlung und Evakuierungen.¹⁰⁴⁹

Konsularische Hilfe nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist nicht gegen den Willen des Betroffenen möglich. Die Teilnahme an Rettungsmaßnahmen wie zum Beispiel einer Evakuierung ist immer freiwillig.¹⁰⁵⁰ Das Verwaltungsgericht Berlin hat einer 16jährigen zugestanden, einen solchen entsprechenden Willen wirksam äußern zu können.¹⁰⁵¹

Abschnitt 3 § 7 - KonsG Hilfe an Gefangene

Nach § 7 KonsG sollen Konsularbeamte in ihrem Konsularbezirk deutsche Untersuchungs- und Strafgefangene¹⁰⁵² auf deren Verlangen betreuen und ihnen insbesondere Rechtsschutz vermitteln. Diese Vorschrift wurde erst auf Antrag des Rechtsausschusses in das Konsulargesetz eingefügt. Zunächst wurde der entsprechende Vorschlag eines Ausschussmitgliedes als überflüssig abgelehnt, da der Regelungsinhalt bereits durch die Regelung über die Gewährung von Rechtsschutz nach § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG abgedeckt sei.¹⁰⁵³ Aufgrund der gestiegenen Zahl von insbesondere wegen Rauschgiftdelikten verurteilten Deutschen und damit der besonderen Bedeutung ihres Regelungsinhaltes wurde sie aber doch in das Konsulargesetz aufgenommen.¹⁰⁵⁴

Im Folgenden werden zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen (hierzu unter A) und danach die Rechtsfolgen (hierzu unter B) des § 7 KonsG dargestellt.

1046 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.1.

1047 Ebd.

1048 Ebd.

1049 BR-Drs. 308/72, S. 19; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.3.1.

1050 Hecker/Scheller, Handbuch konsularische Praxis, § 8 E IV Rn. 16, 22; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 6 Rn. 1.3.2.

1051 VG Berlin, Urteil vom 01.02.2006, Az.: 14 A 94.03, Rn. 24 (zitiert nach juris).

1052 Um einen Eindruck von der Relevanz der Vorschrift zu bekommen: Zum 01.11.2005 befanden sich nach Kenntnis des Auswärtigen Amtes etwa 1.576 deutsche Staatsangehörige im Ausland in Haft. Im Zeitraum vom 01.11.2004 bis zum 31.10.2005 wurden 3.100 deutsche Staatsangehörige von etwa 150 Auslandsvertretungen betreut, BT-Drs. 16/1071, S. 4.

1053 Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 18. Sitzung vom 17.10.1973, S. 18/71.

1054 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 1.

A. Tatbestand

Ein Tätigwerden des zuständigen¹⁰⁵⁵ Konsularbeamten nach § 7 KonsG setzt voraus, dass ein sich in Haft befindender (hierzu unter I) deutscher Staatsangehöriger (hierzu unter II) um dieses ersucht (hierzu unter III).

I. Haft

Obwohl § 7 KonsG nur Untersuchungs- und Strafgefangene ausdrücklich nennt, erfasst diese Vorschrift jede Form einer nicht nur vorübergehenden Freiheitsentziehung.¹⁰⁵⁶ Grund und Ort der Haft sind ohne Belang. So ist zum Beispiel die Auslieferungshaft ebenso vom Tatbestand des § 7 KonsG erfasst,¹⁰⁵⁷ wie die Unterbringung in Arbeitslagern oder anderen geschlossenen Anstalten.¹⁰⁵⁸

Nicht erfasst von § 7 KonsG sind Freiheitsentziehungen durch Private. So schränken zum Beispiel Geiselnahmen die Fortbewegungsfreiheit der Entführungsoffer zwar ein, stellen aber selbst eine Straftat und keine staatliche Reaktion auf ein vermeintlich rechtswidriges oder gefährdendes Verhalten und damit keine Haft im Sinne der Vorschrift dar.¹⁰⁵⁹

II. Schutzbedürftige

Anders als beim konsularischen Schutz nach §§ 5 und 6 KonsG, kann der Konsularbeamte nach § 7 KonsG nur für Deutsche und Unionsbürger tätig werden. Die Beschränkung auf Deutsche ergibt sich aus dem Wortlaut des § 7 KonsG und folgt aus Art. 36 Abs. 1 lit. a) bis c) WÜK.

Bei Mehrstaatern, die auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, versuchen die Auslandsvertretungen auch konsularischen Schutz nach § 7 KonsG auszuüben. Besitzt der Mehrstaater aber zugleich die Staatsangehörigkeit des Haftstaates, können die Auslandsvertretungen nur mit dessen Zustimmung tätig werden. In der Praxis wird der Empfangsstaat – insbesondere im Fall einer abweichenden Meinung – einen Mehrstaater wie einen ausschließlich eigenen Staatsangehörigen behandeln und die Ausübung konsularischen Schutzes durch andere Staaten zurückweisen, wozu er nach dem Völkerrecht grundsätzlich berechtigt ist.¹⁰⁶⁰

Allerdings ist fraglich, ob der Empfangsstaat den Kontakt eines Mehrstaaters zu den Konsularbehörden seiner anderen Staatsangehörigkeit/en vollständig unterbinden darf. Das

¹⁰⁵⁵ Zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Konsularbeamten siehe unter Abschnitt 1 A.III.1 und A.III.2.

¹⁰⁵⁶ Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 3.

¹⁰⁵⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.01.2013, Az.: OVG 10 S 45.12, Rn. 5 (zitiert nach juris).

¹⁰⁵⁸ Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 3.

¹⁰⁵⁹ Göres, DÖV 2008, 622, 628.

¹⁰⁶⁰ Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 253 f. So auch die Auffassung der Bundesregierung in BT-Drs. 16/1071, S. 2 f. und 7.

Recht auf Verkehr mit dem Konsularbeamten aus Art. 36 Abs. 1 lit. a) WÜK stellt – solange der Konsularbeamte nicht nach außen gegenüber den Behörden des Empfangsstaates tätig wird – keine Einmischung in die inneren Angelegenheiten des Empfangsstaates dar, sondern einen bloßen Austausch zwischen eigenem Staatsangehörigen und einer für ihn zuständigen konsularischen Vertretung. Die Wahrnehmung der Rechte nach Art. 36 Abs. 1 lit. a) WÜK durch einen Mehrstaater beeinträchtigt zunächst nicht die Rechte des Empfangsstaates.¹⁰⁶¹

Die Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergibt sich aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) und Art. 23 Satz 1 AEUV in Verbindung mit Art. 9 lit. a) Richtlinie (EU) 2015/637.¹⁰⁶²

III. Tätigwerden auf Verlangen des Inhaftierten

Der Konsularbeamte darf gemäß § 7 KonsG nur auf Verlangen des Inhaftierten tätig werden (hierzu unter 1). Entsprechende Kenntnisse über inhaftierte Deutsche besitzt der Konsularbeamte in der Regel, weil der Empfangsstaat völkerrechtlich verpflichtet ist, die zuständige konsularische Vertretung unverzüglich über die Inhaftierung eines Deutschen in Kenntnis zu setzen (hierzu unter 2). Daraufhin nimmt der Konsularbeamte Kontakt mit dem Inhaftierten auf und bietet ihm seine Hilfe an (hierzu unter 3).

1. Antrag

Der Inhaftierte hat das Recht selbst zu entscheiden, ob er im Rahmen des § 7 KonsG konsularisch betreut werden möchte. Der Konsularbeamte sollte sich aufgrund der Gefahr eines Missverständnisses aufgrund von Sprachschwierigkeiten und der leichten Manipulationsmöglichkeiten versichern, dass der Inhaftierte die konsularische Betreuung wirklich nicht wünscht¹⁰⁶³ und die Erklärung insbesondere nicht durch Ausübung von Druck zustande gekommen ist. Deutsche Konsularbeamte verlangen dann wenn möglich eine schriftliche Bestätigung des Inhaftierten, dass er seine Rechte kennt und diese ausdrücklich nicht wahrnehmen möchte.¹⁰⁶⁴ Hat der Konsularbeamte auch dann noch Zweifel an dem Wahrheitsgehalt der Aussage, sollte er versuchen, diese aufgrund der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter des Inhaftierten in einem Vier-Augen-Gespräch zu überprüfen.¹⁰⁶⁵

1061 So im Ergebnis auch mit Berufung auf den Grundsatz der Förderung konsularisch-zwischenstaatlicher Beziehungen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 254.

1062 Bereits der Beschluss des Rates vom 19.12.1995 enthält in Art. 5 Abs. 1 lit. c) ausdrücklich die Feststellung, dass die Hilfe bei Festnahme oder Haft von der Schutzpflicht umfasst ist, vgl. ABl. L 314/73 vom 28.12.1995, 95/553/EG. Zur Schutzpflicht gegenüber Unionsbürgern ausführlich unter Abschnitt 1 A.V.2.b).

1063 Hecker/Schmidt-Bremme, Handbuch konsularische Praxis, § 9 IV Rn. 3.

1064 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 255.

1065 Hecker/Schmidt-Bremme, Handbuch konsularische Praxis, § 9 IV Rn. 3; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.2.2.

2. Völkerrechtliche Informationspflicht

Gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 WÜK haben die zuständigen Behörden des Empfangsstaates die konsularische Vertretung des Entsendestaates auf Verlangen des Betroffenen unverzüglich zu unterrichten, wenn in deren Konsularbezirk ein Angehöriger dieses Staates festgenommen, in Straf- oder Untersuchungshaft genommen oder ihm anderweitig die Freiheit entzogen ist. Diese Vorschrift ist Teil des Völkergewohnheitsrechts, so dass auch Staaten, welche das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen nicht ratifiziert haben, zur Information der konsularischen Vertretung verpflichtet sind.¹⁰⁶⁶ Der Inhaftierte ist von dem Empfangsstaat nach Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 3 WÜK unverzüglich und damit ohne jegliche Verzögerung¹⁰⁶⁷ über sein Recht nach Satz 1 zu unterrichten, sobald Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er Ausländer ist.¹⁰⁶⁸ Diese Verpflichtung knüpft allein an die Staatsangehörigkeit an, eine zusätzliche Bindung zu dem Staat wie zum Beispiel ein gewöhnlicher Aufenthalt sind nicht erforderlich.¹⁰⁶⁹ Ebenso darf die Unterrichtung nicht unterbleiben, weil vom Empfangsstaat angenommen wird, der Betreffende wolle keine konsularische Unterstützung, zum Beispiel weil er vor seiner Verhaftung aus dem Empfangsstaat geflohen ist.¹⁰⁷⁰

Ob Haftmitteilungen auch ohne oder gegen den Willen des Inhaftierten zulässig sind, wird unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird diese Frage mit den Argumenten bejaht, dass Haftmitteilungen noch nicht Teil der konsularischen Betreuung sind, welche der Inhaftierte ablehnen kann.¹⁰⁷¹ Die Gegenauffassung trägt vor, dass gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 WÜK die Botschaft nur auf Verlangen des Betroffenen zu unterrichten ist und gerade kein Recht der konsularischen Vertretung auf Unterrichtung statuiert. Vielmehr gebiete der Sinn und Zweck der Vorschrift, den Inhaftierten zu schützen, dass der Empfangsstaat seinen Wunsch auf Nichtinformation der konsularischen Vertretungen respektiert.¹⁰⁷²

1066 Hecker/*Schmidt-Bremme*, Handbuch konsularische Praxis, § 9 IV Rn. 4; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.1.1.; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 255.

1067 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.1.1.1.; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 256. Das Auswärtige Amt hält einen Zeitraum von ein bis zwei Tagen für angemessen, BT-Drs. 16/1071, S. 2. Bei einem Zeitraum von 40 Stunden nach Bekanntwerden der Ausländereigenschaft ist dem IGH zufolge, die Unterrichtung nicht mehr unverzüglich erfolgt, IGH, Case concerning Avena and other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America, Judgment vom 31.03.2004, ICJ Reports 2004, S. 12, 49 f. Der Interamerikanische Gerichtshof kommt sogar zu dem Ergebnis, dass die Unterrichtung vor der ersten Vernehmung erfolgen muss, Gutachten vom 01.10.1999, OC-16/99, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf, Rn. 106.

1068 Die Erfüllung dieser Verpflichtung durch die Bundesrepublik Deutschland wird durch Art. 104 Abs. 4 GG, § 114b Abs. 2 Satz 4 in Verbindung mit Abs. 1 StPO (BGBl. 1987 I S. 1074, 1319, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 3202) und Nr. 135 Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (Amtlicher Teil des Bundesanzeigers vom 19.12.2012, Nr. B2) sichergestellt. Die Belehrung des Inhaftierten, seine Reaktion hierauf und die gegebenenfalls folgende Unterrichtung der jeweiligen Botschaft sind für die Rechtsmittelinstanzen nachvollziehbar zu dokumentieren, damit überprüft werden kann, ob die Verfahrensgarantien nach dem WÜK eingehalten wurden, BGH, Beschluss vom 18.11.2010, Az.: V ZB 165/10, Rn. 5 (zitiert nach juris).

1069 Unter Bezugnahme auf das LaGrand-Urteil des IGH, BVerfG, Beschluss vom 19.09.2006, Az.: 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01, 2 BvR 348/03, Rn. 67 (zitiert nach juris).

1070 IGH, Case concerning Avena and other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America, Judgment vom 31.03.2004, ICJ Reports 2004, S. 12, 46.

1071 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 255.

1072 Schomburg/Schuster, NSTZ 2008, 593, 594.

Die erste Auffassung ist vorzugswürdig. Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK gewährt dem Einzelnen das besondere Recht auf Unterrichtung seiner konsularischen Vertretung und legt dies ausdrücklich fest. Dies bedeutet aber nicht im Umkehrschluss, dass ein Individualanspruch auf das Unterlassen einer Unterrichtung besteht. Ein solcher völkerrechtlicher Individualanspruch des Individuums gegen einen Staat auf Unterlassen müsste ebenfalls ausdrücklich geregelt sein, zumal die Anerkennung von Individualansprüchen im Völkerrecht relativ neu und eng umgrenzt ist.¹⁰⁷³ Zu beachten ist ferner, dass völkerrechtliche Verträge bestehen, die eine über Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 WÜK ausdrücklich hinausgehende Verpflichtung zur Information der Auslandsvertretung auch gegen den Willen des Betroffenen regeln.¹⁰⁷⁴ Die Bundesrepublik Deutschland hat allein 37 solcher zwischenstaatlichen Vereinbarungen getroffen.¹⁰⁷⁵ Diese Klauseln wären aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK völkerrechtswidrig, sollten Haftmitteilungen ohne oder gegen den Willen des Inhaftierten unzulässig sein. Bei einer Haftmitteilung ohne oder gegen den Willen des Betroffenen, muss der unterrichtende Staat aber prüfen, ob er hierdurch nicht gegen geltendes Recht verstößt. Zu denken ist hier zum Beispiel an die staatliche Schutzpflicht gegenüber dem menschlichen Leben und der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und an datenschutzrechtliche Fragen nach dem Bundesdatenschutzgesetz.¹⁰⁷⁶

Die Informationspflicht bezieht sich auf jede Form der Freiheitsentziehung, dass heißt der nicht nur vorübergehenden Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit egal aus welchem Grund. Erfasst sind also insbesondere auch die Anordnung einer Quarantäne oder eines Hausarrestes.¹⁰⁷⁷

Ein Verstoß gegen diese Informationspflicht¹⁰⁷⁸ hat eine Verletzung der Rechte des Inhaftierten und der Rechte des Staates nach Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK zur Folge¹⁰⁷⁹ und kann wie im Fall LaGrand zugleich eine Verletzung der Rechte des Empfangsstaates nach Art. 36 Abs. 1 lit. a) und c) WÜK beinhalten, da er diese aufgrund der unterlassenen Unterrichtung über die

1073 Zur Rolle des Individuums im Völkerrecht Hobe, Einführung in das Völkerrecht, S. 166 f. m.w.N.; Ipsen, Völkerrecht, S. 95 ff. m.w.N., Partsch, EPIL, Band 2, S. 963 ff.

1074 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 256. Gemäß Art. 73 Abs. 1 WÜK bleiben andere völkerrechtliche Verträge, die bereits in Kraft sind, vom WÜK unberührt. Nach Art. 73 Abs. 2 WÜK können auch neue völkerrechtliche Verträge geschlossen werden, die unter anderem die Vorschriften des WÜK erweitern. In Nr. 135 Abs. 2 RiVAST wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Deutschland gegenüber bestimmten Ländern aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarung zur Unterrichtung über die Inhaftierung auch gegen den Willen des Betroffenen verpflichtet ist.

1075 Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage BT-Drs. 16/895 mit dem Titel „Situation von deutschen Gefangenen im Ausland“, BT-Drs. 16/1071, S. 2. In der Länderliste im Anhang II der RiVAST ist unter dem Punkt Sonstiges bei 30 Ländern vermerkt, dass eine Haftfallmitteilung aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarung von Amts wegen zu erfolgen hat.

1076 Hecker/Schmidt-Bremme, Handbuch konsularische Praxis, § 9 IV Rn. 5.

1077 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.2.1; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 257.

1078 Nach Auskunft der Bundesregierung wird jeder bekannt gewordene Verstoß durch die Bundesrepublik Deutschland gerügt. Insbesondere die Länder Syrien und Irak haben in der Vergangenheit ihre Unterrichtungspflicht nicht wahrgenommen, BT-Drs. 16/1071, S. 5.

1079 Der Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seinem Gutachten vom 01.10.1999 „The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of Due Process of Law“ das Recht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK sogar als individuelles Menschenrecht qualifiziert. Das Gutachten ist abgedruckt in: HRLJ 2004, S. 24 ff.

Inhaftierung eines deutschen Staatsangehörigen nicht wahrnehmen konnte.¹⁰⁸⁰ Ohne Bedeutung für das Bestehen einer Rechtsverletzung ist die Frage, ob eine unterlassene oder verspätete Unterrichtung der konsularischen Vertretung einen Einfluss sowohl auf das Tätigwerden der zuständigen Konsularbeamten als auch auf das gerichtliche Verfahren hatte.¹⁰⁸¹

Eine Verletzung dieser Rechte hat insbesondere zweierlei Folgen. Zum einen kann sie vor dem Internationalen Gerichtshof gemäß Art. I des Fakultativprotokolls zum Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen über die obligatorische Beilegung von Streitigkeiten¹⁰⁸² gerügt werden.¹⁰⁸³ Es kann auch ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt werden, um zum Beispiel eine drohende Hinrichtung zu verhindern.¹⁰⁸⁴

Zum anderen müssen die nationalen Gerichte prüfen, welche verfahrensrechtlichen Folgen ein solcher Verstoß nach sich zieht. Die deutschen Gerichte müssen also zum Beispiel bei einer Verletzung der Informationspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 WÜK durch deutsche Behörden einzelfallabhängig prüfen, ob und inwieweit diese Rechtsverletzung ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben muss.¹⁰⁸⁵ Hierbei besteht aufgrund des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Grundsatz der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz, welche gebieten, dass das Grundgesetz so auszulegen ist, dass geltendes Völkerrecht nicht verletzt wird, eine Pflicht der Gerichte, sich mit der zu Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK ergangenen Rechtsprechung internationaler Gerichte auseinanderzusetzen.¹⁰⁸⁶ Unterlassen sie diese Prüfung, ist eine Verletzung des Grundrechts

1080 IGH, LaGrand, Germany v. United States of America, Judgment vom 27.06.2001, ICJ Reports 2001, S. 466, 491 ff.; deutsche Übersetzung von Oellers-Frahm in EuGRZ 2001, 287, 290. Den Inhalt des LaGrand-Urteils hat der IGH in einem späteren Urteil bestätigt, IGH, Case concerning Avena and other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America, Judgment vom 31.03.2004, ICJ Reports 2004, S. 12. Zu dem gleichen Ergebnis kommt der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte in einem von Mexiko in Auftrag gegebenen Gutachten vom 01.10.1000, OC-16/99, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf, Rn. 78 ff.

1081 IGH, Case concerning Avena and other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America, Judgment vom 31.03.2004, ICJ Reports 2004, S. 12, 52.

1082 BGBl. 1969 II S. 1688, welches für die Bundesrepublik Deutschland zusammen mit dem WÜK am 07.10.1971 in Kraft getreten ist, BGBl. 1971 II S. 1285.

1083 Die USA haben mittlerweile ihren Rücktritt vom Fakultativprotokoll des WÜK mit Wirkung zum 07.03.2005 erklärt, so dass eine Verletzung des WÜK durch die USA nicht mehr vor dem IGH gerügt werden kann, vgl. BGBl. 2005 II S. 589. Näheres zu diesem Rücktritt und zum Rücktritt von völkerrechtlichen Verträgen im Allgemeinen, Oellers-Frahm, Völkerrecht als Wertordnung, S. 563 ff.

1084 Art. 41 IGH-Statut. So hat der IGH einstweilige Anordnungen in den Fällen Breard (IGH, Vienna Convention on Consular Relations, Paraguay v. United States of America, Provisional Measures, Order vom 09.04.1998, ICJ Reports 1998, S. 248, deutsche Übersetzung von Oellers-Frahm in Auszügen in EuGRZ 1999, 451 ff.) und LaGrand (IGH, LaGrand, Germany v. United States of America, Provisional Measures, Order vom 03.03.1999, ICJ Reports 1999, S. 9, deutsche Übersetzung von Oellers-Frahm in Auszügen in EuGRZ 1999, 450 f.) erlassen. Bis zur Klärung der Frage, ob der Betroffene nicht über seine Rechte nach Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK informiert wurde, dürfen keine Hinrichtungen vollstreckt werden, wie dies in den Fällen Breard und LaGrand geschehen ist. Einstweilige Anordnungen des IGH sind bindend, IGH, LaGrand, Germany v. United States of America, Judgment vom 27.06.2001, ICJ Reports 2001, S. 466, 505.

1085 BVerfG, Beschluss vom 08.07.2010, Az.: 2 BvR 2485/07 u. a., Rn. 31 ff. (zitiert nach juris).

1086 Ebd. Rn. 23 ff. (zitiert nach juris) m.w.N.

auf ein faires Verfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gegeben.¹⁰⁸⁷

Des weiteren muss sichergestellt sein, dass in Fällen, in denen ein rechtskräftiges Urteil bereits ergangen ist, eine Überprüfung des Urteils unter umfassender Berücksichtigung der Verletzung von Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK als Wiedergutmachung der Verletzung der Rechte aus Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK erfolgt.¹⁰⁸⁸ Eine Überprüfung im Wege eines Gnadenverfahrens, wie es in den Vereinigten Staaten von Amerika praktiziert wurde, sieht der Internationale Gerichtshof nicht als ausreichend an, obwohl es integraler Bestandteil des dortigen Rechtssystems ist und auch der Korrektur ergangener Fehlurteile dient.¹⁰⁸⁹ Dies dürfte insbesondere damit zusammenhängen, dass keine Verfahrensregeln für das Gnadenverfahren bestehen, welche sicherstellen, dass in jedem Einzelfall die Folgen der Rechtsverletzung umfassend berücksichtigt und die notwendigen Konsequenzen für das ergangene Urteil gezogen werden.

Dass eine Verletzung des Informationsrecht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK im Einklang mit Art. 36 Abs. 2 WÜK in der Bundesrepublik Deutschland auch tatsächlich wirksam gerügt werden kann, gewährleistet § 337 Abs. 1 StPO¹⁰⁹⁰, wonach eine Revision auf die Verletzung von Verfahrensfehlern und damit auch allein auf die Verletzung der Rechte aus Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK gestützt werden kann.¹⁰⁹¹ Eine solche Revision dürfte aber im Regelfall nicht erfolgreich sein, weil das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruhen muss, also zwischen der unterlassenen Belehrung und dem ergangenen Urteil ein Kausalzusammenhang dergestalt bestehen muss, dass die unterlassene Belehrung über die Rechte aus Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK am Ende zu einem tatsächlichen Nachteil in Form eines für den Betroffenen weniger günstigen Verfahrensausganges geführt haben muss.¹⁰⁹² Ein Revisionsgrund liegt insbesondere dann nicht vor, wenn der Betroffene auch nach der nachgeholtten Belehrung über seine Rechte aus Art. 36 WÜK auf eine konsularische Betreuung verzichtet, da davon auszugehen ist, dass er auch bei rechtzeitiger Belehrung auf die konsularische Betreuung verzichtet hätte.¹⁰⁹³

3. Kontaktaufnahme mit dem Konsularbeamten

Nach Art. 36 Abs. 1 lit. c) Satz 1 und 2 WÜK sind Konsularbeamte¹⁰⁹⁴ berechtigt, ihre Staatsangehörigen aufzusuchen,¹⁰⁹⁵ die sich in Straf- oder Untersuchungshaft befinden oder

1087 BVerfG, Beschluss vom 05.11.2013, Az.: 2 BvR 1579/11, Rn. 12 (zitiert nach juris); BVerfG, Beschluss vom 08.07.2010, Az.: 2 BvR 2485/07 u. a., Rn. 29 (zitiert nach juris).

1088 IGH, Case concerning Avena and other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America, Judgment vom 31.03.2004, ICJ Reports 2004, S. 12, 65.

1089 Ebd. S. 66.

1090 Strafprozessordnung, BGBl. 1987 I S. 1074, 1319, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 2541.

1091 BVerfG, Beschluss vom 05.11.2013, Az.: 2 BvR 1579/11, Rn. 14 f. (zitiert nach juris).

1092 Esser, JR 2008, 271, 278; Kreß, GA 2007, 296, 304 ff.; Weigend, StV 2008, 39, 43.

1093 BGHSt 52, 110, 117 f.; kritisch hierzu Schomburg/Schuster NSZ 2008, 593, 597.

1094 Dieses Recht steht ausschließlich den Konsularbeamten und insbesondere nicht anderen Mitgliedern der konsularischen Vertretungen zu, Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.2.3.

1095 Die deutschen Auslandsvertretungen nehmen nach Auskunft der Bundesregierung soweit möglich unverzüglich mit dem Inhaftierten Kontakt auf, sobald sie von der Inhaftierung erfahren, BT-Drs. 16/1071, S. 3.

denen anderweitig die Freiheit entzogen ist, mit ihnen zu sprechen und zu korrespondieren, sowie für ihre Vertretung in rechtlicher Hinsicht zu sorgen. Sie haben also ein Besuchs- und Korrespondenzrecht, welches so oft wahrgenommen werden kann, wie es die ordnungsgemäße Ausübung des konsularischen Schutzes im Einzelfall verlangt.¹⁰⁹⁶ Diese Regelung ist ebenfalls Teil des Völkergewohnheitsrechts, so dass jeder Staat an sie gebunden ist.¹⁰⁹⁷ Das Recht mit dem Inhaftierten zu sprechen und zu kommunizieren beinhaltet das Recht auf einen spontanen Austausch in freier Rede zwischen den Parteien, so dass der Inhalt der Fragen nicht vorgegeben oder beschränkt werden darf.¹⁰⁹⁸ Art. 36 Abs. 1 lit. c) Satz 1 WÜK gilt gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. c) Satz 3 WÜK nicht, wenn der Inhaftierte dem ausdrücklich widerspricht. Auch hier muss der Konsularbeamte berücksichtigen, dass diese Regelung missbrauchsanfällig ist.

Gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 WÜK müssen die zuständigen Behörden des Empfangsstaates zudem jede von dem Betroffenen an die konsularische Vertretung gerichtete Mitteilung unverzüglich also wieder ohne jede Verzögerung weiterleiten.

B. Rechtsfolgen

Liegen die Voraussetzungen des § 7 KonsG vor, soll der Konsularbeamte den Gefangenen betreuen und insbesondere Rechtsschutz vermitteln.¹⁰⁹⁹ Die Aufnahme dieser Vorschrift in das Konsulargesetz sollte verdeutlichen, dass sich die Hilfe für inhaftierte Deutsche nicht nur in der Gewährung finanzieller Hilfen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 2 KonsG erschöpfen soll.¹¹⁰⁰

Auch § 7 KonsG ist wieder eine Soll-Bestimmung, welche intendiertes Ermessen beinhaltet. Die Konsularbeamten sind nach § 7 KonsG also zur Betreuung der Inhaftierten verpflichtet, können aber in vom Regelfall abweichenden, atypischen Situationen von der Betreuung absehen.¹¹⁰¹ Die zu ergreifenden Maßnahmen liegen im Ermessen des Konsularbeamten und hängen von den besonderen Umständen des Einzelfalles ab wie zum Beispiel Ort¹¹⁰² und Grund der Inhaftierung, den Haftbedingungen und dem Gesundheitszustand des Inhaftierten.¹¹⁰³

Die konsularische Hilfe für Gefangene ist gemäß Art. 36 Abs. 2 Halbsatz 1 WÜK nach Maßgabe der Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften des Empfangsstaates auszuüben. Dies bedeutet, dass der Konsularbeamte grundsätzlich an die verfahrensrechtlichen Regelungen des

1096 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 260.

1097 Hecker/*Schmidt-Bremme*, Handbuch konsularische Praxis, § 9 IV Rn. 2.3; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.2; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 260.

1098 Ebd.

1099 Bezüglich der Folgen für den Inhaftierten nach deutschem Recht wie zum Beispiel die Möglichkeit der erneuten Strafverfolgung oder einem Eintrag in das Bundeszentralregister siehe Hecker/*Schmidt-Bremme*, Handbuch konsularische Praxis, § 9 IV Rn. 17 ff.

1100 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 2.

1101 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.01.2013, Az.: OVG 10 S 45.12, Rn. 5 (zitiert nach juris).

1102 In Flächenstaaten oder Staaten mit schlechter Infrastruktur stellt die Reise des Konsularbeamten zu dem jeweiligen Haftort nicht selten eine große Herausforderung dar, vgl. BT-Drs. 16/1071, S. 3.

1103 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.01.2013, Az.: OVG 10 S 45.12, Rn. 5 (zitiert nach juris).

Empfangsstaates oder an geltende Besuchs- oder Gefängnisstrafgesetze gebunden ist. So muss er sich zum Beispiel an die festgesetzten Besuchszeiten halten und sich gegebenenfalls auch Eingangskontrollen unterziehen, wenn diese bei Gefängnisbesuchen vorgeschrieben sind.¹¹⁰⁴ Diese Einschränkungen der Ausübung der konsularischen Tätigkeit stehen jedoch gemäß Art. 36 Abs. 2 Halbsatz 2 WÜK unter dem Vorbehalt, dass die Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften es ermöglichen, die Zwecke vollständig zu verwirklichen, für welche die in Art. 36 WÜK vorgesehenen Rechte eingeräumt werden. Diese wäre zum Beispiel nicht der Fall, wenn das Besuchsrecht auf einen bestimmten Konsularbeamten wie den Leiter der konsularischen Vertretung beschränkt¹¹⁰⁵ oder an ein bestimmtes Verhalten des Inhaftierten wie zum Beispiel eine gute Führung geknüpft wird.¹¹⁰⁶

Als erstes und dann im Rahmen regelmäßigen Nachfragens und wenn möglich regelmäßiger Besuche wird sich der Konsularbeamte erkundigen, was dem Inhaftierten zur Last gelegt wird und ob er angemessen behandelt wird.¹¹⁰⁷ Ist der Inhaftierte einverstanden, wird der Konsularbeamte in der Regel als erste Betreuungsmaßnahme dessen Angehörige verständigen und die weitere Betreuung auf sie übertragen, soweit diese dazu in der Lage und Willens sind.¹¹⁰⁸ Weiterhin kann der Konsularbeamte den Inhaftierten, soweit ihm dies möglich ist, rechtlich beraten.¹¹⁰⁹ Er soll ihm zudem Rechtsschutz also insbesondere einen im Empfangsstaat zugelassenen Rechtsanwalt vermitteln. Hierzu darf sich der Konsularbeamte mit dem Inhaftierten über die ihm vorgeworfenen Rechtsverstöße, also insbesondere die ihm zur Last gelegten Straftaten unterhalten, damit er einen für die Betreuung im Einzelfall besonders geeigneten Rechtsanwalt empfehlen kann.¹¹¹⁰ Eine Pflicht des Empfangsstaates im Rahmen der Unterrichtung über die Inhaftierung zugleich den Grund der Inhaftierung mitzuteilen, besteht nicht.¹¹¹¹ Weitere Maßnahmen, die der Konsularbeamte im Rahmen des § 7 KonsG ergreifen kann, sind zum Beispiel das Hinwirken auf die Bestellung eines Dolmetschers oder eines

1104 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.2.4; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 261.
1105 Beispiel aus ebd. S. 262.

1106 Beispiel aus Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.2.4.

1107 Also insbesondere ob ausreichende Verpflegung, Kleidung, Hygieneartikel und medizinische Betreuung sowie eine angemessene Unterbringung vorhanden sind, BT-Drs. 16/1071, S. 3. Die Haftbedingungen werden dahingehend überprüft, ob sie den internationalen Mindeststandards niedergelegt insbesondere in den UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and Procedures for the Effective Implementation of the Rules von 1984 entsprechen, BT-Drs. 16/1071, S. 7.

1108 Ist der Inhaftierte noch nicht volljährig oder steht unter Vormundschaft oder Pflegschaft, wird eine Benachrichtigung auch ohne dessen Einverständnis erfolgen, Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.5 ff. Für minderjährige Inhaftierte gewährt zudem das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (ratifiziert von der Bundesrepublik am 26.01.1990, BGBl. 1992 II S. 121, und in Kraft getreten am 05.04.1992, BGBl. 1992 II S. 990) einige weitergehende Rechte, vgl. Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 8.

1109 Ebd. § 7 Rn. 7.6.

1110 BGHSt 55, 314, 317; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 261. Die Auslandsvertretungen verfügen hierzu über Listen von geeigneten Rechtsanwälten, BT-Drs. 16/1071, S. 3.

1111 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.2. Im Gegenteil kann hier die Frage aufgeworfen werden, ob eine solche Offenlegung der zur Last gelegten Taten nicht Rechte des Inhaftierten verletzt, vgl. Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Gutachten vom 01.10.1000, OC-16/99, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf, Rn. 100.

Pflichtverteidigers, die zügige Durchführung des Verfahrens,¹¹¹² die Prozessbeobachtung¹¹¹³ oder das Hinwirken auf eine Überstellung des Inhaftierten in die Bundesrepublik Deutschland.¹¹¹⁴ Der unbestimmte Rechtsbegriff des Betreuens unterliegt der gerichtlichen Kontrolle. Die Frage, ob der Konsularbeamte daher im Einzelfall den Inhaftierten angemessen betreut und sein Ermessen richtig ausgeübt hat, kann gerichtlich überprüft werden.¹¹¹⁵

Der Konsularbeamte darf den Inhaftierten auch selbst vor den Gerichten und Behörden des Empfangsstaates vertreten. Diese Befugnis ist ebenso wie die Vermittlung einer angemessenen Vertretung ausdrücklich in Art. 5 lit. i) WÜK geregelt. Das Vertretungsrecht muss mit den Gesetzen und Vorschriften des Empfangsstaates übereinstimmen.¹¹¹⁶ So muss der Konsularbeamte zum Beispiel die örtlichen Verfahrensregeln beachten und darf beispielsweise nicht an einer nicht-öffentlichen Sitzung eines Gerichts teilnehmen, wenn dieses Teilnahmerecht nur auf Rechtsanwälte beschränkt ist.¹¹¹⁷

Die Gewährung finanzieller Mittel an deutsche Untersuchungs- und Strafgefangene insbesondere auch die Bezahlung von Anwalts- und Gerichtskosten regelt § 7 KonsG nicht. Sie richtet sich nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 2 KonsG¹¹¹⁸ mit der Folge, dass für eine länger als zwei Monate dauernde finanzielle Notlage die überörtlichen Träger der Sozialhilfe in entsprechender Anwendung des § 24 SGB XII zuständig sind. Der Fall der Hilfsbedürftigkeit aufgrund Inhaftierung ist ausdrücklich in § 24 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB XII mit dem Fall der fehlenden Rückkehrmöglichkeit in die Bundesrepublik Deutschland aufgrund hoheitlicher Gewalt geregelt.

Abschnitt 4 Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG

Nach § 1 Spiegelstrich 2 KonsG sind die Konsularbeamten berufen, Deutschen sowie inländischen juristischen Personen nach pflichtgemäßem Ermessen Rat und Beistand zu gewähren. Zunächst werden die tatbestandlichen Voraussetzungen (hierzu unter A) und im Anschluss die Rechtsfolgen (hierzu unter B) dieser Norm untersucht.

1112 BT-Drs. 16/1071, S. 3.

1113 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 105.

1114 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 7 Rn. 7.6.4 mit weiteren Beispielen unter Rn. 7.9. ff.

1115 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.01.2013, Az.: OVG 10 S 45.12, Rn. 5 (zitiert nach juris).

1116 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 104.

1117 Beispiel aus Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 104.

1118 Siehe hierzu unter Abschnitt 1 B.II.2.b).

A. Tatbestand

§ 1 Spiegelstrich 2 KonsG ist die Generalklausel für die Ausübung konsularischen Schutzes (hierzu unter I) durch den sachlich¹¹¹⁹ und örtlich¹¹²⁰ zuständigen Konsularbeamten zugunsten der Schutzbedürftigen (hierzu unter II).

I. Anwendungsbereich

§ 1 Spiegelstrich 2 KonsG regelt die allgemeine konsularische Beistandspflicht.¹¹²¹ Er enthält keine Bedingungen für die konsularische Hilfe, sondern bestimmt ursachen- und situationsunabhängig, dass die Konsularbeamten zur Gewährung von Rat und Beistand berufen sind. Erfasst hiervon ist grundsätzlich jede denkbare Art von Hilfe durch den Konsularbeamten. § 1 Spiegelstrich 2 KonsG ist damit die Generalklausel oder auch der Auffangtatbestand für die Gewährung konsularischen Schutzes.

§ 1 Spiegelstrich 2 KonsG ist immer dann die Ermächtigungsgrundlage für die Ausübung konsularischen Schutzes, wenn die Tätigkeit des Konsularbeamten nicht auf §§ 5 bis 7 KonsG gestützt werden kann und §§ 5 bis 7 KonsG insoweit keine abschließenden Sonderregelungen darstellen. So regelt § 5 KonsG als *lex specialis* zu § 1 Spiegelstrich 2 KonsG den Sonderfall der konsularischen Hilfe in wirtschaftlichen Notlagen abschließend.¹¹²²

Hilfe in Entführungsfällen kann ebenfalls auf § 1 Spiegelstrich 2 KonsG gestützt werden, soweit nicht bereits die Regelungen in § 5 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG einschlägig sind.¹¹²³ Die Anwendung der Generalklausel auf Rettungsmaßnahmen in Entführungsfällen überdehnt nicht den Begriff des Beistandes.¹¹²⁴ Diese Formulierung hatte sich bereits im Konsulargesetz von 1867 bewährt und soll sicherstellen, dass der Konsularbeamte in allen denkbaren Fällen hilfe- und schutzbedürftigen Deutschen Hilfe und Schutz auch tatsächlich gewähren kann. In Fällen, in denen die notwendigen Tätigkeiten des Konsularbeamten über das übliche Maß hinausgehen, ist in der internen Dienstanweisung zudem geregelt, dass der Konsularbeamte die Zentrale des Auswärtigen Amtes hinzuzuziehen hat. Auch regeln §§ 5 bis 7 KonsG besondere Fälle der konsularischen Hilfe nach § 1 Spiegelstrich 2 KonsG. Die nach §§ 5 bis 7 KonsG zulässigen Maßnahmen würden also unter den Anwendungsbereich des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG fallen, wenn sie nicht gesondert geregelt worden wären. Maßnahmen in Entführungsfällen stellen keine weitergehenden Anforderungen an die Auslandsvertretungen als Maßnahmen in Katastrophenfällen nach § 6 Abs. 1 Satz KonsG, der in bestimmten Fällen bereits selbst Entführungen tatbestandlich erfasst.¹¹²⁵

1119 Zur sachlichen Zuständigkeit siehe unter Abschnitt 1 A.III.1.

1120 Zur örtlichen Zuständigkeit siehe unter Abschnitt 1 A.III.2.

1121 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.

1122 Ebd. § 5 Rn. 1.1.

1123 So auch mit weiteren Argumenten Kokew, Auslandsschutz bei Entführungen, S. 81 f.

1124 So aber VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 36 (zitiert nach juris).

1125 Siehe hierzu unter Abschnitt 2 A.V.1.b) und A.V.1.c).

II. Schutzbedürftige

Die allgemeine konsularische Rat- und Beistandspflicht nach § 1 Spiegelstrich 2 KonsG beschränkt sich aufgrund der völkerrechtlichen Vorgaben aus Art. 5 lit. a) und e) WÜK ausdrücklich auf die eigenen Staatsangehörigen und damit auf Deutsche.¹¹²⁶ Diese müssen sich nicht notwendigerweise im Konsularbezirk aufhalten. Ausreichend ist, dass der Konsularbeamte die Amtshandlung in seinem Konsularbezirk vornehmen kann.¹¹²⁷ So hieß es schon in der Allgemeinen Dienstinstruktion zu § 1 KonsG 1867:

„Zu den, an den Rath und den Beistand der Deutschen Konsuln gewiesenen Angehörigen der Bundesstaaten gehören nicht nur diejenigen, welche sich in dem Konsulats-Bezirk aufhalten, sondern überhaupt alle Reichs-Angehörige, welche Interessen daselbst wahrzunehmen haben. Die Konsuln werden also z. B. ihren Beistand auch solchen Deutschen zu Theil werden lassen, welche sich schriftlich an sie wenden, um Auskunft über die gegen ihre dortigen Schuldner zu ergreifenden Maßregeln zu erhalten und dergleichen. Es ist gestattet, daß die Konsuln sich in solchen Sachen – wenn sie keine Bedenken dabei finden – direkt mit den Beteiligten in Korrespondenz setzen.“¹¹²⁸

Ein Tätigwerden für Dritte in Einzelfällen ist möglich. Der Konsularbeamte muss dann aber mit der Zurückweisung des Vorbringens durch den Empfangsstaat rechnen. Die Beantwortung von Anfragen von Ausländern in Bezug auf tatsächliche oder rechtliche Informationen über die Bundesrepublik Deutschland ist nicht Teil des konsularischen Schutzes und damit zulässig.¹¹²⁹

Inländische juristische Personen werden nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG in den konsularischen Schutz einbezogen.¹¹³⁰

Gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) und Art. 23 Satz 1 AEUV in Verbindung mit der Richtlinie (EU) 2015/637 besteht aber die Pflicht zur Ausübung konsularischen Schutzes gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union.¹¹³¹

B. Rechtsfolgen

Gemäß § 1 Spiegelstrich 2 KonsG sind die Konsularbeamten berufen, Rat und Beistand zu gewähren. Auch diese Formulierung begründet vergleichbar den „Soll“-Vorschriften der §§ 5 bis 7 KonsG einen Fall des intendierten Ermessens, wonach der Konsularbeamte grundsätzlich zum Tätigwerden verpflichtet ist, soweit keine atypischen Besonderheiten vorliegen, welche ein Abweichen vom Regelfall ermöglichen.¹¹³²

1126 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.1.4; Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 98. Ausführlich zum Begriff des Deutschen unter Abschnitt 1 A.V.1.

1127 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.3.

1128 Zu § 1 Rn. 2 Allgemeine Dienstinstruktion vom 06.06.1871 und der Nachtrag vom 22.02.1873, abgedruckt in Zorn, Konsulargesetzgebung des deutschen Reichs, S. 60.

1129 BR-Drs. 404/64, S. 12; Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.1.4.

1130 Zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person siehe unter Abschnitt 1 A.V.1.b).

1131 Zur Schutzpflicht gegenüber Unionsbürgern ausführlich unter Abschnitt 1 A.V.2.b).

1132 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.4.2.

Welche Maßnahmen der Konsularbeamte ergreift, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Ein Anspruch auf die Gewährung einer bestimmten Maßnahme besteht also in den Ausnahmefällen, in denen diese Maßnahme die einzige rechtmäßige Amtshandlung darstellt und damit insoweit eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt. Der Konsularbeamte kann jede denkbare Handlung vornehmen, ohne dass diese ihm durch eine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift ausdrücklich übertragen worden sein muss.¹¹³³ Der Konsularbeamte muss im Rahmen seiner Ermessensausübung insbesondere das im Empfangsstaat geltende Recht beachten und auf die außenpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland Rücksicht nehmen.¹¹³⁴

Die Gewährung von Rat und Beistand erfasst im Regelfall nicht die Erteilung verbindlicher Rechtsauskünfte oder die gerichtliche Vertretung.¹¹³⁵ Beispiele für ein Tätigwerden nach § 1 Spiegelstrich 2 KonsG sind die Hilfe bei Verkehrsunfällen, für Opfer von Gewaltverbrechen oder bei internationalen Kindesentführungen.¹¹³⁶

Gemäß Art. 38 lit. a) WÜK wenden sich die Konsularbeamten an die zuständigen örtlichen Behörden ihres Konsularbezirks. Sie können sich auch gemäß Art. 38 lit. b) WÜK an die zuständigen Zentralbehörden des Empfangsstaates wenden, wenn und soweit letzteres auf Grund der Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften sowie der Übung des Empfangsstaats oder auf Grund entsprechender internationaler Übereinkünfte zulässig ist.

1133 Ebd. § 1 Rn. 2.6.4.

1134 BR-Drs. 404/64, S. 12; BR-Drs. 308/72, S. 10.

1135 BR-Drs. 404/64, S. 12; Gründe hierfür sind zum Beispiel die Gefahr von hohen Schadensersatzansprüchen im Fall einer fehlerhaften Auskunft und entsprechende bestehende gesetzliche Verbote in den Empfangsstaaten, Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 1 Rn. 2.6.4.1.

1136 Ebd. § 1 Rn. 2.6.4.

Kapitel 3 Kostentragung

Haben die Konsularbeamten konsularischen Schutz gewährt, stellt sich die Frage, von wem, unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang die Erstattung der im Rahmen der Schutzausübung entstandenen Kosten erlangt werden kann.

Gemäß Art. 39 Abs. 1 WÜK kann die konsularische Vertretung im Hoheitsgebiet des Empfangsstaates die in den Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften des Entsendestaates für konsularische Amtshandlungen vorgesehenen Gebühren und Kosten erheben. Diese Gebühren und Kosten sind gemäß Art. 39 Abs. 2 WÜK im Empfangsstaat von allen Steuern und sonstigen Abgaben befreit.

Im Folgenden wird zunächst die Kostenerstattung nach dem Konsulargesetz von 1867 kurz erläutert (hierzu unter Abschnitt 1), anschließend die gegenwärtige Rechtslage dargestellt (hierzu unter Abschnitt 2) und schließlich noch der Ausblick für die Zukunft aufgezeigt, da nach gegenwärtigem Stand das Kostenrecht mit Wirkung zum 1. Oktober 2021 umfassend reformiert wird (hierzu unter Abschnitt 3).

Abschnitt 1 Kostenerstattung unter dem KonsG 1867

Zum besseren Verständnis der Entwicklung des Kostenrechts wird vorab die Rechtslage unter dem Konsulargesetz von 1867 erörtert. Zunächst wird die Rückerstattung der verauslagten Mittel auf der Grundlage einer Rückzahlungsverpflichtung (hierzu unter A) und im Anschluss werden die Grundlagen der Gebühren- und Auslagenerhebung für Amtshandlungen der Auslandsvertretungen kurz dargelegt (hierzu unter B).

A. Verauslagte Mittel nach dem Konsulargesetz

Nach § 26 KonsG 1867 hatten die Konsularbeamten „hilfsbedürftigen Bundesangehörigen . . . die Mittel zur Milderung augenblicklicher Noth oder zur Rückkehr in die Heimath nach Maaßgabe der ihnen erteilten Amtsinstruktion zu gewähren.“ Die Gewährung der notwendigen Mittel erfolgte mangels gesetzlicher Grundlage im Wege einer privatrechtlichen Darlehensvereinbarung.¹¹³⁷

Mit Runderlass vom 29. Januar 1954 wurden die Auslandsvertretungen angewiesen, in jedem Fall und damit auch in den Fällen, in denen eine Rückerstattung nachweislich dauerhaft nicht erfolgen dürfte, eine Rückzahlungsverpflichtung zu vereinbaren.¹¹³⁸ Zwischen dem hilfsbedürftigen Empfänger der konsularischen Hilfe und dem Konsularbeamten wurde eine

¹¹³⁷ BT-Drs. 308/72, S. 19; Stenografisches Protokoll des Rechtsausschusses, 16. Sitzung vom 21.09.1973, S. 16/18.

¹¹³⁸ Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 142. Dies entsprach der Regelung zur Gewährung von Fürsorgeleistungen im Inland. Gemäß § 9 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 04.12.1924 (RGBl. 1924 I S. 765, 767) sollte die Gewährung öffentlicher Fürsorge von einer Rückzahlungsverpflichtung abhängig gemacht werden, wenn damit zu rechnen sei, dass der Hilfsbedürftige später hierzu im Stande sein werde.

Vereinbarung geschlossen, in der sich dieser zur Rückzahlung des gewährten Betrages verpflichtete und diesbezüglich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwarf.¹¹³⁹ Wenn möglich war das Darlehen mit Sicherheiten zu sichern und auch von dem Ehegatten zu unterzeichnen.¹¹⁴⁰ Die Verhandlungsniederschrift durfte nur von Beamten des höheren Auswärtiges Dienstes mit einer entsprechenden Ermächtigung aufgesetzt werden.¹¹⁴¹ Diese relativ umständliche Vorgehensweise dürfte in der Praxis dazu geführt haben, dass die Hilfestellung im Einzelfall erschwert, zumindest aber verzögert wurde. Die Beitreibung war aufgrund des privatrechtlichen Charakters der Schuld ebenfalls schwierig, so dass ein Großteil der im Rahmen der konsularischen Hilfe gewährten finanziellen Unterstützung letztendlich nicht zurückerstattet wurde.¹¹⁴²

B. Gebühren und Auslagen für konsularische Amtshandlungen

Gemäß § 38 Satz 1 KonsG 1867 wurden die von den Bundeskonsuln zu erhebenden Gebühren durch Bundesgesetz festgestellt. Satz 2 bestimmte, dass bis zum Inkrafttreten eines solchen Gesetzes die Gebührenerhebung nach einem von dem Bundeskanzler im Einvernehmen mit dem Ausschusse des Bundesrathes für Handel und Verkehr zu erlassenen provisorischen Tarife erfolgte.

Dieser provisorische Gebührentarif vom 15. März 1868 wurde zum 1. Oktober 1872 mit dem Gesetz, betreffend die Gebühren und Kosten bei den Konsulaten des Deutschen Reichs vom 1. Juli 1872 aufgehoben.¹¹⁴³ Hiernach waren Gebühren nach der angehängten Gebührentabelle zu erheben, welche gemäß § 2 Abs. 1 des Gesetzes im Fall der Bedürftigkeit der Beteiligten erlassen werden durften. Bestimmte abschließend aufgezählte Amtshandlungen mussten gemäß § 2 Abs. 2 dieses Gesetzes bei vorliegender Bedürftigkeit sogar gebührenfrei erbracht werden.

Gemäß Nr. 27 der Tariftabelle war für die Ausstellung eines Reisepasses innerhalb Europas eine Gebühr von einem Taler und außerhalb Europas von zwei Talern zu erheben. Bare Auslagen wie zum Beispiel Gebühren für Dolmetscher oder Rechtsbeistände waren gemäß § 6 dieses Gesetzes gesondert zu erstatten.

Zum 1. Januar 1911 wurde dieses Gesetz durch das Konsulatsgebührengesetz abgelöst.¹¹⁴⁴ Im Wesentlichen wurden nur die Gebührensätze angepasst. Die Ausstellung eines Reisepasses beispielsweise kostete nunmehr fünf Mark innerhalb und zehn Mark außerhalb Europas. Ferner wurde der bisher verwendete Begriff der Kosten durch den der Auslagen ersetzt. Im Fall der

1139 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.3 und 5.1.

1140 Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 142.

1141 Hoffmann/Glietsch, Konsularrecht, § 5 Rn. 1.3 und 5.1.

1142 Ebd. Vorbemerkungen § 5 Rn. 1.1.1 f. und 5.

1143 Vgl. §§ 10 f. Gesetz, betreffend die Gebühren und Kosten bei den Konsulaten des Deutschen Reichs, RGBl. 1872 S. 245, 255.

1144 RGBl. 1910 S. 847.

Bedürftigkeit der Beteiligten mussten nunmehr gemäß § 2 Abs. 1 des Konsulatsgebührengesetzes die Gebühren erlassen werden.

Das Konsulatsgebührengesetz wiederum wurde zum 1. Juli 1921 durch das Gebührengesetz für die Auslandsbehörden nebst Tarif ersetzt.¹¹⁴⁵ Auch bei dieser Änderung wurden im Wesentlichen nur die Gebührensätze angepasst. Für die Ausstellung eines Reisepasses wurden nunmehr 10 Mark innerhalb beziehungsweise bis zu 20 Mark außerhalb Europas fällig. Weiterhin wurde in § 11 eine Verjährungsfrist von vier Jahren für den Anspruch auf Zahlung der Gebühren sowie in § 10 die Möglichkeit der zwangsweisen Beitreibung offener Auslagen und Gebühren eingeführt.

Dieses Gebührengesetz wurde schließlich zum 1. April 1936 von dem Gebührengesetz für das Auswärtige Amt und die Auslandsbehörden nebst Tarif¹¹⁴⁶ abgelöst, welches bis zum Inkrafttreten des Auslandskostengesetzes galt. Im Wesentlichen wurden auch hier wieder nur die Tarife angepasst. Für die Ausstellung eines Reisepasses innerhalb Europas wurden nunmehr 3 Reichsmark und fällig,¹¹⁴⁷ außerhalb Europas konnte höchstens das Doppelte verlangt werden.¹¹⁴⁸ § 3 dieses Gesetzes enthielt wieder eine Vorschrift über die Gebührenermäßigung bis hin zur Möglichkeit eines Gebührenerlasses im Fall der Bedürftigkeit oder aus anderen besonderen Gründen.

Abschnitt 2 Geltende Rechtslage

Am 15. Dezember 1974 trat das bis heute geltende Konsulargesetz in Kraft. In Bezug auf die Vornahme konsularischer Schutzmaßnahmen differenziert es ebenso wie das Konsulargesetz von 1867 zwischen den an den Hilfebedürftigen verauslagten Mitteln sowie den Gebühren und weitergehenden Auslagen.

§ 5 Abs. 5 Satz 1 und entsprechend § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG verpflichten den Empfänger konsularischer Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG zum Ersatz der gewährten Auslagen. Im Konsulargesetz wurde damit eine ausdrückliche rechtliche Grundlage geschaffen,¹¹⁴⁹ so dass entsprechend dem hoheitsrechtlichen Charakter der Hilfestellung nunmehr auch die korrespondierenden Rückzahlungsforderungen solche des öffentlichen Rechts sind.¹¹⁵⁰

1145 RGBl. 1921 S. 815.

1146 RGBl. 1936 I S. 137.

1147 Nr. 17 des Tarifes in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. I Paßgebührenverordnung, RGBl. 1932 I S. 341.

1148 Heute beträgt die Gebühr für die Ausstellung eines Reisepasses durch die Auslandsvertretung 81,00 Euro gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1a) und Abs. 3 Alt. 1 PassV (Verordnung zur Durchführung des Passgesetzes, BGBl. 2007 I S. 2386, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 162). In konsularischen Notfällen wird in der Regel aber nur ein Reiseausweis ausgestellt, der ausschließlich zur Einreise in die Bundesrepublik Deutschland ermächtigt. Dieser ist gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1i) und Abs. 3 Alt. 2 PassV für 21,00 Euro zu haben.

1149 Der Kostenbescheid als belastender Verwaltungsakt bedarf daher aufgrund des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes gemäß Art. 20 Abs. 3 GG einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, so auch VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 20 (zitiert nach juris).

1150 BR-Drs. 308/72, S. 19.

§ 25 KonsG bestimmt, dass für konsularische Amtshandlungen Kosten nach besonderer gesetzlicher Regelung erhoben werden. Daraufhin trat am 1. Januar 1980 das Auslandskostengesetz¹¹⁵¹ (im Folgenden „AKostG“) in Kraft.

Weitergehende ungeschriebene Erstattungsansprüche wie die Rechtsinstitute des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs¹¹⁵² und der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag¹¹⁵³ gemäß §§ 638 Satz 1, 670 BGB analog finden keine Anwendung.¹¹⁵⁴

§§ 7 Abs. 1, 1 Abs. 1 AKostG in Verbindung mit § 25 KonsG begründen einen umfassenden Kostenerstattungsanspruch für Aufwendungen, die im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes entstanden sind. Diese Regelungen bestimmen ausdrücklich, dass Auslagen, die aufgrund einer Amtshandlung nach dem Konsulargesetz und damit auch nach der Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG entstehen, zu erstatten sind. Es besteht daher eine Ermächtigungsgrundlage für alle im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes denkbaren Amtshandlungen und damit einhergehend im Auslandskostengesetz eine entsprechende Kostenerstattungspflicht des Empfängers der Schutzmaßnahmen.

Das Bestehen einer derart abschließenden Regelung schließt die Anwendbarkeit der Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag aus.¹¹⁵⁵ § 1 Abs. 3 Nr. 1 Verwaltungskostengesetz¹¹⁵⁶ (im Folgenden „VwKostG“) regelte, dass „die Eigenart der auswärtigen Verwaltung eine Sonderbehandlung bedinge“. Die Anerkennung eines Ersatzanspruches aus den Grundsätzen der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag würde den gesetzgeberischen Willen der Regelung der Erstattungstatbestände im Auslandskostengesetz unterlaufen.¹¹⁵⁷

1151 BGBl. 1978 I S. 301. Die Unterzeichnung einer privatrechtlichen Rückzahlungsvereinbarung bedurfte es nun nicht mehr.

1152 BVerwGE 48, 279, 286; 71, 85, 87 ff.; Ossenbühl, NVwZ 1991, 513 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 29 Rn. 20 ff.; Schoch, Jura 1994, 82 ff.

1153 Dieses Rechtsinstitut wird sowohl von der Rechtsprechung als auch der herrschenden Lehre anerkannt, vgl. zum Beispiel BVerwG, Urteil vom 06.09.1988, Az.: 4 C 5/86, Rn. 11 ff. (zitiert nach juris); Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 29 Rn. 10 ff. m.w.N. Eine gute Übersicht über die die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag ablehnende Mindermeinung findet sich bei Dauner-Lieb/Langen/Schwab, Kommentar BGB: Schuldrecht, § 677 Rn. 111.

1154 Andere Ansicht in Bezug auf die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag Dahm, NVwZ 2005, 172 ff., welcher dort ausführlich die Anspruchsvoraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag prüft und letztendlich bejaht.

1155 BVerwG, Urteil vom 13.11.2003, Az.: III ZR 70/03, Rn. 10 ff. (zitiert nach juris) in Bezug auf Ansprüche aus Maßnahmen der Gefahrenabwehr, deren Ursache von einem Privaten gesetzt wurde. Thole kritisiert, dass die Rechtsprechung hier nicht das Tatbestandsmerkmal des fremden Geschäfts oder des Fremdgeschäftsführungswillens ablehnt, sondern an übergeordnete Konkurrenzüberlegungen anknüpft, ohne die Pflichtenbindung kraft öffentlichen Rechts als ein regelmäßig einem Fremdgeschäftsführungswillens entgegenstehendes Hindernis anzuerkennen, Thole, NJW 2010, 1243, 1246.

1156 Das VwKostG ist am 27.06.1970 in Kraft getreten (BGBl. 1970 I S. 821), zuletzt geändert durch BGBl. 2012 I S. 2415, und aufgrund der Ablösung durch das BGebG gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes vom 07.08.2013 am 15.08.2013 außer Kraft getreten (BGBl. 2013 I S. 3154).

1157 Göres, DÖV 2008, 622, 629. Vor Inkrafttreten des Konsulargesetzes wurden die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag allerdings als Rechtsgrundlage für den Ersatz gewährter Leistungen herangezogen. Die Gesetzesbegründung zum Entwurf 1964 erklärt die Aufnahme der Ersatzpflicht für die zum Unterhalt verpflichteten Personen mit den bisherigen Erfahrungen, wonach nach der

Eine Kostenerstattung aus dem Rechtsinstitut des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs kommt deshalb grundsätzlich nicht in Betracht, weil die Rückforderung im Rahmen der konsularischen Hilfe entstandener Kosten nicht die Rückgängigmachung einer rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung¹¹⁵⁸ zum Ziel hat und eine spezialgesetzliche Regelung für eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung existiert. Die Konsularbeamten sind im Rahmen des konsularischen Schutzes auf der Grundlage der entsprechenden Vorschrift des Konsulargesetzes tätig geworden. Der Schutzgewährung liegt ein Verwaltungsakt zugrunde, welcher dann die Rechtsgrundlage für die Vermögensverschiebung darstellt. Für den Fall des nachträglichen Wegfalls des Rechtsgrundes für die Gewährung konsularischen Schutzes – zum Beispiel aufgrund wahrheitswidriger Angaben des Hilfeempfängers – oder des Vorliegens eines anderen Aufhebungsgrundes erfolgt die Rückabwicklung im Wege eines Rückforderungsbescheides auf der Grundlage von § 49a Verwaltungsverfahrensgesetz¹¹⁵⁹ (im Folgenden „VwVfG“).¹¹⁶⁰

Im Folgenden werden zunächst die verschiedenen Rechtsgrundlagen für die Erstattung von im Rahmen konsularischer Tätigkeit entstandener Kosten (hierzu unter A) dargestellt und voneinander abgegrenzt. Im Anschluss werden die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Normen aufgezeigt (hierzu unter B und C) und die Kostenerstattung in Entführungsfällen diesen Rechtsgrundlagen zugeordnet (hierzu unter D). Schließlich werden die Regelungen über Stundung, Niederschlagung und Erlass kurz erläutert (hierzu unter E).

A. Ermächtigungsgrundlagen

Gemäß § 25 KonsG werden für konsularische Amtshandlungen Kosten nach besonderer gesetzlicher Regelung erhoben. Diese besondere gesetzliche Regelung ist das Auslandskostengesetz. Der Begriff der Kosten wird sowohl in § 25 KonsG als auch in § 1 Abs. 1 AKostG mit „Gebühren und Auslagen“ legaldefiniert.

Daneben bestimmt § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG, dass der Empfänger von Hilfeleistungen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG zum Ersatz der Auslagen verpflichtet ist. Für Hilfeleistungen nach § 6 Abs. 1 KonsG gilt gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG § 5 Abs. 5 KonsG entsprechend. Weitere Ermächtigungsgrundlagen zur Kostenerstattung erhält das Konsulargesetz nicht.¹¹⁶¹

Das Verhältnis dieser beiden Ermächtigungsgrundlagen ist umstritten. Zunächst bleibt festzuhalten, dass in Bezug auf die erstattungsfähigen Kosten zwischen Gebühren und

finanziellen Unterstützung von Jugendlichen, „hinsichtlich der Rückzahlungspflicht nicht selten Schwierigkeiten entstanden, da die zum Unterhalt verpflichteten Personen überwiegend nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen werden konnten“, vgl. BR-Drs. 404/64, S. 27.

1158 Ossenbühl, NVwZ 1991, 513, 517 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 29 Rn. 23 ff.; Schoch, Jura 1994, 82, 86 f.

1159 BGBl. 2003 I S. 102, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 2745.

1160 Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 49a Rn. 1. Liegen die Voraussetzungen einer Rückabwicklung nach § 49a VwVfG in Verbindung mit §§ 48 f. VwVfG nicht vor, käme der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch als Rechtsgrundlage in Betracht.

1161 Hanschmann, DVBl 2009, 1481, 1483.

Auslagen unterschieden werden muss.¹¹⁶² Die Gebührenerhebung erfolgt allein nach dem Auslandskostengesetz. Regelungen zur Erstattung von Auslagen finden sich hingegen sowohl im Konsulargesetz als auch im Auslandskostengesetz.

§ 25 KonsG bestimmt, dass für konsularische Amtshandlungen Auslagen nach dem Auslandskostengesetz erhoben werden. § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG hingegen regelt, dass der Empfänger (der zur Behebung einer wirtschaftlichen Notlage¹¹⁶³ erforderlichen Hilfe) zum Ersatz der Auslagen verpflichtet ist. Der Verweis in § 25 KonsG auf das Auslandskostengesetz erfasst diejenigen Auslagen, die im Rahmen der Vornahme der Amtshandlung bei der Auslandsvertretung beziehungsweise dem Auswärtigen Amt entstehen. Beispiele hierfür sind Kopier-, Fernsprech- und Übersetzungskosten. Auslagen im Sinne von § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG hingegen meint die zur Behebung der wirtschaftlichen Notlage gewährte Hilfe nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG. Beispiele hierfür sind übernommene Transport- oder Reisekosten, beglichene Arztrechnungen oder Rechtsanwaltshonorare.

Stimmen in Literatur und Rechtsprechung unterscheiden nicht zwischen diesen beiden Auslagenerstattungsansprüchen.¹¹⁶⁴ Sie entnehmen dem Konsulargesetz und dem Auslandskostengesetz eine einheitliche Erstattungsgrundlage gestützt auf §§ 5 Abs. 5, 25 KonsG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 AKostG.¹¹⁶⁵

Diese Auffassung, soweit sie sich des Problems überhaupt bewusst ist, stützt sich im Wesentlichen auf die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 AKostG.¹¹⁶⁶ Hierin heißt es:

„Die allgemeine Auslagenerstattungspflicht im Ausland hat ihren Grund darin, daß der Tätigkeitsbereich der Auslandsvertretungen zu vielfältig ist, um die einzelnen möglichen Auslagearten enumerativ zu nennen. Insbesondere die Tätigkeiten, die aus den §§ 5 bis 7 Konsulargesetz (Hilfeleistungen an einzelne, in Katastrophenfällen und für Gefangene) anfallen können, zählen hierzu.“¹¹⁶⁷

Die Gesetzesbegründung besagt aber lediglich, dass in Verbindung mit der Gewährung möglicher Ansprüche und Hilfsmaßnahmen nach den §§ 5 bis 7 KonsG der Konsularbeamte auf derart vielfältige Weise gefordert sein kann, dass sich weder die möglichen Amtshandlungen noch die daraus resultierenden Auslagen abschließend beschreiben lassen. Explizit stellt die Gesetzesbegründung gerade auch auf den „Tätigkeitsbereich“ der Auslandsvertretungen und die „Tätigkeiten“ nach §§ 5 bis 7 KonsG ab. Die aufgrund dieser Vorschriften zur Behebung der Notlage geleisteten finanziellen Mittel sollen damit gerade nicht erfasst sein, sondern nur die

1162 Vgl. die in § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG und im AKostG verwendeten Begriffe. Gemäß der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 AKostG bilden Auslagen und Gebühren zusammen die erstattungsfähigen Kosten.

1163 Zur ausführlichen Begründung der Begrenzung des Anwendungsbereiches des § 5 KonsG auf wirtschaftliche Notlagen siehe unter Kapitel 2 Abschnitt 1 A.I.

1164 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 38 (zitiert nach juris); Hanschmann, DVBI 2009, 1481, 1484 f. Ohne Begründung und damit wahrscheinlich auch ohne Problembewusstsein Geiß, DÖV 2007, 155, 156 ff.; Göres, DÖV 2008, 622, 625, 626; Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 810 ff.

1165 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 7 (zitiert nach juris); OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 13, 36 ff. (zitiert nach juris).

1166 Ebd.; Hanschmann, DVBI 2009, 1481, 1485.

1167 BR-Drs. 286/76, S. 20; BT-Drs. 8/176, S. 9 und BT-Drs. 8/1160, S. 4.

Auslagen, die durch die „Tätigkeiten“, dass heißt das Tätigwerden und damit für die Amtshandlung des Konsularbeamten entstehen.¹¹⁶⁸

Dieses Ergebnis wird auch durch die anderen Auslegungsmethoden gestützt. So heißt es sowohl in § 25 KonsG als auch in § 1 Abs. 1 AKostG, dass für konsularische Amtshandlungen beziehungsweise für Amtshandlungen nach dem Konsulargesetz Kosten erhoben werden. Die Formulierung „für Amtshandlungen“ verdeutlicht, dass Auslagen im Zusammenhang mit der Vornahme einer Amtshandlung gemeint sind. Leistungen an einen Hilfsbedürftigen aufgrund dessen wirtschaftlicher Not sind keine für eine Amtshandlung entstandenen Kosten sondern vielmehr Kosten, die nach der Vornahme der Amtshandlung der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen und der erforderlichen Hilfsmaßnahmen aufgrund wirtschaftlicher Not des Betroffenen an diesen oder einen Dritten zur Behebung dieser Not ausgezahlt werden. Dementsprechend heißt es auch in § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG, dass der Empfänger der Auslage zu deren Ersatz verpflichtet ist.

Auch die Systematik spricht für diese Auslegung. Gemäß § 1 Abs. 1 AKostG werden Auslagen für Amtshandlungen nach §§ 1 bis 17 KonsG und damit auch für Amtshandlungen nach §§ 5 und 6 KonsG erhoben. Die Auslagenerstattung für die Amtshandlungen im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes nach §§ 5 und 6 KonsG soll mithin nicht ausschließlich über § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG in Verbindung mit § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG sondern auch über das Auslandskostengesetz erfolgen. Wäre aber nunmehr der Auslagenbegriff des Auslandskostengesetzes mit dem des § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG identisch, die zur Behebung einer wirtschaftlichen Not gewährten finanziellen oder Sachhilfen mithin ebenfalls vom Auslandskostengesetz erfasst, stellt sich die Frage der Berechtigung der Existenz des § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG sowie des § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG. Die weiteren in § 5 Abs. 5 und § 6 Abs. 2 KonsG getroffenen Regelungen hinsichtlich der Auslagenerstattung enthalten (fast) keinen von den Normen des Auslandskostengesetzes abweichenden Regelungsinhalt. So sind die in § 5 Abs. 5 Sätze 2 bis 4 KonsG getroffenen Regelungen hinsichtlich der Haftung der Verwandten und Ehegatten im Rahmen der Unterhaltspflicht und der Haftung der Erben ebenso in § 13 Abs. 1 Nr. 3 AKostG enthalten, welcher zur Zahlung der Kosten denjenigen verpflichtet, der für die Kostenschuld eines anderen kraft Gesetzes haftet.

Auch ein systematischer Vergleich mit dem Verwaltungskostengesetz stützt diese Auffassung. Das Auslandskostengesetz ist *lex specialis* zum Verwaltungskostengesetz.¹¹⁶⁹ Es ist davon auszugehen, dass beide Gesetze den gleichen Kostenbegriff verwenden. Gemäß der Gesetzesbegründung zum Auslandskostengesetz entspricht der Kostenbegriff des Auslandskostengesetzes dem des allgemeinen Kostenrechts.¹¹⁷⁰ Das Verwaltungskostengesetz galt gemäß § 1 Abs. 1 VwKostG „für die Kosten (Gebühren und Auslagen) öffentlich-rechtlicher

1168 So auch BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 23 (zitiert nach juris).

1169 Genau genommen war es *lex specialis* zum VwKostG. Letzteres wurde am 15.08.2013 durch das BGebG ersetzt. In einer Übergangszeit bis zum 1. Oktober 2021 gilt das AKostG noch fort bis das BGebG auch auf die Kostenerstattung des Auswärtigen Dienstes Anwendung finden wird, hierzu näher unter Abschnitt 3.

1170 BT-Drs. 8/176, S. 8.

Verwaltungstätigkeit der Behörden“. Auslagen zur Behebung einer wirtschaftlichen Not sind keine Kosten der Verwaltungstätigkeit, sondern nur das Ergebnis der durch die Verwaltung ermittelten weiteren Vorgehensweise.¹¹⁷¹

Eine Differenzierung zwischen diesen beiden Erstattungsansprüchen erfolgte auch schon unter dem Konsulargesetz von 1867. Die von den Konsularbeamten unter den Voraussetzungen des § 26 KonsG 1867 verauslagten Mittel zur Milderung augenblicklicher Not oder zur Rückkehr in die Heimat wurden möglichst nur gegen Rückzahlungsverpflichtung gewährt, da es insoweit keine gesetzliche Grundlage gab.¹¹⁷² Die Gebührenerhebung erfolgte gemäß § 38 KonsG 1867 in Verbindung mit dem jeweils gültigen Gebührengesetz.¹¹⁷³

Auch das Bundesverwaltungsgericht¹¹⁷⁴ trennt zwischen dem Auslagenerstattungsanspruch nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG und dem Auslagenerstattungsanspruch nach dem Auslandskostengesetz. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts finden die Vorschriften des Auslandskostengesetzes auf den Auslagenerstattungsanspruch nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG keine Anwendung. Auslagen im Sinne dieser Vorschrift seien keine Auslagen im Sinne des Auslandskostengesetzes.¹¹⁷⁵ So unterscheidet das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich die unter diese unterschiedlichen Erstattungsregelungen fallenden Arten von Auslagen. Auslagen im Sinne von § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG seien

„nicht nur die dem Hilfsbedürftigen unmittelbar zugewandten Sach- oder Geldmittel, sondern auch diejenigen finanziellen Mittel, die . . . unmittelbar zur Behebung der Notlage bestimmt sind und zu diesem Zweck einem Dritten zugewandt werden“.¹¹⁷⁶

Auslagen im Sinne des Auslandskostengesetzes seien hingegen

„nur die mit der Amtsausübung verbundenen Aufwendungen, nicht aber die unmittelbar zur Behebung der Notlage erbrachten finanziellen Hilfen oder geldwerten Sachleistungen.“¹¹⁷⁷

Im Ergebnis ist daher die Ermächtigungsgrundlage für die Auslagenerstattung im Einzelfall danach zu ermitteln, ob es sich bei der erstattungsfähigen Auslage um im Rahmen der Verwaltungstätigkeit entstandene Kosten handelt oder aber um eine finanzielle beziehungsweise Sachleistung zur Behebung einer wirtschaftlichen Notlage.

1171 So auch BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 22 (zitiert nach juris).

1172 Siehe hierzu unter Abschnitt 1 A.

1173 Siehe hierzu unter Abschnitt 1 B.

1174 Und widerspricht damit den Vorinstanzen, welche den Auslagenbegriff nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG und dem nach dem AKostG identisch verstanden hatten und somit als Rechtsgrundlage für die Erstattung von Auslagen im Sinne von § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG die Paraphrasenkette §§ 5 Abs. 5 Satz 1, 25 KonsG in Verbindung mit §§ 7 Abs. 1, 10 ff. AKostG herangezogen haben, VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 7 (zitiert nach juris) und OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 13, 36 ff. (zitiert nach juris). Dem BVerwG folgend VG Köln, Urteil vom 19.05.2011, Az.: 26 K 4731/09.

1175 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 21 (zitiert nach juris).

1176 Ebd. Rn. 20 (zitiert nach juris).

1177 Ebd. Rn. 22 (zitiert nach juris).

Hat ein anderer Mitgliedstaat der Europäischen Union einem deutschen Staatsangehörigen konsularischen Schutz gewährt, weil die Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland im Empfangsstaat konsularisch nicht vertreten waren, muss die Bundesrepublik Deutschland auf Ersuchen dieses Mitgliedstaates die im Rahmen der Gewährung der konsularischen Hilfe entstandenen Kosten gemäß Art. 14 und 15 Richtlinie (EU) 2015/637 erstatten. Der Schutzsuchende muss vor Gewährung des konsularischen Schutzes durch einen EU-Mitgliedstaat eine entsprechende Rückzahlungsverpflichtung unterzeichnen.¹¹⁷⁸ Die Bundesregierung lässt sich dann die Kosten von dem Empfänger der konsularischen Hilfeleistung erstatten.¹¹⁷⁹

B. Zur Behebung der Notlage gewährte Leistungen

Eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass eines Erstattungsbescheides ist im Rahmen der konsularischen Hilfe in § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG (hierzu unter I) und in § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG (hierzu unter II) enthalten.

§ 7 KonsG, welcher die Hilfe für Gefangene regelt, enthält zu Recht keine Erstattungsregelung, da er allein die Betreuung Gefangener und die Vermittlung von Rechtsschutz regelt. Können sich Gefangene Gerichts- oder Rechtsanwaltskosten nicht leisten oder benötigen andere finanzielle Mittel während ihrer Inhaftierung, ist § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG einschlägig.

§ 1 Spiegelstrich 2 KonsG, welcher eine allgemeine Beistandspflicht regelt, enthält ebenfalls keine Erstattungsregelung. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass Leistungen aufgrund dieser Regelung zur Behebung einer Notlage gewährt werden, weil die spezielleren Regelungen der §§ 5 und 6 KonsG nicht einschlägig sind. Eine Rechtsgrundlage für die Erstattung besteht für diese Leistungen derzeit nicht. Ein Beispiel hierfür sind Lösegeldzahlungen in Entführungsfällen.¹¹⁸⁰

I. § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG

Gemäß § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG ist der Empfänger zum Ersatz der Auslagen verpflichtet, welche ihm unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG gewährt wurden (hierzu unter 1).

Diese Erstattungspflicht wird in der jüngeren Vergangenheit durch die Rechtsprechung in Frage gestellt, in dem sie auch gebundene Entscheidungen im Allgemeinen und gebundene Kostenentscheidungen im Besonderen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall unterzieht (hierzu unter 2).

1178 Die Richtlinie (EU) 2015/637 enthält entsprechende Vordrucke in ihrem Anhang I.

1179 Vgl. auch Erwägungsgründe 25 bis 28 Richtlinie (EU) 2015/637. Diese Richtlinie ist bis zum 01.05.2018 in nationales Recht umzusetzen. Entsprechende Regelungen enthält bereits Art. 6 Beschluss 95/553/EG.

1180 Diese hat das Auswärtige Amt auch bisher in keinem Fall in Rechnung gestellt, vgl. Kapitel 2 Abschnitt 1 A.I.6b)(1).

Nicht von Relevanz im Rahmen der Auslagenerstattung ist, inwieweit das Auswärtige Amt in die Entscheidung über die Hilfestellung involviert war (hierzu unter 3). Neben dem Empfänger der Hilfeleistung können auch dessen Verwandte und Erben zum Ersatz der Auslagen herangezogen werden (hierzu unter 4).

1. Umfang der Erstattungspflicht

Die Entscheidung über die Pflicht zur Erstattung nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG stellt eine gebundene Entscheidung dar. Die auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG geleistete Hilfe – ob finanzieller Art oder durch Sachmittel wie zum Beispiel einer Fahrkarte gewährt – ist mithin vollumfänglich zu erstatten.

§ 5 KonsG benennt ausdrücklich zwei Beispiele gewährter Auslagen: zum einen Auslagen aufgrund der Gewährung von Rechtsschutz in § 5 Abs. 3 Satz 2 KonsG, hierunter fällt im Wesentlichen die Verauslagung von Rechtsanwalts- und Gerichtskosten, zum anderen die Auslagen zur Ermöglichung einer Reise an den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes oder an einen anderen Ort gemäß § 5 Abs. 4 KonsG.

Streitigkeiten in Bezug auf die Erstattung von Flugkosten haben bereits mehrfach zu einer gerichtlichen Auseinandersetzungen in Bezug auf die Höhe und damit die Angemessenheit der Kosten geführt. Auslandsvertretungen buchen in der Regel keine sogenannten Billigflüge. Diese Praxis ist aufgrund der Rahmenbedingungen nicht zu beanstanden, wie das Verwaltungsgericht Berlin in Bezug auf ein um 169,00 Euro gegenüber einem Billigflug teureres Flugticket ausführlich ausgeführt hat:

„Es ist eine gerichtsbekannt und sich im Rahmen des den deutschen Auslandsvertretungen zustehenden Ermessens haltende Praxis, dass im Falle von Heimschaffungen in der Regel auf die Buchung von „Billigflügen“ verzichtet und stattdessen unter Ausnutzung günstiger Sonderkonditionen Direktflüge bei der Deutschen Lufthansa gebucht werden. Hintergrund ist insbesondere die – bei „Billiganbietern“ regelmäßig fehlende – Möglichkeit der jederzeitigen kostenfreien Umbuchung des Tickets, welche nach den Erfahrungen der deutschen Auslandsvertretungen in solchen Fällen häufig notwendig wird, etwa weil der Hilfeempfänger nicht rechtzeitig von seinem Aufenthaltsort zur Botschaft oder zum Flughafen gelangen kann, er plötzlich reiseunfähig erkrankt oder seine Angelegenheiten im Aufenthaltsstaat nicht mehr rechtzeitig ordnen kann. Zudem können die fehlende tägliche Verfügbarkeit von „Billigflügen“ sowie etwaige Zwischenstopps auf der Rückreise zu zusätzlichen Aufenthaltszeiten führen und dadurch weitere Kosten für Unterbringung und Verpflegung des mittellosen Hilfebedürftigen verursachen. Die „Billigflüge“ stellen sich somit auch unter diesem Aspekt nicht unbedingt als kostengünstigste Form der Hilfe dar und müssen daher von den Konsularbeamten auch nicht zwingend gewählt werden.“¹¹⁸¹

1181 VG Berlin, Gerichtsbescheid vom 11.08.2008, Az.: 34 A 13.07, Rn. 25 (zitiert nach juris). In diesem Fall eines lebensgefährlich erkrankten Deutschen, der nach einem Verkehrsunfall von Thailand in einem entsprechend ausgestatteten Flugzeug und von medizinischem Personal begleiteten Flug in die Bundesrepublik Deutschland geflogen wurde, weil er und seine Familie für die Behandlungskosten in dem thailändischen Krankenhaus nicht mehr aufkommen konnten, wurden die tatsächlichen Kosten des Rückfluges in Höhe von 67.950,00 Euro vollständig zurückgefordert, vgl. VG Köln, Urteil vom 19.05.2011, Az.: 26 K 4731/09.

Problematisch sind auch die Kosten eines Rückfluges in die Bundesrepublik Deutschland zum Beispiel mit einem Flugzeug der Bundeswehr oder einem anderen Flugzeug, für den kein Flugticketpreis berechnet werden kann. In diesen Fällen sind die für den Rückflug verauslagten Kosten nicht oder nicht ohne erhebliche Anstrengungen zu ermitteln.¹¹⁸² In der Vergangenheit wurden in diesen Fällen die Kosten eines regulären Linienfluges in Rechnung gestellt.¹¹⁸³ Dies dürfte grundsätzlich zulässig sei, soweit zusätzliche Kosten tatsächlich zumindest in dieser Höhe entstanden und diese nicht anderweitig, insbesondere nicht ohne erneute Auslagen zu beziffern sind.¹¹⁸⁴ Die Rückreisekosten in Höhe des Preises eines Linienfluges wären in diesen Fällen sowieso angefallen und hätten von dem Konsularbeamten als konsularische Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 KonsG gewährt werden können. Die Rückreise mit einem anderen nicht-öffentlichen Flugzeug wird im Regelfall dann gewählt, wenn sie für den Hilfeempfänger eine Erleichterung insbesondere in Bezug auf den Abreiseort, die Abreisezeit oder die Reisedauer darstellt, für diesen also vorteilhaft ist.

Eine Erstattungspflicht besteht nicht in Bezug auf von Anfang an untaugliche Maßnahmen. Eine solche untaugliche Maßnahme liegt vor, soweit aufgrund einer Prognose im Zeitpunkt der Bewilligung der Hilfe, diese bei bestimmungsgemäßer Verwendung für den bestimmten Zweck nicht geeignet oder von vornherein unzureichend war.¹¹⁸⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Konsularbeamte in Notfallsituationen nach §§ 5 Abs. 1 Satz 1 und 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG in der Regel schnell reagieren müssen und damit sowohl der tatsächliche als auch der zeitliche Rahmen ihrer Ermittlungspflicht begrenzt ist. Entscheidend ist mithin, ob der Konsularbeamte die von ihm gewährte konsularische Hilfe im Zeitpunkt der Hilfgewährung aufgrund der ihm tatsächlich vorliegenden Informationen für geeignet und erforderlich halten durfte.¹¹⁸⁶ Zu berücksichtigen ist hierbei auch der weite Ermessensspielraum des Konsularbeamten, in welcher Form und in welchem Maß er im Einzelfall konsularische Hilfe gewährt.¹¹⁸⁷

2. Keine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei gebundenen Entscheidungen

Der Empfänger der Hilfeleistung ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG zum Ersatz der Auslagen verpflichtet. Die Entscheidung sowohl über das „Ob“ als auch über die Höhe der Rückzahlungsforderung liegt mithin nicht im Ermessen des Konsularbeamten. Er ist grundsätzlich zum Erlass eines Rückzahlungsbescheides über die Höhe der zur Behebung der Notlage getätigten Auslagen verpflichtet.¹¹⁸⁸

1182 Es ist auch denkbar, dass keine beziehungsweise quasi keine zusätzlichen Kosten entstehen, weil ein Flugzeug der Bundeswehr gerade vor Ort ist und den Hilfebedürftigen anlässlich ihres geplanten Rückfluges in die Bundesrepublik Deutschland mitnimmt.

1183 Im Fall Chrobog sind einer Einlassung des Auswärtiges Amtes vor dem Verwaltungsgericht Berlin zufolge Rückreisekosten auf der Basis der üblichen Preise für Lufthansa-Tickets, mithin 2.297,60 Euro für vier Personen in Rechnung gestellt worden, vgl. VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 16 (zitiert nach juris).

1184 Göres, NJW 2004, 1909, 1911.

1185 VG Berlin, Gerichtsbescheid vom 11.08.2008, Az.: 34 A 13.07, Rn. 17 ff. (zitiert nach juris).

1186 VG Köln, Urteil vom 19.05.2011, Az.: 26 K 4731/09, Rn. 59 (zitiert nach juris).

1187 Vgl. näher hierzu unter Kapitel 2 Abschnitt 1 B.II.1.

1188 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 25 (zitiert nach juris); VG Köln, Urteil vom

Gemäß einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹¹⁸⁹ sei bei der Festsetzung des Erstattungsbetrages aber der verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Dieser könne im Einzelfall gebieten, dass nur ein Teil der Kosten zurückzufordern sei. Im Ausnahmefall verpflichte er sogar zu einem vollständigen Verzicht auf das Erstattungsbegehren. Zu den in diese Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehenden Umständen sollen die individuelle Leistungsfähigkeit des Erstattungspflichtigen, der Anlass des Auslandsaufenthaltes – als Beispiele werden Urlaub, Aufbau-/Entwicklungshilfe, diplomatische Mission genannt – und auch der Verursachungsbeitrag des Hilfebedürftigen wie zum Beispiel die Missachtung einer Reisewarnung durch ein späteres Entführungsoffer gehören.¹¹⁹⁰

Diese Heranziehung des verfassungsrechtlich verankerten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidung stellt eine neuere Entwicklung in der Verwaltungsrechtsprechung dar.¹¹⁹¹ Ziel dieser Rechtsprechung ist die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit auch bei gebundenen Entscheidungen. So sei eine Norm grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, solange sie „bei typisierender Betrachtung für den Regelfall sicher[stelle], dass die Anwendung der Vorschriften im Einzelfall verhältnismäßig ist.“¹¹⁹² Im atypischen Einzelfall könne aber allein diese typisierende Betrachtung gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, so dass dieser auch bei gebundenen Entscheidungen gegebenenfalls korrigierend zu berücksichtigen sei.¹¹⁹³

Aus den folgenden Gründen bietet diese nunmehr schon ständige, höchstrichterliche Rechtsprechung nicht nur unerhebliche Angriffspunkte.¹¹⁹⁴ Die Gesetzesgebung inklusive der Rechtsfolgenausgestaltung ist Aufgabe der Legislative. Die Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit obliegt dem Bundesverfassungsgericht. Wie eine Norm verfassungsgemäß, im atypischen Anwendungsfall ihre Rechtsfolge aber nur unter Abweichung vom ausdrücklichen Gesetzeswortlaut unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtmäßig sein kann, ist schwer nachvollziehbar. Der Wunsch nach größtmöglicher Einzelfallgerechtigkeit muss aufgrund der Notwendigkeit der Generalisierung von Regelungen im Einzelfall hinter dem gesetzgeberischen Willen und dem Interesse an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zurücktreten. Verletzen gebundene Entscheidungen – auch

19.05.2011, Az.: 26 K 4731/09, Rn. 72 ff. (zitiert nach juris).

1189 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 25 f. (zitiert nach juris). Daran anknüpfend VG Köln, Urteil vom 19.05.2011, Az.: 26 K 4731/09, Rn. 86 ff. (zitiert nach juris).

1190 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 25 (zitiert nach juris).

1191 So zum Beispiel auch BVerwG, Urteil vom 21.03.2012, Az.: 6 C 19/11, Rn. 30 (zitiert nach juris); OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.06.2008, Az.: 19 B 870/08, Rn. 11 ff. (zitiert nach juris): „Auch bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen ist aber zu prüfen, ob die vorgesehene Rechtsfolge den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls gerecht wird.“ und unter Berufung auf BVerfG, Beschluss vom 10.08.2007, Az.: 2 BvR 535/06, insbesondere Rn. 19 und 26 (zitiert nach juris).

1192 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.06.2008, Az.: 19 B 870/08, Rn. 10 (zitiert nach juris).

1193 „Dies gilt insbesondere bei Regelungen, die aufgrund ihrer typisierenden Betrachtung zwangsläufig nicht jeden im Einzelfall erheblichen Aspekt mit dem ihm gebührenden Gewicht erfassen können.“, OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.06.2008, Az.: 19 B 870/08, Rn. 11 (zitiert nach juris), ebenso BVerfG, Beschluss vom 10.08.2007, Az.: 2 BvR 535/06, Rn. 19 (zitiert nach juris).

1194 Ausführlich zu dieser Frage Naumann, DÖV 2011, 96 ff.; Mehde, DÖV 2014, 541 ff.

im Einzelfall – Grundrechte muss dies durch das Bundesverfassungsgerichts festgestellt und/oder der Gesetzgeber entsprechend tätig werden. Die Umdeutung gebundener Entscheidungen in Quasi-Ermessensentscheidungen führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit und lässt sich mit dem bisherigen Verständnis von dem Verhältnis gebundener und Ermessensentscheidungen und damit dogmatisch nicht überzeugend begründen.¹¹⁹⁵

In jedem Fall aber ist die Korrektur einer gebundenen Entscheidung mit Hilfe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit nicht bei Zahlungsansprüchen nachvollziehbar, da in diesen Fällen die Einzelfallgerechtigkeit über die Regelungen zu Stundung, Niederschlagung und Erlass¹¹⁹⁶ in der Bundeshaushaltsordnung¹¹⁹⁷ (im Folgenden „BHO“) hergestellt wird.¹¹⁹⁸ Auch bezogen auf die Kostenerstattung nach dem Konsulargesetz stellt das Bundesverwaltungsgericht nicht den Grundsatz der Erstattungspflicht für alle Fälle der konsularischen Hilfe nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG in Frage, sondern wendet den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lediglich auf die „Festsetzung des Erstattungsbetrages“ und damit nicht auf das grundsätzliche einzelfallbezogene „Ob“ der Verhältnismäßigkeit der Rückforderung aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall, sondern lediglich auf die Höhe des zurückzufordernden Betrages an.¹¹⁹⁹ Diesem Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit im Hinblick auf den Umfang der Erstattungspflicht wird aber gerade die Regelung des § 59 Abs. 1 BHO gerecht.

3. Mitwirkung des Auswärtige Amtes

Der Erstattungspflicht nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG steht auch nicht entgegen, dass getätigte Auslagen nicht von dem Konsularbeamten vor Ort sondern von der Zentrale des Auswärtigen Amtes bewilligt wurden. Die von der Gegenansicht aufgeführten Gründe der ausdrücklichen Nennung des Konsularbeamten im § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG und die Pflicht zur engen Auslegung von Normen, die dem Einzelnen eine Kostentragungspflicht auferlegen, greifen nicht durch.¹²⁰⁰

Das Auswärtige Amt und die Auslandsvertretungen bilden gemäß § 2 Gesetz über den Auswärtigen Dienst eine einheitliche Bundesbehörde unter Leitung des Bundesministers des Auswärtigen. Das Auswärtige Amt ist wie jede andere Behörde hierarchisch aufgebaut, so dass die Mitarbeiter der Auslandsvertretungen letztendlich den Weisungen des Behördenleiters und damit der Zentrale des Auswärtigen Amtes unterliegen. Auch bestimmt § 1 Abs. 4 Gesetz über den Auswärtigen Dienst ausdrücklich, dass der Auswärtige Dienst die im Konsulargesetz

1195 So auch Naumann, DÖV 2011, 96, 99 ff.; Mehde, DÖV 2014, 541, 544 ff.

1196 Siehe hierzu im Einzelnen unter E.

1197 BGBl. 1969 I S. 1284, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 3122.

1198 Nach Naumann ist bei allen öffentlich-rechtlichen Zahlungsansprüchen der allgemeine Rechtsgrundsatz der Billigkeit zu berücksichtigen, welcher die notwendige Einzelfallgerechtigkeit herstellt, vgl. Naumann, DÖV 2011, 96, 102. Auch Naumann übersieht hierbei die Regelung des § 59 BHO, welche die notwendige Einzelfallgerechtigkeit bereits gewährleistet.

1199 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 25 (zitiert nach juris).

1200 So aber Göres, DÖV 2008, 622, 628.

geregelten Aufgaben erfüllt und gerade nicht nur die Konsularbeamten. Ferner spricht auch § 6 KonsG ausdrücklich nur von den Konsularbeamten, obwohl in Fällen von Naturkatastrophen, kriegerischen oder revolutionären Verwicklungen und vergleichbaren Ereignissen das Auswärtige Amt regelmäßig nicht nur bei kleinen Auslandsvertretungen die Koordination übernehmen und die maßgeblichen Entscheidungen treffen dürfte. Eine mögliche Mitwirkung der Zentrale des Auswärtigen Amtes stellt mithin lediglich eine für den Kostenerstattungsanspruch unerhebliche behördeninterne Maßnahme dar.¹²⁰¹

4. Kostenschuldner

Die Auslagererstattungspflicht trifft gemäß § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG in erster Linie den Empfänger der Hilfeleistung. Die Erben des Hilfeempfängers (hierzu unter a) und seine Angehörigen (hierzu unter b) können ebenfalls zum Ersatz herangezogen werden.

a) Unterhaltspflicht der Erben

Die Erstattungspflicht geht zudem gemäß § 5 Abs. 5 Satz 3 KonsG auf die Erben über. Diese Regelung ist nur deklaratorisch, da Zahlungsansprüche gegenüber dem Erblasser als Teil seines Vermögens gemäß §§ 1922 Abs. 1, 1967 BGB zur Erbmasse gehören und damit im Wege der Gesamtrechtsnachfolge automatisch auf die Erben übergehen. Privilegierend regelt § 5 Abs. 5 Satz 4 KonsG aber, dass sich ihre Haftung auf den Nachlass beschränkt. Dies bedeutet, dass der Erbe bezüglich dieser Erstattungspflicht automatisch nur mit dem Nachlass, nicht aber mit seinem eigenen Vermögen und unbeschränkt haftet. Ohne diese Beschränkung müsste der Erbe durch die Abgabe entsprechender Erklärungen aktiv tätig werden, um die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass begrenzen zu können.¹²⁰²

b) Unterhaltspflicht der Angehörigen

Gemäß § 5 Abs. 5 Satz 2 KonsG sind neben dem Empfänger der Hilfeleistung auch seine Verwandten und Ehegatten im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht ersatzpflichtig. Unterhaltspflichtig sind Verwandte in gerader Linie gemäß § 1601 BGB. Vorrangig haften grundsätzlich Ehegatten gemäß §§ 1360 Satz 1, 1608 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ob eine Unterhaltspflicht des Einzelnen tatsächlich besteht, ergibt sich aus den §§ 1602 ff. BGB.

Teilweise wird vertreten, dass im Rahmen des Erstattungsanspruchs gegenüber Ehegatten und Verwandten allein das Bestehen einer Unterhaltspflicht dem Grunde nach zu prüfen sei, aber weder die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen noch die Bedürftigkeit des Hilfeempfängers zu berücksichtigen seien.¹²⁰³ Begründet wird diese Auffassung mit dem Motiv des Gesetzgebers, für die Konsularbeamten „eine praktikabel und schnell zu handhabende

¹²⁰¹ Siehe näher hierzu unter C.I.2a).

¹²⁰² Eine ausführliche Darstellung der rechtlichen Möglichkeiten findet sich zum Beispiel bei Graf, ZEV 2000, 125, 127; Lettmann, RNotZ 2002, 538, 541 ff.

¹²⁰³ VG Köln, Urteil vom 19.05.2011, Az.: 26 K 4731/09.

Regelung“ schaffen zu wollen, sowie dem Sinn und Zweck der Regelung eines zügigen Mittelrückflusses an die öffentliche Hand.¹²⁰⁴

Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass der fehlenden Leistungsfähigkeit eines Zahlungsschuldners im Rahmen der Regelungen über Stundung, Niederschlagung und Erlass nach § 59 BHO Rechnung getragen werden kann und die Prüfung der Bedürftigkeit des Zahlungsschuldners beziehungsweise die Leistungsfähigkeit der Unterhaltspflichtigen erhebliche personelle und zeitliche Ressourcen binden kann. Dennoch kann ihr nicht gefolgt werden.

Gemäß § 5 Abs. 5 Satz 2 KonsG haften die Verwandten und die Ehegatten im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht. Diese Formulierung zeigt bereits, dass sie nicht generell haften sollen, sondern nur insoweit sie auch als Unterhaltspflichtige tatsächlich haften würden. Gemäß § 1603 Abs. 1 BGB ist nicht unterhaltspflichtig, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. § 1603 Abs. 1 BGB verneint damit das Bestehen einer Unterhaltspflicht dem Grunde nach für den Fall fehlender Leistungsfähigkeit. Der Umstand fehlender Leistungsfähigkeit wird daher – anders als das Verwaltungsgericht Köln meint¹²⁰⁵ – nicht erst im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens relevant, sondern schließt als negative Tatbestandsvoraussetzung bereits die Unterhaltspflicht aus.¹²⁰⁶

Diese Wortlautauslegung wird durch die Gesetzesmaterialien gestützt. In der Gesetzesbegründung zum ersten Entwurf 1965 des Konsulargesetzes heißt es:

„Die ausdrückliche Erwähnung des Unterhaltsverpflichteten im Gesetz stellt sicher, daß nur diejenigen Personen herangezogen werden, die ihm [dem Empfänger der Hilfe] gegenüber auch tatsächlich Unterhaltsverpflichtungen haben.“¹²⁰⁷

Ferner war im damaligen § 17 Abs. 6 Satz 2 im Entwurf 1965 noch die Formulierung:

„Die Ersatzpflicht trifft neben dem Empfänger der Hilfe auch diejenigen Personen, die ihm zum Unterhalt verpflichtet sind.“¹²⁰⁸

enthalten, welche dann insbesondere unter Einfügung der Wörter „im Rahmen der Unterhaltspflicht“ in den darauffolgenden Fassungen geändert wurde. Diese Änderung erscheint nur als nochmalige Klarstellung sinnvoll, dass die Ersatzpflicht nur soweit gehen soll, wie die Unterhaltspflicht im Einzelfall tatsächlich gehen würde. Diese Klarstellung wurde vom Gesetzgeber anscheinend als so selbsterklärend empfunden, dass die dem Entwurf 1965 nachfolgenden Gesetzesbegründungen keine Erläuterungen zur Erstattungspflicht der unterhaltspflichtigen Angehörigen mehr enthalten.

Eine besondere Konstellation hatte das Verwaltungsgericht Berlin zu entscheiden.¹²⁰⁹ Die Deutsche Botschaft in Nairobi hatte Obduktions- und Bestattungskosten eines deutschen

1204 Ebd. Rn. 78 ff. (zitiert nach juris).

1205 Ebd. Rn. 80 (zitiert nach juris).

1206 Born, Münchener Kommentar zum BGB, § 1603 Rn. 1; Henrich/*Graba/Maier*, Familienrecht Kommentar, § 1603 Rn. 1.

1207 BR-Drs. 404/64, S. 27.

1208 Ebd. S. 4.

1209 VG Berlin, Urteil vom 25.03.2011, Az.: 34 A 100.08.

Staatsangehörigen übernommen und machte diese, gestützt auf § 5 Abs. 5 Satz 2 KonsG, gegenüber der Ehefrau und der Tochter des Verstorbenen geltend. Diese wehrten sich erfolgreich vor dem Verwaltungsgericht. Der Rückzahlungsbescheid konnte nicht auf § 5 Abs. 5 Satz 2 KonsG gestützt werden, da eine mögliche Unterhaltspflicht der Angehörigen gemäß § 1615 Abs. 1 BGB mit dem Tod des Ehemannes/Vaters erloschen war. Da beide Angehörigen die Ausschlagung der Erbschaft wirksam erklärt hatten, haften sie auch nicht als Erben gemäß § 5 Abs. 5 Satz 3 KonsG. Allerdings bestimmt § 1615 Abs. 2 BGB, dass im Falle des Todes des Unterhaltsberechtigten der zum Unterhalt Verpflichtete die Kosten der Beerdigung zu tragen habe, soweit ihre Bezahlung nicht von dem Erben zu erlangen ist. Diese Erstattungspflicht nach § 1615 Abs. 2 BGB ist aber kein Anspruch im Rahmen der Unterhaltspflicht im Sinne des § 5 Abs. 5 Satz 2 KonsG, sondern ein schuldrechtlicher Erstattungsanspruch, welcher gemäß § 266 Abs. 1 Nr. 2 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit¹²¹⁰ (im Folgenden „FamFG“) in Bezug auf die Ehefrau und gemäß § 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG in Bezug auf die Tochter des Verstorbenen vor den Familiengerichten geltend zu machen ist.¹²¹¹ Nach der geltenden Rechtslage kann mithin die Erstattung von verauslagten Beerdigungskosten nicht mittels eines Verwaltungsaktes von den Angehörigen erlangt werden.

II. § 6 Abs. 2 KonsG in Verbindung mit § 5 Abs. 5 KonsG

Für die Auslagenerstattung für Hilfsmaßnahmen aufgrund eines Katastrophenfalles nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG gilt gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG die Regelung des § 5 Abs. 5 KonsG entsprechend.

Es besteht jedoch ein wichtiger Unterschied. § 6 Abs. 2 Satz 2 KonsG bestimmt ausdrücklich, dass von der Geltendmachung von Auslagenersatz abgesehen werden kann, soweit die Entwicklung der Lage im Konsularbezirk, die persönlichen Verhältnisse des Hilfeempfängers oder sonstige Umstände es erfordern. Bei Vorliegen dieser besonderen Umstände kann die Auslandsvertretung ganz beziehungsweise aufgrund der Wahl der Formulierung „soweit“ auch teilweise von der Auslagenerstattung absehen. Anders als in § 5 Abs. 5 KonsG ist die Auslagenerstattung unter bestimmten Umständen in das Ermessen der Auslandsvertretung gestellt. Fließt diese Bestimmung nicht in den Erlass des Erstattungsbescheides ein, das heißt trifft die Auslandsvertretung keine Ermessensentscheidung, zum Beispiel weil sie irrig annimmt, ihr stehe insoweit kein Ermessen zu, läge ein Ermessensfehler vor. Der Bescheid wäre wegen Ermessensnichtgebrauch materiell rechtswidrig.¹²¹²

Da § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG unter Verweis auf § 5 Abs. 5 KonsG als Grundsatz die Erstattungspflicht regelt,¹²¹³ dürfte der auch teilweise Verzicht auf die Auslagenerstattung einen

1210 BGBl. 2008 I S. 2587, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 2780.

1211 VG Berlin, Urteil vom 25.03.2011, Az.: 34 A 100.08, Rn. 17 ff. (zitiert nach juris); Born, Münchener Kommentar zum BGB, § 1615 Rn. 11; Palandt/*Brudermüller*, BGB Kommentar, § 1615 Rn. 2.

1212 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 34 (zitiert nach juris).

1213 Gemäß der Gesetzesbegründung wird allgemein ein Ersatzpflicht statuiert, BR-Drs. 308/72, S. 20.

Ausnahmefall darstellen, der eng auszulegen ist.¹²¹⁴ Als Beispiele benennt die Gesetzesbegründung Massenspeisungen und Massenunterbringungen sowie Mittellosigkeit, insbesondere wenn das die Hilfeleistung begründende Ereignis die Ursache hierfür gesetzt hat,¹²¹⁵ zum Beispiel weil der Hilfebedürftige derart schwerwiegende gesundheitliche Folgen davonträgt, dass er seine berufliche Tätigkeit nicht mehr ausüben kann.¹²¹⁶ Die Massenspeisungen und Massenunterbringung dürfte hier aus praktischen Gründen als Beispiel genannt sein. Zum einen dürften im Katastrophenfall nicht unbedingt Daten aller Personen vorliegen oder sogar die genaue Anzahl der Hilfeempfänger feststehen, zum anderen dürfte die in diesem Fall vorzunehmende Umlegung nach Kopfteilen¹²¹⁷ einen Verwaltungsaufwand darstellen, der nicht selten außer Verhältnis zu den einzutreibenden Kosten stehen dürfte.

C. Gebühren und Auslagen für konsularische Amtshandlungen

Das Verwaltungskostengesetz galt gemäß dessen § 1 Abs. 3 Nr. 1 nicht für die Kosten des Auswärtigen Amtes und der Vertretungen des Bundes im Ausland. Das Auslandskostengesetz¹²¹⁸ war insoweit *lex specialis* zum Verwaltungskostengesetz.

Das Auslandskostengesetz findet gemäß § 1 Abs. 1 AKostG auf die Kostenerstattung für Amtshandlungen nach den §§ 1 bis 17 KonsG der Auslandsvertretungen und Honorarkonsularbeamten der Bundesrepublik Deutschland Anwendung. Gemäß § 1 Abs. 2 AKostG gilt es ebenso für die Amtshandlungen des Auswärtigen Amtes.

Im Folgenden wird zunächst der Umfang der Erstattungspflicht dargelegt (hierzu unter I). Die Regelung zum Kostenschuldner entspricht im Wesentlichen der nach § 5 Abs. 5 KonsG (hierzu unter II).

I. Umfang der Erstattungspflicht

Der Umfang der Erstattungspflicht ergibt sich aus den Regelungen des Auslandskostengesetzes in Verbindung mit der Auslandskostenverordnung getrennt nach Gebühren (hierzu unter 1) und Auslagen (hierzu unter 2). Das Auslandskostengesetz enthält Regelungen in Bezug auf die Ermäßigung oder die Befreiung von Kosten im Einzelfall (hierzu unter 3).

1214 Nach dem VG Berlin soll die Erstattungspflicht „nur in wirklich atypischen Fällen durchbrochen werden“, VG Berlin, Urteil vom 01.02.2006, Az.: 14 A 94.03, Rn. 27 (zitiert nach juris).

1215 BR-Drs. 308/72, S. 20.

1216 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 194.

1217 VG Berlin, Urteil vom 01.02.2006, Az.: 14 A 94.03, Rn. 32 (zitiert nach juris).

1218 Daneben ist auch noch eine Gebührenerhebung nach anderen Vorschriften denkbar, vgl. § 1 Abs. 3 AKostG. So werden zum Beispiel gemäß § 15 Abs. 1 und 3 Passverordnung (BGBl. 2007 I S. 2386, zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 162) Gebühren für die Ausstellung von Ausweisdokumenten durch die Auslandsvertretungen erhoben.

1. Gebühren

Die gebührenpflichtigen Tatbestände und Gebührensätze¹²¹⁹ sind gemäß § 2 Abs. 1 AKostG in Verbindung mit § 25 KonsG in der Auslandskostenverordnung¹²²⁰ (im Folgenden „AKostV“) geregelt. In Bezug auf die dort geregelten Gebühren besteht grundsätzlich sowohl in Bezug auf das „Ob“ der Gebührenerhebung als auch in Bezug auf die Gebührenhöhe eine umfassende Gebührenerhebungspflicht.

Die Gebühren sind gemäß § 4 Abs. 2 AKostG durch feste Sätze, Rahmensätze oder nach dem Gegenstandswert zu bestimmen. Hierbei ist nach § 4 Abs. 1 AKostG darauf zu achten, dass der die Gebühr rechtfertigende Verwaltungsaufwand und der Nutzen der Amtshandlung in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Für mündliche und einfache schriftliche Auskünfte sind gemäß § 3 Nr. 1 AKostG keine Gebühren zu erheben. Im Übrigen bestimmen sich die gebührenpflichtigen Amtshandlungen der Auslandsvertretungen, der Honorarkonsularbeamten und des Auswärtigen Amts sowie die zu erhebenden Gebühren gemäß § 1 AKostV nach dem Gebührenverzeichnis als Anlage 1 zur AKostV.

Gemäß Ziffer 220 des Gebührenverzeichnisses als Anlage 1 zur AKostV wird für Hilfeleistungen nach § 5 KonsG die „Gesamtheit der verwaltungsmäßig erforderlichen Amtshandlungen im Rahmen der Gewährung einer finanziellen Hilfe oder Hilfe zur Ermöglichung der Reise an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts oder an einen anderen Ort“ mit einer Gebühr von 25 bis 200 Euro belegt. Diese Gebühr wird gemäß Ziffer 220.1 des Gebührenverzeichnisses auch dann nur einmal erhoben, wenn mehrere Auslandsvertretungen oder Honorarkonsularbeamten mit demselben konsularischen Hilfefall befasst waren. Nach Ziffer 510 des Gebührenverzeichnisses ist für Überweisungen, die nicht vorwiegend im amtlichen Interesse vorgenommen werden, eine Gebühr in Höhe von 15 Euro zu erheben. Auf diese Gebühren kann gemäß § 6 AKostG ein Zuschlag in Höhe von maximal 200 % zum Ausgleich von Kaufkraftunterschieden oder zur Anpassung an höhere Gebührensätze für vergleichbare Amtshandlungen im Gastland erhoben werden.

Amtshandlungen im Rahmen des konsularischen Schutzes in Katastrophenfällen und bei Inhaftierungen nach §§ 6 und 7 KonsG sind gebührenfrei, da hierfür keine besonderen Gebührentatbestände im Gebührenverzeichnis enthalten sind. Dies gilt aber nicht für andere allgemeine Gebührentatbestände, die im Rahmen einer solchen Hilfeleistung verwirklicht

1219 Gebühren sind nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG „öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die aus Anlaß individuell zurechenbarer, öffentlicher Leistungen dem Gebührenschuldner durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken“, BVerfGE 50, 217, 226; 97, 232, 345; 113, 128, 148. Diese Definition wurde in Anknüpfung an die Rechtsprechung in das BGebG übernommen, vgl. BR-Drs. 305/12, S. 170, 182. In § 3 Abs. 4 BGebG heißt es: „Gebühren sind öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die der Gebührengläubiger vom Gebührenschuldner für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen erhebt. Zum BGebG siehe unter Abschnitt 3.“

1220 BGBl. 2001 I S. 4161; 2002 I S. 750, zuletzt geändert durch BGBl. 2015 I S. 1042, 1051.

werden. Zu denken ist hier zum Beispiel an Übersetzungen, Beglaubigungen, Abschriften und die Verwahrung beweglicher Sachen.

Für nicht einfache Auskünfte nach § 1 KonsG wird gemäß Ziffer 110 des Gebührenverzeichnisses eine Gebühr in Höhe von 30 bis 400 Euro erhoben. Die Beschaffung einer Bescheinigung, Urkunde oder eines sonstigen Schriftstücks nach § 1 KonsG kostet gemäß Ziffer 130 des Gebührenverzeichnisses 30 bis 250 Euro, sofern sie nicht Teil einer anderen gebührenpflichtigen Amtshandlung ist. Das Dolmetschen verursacht gemäß Ziffer 200 des Gebührenverzeichnisses eine Gebühr in Höhe von 35 Euro je angefangener halber Stunde, sofern diese Amtshandlung nicht zur ersten Klärung eines Notfalls erfolgt.

2. Auslagen

Gemäß § 7 Abs. 1 AKostG in Verbindung mit § 25 KonsG besteht eine grundsätzliche Erstattungspflicht in Bezug auf die den Auslandsvertretungen im Rahmen ihrer konsularischen Tätigkeit im Einzelfall tatsächlich entstandenen Auslagen, sofern diese Auslagen nicht gemäß § 7 Abs. 4 AKostG bereits in eine Gebühr einbezogen sind.

Auslagen der Auslandsvertretungen, die im Zusammenhang mit Amtshandlungen nach den §§ 1 bis 17 KonsG entstehen sind gemäß § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 AKostG zu erstatten. Dies bedeutet, dass grundsätzlich ein Kostenbescheid zu erlassen ist, soweit das Auslandskostengesetz oder andere Regelungen keine Ausnahmen zulassen. Dies gilt gemäß § 7 Abs. 3 AKostG auch dann, wenn für die konkrete Amtshandlung keine Gebühr erhoben wird.

Die Auslagenerstattungspflicht wurde zwecks Sicherstellung des Bestehens einer umfassenden Ersatzpflicht bewusst allgemein gefasst und auf eine enumerative Aufzählung der Auslagen verzichtet.¹²²¹ Insbesondere in Bezug auf die Vielfalt der möglichen Amtshandlungen im Rahmen der konsularischen Hilfe nach den §§ 1 Spiegelstrich 2, 5 bis 7 KonsG gewährleistet nur eine solche allgemeine Auslagenerstattungspflicht eine umfassende Erstattung.¹²²²

Das Auslandskostengesetz unterscheidet in § 7 Abs. 1 und § 7 Abs. 2 AKostG zwischen Auslagen der Auslandsvertretungen und Honorarkonsularbeamten sowie Auslagen des Auswärtigen Amtes (hierzu unter a). Auslagen sind nur erstattungsfähig, soweit sie als zusätzliche Kosten im Einzelfall tatsächlich entstanden sind (hierzu unter b).

a) Abgrenzung von Auslagen des Auswärtigen Amtes

Auch für die Auslagen des Auswärtigen Amtes besteht eine grundsätzliche Erstattungspflicht gemäß § 7 Abs. 2 AKostG. Allerdings sind die dem Auswärtigen Amt zu ersetzenden Auslagen in § 7 Abs. 2 Nr. 1 bis 8 AKostG abschließend aufgezählt.¹²²³

1221 BR-Drs. 286/76, S. 20; BT-Drs. 8/176, S. 9 und BT-Drs. 8/1160, S. 4.

1222 Ebd.

1223 Diese enumerative Aufzählung entspricht der Regelung des außer Kraft getretenen § 10 Abs. 1 VwKostG.

Im Rahmen der Gewährung konsularischer Hilfe entscheidet in der Praxis oft nicht allein die Auslandsvertretung. Vielmehr ist auch die Zentrale des Auswärtigen Amtes involviert. Fraglich ist daher, inwieweit eine Beteiligung des Auswärtigen Amtes an konsularischen Hilfsmaßnahmen einen Erstattungsanspruch der Auslandsvertretungen nach § 7 Abs. 1 AKostG ausschließen und damit die Ersatzpflicht auf die enumerativ in § 7 Abs. 2 AKostG aufgezählten Arten von Auslagen beschränken kann.

Das Verwaltungsgericht Berlin ist der Auffassung, dass Amtshandlungen der Zentrale des Auswärtigen Amtes keine Ausübung konsularischen Schutzes darstellen und mithin keine Auslagenerstattungspflicht der Auslandsvertretungen nach § 7 Abs. 1 AKostG begründen.¹²²⁴ Kennzeichen konsularischer Tätigkeit sei, „dass die jeweilige Handlung im Ausland wahrgenommen“ werde.¹²²⁵

Diese Ansicht ist abzulehnen. Der Erstattungsanspruch setzt gemäß § 7 Abs. 1 AKostG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 AKostG eine „Amtshandlung“ nach den §§ 1 bis 17 KonsG voraus. Das Konsulargesetz regelt die Aufgaben und Befugnisse der Konsularbeamten.¹²²⁶ Die Auslandsvertretungen und das Auswärtige Amt bilden gemäß § 2 Gesetz über den Auswärtigen Dienst eine einheitliche Bundesbehörde unter der Leitung des Bundesministers des Auswärtigen. Sie sind Außenstellen des Auswärtigen Amtes, welche keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen.¹²²⁷ Die Zentrale des Auswärtigen Amtes ist gegenüber den Auslandsvertretungen weisungsbefugt und arbeitet mit dieser organisatorisch zusammen.¹²²⁸

Insbesondere konsularische Notfälle im Rahmen von § 6 Abs. 1 KonsG wären allein durch die zuständige Auslandsvertretung regelmäßig nicht zu bewältigen, so dass die Organisation des Auswärtigen Dienstes als einheitliche Behörde seine Funktionsfähigkeit gewährleistet.¹²²⁹ Würde man auf den Ort der Vornahme der Entscheidung der konsularischen Handlung abstellen, ergäbe die in § 6 Abs. 2 Satz 1 KonsG normierte Auslagenerstattungspflicht für die konsularische Hilfe in Katastrophenfällen keinen Sinn, da ihr Anwendungsbereich aufgrund der erheblichen und notwendigen Mitwirkung der Zentrale des Auswärtigen Amtes bei zum Beispiel einer Naturkatastrophe oder des plötzlichen Ausbruchs einer kriegerischen oder revolutionären Verwicklung im Regelfall ausgeschlossen wäre.¹²³⁰

1224 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 7 C 13/08, Rn. 35 ff.

1225 Ebd. Rn. 36.

1226 So auch der vollständige amtliche Titel: Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse. Das Auswärtige Amt wird dementsprechend im KonsG lediglich in zwei Zusammenhängen erwähnt und zwar in §§ 18 Abs. 3, 19 Abs. 2 KonsG, in dem es um die Aufgabenübertragung an Konsularbeamte geht und in den § 24 Abs. 1 und 2 KonsG in Bezug auf die Rechte und Pflichten von Honorarkonsularbeamten.

1227 BT-Drs. 11/6547, S. 14; Kraske/Nöldeke, Handbuch Auswärtiger Dienst, S. 8; Oberthür, Anspruch diplomatischer und konsularischer Schutz, S. 86.

1228 BVerwG, Beschluss vom 08.07.1954, Az.: I A 7/54, MDR 1954, S. 699; BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 19 (zitiert nach juris); OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 29 (zitiert nach juris).

1229 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 19 (zitiert nach juris); OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 29 (zitiert nach juris); Hanschmann, DVBI 2009, 1481, 1483 f.

1230 Geiß, DÖV 2007, 155, 158; Hanschmann, DVBI 2009, 1481, 1484.

Im Ergebnis ist § 7 Abs. 2 AKostG dahingehend auszulegen, dass er allein die Auslagenerstattung für originäre Tätigkeiten der Zentrale des Auswärtigen Amtes regelt. Für diese originären Tätigkeiten der Zentrale des Auswärtigen Amtes ist der Auslagenerstattungsanspruch auf die in § 7 Abs. 2 AKostG abschließend aufgezählten Amtshandlungen beschränkt. Im Übrigen wird davon ausgegangen, dass ihre Amtshandlungen ausreichend durch die Gebührentatbestände abgedeckt sind.¹²³¹

Im Rahmen des konsularischen Schutzes handelt die Zentrale des Auswärtigen Amtes aber über ihre Auslandsvertretungen. Allein die Handlungen und Erklärungen der Auslandsvertretungen haben unmittelbare Außenwirkung.¹²³² Die Zentrale des Auswärtigen Amtes ist nach geltendem Völkerrecht auf fremden Staatsgebiet überhaupt nicht handlungsbefugt.¹²³³ Die Mitwirkungshandlungen der Zentrale des Auswärtigen Amtes – egal wie umfassend oder maßgeblich – stellen allein behördeninterne Maßnahmen dar. Amtshandlungen im Rahmen des Konsulargesetzes sind unabhängig von der Art und Intensität der Mitwirkung des Auswärtigen Amtes solche der Auslandsvertretungen und begründen damit einen Auslagenerstattungsanspruch nach § 7 Abs. 1 AKostG.

b) Zusätzliche und individuelle zurechenbare Kosten

Auf eine enumerative Aufzählung der erstattungsfähigen Auslagen der Auslandsvertretungen wurde anders als bei den Auslagen des Auswärtigen Amtes nach § 7 Abs. 2 AKostG verzichtet, da der Tätigkeitsbereich der Auslandsvertretungen – gerade im Bereich des konsularischen Schutzes – derart vielfältig ist, dass die verschiedenen möglichen Auslagenarten nicht abschließend benannt werden können.¹²³⁴ Auslagen sind hierbei

„besondere, der Behörde durch Eigenleistung oder Inanspruchnahme Dritter entstehende Aufwendungen, die über den bereits von der Gebühr erfassten, üblicherweise anfallenden Aufwand hinausgehen, da sie nur im Einzelfall oder in unterschiedlicher Höhe entstehen.“¹²³⁵

Dies bedeutet, dass als Auslagen nur diejenigen im Rahmen der Ausübung der konsularischen Hilfe entstehenden Kosten ersatzfähig sind, die zusätzlich zu den allgemeinen Verwaltungskosten entstanden sind, dass heißt ohne die konkrete Hilfsmaßnahme nicht angefallen wären, und von diesen auch klar abgegrenzt werden können.¹²³⁶ Diese Frage wird regelmäßig bei Personalkosten relevant. Auch wenn zum Beispiel bei der Bildung eines Krisenstabes im Auswärtigen Amt Personal aus anderen Abteilungen abgezogen wird, entstehen dadurch keine zusätzlichen Personalkosten, die dem Kostenschuldner in Rechnung

1231 BT-Drs. 8/176, S. 8 f. in Verbindung mit BT-Drs. VI/330, S. 14 f.

1232 Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 810 f.

1233 „Die Auslandsvertretungen . . . handeln nach Anweisung des Auswärtigen Amtes, das als innerdeutsche Zentralbehörde auf dem Gebiet eines fremden Staates nicht tätig werden darf.“, BVerwG, Beschluss vom 08.07.1954, Az.: I A 7/54, MDR 1954, 699.

1234 BR-Drs. 286/76, S. 20.

1235 Wagner/Raasch/Pröpstl, WÜK Kommentar, S. 274. In der Legaldefinition des § 3 Abs. 5 BGebG heißt es: „Auslagen sind nicht von der Gebühr umfasste Kosten, die die Behörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen im Einzelfall . . . erhebt.“ Zum BGebG näher unter Abschnitt 3.

1236 OVG Mecklenburg-Vorpommern, 30.01.2013, Az.: 3 L 93/09, Rn. 81 (zitiert nach juris).

gestellt werden können.¹²³⁷ Etwas anderes gilt allerdings, wenn externe Dritte zur Lösung des konkreten Notfalles individuell und kostenpflichtig hinzugezogen werden müssen.

Dem Einzelnen dürfen nur Gebühren und auch Auslagen in Rechnung gestellt werden, die diesem auch individuell zugerechnet werden können.¹²³⁸ Eine Umlegung nach Kopfteilen ist aber ausnahmsweise zulässig, wenn die Maßnahme einer Mehrzahl von Personen im gleichen Maße zugute gekommen ist. So entschied das Verwaltungsgericht Köln:

„Die Umlegung der Kosten nach Kopfteilen war angesichts dessen, dass sich die Hilfeleistung für alle Empfänger in gleicher Weise auswirkte, der allein denkbare Verteilungsmaßstab“¹²³⁹

Einer Einlassung des Auswärtigen Amtes vor dem Verwaltungsgericht Berlin zufolge habe das Auswärtige Amt stets die jeweils bezifferbaren Kosten der Hilfsmaßnahme zurückgefordert. So in einem Fall auch anteilige Kosten für Versorgung und medizinische Verpflegung.¹²⁴⁰ Nur im Fall Osthoff¹²⁴¹ sei mangels individuell zuzuordnender Kosten kein Rückforderungsbescheid ergangen.¹²⁴²

3. Besondere Befreiungs- und Ermäßigungstatbestände

Der Bundesminister des Auswärtigen, die Leiter der Auslandsvertretungen sowie die Honorarkonsularbeamten können im Einzelfall auf die teilweise oder vollständige Kostenerhebung verzichten. Hierfür muss sich gemäß § 10 Abs. 1 Alt. 1 AKostG der Kostenschuldner in einer wirtschaftlichen Notlage befinden oder gemäß § 10 Abs. 1 Alt. 2 AKostG die Kostenerstattung für eine wegen einer Notlage erforderlichen Amtshandlung eine besondere Härte darstellen.

Der Begriff der wirtschaftlichen Notlage in § 10 Abs. 1 Alt. 1 AKostG unterscheidet sich von dem der Notlage in § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG in einem wesentlichen Punkt. In § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG ist auf die wirtschaftliche Situation in dem konkreten Moment der Hilfsbedürftigkeit abzustellen, aus dem sich der Hilfebedürftige aufgrund eines finanziellen Engpasses nicht selbst befreien kann. Eine wirtschaftliche Notlage im Sinne von § 10 Abs. 1 Alt. 1 AKostG, welche eine Kostenbefreiung oder -ermäßigung ermöglicht, liegt aufgrund des Grundsatzes der umfänglichen Kostenerstattungspflicht dagegen nur dann vor, soweit sie nach einer zu treffenden Prognose aller Wahrscheinlichkeit nach dauerhaft besteht. § 10 Abs. 1 Alt. 1 AKostG erfasst mithin nur diejenigen Fälle, in denen der Zahlungspflichtige mit einer hinreichenden

1237 Göres, NJW 2004, 1909, 1912; Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 194.

1238 Göres, NJW 2004, 1909, 1912; vgl. auch die Gebührendefinition des BVerfG in BVerfGE 50, 217, 226.

1239 VG Berlin, Urteil vom 01.02.2006, Az.: 14 A 94.03, Rn. 32 (zitiert nach juris) unter Bezugnahme auf nicht veröffentlichte Gerichtsbescheide des VG Köln vom 12.08.1999, Az.: 11 K 6718/95 und 11 K 4971/95.

1240 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 16 (zitiert nach juris).

1241 Die deutsche Archäologin war am 25.11.2005 im Irak entführt und am 18.12.2005 nach Zahlung eines Lösegeldes freigelassen worden, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter https://de.wikipedia.org/wiki/Susanne_Osthoff.

1242 VG Berlin, Urteil vom 04.04.2006, Az.: 14 A 12.04, Rn. 16 (zitiert nach juris).

Wahrscheinlichkeit dauerhaft nicht ohne Gefährdung seines Existenzminimums in der Lage sein wird, die Forderung zu begleichen. Die Entscheidung liegt im Ermessen des Leiters der Auslandsvertretung beziehungsweise des Honorarkonsularbeamten. Bei der Bewertung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit werden auch diejenigen Einnahmen des Zahlungsschuldners berücksichtigt, die ihm erst aufgrund der konsularischen Notsituation entstanden sind wie zum Beispiel Einnahmen aus Interviews oder Buchveröffentlichungen.¹²⁴³

Fraglich ist, in welchen Fällen die Kosten für eine wegen einer Notlage erforderlich gewordenen Amtshandlung eine besondere Härte im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AKostG darstellen. Der unbestimmte Rechtsbegriff der besonderen Härte ist insoweit auslegungsbedürftig.

Die Gesetzesbegründung erläutert den Begriff der besonderen Härte nicht näher, erklärt aber, dass sich die Regelung des § 10 AKostG einerseits eng an die Regelung des § 6 VwKostG anlehne und andererseits an § 3 des bisherigen Auslandsgebührengesetzes anknüpfe.¹²⁴⁴ § 6 VwKostG bestimmte, dass aus Gründen der Billigkeit oder des öffentlichen Interesses Kostenermäßigungen oder -befreiungen zugelassen werden können. Gemäß § 3 Abs. 1 Auslandsgebührengesetz konnten die Gebühren im Falle der Bedürftigkeit ermäßigt oder ganz erlassen werden. Nach § 3 Abs. 2 Auslandsgebührengesetz war aus besonderen Gründen eine hälftige Ermäßigung möglich.

Auch die Regelung des § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BHO¹²⁴⁵ über den Erlass von Zahlungsansprüchen enthält den Begriff der besonderen Härte. Eine besondere Härte ist hiernach insbesondere dann anzunehmen, wenn sich der Zahlungsschuldner unverschuldet in einer wirtschaftlichen Notlage befindet und die Einziehung der Zahlungsforderung die Gefahr der Existenzgefährdung birgt.¹²⁴⁶ Die besondere Härte nach § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BHO meint damit in der Regel eine wirtschaftliche Notlage, wobei aber auch andere Fälle denkbar sind. Damit ist der Begriff der besonderen Härte in § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BHO nicht mit dem in § 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AKostG identisch, da die wirtschaftliche Notlage bereits von § 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AKostG erfasst ist. Eventuell ließe sich aber vertreten, dass die besondere Härte in § 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AKostG die Fälle von § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BHO erfasst, die keine wirtschaftliche Notlage darstellen und mithin die Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 und 2 AKostG mit der Regelung des § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BHO übereinstimmt. Dann stellte sich aber die Frage, welchen Mehrwert die Regelung des § 10 Abs. 1 AKostG gegenüber § 59 Abs. 1 KonsG hat.

Zunächst lässt sich festhalten, dass beide Normen Korrektive zur grundsätzlichen Kostenerstattungspflicht darstellen, welche die wirtschaftliche Lage des Zahlungsschuldners im Einzelfall angemessen berücksichtigen.¹²⁴⁷ Zudem sind aufgrund der Verwendung des Begriffes der besonderen Härte und der Verpflichtung zur Berücksichtigung der Lage im Einzelfall weitere

1243 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: OVG 11 B 9.06, Rn. 44 (zitiert nach juris).

1244 BT-Drs. 8/176, S. 9.

1245 Näheres zum Erlass sowie zur Stundung und zur Niederschlagung unter E.

1246 VV Nr. 3.4 zu § 59 BHO.

1247 BT-Drs. 8/1160, S. 4.

Fälle denkbar, in denen eine Kostenermäßigung oder -befreiung gerechtfertigt sein kann. Ferner ist davon auszugehen, dass die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes der besonderen Härte und die Ausgestaltung als Ermessensvorschriften die Verwaltung in die Lage versetzen soll, Einzelfälle billig und flexibel handhaben zu können.

Weiterhin stellt sich allerdings die Frage, ob und inwieweit ein (Mit-)Verschulden des Kostenschuldners bei der Entstehung des konsularischen Notfalls beziehungsweise der erstattungsfähigen Kosten im Rahmen der besonderen Härte Berücksichtigung finden kann. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat ein Mitverschulden des Hilfsbedürftigen für beachtlich gefunden. Hiernach waren die Gefahren, welche letztendlich zu der konsularischen Notlage geführt haben, für die Zahlungsschuldnerin erkennbar. Sie sei damit ein vermeidbares Risiko eingegangen, was im Rahmen der Feststellung der besonderen Härte zu berücksichtigen sei.¹²⁴⁸ Auch die Literatur ist überwiegend der Auffassung, dass ein Mitverschulden des Zahlungsschuldners an der Entstehung des konsularischen Hilfsfalles zu berücksichtigen sei.¹²⁴⁹ Dem ist zuzustimmen. Bei der Prüfung einer besonderen Härte im Einzelfall – abgesehen von einer wirtschaftlichen Notlage – muss Berücksichtigung finden, dass der Zahlungsschuldner nicht erhebliche Mitschuld an der den konsularischen Schutz auslösenden Notlage trägt. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Kosten, die im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes entstanden sind, sonst von der Allgemeinheit zu tragen wären. Die Berücksichtigung des Verschuldens dürfte aber aufgrund des eindeutigen Wortlautes von § 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AKostG bei der Entscheidung über eine Kostenermäßigung oder -befreiung aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage nicht zu berücksichtigen sein.¹²⁵⁰

Einen weiteren Befreiungstatbestand ausschließlich für Auslagen regelt § 2 Abs. 2 AKostG in Verbindung mit § 3 AKostV. Hiernach kann von der Auslagenerhebung abgesehen werden, wenn der mit ihr verbundene Verwaltungsaufwand außer Verhältnis zur Höhe der Auslagen steht. Dieses Korrektiv der grundsätzlichen Auslagenerstattungspflicht stellt eine reine Wirtschaftlichkeitsüberlegung dar. Die Rückforderung von Auslagen soll im Ergebnis nicht noch zusätzliche Kosten für die öffentliche Hand verursachen.¹²⁵¹

Entsprechend werden Auslagen von weniger als fünf Euro gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AKostV nur erhoben, wenn der mit der Erhebung verbundene Verwaltungsaufwand gering ist. Auslagen für die Übermittlung fernmündlicher, fernschriftlicher und einfacher schriftlicher Auskünfte oder

1248 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.02.2007, Az.: 11 B 9.06, Rn. 45 (zitiert nach juris).

1249 Göres, NJW 2004, 1909, 1912, welcher zum Beispiel auf das Bestehen von Reisewarnungen oder Sicherheitshinweisen des Auswärtigen Amtes abstellt; Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 813 f.

1250 Göres möchte ferner noch berücksichtigen, dass zum Beispiel während einer Geiselnahme den Entführungsoffern eventuell erhebliche Vermögenswerte abhanden gekommen sind und sie auch im Zeitraum der Entführung keine Einkommen erzielen konnten, vgl. Göres, NJW 2004, 1909, 1912. Diese Auffassung ist fraglich. Solange der Zahlungsschuldner leistungsfähig ist, sollte nur unter besonderen Umständen auf eine Geltendmachung der Zahlungsforderung zu Lasten der Allgemeinheit verzichtet werden.

1251 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Auslandskostengesetzes (AKostG), BR-Drs. 286/76, S. 18, 20.

Mitteilungen von weniger als 10 Euro werden gemäß § 3 Abs. 2 und 3 AKostV nur in Visaangelegenheiten zurückgefordert.¹²⁵²

II. Kostenschuldner

Gemäß § 13 Abs. 1 AKostG ist zur Zahlung der Kosten derjenige verpflichtet, der die Amtshandlung veranlasst hat oder zu dessen Gunsten sie vorgenommen wurde, der eine entsprechende Kostenübernahmeerklärung abgegeben hat sowie derjenige, der für die Kostenschuld eines anderen kraft Gesetzes haftet. Unter letzteren sind insbesondere die unterhaltspflichtigen Angehörigen sowie die Erben zu subsumieren.

Im Wesentlichen entspricht diese Regelung daher § 5 Abs. 5 KonsG.¹²⁵³ Die Haftung des Erben ist aber mangels einer des § 5 Abs. 5 Satz 4 KonsG vergleichbaren Regelung im Auslandskostengesetz nicht automatisch auf den Nachlass beschränkt. Der Erbe muss durch eine entsprechende Erklärung seine Haftung auf den Nachlass beschränken.¹²⁵⁴

D. Kostenerstattung in Entführungsfällen

Während einer Entführungssituation befindet sich das Entführungsoffer grundsätzlich nicht in einer wirtschaftlichen Notlage.¹²⁵⁵ Auslagen, die zur Beendigung einer Entführungssituation getätigt wurden, können mithin nicht auf der Grundlage von § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG zurückgefordert werden. Eine analoge Anwendung von § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG scheitert an dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und auch einer vergleichbaren Interessenlage.¹²⁵⁶ Finanzielle Leistungen an Dritte zur Beendigung der Entführungssituation werden auf der Grundlage von § 1 Spiegelstrich 2 KonsG gewährt. Diese Norm enthält keine dem § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG vergleichbare Auslagenerstattungsregelung. Eine Auslagenerstattungspflicht wird mithin im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes in Entführungsfällen allein auf der Grundlage des Auslandskostengesetzes begründet. Grundlage hierfür ist § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 AKostG, wonach auch Amtshandlungen nach § 1 Spiegelstrich 2 KonsG erstattungsfähig sind.

Da das Bundesverwaltungsgericht Entführungssituationen unter das Tatbestandsmerkmal der Notlage subsumiert, geht es konsequenterweise auch davon aus, dass die im Rahmen der Entführung getätigten Auslagen – wie zum Beispiel ein von den Entführern zur Bedingung einer Freilassung gemachte Hubschrauberflug der Geisel vom Entführungsort weg – auf der

1252 Gemäß § 10 Abs. 3 AKostG bleiben andere Kostenermäßigungs- und -befreiungstatbestände unberührt, so dass insbesondere § 59 BHO Anwendung findet, vgl. hierzu unter E.

1253 Näher hierzu unter B.4.

1254 Zu den Möglichkeiten der Beschränkung der Haftung des Erben in Bezug auf den Nachlass nach deutschem Recht: Graf, ZEV 2000, 125, 127 ff.; Lettmann, RNotZ 2002, 538, 541 ff. Internationale Zuständigkeiten bei einer Erbschaft mit Auslandsbezug sind zu beachten, können im Rahmen dieser Untersuchung aber nicht näher erörtert werden. Erste Anhaltspunkte finden sich zum Beispiel bei Leipold, ZEV 2015, 553 ff.

1255 Siehe hierzu Kapitel 2 Abschnitt 1 A.I.6.b).

1256 Siehe hierzu Kapitel 2 Abschnitt 1 A.I.6.c).

Grundlage von § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG vom Entführungsoffer zurückgefordert werden können.¹²⁵⁷ Gerade diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Notlage durch das Bundesverwaltungsgericht ist – wie ausführlich im 2. Kapitel besprochen – fehlerhaft erfolgt.¹²⁵⁸

Unabhängig von der rechtlichen Grundlage müssen Entführungsoffer in der Praxis in der Regel nicht mit hohen Kostenbescheiden rechnen. So heißt es in einer Stellungnahme des Bundeskanzleramtes im Bundestag:

„[D]ie Lösung der Geiselnahme umfasste ja ein komplexes Bündel an Maßnahmen verschiedener Ressorts und Behörden. . . Eine Aufstellung der Kosten und der im Einzelnen getroffenen Maßnahmen ließe Rückschlüsse auf das Handeln der Bundesregierung bei der Lösung dieser Geiselkrise und damit auch möglicher zukünftiger Geiselkrisen zu. Die Bundesregierung kann unter Berücksichtigung dieser Sicherheitsgesichtspunkte nur vertraulich über Einzelheiten der Bewältigung von Geiselnahmen unterrichten und hat dies im infrage stehenden Fall auch kontinuierlich gegenüber den Obleuten der Fraktionen getan.“¹²⁵⁹

E. Stundung, Niederschlagung und Erlass

Gemäß § 59 Abs. 1 BHO darf das Auswärtige Amt Kostenansprüche in besonderen Härtefällen stunden, niederschlagen oder erlassen.¹²⁶⁰ Die Anwendbarkeit der Bundeshaushaltsordnung ergibt sich für Forderung auf Zahlungen und Gebühren nach dem Auslandskostengesetz ausdrücklich aus § 19 AKostG. Ein entsprechender ausdrücklicher Verweis existiert für die Rückzahlungsansprüche nach §§ 5 Abs. 5 und 6 Abs. 2 KonsG nicht. Ein solcher Verweis ist aber auch nicht erforderlich, da § 59 Abs. 1 BHO grundsätzlich auf alle Zahlungsansprüche der Bundesrepublik Deutschland Anwendung findet, soweit keine vorrangigen Sonderregelungen bestehen.¹²⁶¹ Zudem nimmt die Gesetzesbegründung zu § 5 KonsG auf § 59 BHO Bezug.¹²⁶²

Die Stundung nach § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BHO ist ein Zahlungsaufschub, der aufgrund vorübergehender Zahlungsschwierigkeiten des Zahlungsschuldners auf Antrag für eine bestimmte Zeit gewährt wird.¹²⁶³ Eine Stundung kann gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1

1257 BVerwG, Urteil vom 28.05.2009, Az.: 7 C 13.08, Rn. 20 ff. (zitiert nach juris).

1258 Siehe hierzu Kapitel 2 Abschnitt 1 A.I.

1259 Antwort des Staatsministers im Bundeskanzleramt Hans Martin Bury auf eine Frage der Abgeordneten Julia Klöckner, Plenarprotokoll 15/62, Stenografischer Bericht des Deutschen Bundestages, 62. Sitzung vom 24.09.2003, S. 5256.

1260 Gemäß § 59 Abs. 2 BHO bedürfen Stundung, Niederschlagung und Erlass grundsätzlich der Einwilligung, dass heißt gemäß § 36 Satz 1 BHO der vorherigen Zustimmung, des Bundesministeriums der Finanzen. Dieses hat für Maßnahmen nach § 59 Abs. 1 Satz 1 BHO darauf verzichtet, ausgenommen in Fällen von grundsätzlicher oder von erheblicher finanzieller Bedeutung (VV Nr. 1.6, 2.3.2, 2.4 und 3.5 zu § 59 BHO). Ein Fall von grundsätzlicher finanzieller Bedeutung liegt gemäß VV Nr. 1.6.1, 2.3.2, 2.4 und 3.5 zu § 59 BHO insbesondere vor, wenn die Entscheidung über den Einzelfall hinaus präjudizielle Auswirkungen haben kann. Die Grenzwerte für die Annahme einer erheblichen finanziellen Bedeutung variieren in Bezug auf die einzelnen Maßnahmen (vgl. VV Nr. 1.6.2, 2.3.2, 2.4 und 3.5 zu § 59 BHO).

1261 Vgl. § 59 Abs. 3 BHO. Lewinski/Burbar, BHO Kommentar, § 59 Rn. 6.

1262 BR-Drs. 308/72, S. 19.

1263 Vgl. VV Nr. 1.1 zu § 59 BHO. Gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 BHO wird die Stundung in der Regel nur gegen Verzinsung und gegen Sicherheitsleistung gewährt. Nähere Ausführungen zur Verzinsung und zur Sicherheitsleistung finden sich in VV Nr. 4 und 5 zu § 59 BHO.

BHO gewährt werden, wenn die sofortige Einziehung der fälligen Forderung mit erheblichen Härten für den Zahlungsschuldner verbunden wäre und der Anspruch durch die Stundung nicht gefährdet wird. Eine erhebliche Härte ist gemäß Nr. 1.2 zu § 59 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung¹²⁶⁴ (im Folgenden „VV Nr. 1.2 zu § 59 BHO“) anzunehmen, wenn sich der Zahlungsschuldner auf Grund ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse vorübergehend in ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten befindet oder im Falle der sofortigen Einziehung in diese geraten würde. Diese Voraussetzung dürfte in der Regel zum Beispiel dann vorliegen, wenn der Zahlungsschuldner aufgrund des konsularischen Notfalls seine Arbeit verloren oder zeitweise nicht beruflich tätig sein konnte, eine Rückkehr in ein Beschäftigungsverhältnis aber zu erwarten ist.

Die Niederschlagung gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BHO ist die verwaltungsinterne Entscheidung, einen Zahlungsanspruch vorübergehend oder dauerhaft nicht zu verfolgen.¹²⁶⁵ Eine Niederschlagung erfolgt, wenn feststeht, dass die Einziehung des Zahlungsanspruches keinen Erfolg haben wird oder die Kosten der Einziehung außer Verhältnis zur Anspruchshöhe¹²⁶⁶ stehen. Die Beitreibung der offenen Forderung ist erneut zu versuchen, sobald Erfolgsaussichten bestehen.¹²⁶⁷

Der Erlass ist der vollständige Verzicht auf einen Zahlungsanspruch, welcher verbindlich gegenüber dem Zahlungsschuldner erklärt wird.¹²⁶⁸ Er ist gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 BHO möglich, wenn die Einziehung im konkreten Fall für den Zahlungsschuldner eine besondere Härte darstellen würde. Gemäß VV Nr. 3.4 zu § 59 BHO ist von dem Vorliegen einer besonderen Härte insbesondere dann auszugehen, wenn sich der Zahlungsschuldner unverschuldet in einer wirtschaftlichen Notlage befindet und die Gefahr besteht, dass die Weiterverfolgung des Zahlungsanspruchs zu seiner Existenzgefährdung führt.

Auch bei dem Erlass nach § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BHO stellt sich mithin die Frage, inwieweit ein Verschulden des Zahlungsschuldners zum Beispiel im Rahmen einer bewussten Selbstgefährdung bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der besonderen Härte zu berücksichtigen ist. Wie bei der Kostenermäßigung beziehungsweise -befreiung nach § 10 Abs. 1 AKostG ist die Literatur auch hier überwiegend der Auffassung, dass diese Frage zu bejahen sei.¹²⁶⁹ Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 BHO muss die Einziehung für den Zahlungsschuldner nach Lage des Einzelfalls eine besondere Härte darstellen. Es kommt also auf die individuelle Härte im konkreten Fall an.¹²⁷⁰ Im Rahmen der Prüfung dieser individuellen Härte finden – wie auch im Rahmen der

1264 GMBI 2001 S. 307, zuletzt geändert durch GMBI 2015 S. 541.

1265 VV Nr. 2.1 zu § 59 BHO; Lewinski/Burbat, BHO Kommentar, § 59 Rn. 11.

1266 Gemäß Nr. 1.1 Satz 1 und 6 Anlage zur VV Nr. 2.6 zu § 59 BHO sollen Kleinbeträge von weniger als 7,00 Euro grundsätzlich niedergeschlagen werden. Bei Beträgen unter 36,00 Euro soll auf die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen und die Beantragung von Mahnbescheiden gemäß Nr. 3.1 Anlage zur VV Nr. 2.6 zu § 59 BHO verzichtet werden.

1267 VV Nr. 2.5 zu § 59 BHO.

1268 VV Nr. 3.1 zu § 59 BHO; Lewinski/Burbat, BHO Kommentar, § 59 Rn. 16.

1269 Hanschel, ZaöRV 66 (2006), 789, 813 f.; Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 194.

1270 Ebd.

Ermessensprüfung, welche im Rahmen des § 59 Abs. 1 BHO mit dem Tatbestand des unbestimmten Rechtsbegriffes der besonderen Härte verknüpft ist¹²⁷¹ – grundsätzlich alle nicht sachfremden Tatsachen des konkreten Einzelfalles Berücksichtigung. Die Vorhersehbarkeit oder sogar billigende Inkaufnahme der die konsularischen Schutzmaßnahmen auslösenden Notlage durch den Schutzsuchenden ist nicht sachfremd, sondern beeinflusst die besondere Härte im Einzelfall. Ferner ist zu beachten, dass Zahlungsforderungen der öffentlichen Hand aufgrund des haushaltsrechtlichen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in der Regel einzuziehen sind.¹²⁷² Der Verzicht des Staates auf ihm zustehende Einnahmen ist mithin eine Ausnahmefall, der nur durch eine Ausnahmesituation vergleichbar der in VV Nr. 3.4 zu § 59 BHO genannten Existenzgefährdung gerechtfertigt werden kann.¹²⁷³ Diese Existenzgefährdung muss zudem ausweislich VV Nr. 3.4 zu § 59 BHO aus einer unverschuldeten wirtschaftlichen Notlage folgen. Schicksalsschläge, auch wenn sie in nicht unerheblichem Umfang das Vermögen schmälern, sind bis zum Vorliegen einer wirtschaftlichen Notlage mit drohender Existenzgefährdung grundsätzlich kein Grund, auf eine Zahlungsforderung zu verzichten.¹²⁷⁴

Abschnitt 3 Ausblick: Die Strukturreform des Gebührenrechts

Mit dem Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts¹²⁷⁵ des Bundes¹²⁷⁶ wurde das Kostenrecht grundlegend reformiert. Dessen Artikel 1, das Gesetz über Gebühren und Auslagen des Bundes - Bundesgebührengesetz (im Folgenden „BGebG“) ist am 15. August 2013 in Kraft getreten.¹²⁷⁷ Ziel dieses Gesetzes ist die Vereinheitlichung des Kostenrechts der Bundesbehörden.¹²⁷⁸ Mit Inkrafttreten dessen Art. 3 und 4 werden neben dem

1271 BSG, Urteil vom 09.02.1995, Az.: 7 Rar 78/93, Rn. 59 (zitiert nach juris).

1272 Vgl. § 34 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 BHO. So auch BSG, Urteil vom 09.02.1995, Az.:

7 Rar 78/93, Rn. 61 (zitiert nach juris).

1273 Kötter/Nolte, DÖV 2007, 186, 194.

1274 Ebd.

1275 Der Gesetzgeber hat bewusst auf die bisherige Verwendung des Begriffes der Kosten als Sammelbegriff für die Gebühren und Auslagen verzichtet. Als Begründung führt er an, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter den Begriff der Kosten nur die interne betriebswirtschaftliche Kostenkalkulation zu verstehen sei, die bisher vom Begriff des Verwaltungsaufwandes nach § 3 VwKostG beschrieben wurde, BR-Drs. 305/12, S. 181. Entsprechend werde der Begriff der Kosten auch in § 3 Abs. 3 BGebG im Sinne des betriebswirtschaftlichen Kostenbegriffs legaldefiniert, BR-Drs. 305/12, S. 170 f. und 181 f. Dennoch scheint die Bezeichnung Strukturreform des Gebührenrechts unglücklich gewählt, da dieses Gesetz nicht nur das Gebührenrecht sondern das gesamte Kostenrecht reformiert. Die der Verwaltung entstehenden Kosten setzen sich aber nach wie vor aus Gebühren und Auslagen zusammen, wie sich insbesondere aus § 2 Abs. 1 BGebG ergibt, wonach das BGebG „für die Gebühren und Auslagen öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit“ gilt. Diese sprachliche Ungenauigkeit tritt an mehreren Stellen auf. Die amtliche Überschrift des § 1 BGebG heißt zum Beispiel „Gebührenerhebung“, obwohl es in dieser Regelung dann ausdrücklich um Gebühren und Auslagen und damit eben um die Kostenerhebung geht.

1276 BGBl. 2013 I S. 3154, zuletzt geändert durch BGBl. 2016 I S. 1666.

1277 Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes. Das BgebG wurde zuletzt geändert durch BGBl. 2017 I S. 417.

1278 BR-Drs. 305/12, S. 148. Eine Übersicht über die Neuregelungen des BGebG findet sich in Schlabach, NVwZ 2013, S. 1443 ff.

Verwaltungskostengesetz etwa 200 andere Kostenregelungen aufgehoben oder durch Verweise auf das Bundesgebührengesetz angepasst.¹²⁷⁹

Die Eingliederung der Auslandskosten in das Bundesgebührenrecht ist einer der materiellen Regelungsschwerpunkte des Gesetzes zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes.¹²⁸⁰ Das Auslandskostengesetz und die Auslandskostenverordnung werden aufgehoben.¹²⁸¹ Die Kostenvorschriften des Konsulargesetzes werden an diese neue Struktur angepasst.¹²⁸²

Das Bundesgebührengesetz berührt nicht die im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes gewährte Hilfen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG, welche auf der Grundlage von § 5 Abs. 5 und § 6 Abs. 2 KonsG zu erstatten sind.¹²⁸³

Gemäß § 1 BGebG werden für individuell zurechenbare Leistungen Gebühren und Auslagen nach Maßgabe des Bundesgebührengesetzes und der Gebührenverordnungen nach § 22 Abs. 3 und 4 BGebG erhoben.

Im Folgenden werden zunächst die zeitliche Anwendbarkeit und die Systematik des neuen Kostenrechts (hierzu unter A) und im Anschluss wesentliche Grundsätze der Gebührenerhebung (hierzu unter B) dargestellt.

A. Rechtsgrundlagen für die künftige Kostenerstattung

Das neue Kostenrecht tritt etappenweise in Kraft (hierzu unter I) und erhält eine neue Systematik (hierzu unter II).

I. Übergangsregelungen

Die Regelungen des Bundesgebührengesetzes finden auf Kosten des Auswärtigen Amtes und der Auslandsvertretungen gemäß § 23 Abs. 7 und Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 BGebG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 39 ff. Gesetz zur Aktualisierung der Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes erst ab dem 1. Oktober 2021 Anwendung.¹²⁸⁴ Diese Frist gilt auch für die anderen Bundesministerien¹²⁸⁵ mit Ausnahme des Bundesministeriums des

1279 BR-Drs. 305/12, S. 148, 162.

1280 Ebd. S. 150, 170; BT-Drs. 17/10422, S. 89.

1281 Art. 4 Abs. 43 und 44 Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes, BGBl. 2016 I S. 119 f.

1282 BR-Drs. 69/16, S. 10 ff., 60 ff.

1283 Hierzu unter Abschnitt 2 B.

1284 Ursprünglich sollten sie bereits am 14.08.2018 in Kraft treten, vgl. Art. 4 Abs. 42 ff. Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes in Verbindung mit § 23 Abs. 7 und Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 BGebG in der Fassung des Gesetzes zur Strukturreform des Bundes vom 07.08.2013, BGBl. 2013 I S. 3153. Aufgrund von zu engen zeitlichen Vorgaben bis zum Erlass der Besonderen Gebührenverordnung des Bundesministeriums des Inneren und der Einbeziehung der Bundespolizei in ihren Regelungsbereich (vgl. BR-Drs. 69/16, S. 30 f.) wird die Anwendbarkeit verschoben.

1285 Art. 7 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 4 Gesetz zur Aktualisierung der Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes, BGBl. 2016 I S. 1666.

Innenen, für welches eine Frist bis zum 1. Oktober 2019 vorgesehen ist.¹²⁸⁶ Allerdings ist das Bundesgebührengesetz auch ohne bestehende Gebührenverordnungen mit den Übergangsvorschriften des § 23 Abs. 1 bis 6 BGebG für die anderen Bundesministerien bereits am 15. August 2013 in Kraft getreten. Das Auslandskostenrecht bildet insoweit eine Ausnahme, da es bisher nicht vom Anwendungsbereich des Verwaltungskostengesetzes und damit des allgemeinen Kostenrechts erfasst war.¹²⁸⁷

Mit Wirkung zum 1. Oktober 2021 werden das Auslandkostengesetz und die Auslandskostenverordnung aufgehoben und der 5. Abschnitt des Konsulargesetzes über Gebühren und Auslagen durch neue Regelungen ersetzt.¹²⁸⁸ Das Auswärtige Amt muss daher bis zum 1. Oktober 2021 eine Besondere Gebührenverordnung nach § 22 Abs. 4 Satz 1 BGebG erlassen. Diese Besondere Gebührenverordnung kann gemäß § 23 Abs. 8 Satz 2 BGebG auch einen früheren Zeitpunkt für die Anwendbarkeit des neuen Gebührenrechts bestimmen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass bis zum Erlass einer Besonderen Gebührenverordnung für das Auswärtige Amt, spätestens aber bis zum 1. Oktober 2021 das bisherigen Gebührenrecht des Auswärtigen Dienstes weiterhin anzuwenden ist.¹²⁸⁹

Für das Auslandskostenrecht bestehen anders als für die anderen Bundesministerien keine Übergangsregelungen. Während die anderen Bundesministerien vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgebührengesetzes am 15. August 2013 bis zum 1. Oktober 2021 beziehungsweise für das Bundesministerium des Innern bis zum 1. Oktober 2019 die Übergangsregelungen des § 23 Abs. 1 bis 6 BGebG gelten, sind diese Vorschriften auf das Auslandskostenrecht gemäß § 23 Abs. 7 BGebG nicht anwendbar. Fraglich ist daher, ob für vor dem 1. Oktober 2021 erbrachte zurechenbare Leistungen ein Kostenbescheid nach dem Bundesgebührengesetz in Verbindung mit der Besonderen Gebührenverordnung des Auswärtigen Amtes ergehen kann. Dies dürfte insbesondere deshalb zweifelhaft sein, weil für identische individuell zurechenbare Leistungen grundsätzlich auch die gleiche Gebühr zu erheben ist. Es kann also nicht in der Hand der jeweiligen Auslandsvertretung liegen, Kostenerstattungsbescheide vor oder abwartend nach dem 1. Oktober 2021 zu erlassen und hierdurch gegebenenfalls die Höhe der Rückzahlungsforderung zu beeinflussen. Auch wenn sich inhaltlich an den Vorschriften zur Kostenerstattung wenig ändert, dürften insbesondere die Gebührentatbestände der Auslandskostenverordnung in der neuen Besonderen

1286 Art. 7 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Gesetz zur Aktualisierung der Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes, BGBl. 2016 I S. 1666. Ursprünglich sollte das neue Gebührenrecht für die Verwaltungstätigkeit des Bundesministeriums des Innern gemäß Art. 5 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes am 14.08.2016 gelten, vgl. BGBl. 2013 I S. 3153, 3211.

1287 BR-Drs. 305/12, S. 222.

1288 § 23 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 BGebG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 3, Art. 4 Abs. 39 ff. Gesetz zur Aktualisierung der Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes, vgl. BGBl. 2016 I S. 1666. Vgl. auch die Übersicht, an welche Stelle der bisherige Regelungsinhalt des AKostG und der AKostV in das BGebG übernommen wurde, BR-Drs. 69/16, S. 63 ff. Diese Übersicht verdeutlicht erneut, dass mit der Reform grundsätzliche keine inhaltliche Änderung der Kostenerstattungsregelungen einhergeht.

1289 BT-Drs. 17/10422, S. 120, wonach „das Auslandskostenrecht . . . bis zur vollständigen Umsetzung der Strukturreform materiell fortbesteht“.

Gebührenverordnung des Auswärtigen Amtes erhöht werden. Es wäre daher zu begrüßen, wenn eine entsprechende Übergangsregelung in die Besondere Gebührenverordnung aufgenommen wird. So könnte zum Beispiel geregelt werden, dass keine höheren als im Zeitpunkt der Leistungserbringung geltenden Gebühren erhoben werden dürfen. Eine entsprechende Regelung wäre auch im Einklang mit § 4 Abs. 1 BGebG, wonach die konkrete Gebührenschuld mit Beendigung der individuell zurechenbaren Leistung entsteht.

II. Systematik des künftigen Kostenrechts

Die Gebühren und Auslagen des Auswärtigen Amtes, der Auslandsvertretungen und der Honorarkonsularbeamten¹²⁹⁰ sind gemäß § 25 KonsG (neu) nach den Vorschriften des Bundesgebührengesetzes zu erheben, soweit §§ 25a bis 26 KonsG (neu) keine Sonderregelung treffen.

§§ 25a bis 26 KonsG (neu) übernehmen für den Auswärtigen Dienst bisher im Auslandskostengesetz und in der Auslandskostenverordnung geltende Sonderregelungen insbesondere bei der Gebührenerhebung.¹²⁹¹ So kann zum Beispiel gemäß § 25d KonsG (neu) ein Zuschlag in Höhe von höchstens 200 Prozent zum Ausgleich von Kaufkraftunterschieden oder zur Anpassung an höhere Gebührensätze¹²⁹² im Empfangsstaat erhoben oder gemäß § 25b Abs. 2 Satz 2 KonsG (neu) andere als die üblichen Bezugsmaßstäbe für die Gebührenfestsetzung, wie der nicht wirtschaftliche Wert und die Bedeutung der Amtshandlung für den Kostenschuldner oder die Sprachgruppe zum Beispiel bei Übersetzungen,¹²⁹³ gewählt werden.

Das Bundesgebührengesetz enthält gemäß § 2 Abs. 1 BGebG allgemeine Vorschriften über die Kostenerhebung für die Verwaltungstätigkeit aller Bundesbehörden und bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts wie zum Beispiel Vorschriften zur Entstehung der Gebührenschuld, zum Gebührenschuldner und -gläubiger, zur Fälligkeit und Verjährung. Weitergehende Regelungen werden gemäß § 22 BGebG in den verschiedenen Gebührenverordnungen getroffen.

Die Bundesregierung hat auf der Grundlage von § 22 Abs. 3 BGebG eine Allgemeine Gebührenverordnung¹²⁹⁴ (im Folgenden „AGebV“) erlassen, welche gemäß § 13 AGebV am 20. Februar 2015 in Kraft getreten ist. Diese Allgemeine Gebührenverordnung gilt für die

1290 Die Besonderheiten in Bezug auf die Kostenerstattung durch Honorarkonsularbeamte erbrachte Leistungen ändern sich inhaltlich nicht, § 25a KonsG (neu) tritt lediglich an die Stelle des § 26 KonsG, vgl. BR-Drs. 69/16, S. 61.

1291 Ebd. S. 60 ff. So kann zum Beispiel gemäß § 9 Abs. 2 BGebG anders als in § 25b Abs. 1 Satz 1 KonsG (neu) und § 4 Abs. 1 AKostG nur der wirtschaftliche Wert und der wirtschaftliche Nutzen einer Amtshandlung in den Kostenberechnungsregelungen Berücksichtigung finden.

1292 BR-Drs. 69/16, S. 62. Derzeit findet sich eine entsprechende Regelung in § 6 AKostG.

1293 Ebd. S. 61 f. Entsprechende Bestimmungen zur Berechnung finden sich derzeit zum Beispiel in § 4 Abs. 1 AKostG und in § 4 AKostV in Verbindung mit Nr. 520 Anlage 1 zu § 1 AKostV in Verbindung mit Anlage 4 zu § 4 AKostV.

1294 BGBl. 2015 I S. 130, zuletzt geändert durch BGBl. 2016 I S. 2162.

gesamte Bundesverwaltung. Ihr Regelungsbereich ist durch die Vorgaben in § 22 Abs. 3 BGebG begrenzt.

Die einzelnen Bundesministerien dürfen nach § 22 Abs. 4 Satz 1 BGebG Besondere Gebührenverordnungen für ihren Zuständigkeitsbereich erlassen, soweit keine Regelungen durch die Allgemeine Gebührenverordnung getroffen wurden. Trifft die Allgemeine Gebührenordnung nach Erlass einer Besonderen Gebührenverordnungen inhaltsgleiche oder von dieser abweichende Regelungen, gehen diese denen der jeweiligen Besonderen Gebührenordnung gemäß § 22 Abs. 4 Satz 2 BGebG vor. Die einzelnen Bundesministerien haben bis zum 1. Oktober 2021 Zeit,¹²⁹⁵ eine Besondere Gebührenverordnung für ihren Geschäftsbereich auf der Grundlage von § 22 Abs. 4 BGebG zu erlassen, da gemäß § 24 BGebG die Übergangsbestimmungen nach § 23 BGebG und damit insbesondere auch das Auslandskostengesetz und die Auslandskostenverordnung zum 1. Oktober 2021 außer Kraft treten.

Das Bundesgebührengesetz ist so aufgebaut, dass es in den §§ 4 ff. BGebG Regelungen für Gebühren trifft, welche dann gemäß § 12 Abs. 3 BGebG auf Auslagen entsprechend anwendbar sind, soweit sie inhaltlich nicht ausschließlich die Gebührenerhebung betreffen. Der Auslagenerstattung kommt gegenüber der Gebührenerhebung lediglich eine ergänzende Funktion zu.¹²⁹⁶ Daher sollen mit einer Verwaltungstätigkeit regelmäßig auftretende Auslagen gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 BGebG bei der Gebührenbemessung berücksichtigt, diese also einbezogen werden. Lediglich in § 12 BGebG findet sich eine ausschließlich die Auslagenerstattung betreffende Regelung.

Als Auslagen werden gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BGebG diejenigen tatsächlich entstandenen Kosten der Verwaltungstätigkeit erhoben, die nicht in den Gebühren berücksichtigt werden, und zwar gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 BGebG unabhängig davon, ob und in welcher Höhe eine Gebührenerhebung im konkreten Fall tatsächlich vorgesehen ist.

§ 12 Abs. 1 Satz 1 BGebG zählt beispielhaft¹²⁹⁷ fünf typische Auslagenarten wie zum Beispiel Kosten für Sachverständige und Dolmetscher auf. Weitere Auslagenarten kann das Auswärtige Amt gemäß § 22 Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 in Verbindung mit § 12 Abs. 2 Nr. 2 BGebG auch in seiner Besonderen Gebührenverordnung bestimmen. Von § 12 Abs. 1 BGebG abweichende Bestimmungen können im Rahmen des § 12 Abs. 2 BGebG in der Allgemeinen Gebührenverordnung und in den Besonderen Gebührenverordnungen vorgesehen werden.

1295 Mit Ausnahme des Bundesministeriums des Innern, für welches eine Frist bis zum 01.10.2019 vorgegeben ist.

1296 Die Gesetzesbegründung spricht vom „Wesen der Auslagenpflicht als Annex zur Gebührenpflicht“. Zugleich soll allein die Verwendung des Begriffes der Gebühr die Lesbarkeit des Gesetzes erhöhen, BR-Drs. 305/12, S. 205. Der Begriff der Kosten wird vom Gesetzgeber bewusst nicht mehr in diesem Zusammenhang verwendet, vgl. Fn. 1276.

1297 BR-Drs. 305/12, S. 203.

B. Grundsätze der Gebührenerhebung

Inhaltliche Änderungen gegenüber den bisherigen Kostenerstattungsregelungen im Rahmen konsularischer Tätigkeit finden sich im neuen Kostenrecht nur wenige. So bestimmt § 1 BGebG insbesondere entsprechend der bisherigen Rechtslage für Amtshandlungen des Auswärtigen Dienstes eine grundsätzliche Pflicht zur Kostenerhebung, soweit keine Ausnahmetatbestände Anwendung finden.¹²⁹⁸

Hervorzuheben ist aber, dass der Grundsatz der individuellen Zurechenbarkeit von Kosten jetzt ausdrücklich geregelt (hierzu unter I) und das Kostendeckungsprinzip eingeführt wird (hierzu unter II).

I. Individuelle Zurechenbarkeit der Kosten

Kosten werden gemäß § 1 BGebG für individuell zurechenbare Leistungen und nicht wie bisher für Amtshandlungen¹²⁹⁹ erhoben. Hiermit wird ein allgemeiner, bisher ungeschriebener Grundsatz der Kostenerhebung ausdrücklich im Gesetz verankert.¹³⁰⁰ Zudem sollen Abgrenzungsprobleme zu anderen Erstattungsansprüchen wie insbesondere Benutzungsgebühren behoben werden.¹³⁰¹ Öffentliche Leistungen sind gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 BGebG alle Handlungen im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit mit Außenwirkung. Individuell zurechenbar ist eine Leistung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 BGebG, die beantragt oder sonst willentlich in Anspruch genommen wird, die zugunsten des von der Leistung betroffen erbracht wird, die durch den von der Leistung Betroffenen veranlasst¹³⁰² wurde oder bei der ein Anknüpfungspunkt im Pflichtenkreis des von der Leistung Betroffenen rechtlich begründet ist.¹³⁰³ Im Rahmen der Ausübung von konsularischen Schutz dürften in der Regel die erste und die zweite Alternative einschlägig sein. Inhaltlich ändert sich daher gegenüber der bisherigen Rechtslage insoweit nichts.

II. Kostendeckungsprinzip

Während Auslagen in voller Höhe zu erstatten sind und damit der bei der Verwaltung durch die Amtshandlung entstandene finanzielle Nachteil vollständig ausgeglichen werden soll, ist das bei

1298 Ebd. S. 169. Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Kostenerstattungspflicht finden sich zum Beispiel in §§ 7 und 8 BGebG über die sachliche und die persönliche Gebührenfreiheit und in § 9 Abs. 4 und 5 BGebG über Kostenermäßigungen und -befreiungen aus Gründen des öffentlichen Interesses oder der Billigkeit.

1299 Vgl. insbesondere § 25 KonsG und § 1 AKostG.

1300 „Damit wird vorausgesetzt, dass zwischen der kostenverursachenden Leistung der Verwaltung und dem Gebührenschuldner eine besondere Beziehung besteht, die es gestattet, die Amtshandlung dem Gebührenschuldner individuell zuzurechnen.“, BVerwGE 115, 125, 129.

1301 BR-Drs. 305/12, S. 172.

1302 Der Begriff der Veranlassung ist laut Gesetzesbegründung im Einklang mit dem BVerfG einschränkend dahingehend auszulegen, dass Veranlasser nur derjenige ist, der die Leistung willentlich herbeiführt, BR-Drs. 305/12, S. 180.

1303 So schon BVerfGE 91, 207, 223: „Vielmehr muß die gebührenpflichtige Leistung an eine besondere Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Personen anknüpfen; diese Verantwortlichkeit muß aus der Sache selbst ableitbar sein.“

Gebühren bisher aufgrund des geltenden Äquivalenzprinzips nicht unbedingt der Fall. Gemäß § 4 Abs. 1 AKostG¹³⁰⁴ sind Gebühren bisher so zu bemessen, dass zwischen ihrer den Verwaltungsaufwand zu berücksichtigenden Höhe und der Bedeutung, dem wirtschaftlichen Wert oder dem sonstigen Nutzen ein angemessenes Verhältnis besteht.

Die Gebührenbemessung nach dem Bundesgebührengesetz basiert auf dem Kostendeckungsprinzip.¹³⁰⁵ Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 BGebG soll jede Gebühr die mit der individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung verbundenen Kosten aller an der Leistungserbringung Beteiligten und damit den gesamten nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermittelnden Verwaltungsaufwand decken.¹³⁰⁶ Typischerweise mit der Verwaltungstätigkeit verbundene Auslagen sind gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 BGebG in die Gebühr einzurechnen und dann auch nicht mehr gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BGebG als Auslagenerstattungsanspruch zu berücksichtigen. Eine kostenüberdeckende Gebühr kann im Rahmen des konsularischen Schutzes gemäß § 25b Abs. 1 Satz 1 KonsG (neu) über die Regelung des § 9 Abs. 2 BGebG hinausgehend¹³⁰⁷ auch erhoben werden, wenn die Verwaltungstätigkeit einen darüber hinausgehenden nicht wirtschaftlichen Wert oder eine darüber hinausgehende nicht wirtschaftliche Bedeutung hat. Nähere Regelungen zur Gebührenbemessung enthalten §§ 2 ff. AGebV in Verbindung mit § 22 Abs. 3 Nr. 1 BGebG¹³⁰⁸ und können gemäß § 22 Abs. 4 Satz 1 BGebG auch in den noch zu erlassenen Besonderen Gebührenordnungen der verschiedenen Bundesministerien enthalten sein.

1304 Ebenso § 3 Satz 1 VwKostG.

1305 Dies dürfte zur Folge haben, dass der nunmehr ausdrücklich erwähnten Zeitgebühr (vgl. § 11 Nr. 2 BGebG) eine erhebliche Bedeutung zukommen wird. Näher zur Zeitgebühr Prömper, DÖV 2016, 293 ff.

1306 BR-Drs. 305/12, S. 191, 192 ff. Auch dies ist ein materieller Regelungsschwerpunkt des Gesetzes zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes, ebd. S. 149.

1307 Ebd. S. 191 ff. Insoweit und mit Blick auf § 9 Abs. 3 findet das Äquivalenzprinzip weiterhin Berücksichtigung, ebd. S. 194 f.

1308 Ebd. S. 215 f.

Kapitel 4 Ergebnis und Gesetzesvorschlag

In diesem letzten Kapitel werden zunächst die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit noch einmal zusammengefasst (hierzu unter Abschnitt 1). Im Anschluss wird ein Gesetzesvorschlag unterbreitet, der geeignet ist, einen Großteil der dargestellten Problemkreise und der sich daraus ergebenden Rechtsunsicherheiten zu beseitigen (hierzu unter Abschnitt 2).

Abschnitt 1 Zusammenfassung

Zunächst werden die Ergebnisse zu den im Rahmen des konsularischen Schutzes bestehenden staatlichen Handlungspflichten (hierzu unter A), dann die sich mit dem konsularischen Schutz befassenden Regelungen des Konsulargesetzes (hierzu unter B) und schließlich die Regelungen über die Erstattung der im Rahmen der Gewährung konsularischen Schutzes entstandenen Kosten (hierzu unter C) zusammengefasst dargestellt.

A. Zusammenfassung Kapitel 1

Weder im internationalen noch im nationalen Recht besteht eine allgemeine staatliche Handlungspflicht oder ein allgemeiner subjektiver Anspruch des Einzelnen auf die Gewährung konsularischen Schutzes. Dennoch kann der folgenden Aussage nicht zugestimmt werden:

„Ein Anspruch des einzelnen auf konsularischen Schutz oder bestimmte Schutzmaßnahmen besteht nicht.“¹³⁰⁹

Im Einzelfall kann sich ein Anspruch auf Ausübung konsularischen Schutzes und sogar auf die Vornahme bestimmter Einzelmaßnahmen sowohl aus dem Völkerrecht, dem Europarecht, dem Verfassungsrecht sowie dem einfachen Bundesrecht ergeben.

Anhand eines historischen Falles (hierzu unter I) wird im Folgenden exemplarisch dargestellt, in wie weit sich aus dem Völkerrecht (hierzu unter II), dem Europarecht (hierzu unter III) und dem nationalen Recht (hierzu unter IV) Handlungspflichten der Bundesrepublik Deutschland und subjektive Ansprüche des Einzelnen auf die Vornahme konsularischer Schutzmaßnahmen ergeben können. Bei dieser Fallanalyse wird auf die heutige Rechtslage abgestellt. Möglichkeiten zur Ausübung diplomatischen Schutzes, die in diesem Beispielfall zweifelsfrei bestehen, sind nicht Analysegegenstand.

I. Sachverhalt Erläuterungsbeispiel

Von 1976 bis 1983 bestand in Argentinien eine Militärdiktatur, welcher schätzungsweise 30.000 Menschen – davon mindestens 100 deutsche Staatsangehörige beziehungsweise deutschstämmige Personen – zum Opfer fielen.¹³¹⁰

1309 Seidl-Hohenveldern/Meyer-Lindenberg, Lexikon Völkerrecht, S. 235 f.

1310 BT-Drs. 17/3184, S. 1. General Luciano Benjamín Menéndez hatte bereits zu Beginn der Machtübernahme öffentlich erklärt: „Wir werden 50.000 Menschen töten müssen. 25.000

Elisabeth Käsemann lebte seit 1970 in Buenos Aires. Sie studierte und arbeitete dort und engagierte sich in zivilen und politischen Organisationen für sozial benachteiligte Bevölkerungsgruppen. Sie wurde in der Nacht vom 8. auf den 9. März 1977 von der Militärpolizei verhaftet, in das geheime Haftzentrum „Campo Palermo“ gebracht und dort unter anderem mit Schlägen und Elektroschocks gefoltert. Einige Tage später wurde sie in das Geheimgefängnis „El Vesubio“ verlegt. Auch dort wird sie unter erniedrigenden Haftbedingungen gefoltert.

Die Bundesrepublik Deutschland erhielt noch im März 1977 Kenntnis von dem durch die Militärpolizei verursachten Verschwinden Elisabeth Käsemanns. Daraufhin verlangte sie über die deutsche Botschaft in Buenos Aires vom argentinischen Außenministerium und mehreren militärischen Dienststellen Auskunft darüber, ob sich Elisabeth Käsemann im Gewahrsam des Militärs befinde. Nach einer verneinenden Antwort wurde sie trotz erdrückender gegenteiliger Anhaltspunkte nicht weiter tätig.

Am 24. Mai 1977, kurz nach ihrem 30. Geburtstag, wurde Elisabeth Käsemann mit 15 weiteren Inhaftierten von Militärangehörigen getötet. Wirtschaftliche und sportliche Verbindungen der Bundesrepublik Deutschland zu Argentinien waren eng. Durch Vermittlung und mit Genehmigung des Auswärtigen Amtes erteilte das argentinische Militär Aufträge in Milliardenhöhe. Am 5. Juni 1977 fand ein Freundschaftsspiel zwischen der deutschen und der argentinischen Fußballnationalmannschaft statt. Einen Tag später, am 6. Juni 1977, wurde der Tod von Elisabeth Käsemann offiziell bekannt gegeben.

Nach heute einhelliger Auffassung hätte die Intervention eines hochrangigen Vertreters der Bundesrepublik Deutschland zur Freilassung von Elisabeth Käsemann geführt. Diejenigen Staaten wie zum Beispiel Spanien, Frankreich, England, die USA und Österreich, welche sich rechtzeitig aktiv um den Schutz ihrer Staatsangehörigen bemüht haben, konnten anders als die Bundesrepublik Deutschland ihre „verschwundenen“ Staatsangehörigen zumeist freibekommen.¹³¹¹

Als Todesursache von Frau Käsemann und weiteren Inhaftierten gab das argentinische Militär ein Feuergefecht zwischen Terroristen und Sicherheitskräften an. Die Obduktion der Leiche in Tübingen ergab, dass sie durch Schüsse aus kurzer Distanz in Genick und Rücken zu Tode gekommen sei. Das auf eine Anzeige der Familie eröffnete Ermittlungsverfahren der Tübinger Staatsanwaltschaft wurde im Februar 1980 eingestellt.¹³¹²

Subversive, 20.000 Sympathisanten und wir werden 5.000 Fehler machen.“, vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Schlussstrichgesetz#cite_note-Lewis-1, zuletzt abgerufen am 02.09.2017.

1311 Wagner, Die Leichen im Keller des Auswärtigen Amtes, S. 65; Friedler, Das Mädchen – Was geschah mit Elisabeth K.?, ca. Minute 34:50 bis 35:00.

1312 Der Sachverhalt ist zum Beispiel zu entnehmen BT-Drs. 17/3184, 17/13816 und 18/2309; Baer/Dellwo, Dass Du zwei Tage schweigst unter der Folter, S. 10 ff., 19 ff.; Friedler, Das Mädchen – Was geschah mit Elisabeth K.?, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.veoh.com/watch/v1037818059GpWaXxd>, wikipedia, Stichwort Elisabeth Käsemann, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://de.wikipedia.org/wiki/Elisabeth_K%C3%A4semann sowie den Angaben auf der Homepage der Elisabeth Käsemann Stiftung, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.elisabeth-kaesemann-stiftung.de/elisabeth-kaesemann.html>.

Zwischen 1976 und 1978 waren in dem Geheimgefängnis „El Vesubio“ etwa 2.500 Menschen inhaftiert. 1978 wurde das Gefängnis aufgrund eines anstehenden Besuches der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte¹³¹³ abgerissen. Im August 2003 wurden das Schlusstrichgesetz („Ley de Punto Final“) vom 23. Dezember 1986¹³¹⁴ und das Gesetz über die Gehorsamspflicht („Ley de Obediencia Debida“) ¹³¹⁵ vom 4. Juni 1987, welche Amnestie für die Begehung von Straftaten während der Militärdiktatur gewährten und den Begriff des strafbefreienden Befehlsnotstandes ausdehnten, aufgehoben. In Argentinien kam es seitdem zu mehreren Gerichtsverfahren gegen Armeeingehörige im Zusammenhang mit dem Gefängnis „El Vesubio“,¹³¹⁶ in denen die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die deutsche Botschaft in der Argentinischen Republik, als Nebenklägerin aufgetreten ist.¹³¹⁷

II. Völkerrecht

Aus dem Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen (im Folgenden „WÜK“) ergibt sich kein Anspruch auf konsularischen Schutz gegen den Entsendestaat. Es gewährt dem Entsendestaat gemäß Art. 5 lit. a) und e) WÜK lediglich ein Recht auf Ausübung konsularischen Schutzes. Frau Käsemann hatte aber aus Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 WÜK einen Anspruch gegen Argentinien gerichtet auf unverzügliche Unterrichtung der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland über ihre Inhaftierung.¹³¹⁸ Die Durchsetzbarkeit dieses Anspruches durch Frau Käsemann oder durch eine andere Person in ihrem Namen vor dem Internationalen Gerichtshof ist nicht möglich, da gemäß Art. 34 Abs. 1 Statut des Internationalen Gerichtshofes insoweit nur Staaten klageberechtigt sind.

Die Inhaftierung, die Haftbedingungen und die vorsätzliche Tötung von Frau Käsemann durch das argentinische Militär ohne die Durchführung eines Gerichtsverfahrens und einer entsprechenden Verurteilung sowie das unterlassene Einschreiten der Bundesrepublik Deutschland verstoßen gegen mehrere im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (im Folgenden „IPbpr“) ¹³¹⁹ gewährte Menschenrechte.

1313 Die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte wurde 1959 von der Organisation Amerikanischer Staaten ins Leben gerufen. Sie hat sieben Mitglieder, ihren Sitz in Washington D.C. und bildet zusammen mit dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte das sogenannte Interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte. Weitere Informationen finden sich auf der Homepage der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 in englischer Sprache unter <http://www.oas.org/en/iachr/>.

1314 Die Originalfassung ist in spanischer Sprache zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>.

1315 Die Originalfassung wurde in spanischer Sprache zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD10/contenidos/teorico/mod2/art11/index.html>.

1316 Eine Übersicht der Verfahren, in denen auch die Taten in El Vesubio eine Rolle spielten, findet sich unter http://de.wikipedia.org/wiki/El_Vesubio#Aufarbeitung, zuletzt abgerufen am 02.09.2017. Die argentinischen Gerichtsverfahren beruhen maßgeblich auch auf deutschen Ermittlungsverfahren sowie deutschen Auslieferungsgesuchen und internationalen Haftbefehlen, vgl. Amnesty International, Argentinien: Späte Wahrheiten, Amnesty Journal Mai 2007, zuletzt abgerufen am 24.07.2016 unter <https://www.amnesty.de/umleitung/2007/deu05/067>.

1317 BT-Drs. 18/2309, S. 18.

1318 Für Argentinien ist das WÜK am 06.04.1967 in Kraft getreten, BGBl. 1971 II S. 1285.

1319 Der IPbpr ist für Argentinien allerdings erst am 08.11.1986 in Kraft getreten, vgl. BGBl. 1987 II

Art. 6 Abs. 1 IPbpR verbietet die willkürliche Tötung eines Menschen durch staatliche Stellen und Art. 7 Satz 1 IPbpR Folter sowie grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 IPbpR gewährleistet das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit. Dies bedeutet insbesondere gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 2 IPbpR, dass niemand willkürlich festgenommen oder in Haft gehalten werden sowie eine Inhaftierung gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 3 IPbpR nur aufgrund eines Gesetzes und gemäß dieses Gesetzes erfolgen darf. Gemäß Art. 10 Abs. 1 IPbpR muss jeder Inhaftierte menschlich und unter Beachtung seiner Menschenwürde behandelt werden. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 IPbpR gewährt einen Anspruch auf ein gesetzmäßiges, faires und öffentliches Gerichtsverfahren sowie in Abs. 3 IPbpR verfahrensrechtliche Mindestgarantien. Die Inhaftierung und Tötung von Frau Käsemann verstieß somit mindestens gegen Art. 6, 7, 9, 10 und 14 IPbpR.

Art. 2 Abs. 1 IPbpR verpflichtet die Vertragsstaaten, die in diesem Vertrag garantierten Rechte allen ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen zu gewährleisten. Sie sind daher verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz ihrer Staatsangehörigen vor Verletzungen der im IPbpR garantierten Rechte zu ergreifen. Diese Pflicht gilt auch exterritorial, das heißt sie erstreckt sich für die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat des IPbpR auch auf sich im Ausland aufhaltende deutsche Staatsangehörige, da diese auch im Ausland ihrer Personalhoheit unterliegen.

Zum Schutz von Frau Käsemann vor weiteren Verletzungen ihrer Rechte aus dem IPbpR kam allein die Ausübung konsularischen Schutzes¹³²⁰ in Betracht. Argentinien unterhält mit der Bundesrepublik Deutschland konsularische Beziehungen,¹³²¹ so dass ihr die Ausübung konsularischen Schutzes über die Deutsche Botschaft in Buenos Aires¹³²² möglich war. Die Bundesrepublik Deutschland war demnach verpflichtet, entsprechende konsularische Schutzmaßnahmen zu ergreifen, auch wenn ihr Erfolg letztendlich von der Reaktion der argentinischen Behörden abhing.

Zur Durchsetzung ihrer Rechte aus dem IPbpR und der korrespondierenden Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland hätte Elisabeth Käsemann den UN-Menschenrechtsausschuss, den Individualbeschwerdemechanismus des IPbpR, anrufen können. Dieser hätte im vorliegenden Fall mit großer Wahrscheinlichkeit die Bundesrepublik Deutschland auch zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes¹³²³ und damit zum Ergreifen

S. 241.

1320 Das hier nicht untersuchte Recht auf Ausübung diplomatischen Schutzes bestand ebenfalls. Allein die unterlassene Unterrichtung über die Inhaftierung hätte als Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK und damit gegen geltendes Völkerrecht zu einer entsprechenden Schutzausübung berechtigt.

1321 Die Bundesrepublik Deutschland entsendet seit 1951 Botschafter nach Argentinien, vgl. die Liste der deutschen Botschafter seit 1951, Homepage der Deutschen Botschaft Buenos Aires, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://www.buenos-aires.diplo.de/Vertretung/buenosaires/de/02-die-botschaft/geschichte/botschafter-galerie.html>.

1322 Daneben verfügt die Bundesrepublik Deutschland über derzeit neun Honorarkonsulate in Argentinien, vgl. Homepage des Auswärtigen Amtes, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Laenderinformationen/01-Laender/DeutscheAVen/Argentinien/DeutscheVertretungen_node.html.

1323 Rule 92 der Rules of Procedure of the Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/C/3/Rev.10 vom 11.01.2012, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter

geeigneter konsularischer Schutzmaßnahmen verpflichtet.¹³²⁴ Wäre die Bundesrepublik Deutschland dieser Aufforderung nicht nachgekommen, hätte dies eine eigenständige Verletzung des IPbPR dargestellt.¹³²⁵

Ferner haben die argentinischen Behörden gegen Art. 2 der Antifolterkonvention¹³²⁶ und das völkergewohnheitsrechtliche Folterverbot verstoßen. Die Bundesrepublik Deutschland hätte entsprechend ihren Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 1 Antifolterkonvention im Wege des konsularischen Schutzes Maßnahmen zum Schutz von Frau Käsemann vor weiteren Verstößen gegen das Folterverbot ergreifen müssen. Frau Käsemann hätte diese Verletzung vor dem UN-Ausschuss gegen Folter, der zuständigen Individualbeschwerdeinstanz der Antifolterkonvention, geltend machen und auch hier einstweiligen Rechtsschutz¹³²⁷ erlangen können.

Aus dem Völkerrecht hatte Frau Käsemann einen Anspruch auf Ausübung konsularischen Schutzes aus dem IPbPR und der Antifolterkonvention. Die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat dieser beiden internationalen Abkommen war verpflichtet, dass ihr Mögliche und Zumutbare zu tun, um Frau Käsemann vor weiteren Beeinträchtigungen ihrer im IPbPR und in der Antifolterkonvention gewährleisteten und durch die rechtswidrige Inhaftierung und die rechtswidrigen Haftbedingungen verletzten Rechte zu bewahren.

III. Europarecht

Die unterlassene konsularische Hilfe der Bundesrepublik Deutschland stellt auch eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden „EMRK“) dar. Die deutschen Behörden wären nach der EMRK verpflichtet gewesen, zugunsten von Frau Käsemann zu intervenieren und konsularischen Schutz auszuüben (hierzu unter 1). Aus dem Recht der Europäischen Union ergeben sich im vorliegenden Fall keine konsularischen Schutzansprüche (hierzu unter 2).

1. Recht des Europarates

Die Inhaftierung von Frau Käsemann und ihre Behandlung durch das argentinische Militär verstoßen gegen mehrere in der EMRK gewährleisteten Rechte (hierzu unter a). Die Bundesrepublik Deutschland war verpflichtet, im Wege des konsularischen Schutzes das ihr

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f3%2fREV.10&Lang=en.

1324 In einem Fall des Verschwindenlassens verpflichtete der Menschenrechtsausschuss das damalige Zaire: „to avoid any action that might cause irreparable harm to the alleged victim“, Katombe L. Tshishimbi/Zaire, Entscheidung vom 25.03.1996, Communication No. 542/1993, Rn. 4.1., UN Doc. vom 16.04.1996, CCPR/C/56/D/542/1993, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter <http://juris.ohchr.org/Search/Details/542>.

1325 Keller/Marti, ZaöRV 63 (2003), 325, 364 ff.

1326 Die Antifolterkonvention ist erst am 26.06.1987 und für die Bundesrepublik Deutschland erst am 31.10.1990 in Kraft getreten, vgl. BGBl. 1993 II S. 715.

1327 Rule 114 Rules of Procedure, UN Doc. CAT/C/3/Rev.6 vom 01.09.2014, zuletzt abgerufen am 02.09.2017 unter http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2f3%2fRev.6&Lang=en.

Mögliche und Zumutbare zu unternehmen, diese Konventionsverletzungen zu beenden (hierzu unter b).

a) Verletzungen der EMRK

Frau Käsemann wurde vom argentinischen Militär vorsätzlich getötet, ohne dass ein in einem rechtsstaatlichen Verfahren ergangenes Todesurteil gegen sie vorlag. Hierin liegt ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 EMRK.

Frau Käsemann wurde während ihrer Haftzeit gefoltert sowie insbesondere auch durch sexuelle Gewalt unmenschlich und erniedrigend behandelt. Hierin liegt eine Verletzung von Art. 3 EMRK. Jede Gewaltanwendung gegen Häftlinge, welche nicht durch Notwehr oder ähnliches gerechtfertigt ist, stellt einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK dar.¹³²⁸

Die Inhaftierung von Frau Käsemann verstößt ferner gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 2, 3 Satz 1 und Abs. 4 EMRK, welcher den Einzelnen vor willkürlicher Inhaftierung schützt, da die durch das argentinische Militär durchgeführte Freiheitsentziehung insbesondere keiner richterlichen Kenntnis oder Kontrolle unterlag. Die Inhaftierung stellt daher zudem eine Verstoß gegen alle in Art. 6 EMRK garantierten Rechte auf ein faires, zügiges und öffentliches Strafverfahren dar.¹³²⁹

b) Handlungspflichten der Bundesrepublik Deutschland

Sowohl die Inhaftierung durch das argentinische Militär als auch die damit einhergehende Gefahr, in der sich Frau Käsemann aufgrund dieser Inhaftierung befand, welche sich letztendlich auch durch ihren Tod realisierte, waren den deutschen Behörden bekannt. Auch wenn die argentinischen Behörden ein „Verschwindenlassen“ von Frau Käsemann dementierten, waren die Anhaltspunkte doch so erdrückend, dass die deutschen Behörden von einer rechtswidrigen Inhaftierung mit der in der Zeit typischerweise einhergehenden Lebensgefahr ausgehen mussten.

Liegen konkrete Anhaltspunkte für die Gefährdung des Lebens einer Person vor, sind die zuständigen staatlichen Stellen nach der EMRK verpflichtet, angemessene Schutzmaßnahmen zu ergreifen.¹³³⁰ Diese Verpflichtung zum Ergreifen von Schutzmaßnahmen stellt keine unmöglichen und unverhältnismäßigen Anforderungen an die Vertragsstaaten. Sie müssen nur

¹³²⁸ Karpenstein/Mayer/Sinner, EMRK Kommentar, Art. 3 Rn. 11; Meyer-Ladewig, EMRK Kommentar, Art. 3 Rn. 26.

¹³²⁹ Frowein/Peukert, EMRK Kommentar, Art. 6 Rn. 86 und 187 ff.; Betrachtet man noch den Grund für ihre Inhaftierung – eine andere, gegen das argentinische Militär gerichtete politische Überzeugung – kommt noch eine Verletzung von Art. 10 Abs. 1 Satz 1 und 2 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung) hinzu.

¹³³⁰ Frowein/Peukert, EMRK Kommentar, Art. 2 Rn. 7; Karpenstein/Mayer/Schübel-Pfister, EMRK Kommentar, Art. 2 Rn. 30, 36; Meyer-Ladewig, EMRK Kommentar, Art. 2 Rn. 12; Osman/Vereinigtes Königreich, Urteil vom 18.10.1998, Nr.: 23452/94, Rn. 115 ff.; Kontrova/Slowakei, Urteil vom 31.05.2007, Nr.: 7510/04, Rn. 49 f.; Opuz/Türkei, Urteil vom 09.06.2009, Nr.: 33401/02, Rn. 128 ff.

das unter den Umständen des Einzelfalles Mögliche und Angemessene zum Schutz des menschlichen Lebens unternehmen.¹³³¹

Ebenso wie Art. 2 EMRK beinhaltet auch Art. 3 EMRK die positive Verpflichtung, Maßnahmen gegen drohende oder andauernde Verletzungen zu ergreifen und so weitere Eingriffe in Art. 3 EMRK zu verhindern.¹³³²

Fälle von geheimen Verhaftungen oder Verschwindenlassen begründen auch dann eine Pflicht, den Aufenthalt des Vermissten aufzuklären, wenn die geheime Verhaftung beziehungsweise das Verschwindenlassen nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden kann, aber wie im vorliegenden Fall wahrscheinlich ist.¹³³³ Da die Inhaftierung von Frau Käsemann geheim erfolgte, wurde sie auch nicht angeklagt oder ein Strafverfahren eingeleitet.

Die Bundesrepublik Deutschland hat lediglich eine formale Anfrage an die zuständigen argentinischen Behörden gestellt, ob Frau Käsemann sich im Gewahrsam des Militärs befinde. Auf eine verneinende Antwort hin, sind die zuständigen staatlichen Stellen nicht mehr tätig geworden, obwohl sie von dem fehlenden Wahrheitsgehalt dieser Information ausgehen mussten und obwohl es viele Anknüpfungspunkte und Möglichkeiten der Einflussnahme angesichts eines anstehenden Fußballfreundschaftsspiels und intensiver wirtschaftlicher und politischer Beziehungen gegeben hätte.

Bei der Ausübung ihrer Verpflichtung aus Art. 1 EMRK in Verbindung mit den im Abschnitt 1 der EMRK geschützten Rechten ist die Bundesrepublik Deutschland zum einen durch das rechtlich Mögliche und damit die rechtlich zulässigen Handlungsmöglichkeiten im Rahmen des konsularischen Schutzes beschränkt, zum anderen steht ihr ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser Ermessensspielraum dürfte bei einer gegenwärtigen oder drohenden Rechtsverletzung auf fremden Hoheitsgebiet größer sein als bei inländischen Sachverhalten, da die von der Bundesrepublik Deutschland zu berücksichtigen Interessen noch vielfältiger sind. Im vorliegenden Fall erübrigt sich aber eine Prüfung, ob die von der Bundesrepublik Deutschland vorgenommenen Maßnahmen ausreichend und angemessen waren, da sie gar nicht tätig geworden ist und weder eine Begründung hierfür vorgetragen hat, noch Rechtfertigungsgründe erkennbar sind. Ein solches vollständiges Unterlassen des Ergreifens von Schutzmaßnahmen bei einer derart gravierenden Verletzung der Rechte der EMRK ist weder ausreichend noch angemessen und verstößt gegen Art. 1 EMRK.

1331 Ständige Rechtsprechung des EGMR, so zum Beispiel *Osman/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 18.10.1998, Nr.: 23452/94, Rn. 116; *Kontrova/Slowakei*, Urteil vom 31.05.2007, Nr.: 7510/04, Rn. 50; *Opuz/Türkei*, Urteil vom 09.06.2009, Nr.: 33401/02, Rn. 129.

1332 *Karpenstein/Mayer/Sinner*, EMRK Kommentar, Art. 3 Rn. 21 f.; Meyer-Ladewig, EMRK Kommentar, Art. 3 Rn. 7, 9, 11.

1333 *Frowein/Peukert*, EMRK Kommentar, Art. 5 Rn. 5.

2. Recht der Europäischen Union

Aus dem Recht der Europäischen Union kann Frau Käsemann keine Ansprüche auf konsularischen Schutz ableiten. Ansprüche des Schutzbedürftigen gegen seinen Entsendestaat sind im Recht der Europäischen Union nicht geregelt.

Ein Anspruch auf Gewährung konsularischen Schutzes durch einen anderen EU-Mitgliedstaat nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) und Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AEUV sowie Art. 46 GRCh ist nicht gegeben. Die notwendige Tatbestandsvoraussetzung des nicht vertretenen Mitgliedstaates liegt nicht vor. Die deutsche Botschaft in Buenos Aires war erreichbar und im Zeitpunkt der Notlage von Frau Käsemann auch besetzt.

IV. Bundesrecht

Das unterlassene Ergreifen von konsularischen Schutzmaßnahmen stellt zudem einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG (hierzu unter a) und § 7 KonsG (hierzu unter b) dar.

a) Verfassungsrecht

Aus der Schutzpflichtenfunktion des jeweiligen Grundrechts ergeben sich positive Handlungspflichten für die staatliche Gewalt und ein korrespondierender subjektiver Anspruch des Betroffenen auf ein Tätigwerden. Die Inhaftierung stellte für Frau Käsemann eine der zuständigen Auslandsvertretung bekannte Gefahr für ihr Leben und ihre körperliche Unversehrtheit dar. Ihr drohte eine Verletzung ihrer in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG verbürgten Rechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit.

Die staatliche Gewalt, zu der auch die Auslandsvertretungen gehören, ist auch im Ausland an die Grundrechte gebunden und entsprechend zum Schutz der Grundrechte deutscher Staatsangehöriger verpflichtet. Die Handlungsmöglichkeiten der staatlichen Gewalt sind durch die Bindung an das im Empfangsstaat geltende Recht und kaum vorhandener Durchsetzungsmöglichkeiten beschränkt. Dennoch muss die Bundesrepublik Deutschland die ihr zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten nutzen und entsprechende Versuche zum Schutz der Grundrechte deutscher Staatsangehöriger unternehmen. Aufgrund der engen wirtschaftlichen und sportlichen Verbindungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Argentinien wären genug Anknüpfungspunkte für ein Tätigwerden vorhanden gewesen.

Der staatlichen Gewalt steht in Bezug auf ein Tätigwerden und der Wahl der Mittel ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Handlungsspielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt auf seine grundsätzliche Eignung hin überprüfbar ist. Je höher der Rang des bedrohten Rechtsgutes und je bedrohlicher Art, Nähe und Ausmaß der möglichen Gefahr, desto mehr verengt sich aber der Handlungsspielraum der staatlichen Gewalt.

Im vorliegenden Fall hat die Bundesrepublik Deutschland keine Schutzmaßnahmen ergriffen. Da diesbezüglich keine erheblichen gegenläufigen Interessen der Bundesrepublik Deutschland erkennbar betroffen sind, verletzt diese Untätigkeit das sogenannte Untermaßverbot und stellt eine Verletzung ihrer Verpflichtungen aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 GG dar. In Bezug auf Elisabeth Käsemann hätte ein entsprechendes Tätigwerden der Bundesrepublik Deutschland mit hoher Sicherheit zu ihrer Freilassung geführt.¹³³⁴

b) Konsulargesetz

Frau Käsemann hat zudem allein aufgrund ihrer Inhaftierung einen Anspruch auf konsularische Betreuung nach § 7 KonsG. § 7 KonsG nennt ausdrücklich nur Untersuchungs- und Strafgefangene, bezieht sich aber nach allgemeiner Auffassung auf jede Form einer nicht nur vorübergehenden Freiheitsentziehung und damit (erst recht) auch auf eine rechtswidrige und geheime Inhaftierung wie im vorliegenden Fall.

Nach § 7 KonsG ist die Betreuung von Inhaftierten ein Fall des intendierten Ermessens. Der zuständige Konsularbeamte ist somit zur konsularischen Betreuung verpflichtet, da kein, eine Nichtbetreuung rechtfertigender, atypischer Ausnahmefall vorliegt.

Frau Käsemann hat zudem einen Anspruch auf die Verauslagung notwendiger Anwalts- oder Gerichtskosten nach § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 KonsG, soweit sie selbst nicht über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügt. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG hat der Konsularbeamte die erforderlichen Mittel zur Behebung einer wirtschaftlichen Notlage des Hilfesuchenden bereitzustellen, soweit nicht ein atypischer Einzelfall vorliegt, bei dem aus besonderen Gründen von der Gewährung von Hilfe abgesehen werden kann. Als Beispiel für eine derartige Hilfe ist die Gewährung von Rechtsschutz in § 5 Abs. 3 Satz 1 KonsG ausdrücklich geregelt, welche aufgrund der Beschränkung des Tatbestandes des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auf wirtschaftliche Notlagen nur die Gewährung der finanziellen Mittel, welche für die Inanspruchnahme von Rechtsschutz erforderlich sind, umfasst. Alle anderen während der Inhaftierung notwendigen Maßnahmen wie zum Beispiel die Vermittlung eines geeigneten Rechtsanwaltes fallen unter den Tatbestand des § 7 KonsG.

Ferner dürfte der konsularische Schutzanspruch von Frau Käsemann über die bloße Haftbetreuung hinausgehen. Mit guten Gründen lässt sich argumentieren, dass die Situation in Argentinien 1977 einer revolutionären Verwicklung oder einem vergleichbarem Ereignis nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG gleichkam. Nach einem Militärputsch entstand eine Militärdiktatur, der schätzungsweise 30.000 Menschenleben in einem Zeitraum von nur sieben Jahren zum Opfer fielen. Ein Großteil dieser Getöteten verschwand in der Anfangszeit, in der auch noch verschiedene links- und rechtsradikale Gruppierungen im Land aktiv waren, so dass von

¹³³⁴ Anderen Staaten konnten durch ein rechtzeitiges aktives Tätigwerden in der Regel die Freilassung ihrer Staatsangehörigen erreichen, vgl. Wagner, Die Leichen im Keller des Auswärtigen Amtes, S. 65; Friedler, Das Mädchen – Was geschah mit Elisabeth K., ca. Minute 34:50 bis 35:00.

bürgerkriegsähnlichen Zuständen und damit von einer revolutionären Verwicklung oder einem vergleichbaren Ereignis gesprochen werden kann. Die deutsche Botschaft wäre dann nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG auch nach der Beendigung der Inhaftierung zum Ergreifen umfassender Schutzmaßnahmen von der angemessenen medizinischen Betreuung bis zur Evakuierung von Frau Käsemann an einen sicheren Ort verpflichtet. Hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen steht dem Konsularbeamten ein weiter Ermessensspielraum zu, der sich im vorliegenden Fall aufgrund der herausragenden Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und der Unmittelbarkeit ihrer Gefährdung darauf verengen dürfte, dass der Konsularbeamte alle ihm zur Verfügung stehenden Maßnahmen zum Schutz von Frau Käsemann gegebenenfalls auch wiederholt ergreifen muss.

Auch wenn man den Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG nicht als gegeben ansieht und die innenpolitische Situation in Argentinien als relativ stabil bewertet, dürfte eine über die Haftbetreuung hinausgehende Unterstützung von Frau Käsemann trotzdem zwingend erforderlich gewesen sein. Die Umstände ihrer Inhaftierung und insbesondere das geheime und leugnende Vorgehen der argentinischen Behörden lassen weitere Rechtsverletzungen im Anschluss an eine mögliche Freilassung von Frau Käsemann nicht ausschließen, so dass im vorliegenden Fall konsularische Hilfe insbesondere in Bezug auf eine sichere Rückführung in die Bundesrepublik Deutschland auch über die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Frau Käsemann zwingend notwendig gewesen wäre.

V. Ergebnis

Der Beispielfall hat anschaulich verdeutlicht, dass in Fällen drohender oder tatsächlicher Beeinträchtigung von Menschenrechten der Einzelne einen Anspruch auf Ausübung konsularischen Schutzes sowohl nach dem Völker- als auch dem Europarecht als auch dem nationalen Recht hat. Die Bundesrepublik Deutschland wäre über ihre deutsche Botschaft in Buenos Aires verpflichtet gewesen, angemessene Schutzmaßnahmen zugunsten von Frau Käsemann mit dem Ziel der Beendigung ihrer rechtswidrigen Inhaftierung unter unmenschlichen und erniedrigenden Haftbedingungen zu ergreifen.

B. Zusammenfassung Kapitel 2

Das Konsulargesetz verpflichtet den zuständigen Konsularbeamten in allen denkbaren Notfällen deutscher Staatsangehöriger im Ausland Hilfe zu leisten (hierzu unter IV). Spezielle Regelungen enthält das Konsulargesetz für die häufigen Fälle der wirtschaftlichen Notlage (hierzu unter I), der Notlage aufgrund eines Katastrophenfalls (hierzu unter II) und der Notlage aufgrund einer Inhaftierung (hierzu unter III).

Der Konsularbeamte ist hierbei grundsätzlich zur Gewährung konsularischen Schutzes verpflichtet, soweit kein atypischer Ausnahmefall vorliegt. Bei der Wahl der zu ergreifenden

Maßnahmen steht ihm ein weiter Ermessensspielraum zu, in dessen Rahmen er sowohl die Interessen des Betroffenen als auch die der Bundesrepublik Deutschland angemessen würdigen muss.

Die Hilfe ist Deutschen im Sinne des § 116 Abs. 1 GG und inländischen juristischen Personen sowie Unionsbürgern unter den Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. c) und Art. 23 Abs. 1 AEUV zu gewähren. Besitzt der deutsche Staatsangehörige zugleich die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates hängt die Schutzausübung vom Einverständnis des Empfangsstaates ab. Für andere Ausländer kann insbesondere konsularischer Schutz ausgeübt werden, wenn diese Familienangehörige von Deutschen, staatenlos oder Flüchtlinge sind.

I. § 5 KonsG – Wirtschaftliche Notlagen Einzelner

§ 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG erfasst ausschließlich die konsularische Hilfe aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage des Hilfsbedürftigen (hierzu unter 1). Auf Hilfeleistungen im Rahmen von Entführungsfällen ist § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG daher auch nur in Ausnahmefällen anwendbar (hierzu unter 2). Eine besondere Herausforderung ist die Prüfung der Zuständigkeit für die Übernahme von im Ausland anfallende Bestattungskosten (hierzu unter 3).

1. Begrenzung des Tatbestandes auf wirtschaftliche Notlagen

§ 5 KonsG verpflichtet den Konsularbeamten zur Gewährung der erforderlichen Hilfe in einer wirtschaftlichen Notlage. Diese Beschränkung des Tatbestandes auf wirtschaftliche Notlagen folgt aus einer sorgfältigen Auslegung anhand der anerkannten Auslegungsmethoden. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Mai 2009 (Az.: 7 C 13.08) dehnt den Tatbestand des § 5 KonsG in rechtlich unzulässiger Weise auf jede Art von Notlage eines Einzelnen im Ausland aus. Es verkennt den Regelungsbereich dieser Norm.

Die vorgenommene sorgfältige Analyse des Tatbestandes des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG kommt zu dem eindeutigen Ergebnis, dass diese Regelung eine besondere sozialhilferechtliche Norm darstellt und als solche nur wirtschaftliche Notlagen erfasst. Die Vorschrift des § 5 KonsG ersetzt mit § 26 KonsG 1867 eine Norm, welche ebenfalls nur auf wirtschaftliche Notlagen anwendbar war. Sie lehnt sich eng an die Bestimmungen des § 119 BSHG beziehungsweise an dessen Nachfolgeregelung des § 24 SGB XII an und überweist insbesondere gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG den gesamten Sachverhalt rückwirkend in die Zuständigkeit der für die Sozialhilfe zuständigen Stellen, sobald die Notlage länger als zwei Monate andauert. Aus der Norm selbst, ihrem Kontext und ihrer Entstehungsgeschichte ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sie auch anderen als wirtschaftlichen Notlagen begegnen soll. Insbesondere lässt sich die Existenz des § 6 KonsG in seiner derzeitigen Form und die des § 7 KonsG nicht erklären, wenn § 5 KonsG diese Sachverhalte ebenfalls erfassen soll.

In Notlagen Einzelner, welche weder unter den Tatbestand des § 5 KonsG noch unter den der §§ 6 und 7 KonsG zu subsumieren sind, kann beziehungsweise sogar muss der

Konsularbeamte auf der Grundlage von § 1 Spiegelstrich 2 KonsG helfend tätig werden. Aufgrund dieser Generalklausel ist eine Regelungslücke für keinen Fall einer konsularischen Notlage denkbar.

2. Keine Anwendbarkeit auf Entführungsfälle

Entführungssituationen erfüllen den Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG grundsätzlich nicht. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass sich das Entführungsoffer im Einzelfall während oder im Anschluss an eine Entführungssituation (auch) in einer wirtschaftlichen Notlage befinden kann. Denkbar wäre zum Beispiel die Übernahme von Kosten für Medikamente oder die Übernahme der Rückreisekosten in die Bundesrepublik Deutschland. Maßnahmen zur Beendigung einer Entführungssituation und insbesondere auch die Zahlung von Lösegeld dienen nicht der Beendigung einer wirtschaftlichen Notlage. Vielmehr ist die entführte Person Opfer einer Straftat. Aus dieser rechtswidrigen und unmittelbaren Gefährdung für Leib und Leben soll sie befreit werden.

Eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG auf Entführungsfälle kommt ebenfalls nicht in Betracht. Der Gesetzgeber hat für die Ausübung konsularischen Schutzes mit § 1 Spiegelstrich 2 KonsG eine Generalklausel geschaffen, die aufgrund ihrer offenen Formulierung als Rechtsgrundlage in allen denkbaren Fällen konsularischer Hilfsmaßnahmen herangezogen werden kann. Lediglich für besonders häufige Fälle des konsularischen Schutzes wurden die speziellen Regelungen der §§ 5 bis 7 KonsG geschaffen. Soweit deren Tatbestände einer wirtschaftlichen Notlage, eines Katastrophenfalles oder einer Inhaftierung nicht erfüllt sind, kann auf die Generalklausel zurückgegriffen werden. Es liegt mithin weder eine für eine Analogiebildung notwendige planwidrige Regelungslücke vor noch stellt eine Entführungssituation eine mit einer wirtschaftlichen Notlage vergleichbare Interessenlage dar.

3. Sonderfall Todesfall im Ausland

Ein im Ausland Verstorbener Deutscher kann sich ebenfalls in einer wirtschaftlichen Notlage nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG befinden, soweit sein Nachlass die Kosten einer menschenwürdigen Bestattung nicht deckt und leistungsfähige, zur Übernahme der Bestattungskosten verpflichtete Dritte nicht vorhanden sind.

Sind Dritte zur Übernahme der Bestattungskosten aufgrund insbesondere erbrechtlicher, unterhaltsrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vorschriften verpflichtet, aber nicht leistungsfähig, haben sie grundsätzlich gemäß § 74 SGB XII einen Anspruch auf Übernahme der Bestattungskosten durch den zuständigen Träger der Sozialhilfe. Die Zuständigkeit ist sowohl vom gewöhnlichen Aufenthalt des Verstorbenen als auch davon abhängig, ob der Verstorbene vor seinem Tod laufend Leistungen der Sozialhilfe bezogen hat. Die insoweit besondere Zuständigkeitsregelung des § 98 Abs. 3 SGB XII enthält Regelungslücken, die durch

einen Rückgriff auf die allgemeinere Vorschrift des § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII zu schließen sind.

II. § 6 KonsG – Notlage aufgrund eines Katastrophenfalls

§ 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG verpflichtet die Konsularbeamten zur Hilfe in Katastrophenfällen. Hierunter fallen Naturkatastrophen sowie kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen also interne mit Waffengewalt ausgetragene Konflikte. Vom Tatbestand sind ferner vergleichbare Ereignisse erfasst, sofern sie ebenfalls eine einer Naturkatastrophe oder einem internen Konflikt vergleichbare Bedrohung zumindest für Teile der Bevölkerung darstellen.

Die Konsularbeamten haben die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz und zur Hilfe der Betroffenen zu treffen. Die Teilnahme an den angebotenen Hilfsmaßnahmen ist freiwillig.

Der personelle Anwendungsbereich entspricht grundsätzlich dem des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 KonsG und ist insbesondere nicht auf Ortsansässige beschränkt. Allerdings wird in Katastrophenfällen mit einer konkreten Gefährdung von Leib und Leben die konsularische Schutzgewährung in der Regel großzügig gehandhabt, um soweit möglich einer größtmöglichen Zahl von Menschen zu helfen. Ein typischer Fall konsularischer Schutzmaßnahmen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG sind Evakuierungen.

Den Konsularbeamten steht auch im Rahmen der nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG zu leistenden Hilfe zunächst ein Entschließungsermessen, welches wiederum ein Fall des intendierten Ermessens darstellt, sowie ein Auswahlermessen zu. Ein Anspruch des Einzelnen auf die Vornahme einer konkreten konsularischen Schutzmaßnahme besteht auch hier nur, soweit das Ermessen des Konsularbeamten auf Null reduziert ist.

§ 6 Abs. 1 KonsG findet auf Entführungssituationen nur im Ausnahmefall Anwendung, wenn die Entführung sich als ein einer Naturkatastrophe vergleichbares Ereignis darstellt. Zu denken wäre hier zum Beispiel an die Entführung einer Passagiermaschine. Die Entführung als eine Folge kriegerischer oder revolutionärer Verwicklungen kommt auch nur als Ausnahmefall dann in Frage, wenn sich der interne Konflikt noch nicht manifestiert hat, da der Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG auf akute, das heißt plötzliche und überraschende Krisenfälle beschränkt ist. Ferner muss sich in diesem Fall die Entführung auch kausal auf den Zustand der kriegerischen oder revolutionären Verwicklung zurückführen lassen. Eine analoge Anwendung scheidet aus den gleichen Gründen wie in Bezug auf § 5 Abs. 1 Satz 1 KonsG aus.

III. § 7 KonsG – Notlage aufgrund einer Inhaftierung

§ 7 KonsG verpflichtet die Konsularbeamten zur Betreuung Inhaftierter, wobei jede Form einer nicht nur vorübergehenden Freiheitsentziehung durch staatliche Stellen umfasst ist unabhängig von der Art, dem Ort oder ihrem Grund. Die Betreuung erfolgt auf Antrag des Inhaftierten, wobei

der zuständige Konsularbeamte sich besonders versichern muss, dass der Inhaftierte eine konsularische Betreuung aus freien Stücken ablehnt.

Nach Art. 36 Abs. 1 lit. b) Satz 1 WÜK, welcher geltendes Völkergewohnheitsrecht darstellt, besteht auf Verlangen des Inhaftierten die Pflicht zur unverzüglichen Benachrichtigung der zuständigen konsularischen Vertretung des Entsendestaates. Eine Verletzung dieser Informationspflicht muss zum Beispiel in einem – auch schon abgeschlossenen – Strafverfahren angemessen gewürdigt werden können. Das jeweilige nationale Recht muss daher entsprechende Regelungen wie beispielsweise § 337 Abs. 1 StPO enthalten, wonach eine Revision auf Verfahrensfehler gestützt werden kann.

Zu den möglichen Maßnahmen nach § 7 KonsG gehören die Vermittlung von Anwälten oder Dolmetschern, die Benachrichtigung der Angehörigen und die Prozessbeobachtung. Finanzielle Hilfen wie zum Beispiel die Übernahme der Kosten der Rechtsverteidigung werden auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 2 KonsG und damit grundsätzlich nur in wirtschaftlichen Notlagen gewährt. Auch diesbezüglich sind bei einer länger als zwei Monate andauernden Notlage die überörtlichen Träger der Sozialhilfe gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 KonsG in Verbindung mit § 24 SGB XII zuständig.

IV. § 1 Spiegelstrich 2 KonsG – Generalklausel

Die Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG verpflichtet den Konsularbeamten zur Unterstützung deutscher Staatsangehöriger sowie inländischer juristischer Personen nach pflichtgemäßem Ermessen. Sie findet Anwendung, soweit der konsularische Hilfefall nicht in den Anwendungsbereich der spezielleren Regelungen der §§ 5 bis 7 KonsG fällt.

C. Zusammenfassung Kapitel 3

Die aufgrund der Vornahme konsularischer Schutzmaßnahmen entstehenden Kosten sind grundsätzlich durch den Hilfeempfänger zu ersetzen. Hierbei sind zwei Erstattungsregelungen voneinander abzugrenzen:

Im Rahmen der konsularischen Hilfe an Einzelne gewährte finanzielle oder Sachleistungen zur Behebung eines konsularischen Notfalls nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KonsG oder § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG sind unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 5 KonsG oder entsprechend des § 6 Abs. 2 KonsG erstattungsfähig. Kostenschuldner ist grundsätzlich der Empfänger der Hilfe. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 KonsG sind aber auch die unterhaltspflichtigen Angehörigen sowie die Erben ersatzpflichtig. Die unterhaltspflichtigen Angehörigen haften nur im Rahmen ihrer tatsächlich bestehenden Unterhaltspflicht nach §§ 1602 ff. BGB. Die Haftung der Erben ist auf den Nachlass beschränkt. Allein in Bezug auf die Kostenerstattung für Maßnahmen in Katastrophenfällen kommt den Konsularbeamten im Rahmen der Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Satz 2 KonsG ein Ermessen zu. In den anderen Fällen besteht eine Pflicht zur Geltendmachung.

Für andere im Rahmen der Ausübung konsularischen Schutzes entstandene Auslagen und angefallene Gebühren besteht grundsätzlich ebenfalls eine vollständige Erstattungspflicht gemäß § 25 KonsG in Verbindung mit §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 AKostG in Verbindung mit der Auslandskostenverordnung.

Das geltende Kostenrecht wird mit Wirkung zum 1. Oktober 2021 grundlegend reformiert. Das neue Bundesgebührengesetz und die auf seiner Grundlage erlassene Allgemeine Gebührenordnung sowie die noch zu erlassene Besondere Gebührenordnung des Auswärtigen Amtes ändern nach den bisherigen bekannten Inhalten im Ergebnis inhaltlich kaum etwas an der geltenden Rechtslage in Bezug auf die Kostenerstattung des Auswärtigen Dienstes.¹³³⁵ Es enthält, was zu begrüßen ist, viele klarstellenden Ausführungen, aber auch inhaltliche Ergänzungen.¹³³⁶

Abschnitt 2 Gesetzesvorschlag

Im Folgenden wird dargelegt, durch welche Gesetzesänderungen sich die in der vorliegenden Untersuchung dargelegten Problemkreise beheben lassen. Es wird zunächst ein konkreter Gesetzesvorschlag vorgestellt (hierzu unter A), welcher anschließend im Einzelnen begründet wird (hierzu unter B).

A. Gesetzestext

Artikel 1

Änderung des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch

Das Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3022), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3214) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 24 wird aufgehoben.
2. In § 108 Absatz 1 Satz 2 werden die Wörter „sowie nach den §§ 24 und 115“ gestrichen.
3. § 115 wird aufgehoben.
4. §§ 132 und 133 werden aufgehoben.

¹³³⁵ Änderungen finden sich zum Beispiel in Bezug auf die Verjährung, die Einführung des Kostendeckungsprinzips als Grundlage der Gebührenbemessung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 BGebG und die Einführung von sogenannten Zeitgebühren gemäß § 11 Nr. 2 BGebG in Verbindung mit § 22 Abs. 3 Nr. 1 BGebG in Verbindung mit § 10 AGebV. Während der Kostenerstattungsanspruch bisher gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 AKostG nach drei Jahren verjährt, wird die Zahlungsverjährung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BGebG künftig nach fünf Jahren eintreten. Zudem wird mit in § 13 Abs. 2 BGebG die Festsetzungsverjährung in das allgemeine Kostenrecht eingeführt, BR-Drs. 305/12, S. 205, 207.

¹³³⁶ So enthält zum Beispiel § 3 BGebG Legaldefinitionen zu wesentlichen Begriffen des neuen Kostenrechts so unter anderen § 3 Abs. 4 und 5 BGebG zu den Begriffen Gebühren und Auslagen. Auch ist ein Zeitpunkt für die Fälligkeit – zehn Tage nach Bekanntgabe – in § 14 (in Verbindung mit § 12 Abs. 3) BGebG geregelt, soweit keine anderweitige Regelung getroffen wird.

Artikel 2

Änderung des Konsulargesetzes

Das Konsulargesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. September 1974 (BGBl. I S. 2317), das zuletzt durch Artikel 4 Absatz 39 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 (BGBl. I S. 1666) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 1 Spiegelstrich 2 wird wie folgt gefasst:
Deutschen, inländischen juristischen Personen und Unionsbürgern unter den Voraussetzungen des Art. 46 Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach pflichtgemäßem Ermessen Rat und Beistand zu gewähren.
2. § 5 wird wie folgt geändert:
 - a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:
„§ 5 Hilfeleistung aufgrund von Bedürftigkeit“
 - b) In § 5 Absatz 3 Satz 2 werden nach dem Wort Rechtsschutz die Wörter „und einer angemessenen Bestattung“ eingefügt.
 - c) § 5 Absatz 4 Satz 1 wird der folgende Satz 2 angefügt:
„Dauert die Notlage länger als zwei Monate und sind keine besonderen einer Rückkehr entgegenstehenden Gründe wie insbesondere die Pflege und Erziehung eines Kindes, das aus rechtlichen Gründen im Ausland bleiben muss, eine längerfristige stationäre Betreuung in einer Einrichtung oder die Schwere der Pflegebedürftigkeit und hoheitliche Gewalt gegeben, sollen keine über Satz 1 hinausgehenden Leistungen gewährt werden.“
 - d) § 5 Absatz 5 wird aufgehoben.
 - e) § 5 Absatz 6 wird aufgehoben.
 - f) § 5 Absatz 7 wird zu § 5 Absatz 5.
3. § 6 wird wie folgt geändert:
 - a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:
„Hilfeleistung im Katastrophenfall“
 - b) In § 6 Absatz 1 Satz 1 werden die folgenden Wörter gestrichen:
„, die der Bevölkerung oder Teilen von ihnen Schaden zufügen,“
 - c) § 6 Absatz 2 wird aufgehoben.
 - d) § 6 Absatz 3 wird zu § 6 Absatz 2.

4. § 7 wird wie folgt gefasst:

„Die Konsularbeamten sollen Deutschen, die sich in ihrem Konsularbezirk in Straf- oder Untersuchungshaft befinden oder denen auf andere Weise die Freiheit entzogen wurde, auf deren Verlangen betreuen und ihnen insbesondere Rechtsschutz vermitteln.“

5. Nach § 25e wird folgender § 25f eingefügt:

„Gebühren und Auslagen werden nicht erhoben für Leistungen aufgrund nicht nur vorübergehender Bedürftigkeit. Eine nicht nur vorübergehende Bedürftigkeit ist in der Regel bei einem berechtigten Leistungsbezug von mehr als sechs Monaten anzunehmen.“

Artikel 3

Inkrafttreten

Das Gesetz tritt am 1. Oktober 2021 in Kraft.

B. Begründung

Über den Inhalt der Regelungen zum konsularischen Schutz im Konsulargesetzbuch kam es in der Vergangenheit zu unterschiedlichen Auffassungen. Dieses Gesetz soll dem entgegenreten und so zu mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit beitragen.

Kernpunkte dieses Gesetzentwurfes sind

- der Wegfall unterschiedlicher Zuständigkeiten bei der Gewährung finanzieller Unterstützung an Bedürftige mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland. Die Zuständigkeit wird bei den Konsularbeamten konzentriert.
- die ausdrückliche Festschreibung der Möglichkeit der Übernahme von Bestattungskosten im Ausland Verstorbener als letzter Dienst am Verstorbenen.
- die Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 6 auf Katastrophenfälle, von denen nur einzelne oder eine geringe Anzahl von Personen betroffen sind.
- der Wegfall unterschiedlicher Erstattungsregelungen zur Vereinfachung und Vereinheitlichung der Kostenerstattung.

I. Zu Artikel 1 – Änderung des SGB XII

Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 24 SGB XII):

Die Zuständigkeit für Leistungen der Sozialhilfe an Deutsche im Ausland wird bei den Konsularbeamten konzentriert.¹³³⁷ Entsprechende Regelungen finden sich nunmehr ausschließlich im Konsulargesetz.

Der ursprüngliche Grund für die Existenz des § 24 SGB XII und seine Bedeutung sind weggefallen, so dass der verbleibende Anwendungsbereich in die sachnähere Regelung des § 5 KonsG überführt werden kann. § 24 SGB XII beziehungsweise seine Vorgängernorm des § 119 BSHG beruhen auf den Folgen des Zweiten Weltkrieges. So heißt es in einem entsprechenden Gesetzentwurf:

„Das Zustandekommen der Vorschrift ist vor dem Hintergrund der Auswirkungen des 2. Weltkrieges zu sehen, nach dessen Ende sich viele Deutsche im Ausland befanden, die das Land zum Teil wegen politischer oder rassischer Verfolgung unter Zurücklassung ihres Vermögens hatten Verlassen müssen. Da es sich andererseits wegen des Flüchtlings - und Vertriebenenproblems als schwierig erwies, diesen Menschen in Deutschland Arbeitsplätze und Wohnungen anzubieten, wurde zwischen dem Bund und den Landeswohlfahrtsverbänden als den überörtlichen Trägern der Sozialhilfe am 2. September 1952 die sog. Bonner Vereinbarung abgeschlossen (GMBI. S. 305),¹³³⁸ die die Fürsorgeleistungen für hilfsbedürftige Deutsche im Ausland regelte.“¹³³⁹

Schätzungen zufolge erhielten im Jahr 2002 weniger als 1.000 Personen Sozialhilfe nach dieser Vorschrift.¹³⁴⁰ Diese Zahl hat sich mit der Verschärfung der Anspruchsvoraussetzungen im Jahr 2004 durch die Regelung des § 24 SGB XII und den altersbedingtem Wegfall der Altfälle nach den §§ 132 und 133 SGB XII weiter verringert. Die praktische Relevanz der Vorschrift ist damit gering.

§ 24 SGB XII war zudem eine systemfremde Regelung im Bereich des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch, da Sozialleistungen gemäß § 30 Absatz 1 SGB I grundsätzlich nur an Personen erbracht werden, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Auch die anderen Vorschriften der Sozialgesetzbücher Erstes, Zweites und Zwölftes Buch fanden nur eingeschränkt Anwendung, da sie für Inlandssachverhalte konzipiert sind.

Die Zuständigkeit einer Behörde für alle Fälle der Sozialhilfegewährung im Ausland vereinfacht zudem den Verwaltungsaufwand und führt daher auch zu einer Kostenersparnis. Die Auslandsvertretungen müssen jetzt nicht mehr mit den vielen verschiedenen überörtlichen Trägern der Sozialhilfe zusammenarbeiten, wozu sie aufgrund der Unterstützungspflicht nach § 24 Absatz 6 SGB XII verpflichtet waren, sondern entscheiden selbst. Die alleinige Zuständigkeit der Konsularbeamten verkürzt zudem die Entscheidungszeiträume und beseitigt

1337 Es gab bereits 1996 und 2003 eine gesetzgeberische Initiative zur Streichung des § 119 BSHG, BR-Drs. 13/4687, S. 5 und BR-Drs. 658/03. Auch die Literatur sprach sich mehrfach dafür aus, die Sozialhilfe für deutsche im Ausland ausschließlich im Konsulargesetz zu regeln, so zum Beispiel Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Berlit, SGB XII Kommentar, § 24 Rn. 2; Schellhorn, NDV 2004, 167, 170.

1338 Die Regelungen der Bonner Vereinbarung wurden in § 119 BSHG übernommen, BT-Drs. 1799 vom 20.04.1960, S. 35 f., 60.

1339 BR-Drs. 658/03, S. 6.

1340 Ebd.

Zahlungslücken in den Fällen, in denen die überörtlichen Träger der Sozialhilfe nach zwei Monaten noch nicht über die Hilfgewährung entschieden hatten, die Konsularbeamten aufgrund des Zuständigkeitswechsels aber eigentlich keine Leistungen mehr gewähren durften.

Ferner werden Probleme zwischen den Auslandsvertretungen und den überörtlichen Trägern der Sozialhilfe hinsichtlich der Erstattung der von den Auslandsvertretungen geleisteten Zahlungen vermieden. Nach der bisherigen Rechtslage ging bei einer länger andauernden Notlage die Zuständigkeit rückwirkend vom Eintritt der Hilfsbedürftigkeit an vollständig auf die überörtlichen Sozialhilfeträger über. Damit wurden die von den Konsularbeamten nach § 5 Absatz 1 Satz 1 KonsG erbrachten Leistungen automatisch in Vorschusszahlungen auf Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch umgewandelt und waren den Auslandsvertretungen zu erstatten.¹³⁴¹ Probleme kamen auf, soweit die überörtlichen Sozialhilfeträger die von den Auslandsvertretungen geleisteten Zahlungen nicht anerkannten und damit auch nicht erstatten wollten. So kam es in der Praxis zum Beispiel vor, dass die Sozialhilfeträger einen Anspruch nach § 24 SGB XII verneint haben und damit auch nicht rückwirkend die auf der Grundlage von § 5 Absatz 1 Satz 1 KonsG geleisteten Zahlungen erstatten wollten, während die Auslandsvertretungen zu dem Ergebnis kamen, dass wohl ein Anspruch nach § 24 SGB XII bestünde. Auch haben die Auslandsvertretungen in Einzelfällen über einen längeren Zeitraum als zwei Monate Zahlungen geleistet, weil die Sozialhilfeträger noch nicht über den Anspruch entschieden hatten und sie dem Hilfebedürftigen keine unterstützungsfreie Zeit zumuten wollten.

Weiterhin wird durch die Zuständigkeitskonzentration sichergestellt, dass alle Fälle einheitlich gehandhabt werden. Während bisher die überörtlichen Träger der Sozialhilfe individuell für ihren Zuständigkeitsbereich entschieden haben, werden entsprechende Handlungsanweisungen an die Konsularbeamten zentral verfasst.

Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 108 Absatz 1 Satz 2 SGB XII):

Die Streichung des Verweises auf §§ 24 und 115 SGB XII ist eine Folgeänderung des Wegfalls dieser beiden Regelungen.

Zu Artikel 1 Nr. 3 (§ 115 SGB XII):

§ 115 SGB XII ist eine Übergangsbestimmung, welche am 01.01.2005 in Kraft getreten ist. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes am 1. Oktober 2021 und damit mehr als 16 Jahre später ist dieser Vorschrift kein Anwendungsbereich verblieben und kann somit gestrichen werden.

Zu Artikel 1 Nr. 4 (§§ 132 und 133 SGB XII):

1341 BR-Drs. 308/72, S. 19.

Auch die Übergangsregelungen der §§ 132 und 133 SGB XII werden gestrichen. Der Anwendungsbereich dieser Normen beschränkt sich auf wenige Einzelfälle. Ein Nachteil für die Betroffenen besteht nicht. In entsprechender Anwendung des § 18 Absatz 2 Satz 1 SGB XII sind die überörtlichen Träger der Sozialhilfe verpflichtet, den zuständigen Konsularbeamten mitzuteilen, wer laufend Sozialhilfe erhält. Entsprechendes gilt für laufende Sozialleistungen nach § 24 SGB XII, so dass der mit Inkrafttreten dieses Gesetzes eintretende Zuständigkeitswechsel keine sozialhilfefreien Zeiten für die Betroffenen zur Folge hat.

Eine neue Übergangsvorschrift für Altfälle, also für diejenigen Fälle, die derzeit nach den §§ 24, 132 und 133 SGB XII Leistungen beziehen, ist nicht erforderlich. Die Regelungen für die Gewährung von Sozialhilfe an Deutsche im Ausland werden mit dieser Gesetzesänderung nicht verschärft, sondern im Gegenteil sogar erweitert, da nunmehr auch andere als die bisher in § 24 Absatz 1 Satz 2 SGB XII abschließend aufgezählten Gründe einen Sozialhilfebezug im Ausland rechtfertigen können. Es ist daher davon auszugehen, dass die neue Rechtslage weder dem Grunde noch der Höhe nach etwas an den laufenden Sozialhilfeleistungen ändern wird, solange sich die dem Sozialhilfebezug im Einzelfall zu Grunde liegenden tatsächlichen Umstände nicht ändern. Bei Bedürftigen, die noch nach den Übergangsregelungen der §§ 132 und 133 SGB XII Sozialhilfe erhalten, ist zudem davon auszugehen, dass bei ihnen aufgrund ihres Alters oder ihres langjährigen Aufenthaltes im Ausland andere besondere, gegen die Rückkehr in die Bundesrepublik Deutschland sprechende Gründe vorliegen. Eine gesonderte Erwähnung dieser Fälle in § 5 KonsG ist insbesondere deshalb nicht erforderlich, weil die Zahl der Betroffenen gering ist und stetig abnimmt.

II. Zu Artikel 2 – Änderung des Konsulargesetzes

Zu Artikel 2 Nr. 1 (§ 1 Spiegelstrich 2 KonsG):

Die deutschen Auslandsvertretungen sind unter den Voraussetzungen des Art. 20 Absatz 2 Satz 2 lit. c), Art. 23 Absatz 1 Satz 1 AEUV und Art. 46 GRCh verpflichtet, auch zugunsten von Unionsbürgern konsularischen Schutz auszuüben. Diese Verpflichtung findet sich bisher nicht im Konsulargesetz wieder.

Die Erweiterung des Anwendungsbereiches der Generalklausel des § 1 Spiegelstrich 2 KonsG auf Unionsbürger stellt insoweit Rechtsklarheit her. Eine Ergänzung der anderen Vorschriften insbesondere der §§ 5 bis 7 KonsG ist nicht notwendig, da sich aus den europarechtlichen Vorschriften, welche unmittelbar anwendbar sind, zwingend ergibt, dass Unionsbürgern der gleiche Schutzzumfang zu gewähren ist wie deutschen Staatsangehörigen. § 1 Spiegelstrich 2 KonsG ist daher entsprechend anzuwenden. Die Richtlinie (EU) 2015/637¹³⁴² ist bis zum 1. Mai

1342 Richtlinie (EU) 2015/637 des Rates vom 20.04.2015 über Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zur Erleichterung des konsularischen Schutzes von nicht vertretenen Unionsbürgern in Drittländern und zur Aufhebung des Beschlusses 95/553/EG, ABI. EU Nr. L 106/1 vom 24.04.2015.

2018 in deutsches Recht umzusetzen. Insofern wird sich zeigen, inwieweit diese Umsetzung zu weiteren Änderungen des Konsulargesetzes führt.

Zu Artikel 2 Nr. 2a) (Überschrift § 5 KonsG):

Die Änderung der Überschrift des § 5 KonsG dient der Klarstellung, dass die Abgrenzung zwischen Maßnahmen des konsularischen Schutzes nach § 5 KonsG und § 6 KonsG nicht danach erfolgen soll, ob einzelne beziehungsweise eine geringe Anzahl an Personen oder aber eine Vielzahl von Personen betroffen ist. § 6 Absatz 1 Satz 1 KonsG wurde entsprechend überarbeitet.

Die neue Formulierung stellt zugleich klar, dass § 5 KonsG der Behebung einer wirtschaftlichen Notlage dient. Die Hilfe des Konsularbeamten nach § 5 KonsG ist allein deshalb erforderlich, weil der Hilfeempfänger nicht über die entsprechenden finanziellen Mittel zur Selbsthilfe verfügt.

Zu Artikel 2 Nr. 2b) (§ 5 Absatz 3 Satz 2 KonsG):

Die Übernahme der Bestattungskosten eines im Ausland Verstorbenen wird ausdrücklich als mögliche Form der Hilfeleistung nach § 5 Absatz 1 Satz 1 KonsG aufgenommen. Hierdurch wird klargestellt, dass auch Verstorbene Hilfeempfänger nach § 5 Absatz 1 Satz 1 KonsG sein können. Da die Konsularbeamten durch den Wegfall des § 24 SGB XII nunmehr für Sozialleistungen an im Ausland lebende Deutsche ausschließlich zuständig sind, entfallen auch die bisherigen Unsicherheiten in Bezug auf die Zuständigkeit für die Zahlung von Bestattungskosten.

Zu Artikel 2 Nr. 2c) (§ 5 Absatz 4 Satz 2 KonsG):

Durch das Einfügen von § 5 Absatz 4 Satz 2 KonsG wird sichergestellt, dass – wie nach bisherigen Recht auch – ein dauerhafter Sozialhilfebezug im Ausland vermieden wird. Konnte die Notlage nicht in einem Zeitraum von zwei Monaten behoben werden oder ist absehbar, dass dies nicht möglich sein wird, sollen die Konsularbeamten ausschließlich Reisebeihilfen gewähren, wenn keine besonderen Gründe den Verbleib des Hilfebedürftigen vor Ort rechtfertigen. Die besonderen Gründe des § 24 Absatz 1 Satz 2 SGB XII werden übernommen. Auf eine abschließende Aufzählung wird aber verzichtet, damit Konsularbeamte auch auf Altfälle nach §§ 132, 133 SGB XII und atypische Einzelfälle angemessen reagieren können.

Zu Artikel 2 Nr. 2d) (§ 5 Absatz 5 KonsG):

Die Regelung über die Pflicht zur Erstattung der gewährten finanziellen Hilfen beziehungsweise der Auslagen für Sachleistungen entfällt. Die Kostenerstattung erfolgt nunmehr ausschließlich über die am 1. Oktober 2021 in Kraft tretenden §§ 25 ff. KonsG (neu) in Verbindung mit dem Bundesgebührengesetz und den Gebührenverordnungen.

Inhaltliche Änderungen sind hiermit nicht verbunden. Allein die automatische Beschränkung der Haftung der Erben auf den Nachlass stellt insoweit eine Besonderheit dar. Diese Privilegierung fällt nunmehr weg.

Die Privilegierung der Erben nach § 102 SGB XII für nach § 24 SGB XII gewährte Sozialleistungen an im Ausland lebende Deutsche entfällt ebenfalls, da mit dem Wegfall des § 24 SGB XII und der Gewährung entsprechender Leistungen nach § 5 Absatz 1 Satz 1 KonsG auch die anderen Regelungen des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch nicht mehr auf die gewährten Leistungen Anwendung finden. Den Erben verbleiben aber weiterhin die allgemeinen Möglichkeiten der Begrenzung ihrer Haftung. Des weiteren bestimmt § 25f KonsG nunmehr, dass im Fall der dauerhaften Bedürftigkeit des Leistungsempfängers dieser grundsätzlich von einer Kostenerstattung zu befreien ist. Entsprechende Kostenerstattungsansprüche bestehen – wie auch bisher im Rahmen der Hilfestellung nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – in diesen Fällen nicht und werden damit auch nicht Teil der Erbmasse.

Der Wegfall des § 5 Absatz 5 KonsG beseitigt auch die bisher bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich des Verhältnisses dieser Norm zu den allgemeinen Kostenvorschriften nach dem Auslandskostengesetz.

Zu Artikel 2 Nr. 2e) (§ 5 Absatz 6 KonsG):

Die Kollisionsnorm des § 5 Absatz 6 KonsG entfällt, da aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Konsularbeamten und der ausschließlichen Leistungsgewährung nach dem Konsulargesetz eine Abgrenzung zur Zuständigkeit der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und zum Leistungsbezug nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch nicht mehr erfolgen muss.

Zu Artikel 2 Nr. 2f) (§ 5 Absatz 7 KonsG):

Diese Neunummerierung ist eine Folgeänderung des Wegfalls von Art. 5 Absatz 5 und Absatz 6 KonsG.

Zu Artikel 2 Nr. 3a) (Überschrift zu § 6 KonsG):

Die Überschrift enthält nunmehr den Begriff des Katastrophenfalls im Singular. Die Wahl des Singulars verdeutlicht, dass im Einzelfall auch nur eine Person oder eine kleine Personengruppe betroffen oder gefährdet sein kann.

Zu Artikel 2 Nr. 3b) (§ 6 Absatz 1 Satz 1 KonsG):

Der Tatbestand der Hilfeleistung im Katastrophenfall wird erweitert. Ein Katastrophenfall ist nunmehr auch gegeben, wenn nicht für Teile der Bevölkerung sondern nur für Einzelpersonen oder eine kleine Anzahl von Personen eine Gefährdung besteht. Straftaten von besonderer Schwere wie Entführungen durch kriminelle Gruppen sollen vom Tatbestand dieser Vorschrift nunmehr auch erfasst werden. Dies ermöglicht – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen

nach dem allgemeinen Kostenrecht – entsprechend auch die Kostenerstattung für entsprechende Rettungsmaßnahmen.

Zu Artikel 2 Nr. 3c) (§ 6 Absatz 2 KonsG):

Die Regelung wird entsprechend dem Vorgehen zu § 5 Absatz 5 KonsG gestrichen. Die Kostenerstattung erfolgt einheitlich nach den Vorschriften der am 1. Oktober 2021 in Kraft tretenden §§ 25 ff. KonsG (neu) in Verbindung mit dem Bundesgebührengesetz und den Gebührenverordnungen.

Zu Artikel 2 Nr. 3d) (§ 6 Absatz 3 KonsG):

Die Neunummerierung ist eine Folgeänderung aufgrund des Wegfalls des § 6 Absatz 2 KonsG.

Zu Artikel 2 Nr. 4 (§ 7 KonsG):

Die Neufassung des § 7 KonsG dient der Klarstellung, dass nicht nur Untersuchungs- und Strafgefangene von den Konsularbeamten zu betreuen sind, sondern jede Form rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Freiheitsentziehung durch staatliche Stellen erfasst ist wie zum Beispiel auch die Auslieferungshaft oder die Unterbringung in geschlossenen Anstalten. Zudem wurde § 7 KonsG sprachlich an die Formulierungen in § 5 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 1 Satz 1 KonsG angepasst.

Zur Artikel 2 Nr. 5 (§ 25f KonsG):

Da § 5 Absatz 5 Satz 1 KonsG nunmehr auch die Fälle der Erbringung dauerhafter Sozialleistungen an im Ausland lebende Deutsche erfasst, empfiehlt es sich im Einklang mit der bisherigen Rechtslage der Leistungsgewährung nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch im allgemeinen Kostenrecht eine Regelung aufzunehmen, welche bei dauerhafter Leistungsunfähigkeit des Hilfeempfängers einen Verzicht auf eine Auslagenerstattung vorsieht. Im Einklang mit dem Sozialhilferecht¹³⁴³ ist in der Regel bei einem ununterbrochenen Leistungsbezug von mindestens sechs Monaten von einer dauerhaften Bedürftigkeit auszugehen.

III. Zu Artikel 3 – Inkrafttreten

Das Gesetz tritt am 1. Oktober 2021 in Kraft und damit zeitgleich mit den im Gesetz zur Aktualisierung der Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes geregelten Änderungen des Konsulargesetzes und des Kostenrechts.

1343 Vgl. Grube/Wahrendorf/*Streichsbier*, SGB XII Kommentar, § 38 Rn. 3 m.w.N.

Normenglossar

§ 5 KonSG – Hilfeleistung an einzelne

- (1) Die Konsularbeamten sollen Deutschen, die in ihrem Konsularbezirk hilfsbedürftig sind, die erforderliche Hilfe leisten, wenn die Notlage auf andere Weise nicht behoben werden kann. Dies gilt nicht für Deutsche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem ausländischen Staat haben, wenn sie gleichzeitig die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzen und auch ihr Vater oder ihre Mutter sie besitzt oder besitzen hat sowie für ihre Abkömmlinge; diesen Personen können die Konsularbeamten jedoch Hilfe gewähren, soweit es im Einzelfall der Billigkeit entspricht.
- (2) Soweit es im Einzelfall der Billigkeit entspricht, können die Konsularbeamten Hilfe auch nichtdeutschen Familienangehörigen von Deutschen gewähren, wenn sie mit diesen in Haushaltsgemeinschaft leben oder längere Zeit gelebt haben.
- (3) Art, Form und Maß der Hilfe richten sich nach den besonderen Verhältnissen im Empfangsstaat unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines dort lebenden Deutschen. Die Hilfe kann auch in der Gewährung von Rechtsschutz bestehen.
- (4) Wenn es sich empfiehlt, können die Konsularbeamten die Hilfe auch dadurch leisten, daß sie dem Hilfesuchenden die Reise an den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes oder an einen anderen Ort ermöglichen.
- (5) Der Empfänger ist zum Ersatz der Auslagen verpflichtet. Die Ersatzpflicht trifft neben ihm auch seine Verwandten und seinen Ehegatten im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht. Die Verpflichtung zum Ersatz geht auf die Erben über. Die Haftung der Erben beschränkt sich auf den Nachlaß.
- (6) Dauert die Notlage eines Hilfeempfängers, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat oder der im Ausland in Untersuchungshaft ist oder eine Freiheitsstrafe verbüßt, länger als zwei Monate, so ist vom Eintritt der Hilfsbedürftigkeit an Hilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch oder in entsprechender Anwendung dieses Gesetzes zu gewähren. Absatz 4 bleibt unberührt.
- (7) Die Hilfeleistung kann abgelehnt werden, wenn festgestellt wird, daß der Hilfesuchende frühere Hilfen mißbraucht hat, es sei denn, daß er im Falle der Ablehnung einen ernststen Nachteil an Leib, Leben oder Gesundheit erleiden würde.

§ 17 Entwurf 1965

- (1) Die Berufskonsuln sollen Deutschen, die in ihrem Amtsbezirk der Hilfe bedürfen, die notwendige Hilfe leisten. Heimführung kann gewährt werden. Soweit es der Billigkeit entspricht, können diese Hilfen auch den in § 119 Abs. 2 Nr. 2 und 3 des Bundessozialhilfegesetzes vom 30. Juni 1961 (Bundesgesetzbl. I S. 815), zuletzt geändert durch das Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 30. April 1963 (Bundesgesetzbl. I S. 241, 288), bezeichneten Personen gewährt werden.
- (2) Art, Form und Maß der Hilfe sowie der Einsatz des Einkommens und des Vermögens richten sich nach den besonderen Verhältnissen im Aufenthaltsland unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines sich dort aufhaltenden Deutschen.
- (3) Die Hilfe ist nicht zu gewähren, soweit eigene Mittel eingesetzt werden können oder die Hilfe vom Aufenthaltsland gewährt wird. Das gleiche gilt, wenn die Hilfe von anderen gewährt wird oder rechtzeitig zu erwarten ist.
- (4) Hat der Hilfebedürftige seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, so richtet sich die gesamte Hilfeleistung nur nach dem Bundessozialhilfegesetz, wenn die Hilfebedürftigkeit länger als zwei Monate dauert.
- (5) Bei einer Heimführung ist dem Hilfebedürftigen die notwendige Hilfe zur Rückkehr an den Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts oder, falls der Hilfebedürftige seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Geltungsbereich des Grundgesetzes hat, an einem anderen geeigneten inländischen Ort zu gewähren.
- (6) Hat der Empfänger der Hilfe seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Grundgesetzes, so ist er zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet. Die Ersatzpflicht trifft neben dem Empfänger der Hilfe auch diejenigen Personen, die ihm zum Unterhalt verpflichtet sind. Die Verpflichtung zum Ersatz geht auf die Erben über. Die Haftung der Erben beschränkt sich auf den Nachlaß. Der Anspruch auf Ersatz verfährt in vier Jahren; die Verjährung beginnt mit dem Schluß des Jahres, in dem die Hilfe gewährt worden ist.
- (7) Hat der Empfänger der Hilfe seinen gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes, so sind für die Verpflichtung zum Ersatz der Aufwendungen die Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes entsprechend anzuwenden.
- (8) Das Auswärtige Amt kann mit Zustimmung des Bundesministers der Finanzen in Härtefällen von der Geltendmachung der Forderung auf Ersatz der Aufwendungen ganz oder zum Teil absehen.

§ 14 Entwurf 1972 – Hilfeleistungen an Einzelne

- (1) Der Konsularbeamte soll Deutschen, die in seinem Amtsbezirk hilfsbedürftig sind, die erforderliche Hilfe leisten, wenn die Notlage auf andere Weise nicht behoben werden kann. Diese Vorschrift gilt nicht für die in Absatz 2 Nr. 1 Genannten.
- (2) Soweit es im Einzelfall der Billigkeit entspricht, kann der Konsularbeamte Hilfe nach Absatz 1 Satz 1 gewähren:
 1. Deutschen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem ausländischen Staat haben, wenn sie gleichzeitig die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzen und auch ihr Vater oder ihre Mutter sie besitzt oder besitzen hat, sowie ihren Abkömmlingen;
 2. nichtdeutschen Familienangehörigen von Deutschen, wenn sie mit diesen in Haushaltsgemeinschaft leben.
- (3) Art, Form und Maß der Hilfe richten sich nach den besonderen Verhältnissen im Empfangsstaat unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensverhältnisse eines dort lebenden Deutschen.
- (4) Wenn sich dies im Einzelfall als der beste Weg zur Beseitigung der Notlage empfiehlt, kann der Konsularbeamte die Hilfe auch dadurch leisten, daß er dem Hilfesuchenden die Reise an den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes oder an einen anderen Ort ermöglicht.
- (5) Der Empfänger ist zum Ersatz der Auslagen verpflichtet. Die Ersatzpflicht trifft neben ihm auch seine Verwandten und seinen Ehegatten im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht. Die Verpflichtung zum Ersatz geht auf die Erben über. Die Haftung der Erben beschränkt sich auf den Nachlaß.
- (6) Dauert die Notlage eines Hilfeempfängers, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, länger als zwei Monate, so hat, vom Eintritt der Hilfsbedürftigkeit an, die Hilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz den Vorrang vor der Hilfe nach diesem Gesetz. Absatz 4 bleibt unberührt.

§ 6 Konsg – Hilfe in Katastrophenfällen

- (1) Wenn im Konsularbezirk Naturkatastrophen, kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen oder vergleichbare Ereignisse, die der Bevölkerung oder Teilen von ihnen Schaden zufügen, eintreten oder einzutreten drohen, sollen die Konsularbeamten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um den Geschädigten oder den Bedrohten, soweit sie Deutsche sind, Hilfe und Schutz zu gewähren. Dies gilt auch für Abkömmlinge von Deutschen und für nichtdeutsche Familienangehörige von Deutschen, wenn sie mit diesen in Haushaltsgemeinschaft leben oder längere Zeit gelebt haben.
- (2) § 5 Abs. 5 gilt entsprechend. Soweit die Entwicklung der Lage im Konsularbezirk, die persönlichen Verhältnisse des Hilfs- oder Schutzbedürftigen oder sonstige besondere Umstände es erfordern, kann von der Geltendmachung der Ansprüche auf Auslagenersatz abgesehen werden.
- (3) Um in den in Absatz 1 genannten Fällen sofort wirksam helfen zu können, sollen die Konsularbeamten eine Liste der in ihrem Konsularbezirk ansässigen Deutschen und anderer Schutzbedürftiger sowie ihrer Familienangehörigen erstellen und auf dem laufenden halten.

§ 7 Konsg – Hilfe für Gefangene

Die Konsularbeamten sollen in ihrem Konsularbezirk deutsche Untersuchungs- und Strafgefangene auf deren Verlangen betreuen und ihnen insbesondere Rechtsschutz vermitteln.

§ 15 Entwurf 1972 – Allgemeine Hilfsmaßnahmen

- (1) Wenn in seinem Amtsbezirk Naturkatastrophen oder kriegerische oder revolutionäre Verwicklungen oder vergleichbare Ereignisse, die der Bevölkerung oder Teilen von ihnen Schaden zufügen, eintreten oder einzutreten drohen, soll der Konsularbeamte die erforderlichen Maßnahmen treffen, um den Geschädigten oder den Bedrohten, soweit sie Deutsche sind, Hilfe und Schutz zu gewähren.
- (2) § 14 Absatz 5 gilt entsprechend. Soweit die Entwicklung der Lage im Amtsbezirk, die persönlichen Verhältnisse des Hilfs- oder Schutzbedürftigen oder sonstige besondere Umstände es erfordern, kann von der Geltendmachung der Ansprüche auf Auslagenersatz abgesehen werden.

Art. 20 Vertrag über die Arbeitsweise der EU

- (1) Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.
- (2) Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten. Sie haben unter anderem
- a) das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten;
 - b) in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen, wobei für sie dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats;
 - c) im Hoheitsgebiet eines Drittlands, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, nicht vertreten ist, Recht auf Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Behörden eines jeden Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen wie Staatsangehörige dieses Staates;
 - d) das Recht, Petitionen an das Europäische Parlament zu richten und sich an den Europäischen Bürgerbeauftragten zu wenden, sowie das Recht, sich in einer der Sprachen der Verträge an die Organe und die beratenden Einrichtungen der Union zu wenden und eine Antwort in derselben Sprache zu erhalten.
- Diese Rechte werden unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen ausgeübt, die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind.

Artikel 23 Vertrag über die Arbeitsweise der EU

Jeder Unionsbürger genießt im Hoheitsgebiet eines dritten Landes, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, nicht vertreten ist, den diplomatischen und konsularischen Schutz eines jeden Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen wie Staatsangehörige dieses Staates. Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Vorkehrungen und leiten die für diesen Schutz erforderlichen internationalen Verhandlungen ein.

Der Rat kann gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments Richtlinien zur Festlegung der notwendigen Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zur Erleichterung dieses Schutzes erlassen.

§ 24 SGB XII – Sozialhilfe für Deutsche im Ausland

(1) Deutsche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, erhalten keine Leistungen. Hiervon kann im Einzelfall nur abgewichen werden, soweit dies wegen einer außergewöhnlichen Notlage unabwendbar ist und zugleich nachgewiesen wird, dass eine Rückkehr in das Inland aus folgenden Gründen nicht möglich ist:

1. Pflege und Erziehung eines Kindes, das aus rechtlichen Gründen im Ausland bleiben muss,
 2. längerfristige stationäre Betreuung in einer Einrichtung oder Schwere der Pflegebedürftigkeit
 3. hoheitliche Gewalt.
- (2) Leistungen werden nicht erbracht, soweit sie von dem hierzu verpflichteten Aufenthaltsland oder von anderen erbracht werden oder zu erwarten sind.

(3) Art und Maß der Leistungserbringung sowie der Einsatz des Einkommens und des Vermögens richten sich nach den besonderen Verhältnissen im Aufenthaltsland.

(4) Die Leistungen sind abweichend von § 18 zu beantragen. Für die Leistungen zuständig ist der überörtliche Träger der Sozialhilfe, in dessen Bereich die antragstellende Person geboren ist. Liegt der Geburtsort im Ausland oder ist er nicht zu ermitteln, wird der örtlich zuständige Träger von einer Schiedsstelle bestimmt. § 108 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

(5) Leben Ehegatten oder Lebenspartner, Verwandte und Verschwägerter bei Einsetzen der Sozialhilfe zusammen, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach der ältesten Person von ihnen, die im Inland geboren ist. Ist keine dieser Personen im Inland geboren, ist ein gemeinsamer örtlich zuständiger Träger nach Absatz 4 zu bestimmen. Die Zuständigkeit bleibt bestehen, solange eine der Personen nach Satz 1 der Sozialhilfe bedarf.

(6) Die Träger der Sozialhilfe arbeiten mit den deutschen Dienststellen im Ausland zusammen.

§ 119 BSHG – Sozialhilfe für Deutsche im Ausland

(1) Deutschen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben und im Ausland der Hilfe bedürfen, kann in besonderen Fällen Sozialhilfe gewährt werden.¹

(2) Soweit es im Einzelfall der Billigkeit entspricht, kann Sozialhilfe unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 auch Familienangehörigen von Deutschen gewährt werden, wenn sie mit diesen in Haushaltsgemeinschaft leben.²

(3) Hilfe wird nicht gewährt, soweit sie von dem hierzu verpflichteten Aufenthaltsland oder von anderen gewährt wird oder zu erwarten ist. Hilfe wird ferner nicht gewährt, wenn die Heimführung des Hilfesuchenden geboten ist.

(4) Art, Form und Maß der Hilfe sowie der Einsatz des Einkommens und des Vermögens richten sich nach den besonderen Verhältnissen im Aufenthaltsland unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines dort lebenden Deutschen.³

1 Absatz 1 wurde zum 01.01.1994 geändert (BGBl. 1993 I S. 944) und hatte nach „im Ausland der Hilfe bedürfen“ ursprünglich die folgende Fassung: „soll, vorbehaltlich der Regelung in Absatz 2 Nr. 1, Hilfe zum Lebensunterhalt, Krankenhilfe und Hilfe für werdende Mütter und Wöchnerinnen gewährt werden. Sonstige Sozialhilfe kann ihnen gewährt werden, wenn die besondere Lage des Einzelfalles dies rechtfertigt“ (BGBl. I 1961, S. 815, 835 f.).

2 Absatz 2 wurde zum 01.01.1994 geändert (BGBl. 1993 I S. 944) und hatte nach dem ersten Komma ursprünglich die folgende Fassung: „kann folgenden Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben und im Ausland der Hilfe bedürfen, Sozialhilfe gewährt werden:

1. Deutschen, die gleichzeitig die Staatsangehörigkeit ihres Aufenthaltsstaates besitzen, wenn auch ihr Vater oder ihre Mütter die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzt oder besessen hat, sowie ihren Abkömmlingen,

2. Familienangehörigen von Deutschen, wenn sie mit diesen in Haushaltsgemeinschaft leben,

3. ehemaligen Deutschen, zu deren Übernahme die Bundesrepublik Deutschland auf Grund zwischenstaatlicher Abkommen verpflichtet wäre, sowie ihren Familienangehörigen“ (BGBl. I 1961, S. 815, 835 f.).

3 Der letzte Halbsatz „unter Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse eines dort lebenden Deutschen“ wurde in der zum 01.01.1994 in Kraft getretenen Fassung gestrichen (BGBl. 1993 I S. 944).

(5) Für die Gewährung der Hilfe sachlich zuständig ist der überörtliche Träger der Sozialhilfe. Örtlich zuständig ist der Träger, in dessen Bereich der Hilfesuchende geboren ist. Liegt der Geburtsort des Hilfesuchenden nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder ist er nicht zu ermitteln, wird der örtlich zuständige Träger von der Schiedsstelle bestimmt. § 108 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.⁴

(5a) Leben Ehegatten, Verwandte und Verschwägerter bei Eintritt des Bedarfs an Sozialhilfe zusammen, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem ältesten von ihnen, der im Geltungsbereich dieses Gesetzes geboren ist. Ist keiner von ihnen im Geltungsbereich dieses Gesetzes geboren, so ist ein gemeinsamer örtlich zuständiger Träger nach Absatz 5 zu bestimmen. Die Zuständigkeit bleibt bestehen, solange einer von ihnen der Sozialhilfe bedarf.⁵

(6) Die Träger der Sozialhilfe arbeiten mit den deutschen Dienststellen im Ausland zusammen.

(7) Auf Deutsche, die außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes, aber innerhalb des in Artikel 116 Abs. 1 des Grundgesetzes genannten Gebiets geboren sind und dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, findet Absatz 3 Satz 2 keine Anwendung. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zu bestimmen, daß für diesen Personenkreis unter Übernahme der Kosten durch den Bund Sozialhilfe nach den Absätzen 1 bis 6 über Träger der Freien Wohlfahrtspflege mit Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes geleistet wird.⁶

4 Absatz 5 wurde mit Gesetz vom 21.12.1993 geändert.

Ursprünglich wurde mit der zweite Satz mit einem Semikolon abgetrennt und es schloss sich folgender Text an: „§ 108 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend; die nach § 108 Abs. 3 begründete Zuständigkeit bleibt bestehen, solange noch eine der dort genannten Personen der Sozialhilfe bedarf.“ (BGBl. I 1961, S. 815, 835 f.).

5 Mit Gesetz vom 21.12.1993 (BGBl. I S. 2374) wird Absatz 5a eingefügt.

6 § 119 Abs. 7 wurde mit Gesetz vom 14.08.1969 (BGBl. I, S. 1153) angefügt. Mit Gesetz vom 04.11.1982 (BGBl. I,

S. 1450) wurden die Wörter „in einem unter fremder Verwaltung stehenden deutschen Gebiet“ in „in den zum Staatsgebiet des deutschen Reiches nach dem Stand vom 31. Dezember 1937 gehörenden Gebieten östlich der Oder-Neiße-Linie“ geändert. Mit Gesetz vom 23.06.1993 (BGBl. I, S. 944) erhielt er dies oben zitierte Fassung.

Literaturverzeichnis

Alpmann-Pieper, Annegerd; Alpmann, Josef A.; Krüger, Rolf und Wüstenbecker, Horst, Brockhaus Studienlexikon Recht, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.

Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Auflage, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1987.

Balcik, Ines; Röhe, Klaus und Wróbel, Verena, Pons - Die große Grammatik: Deutsch, Pons GmbH, Stuttgart, 2009.

Bassenge, Peter; Brudermüller, Gerd; u. a., Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 74. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015.

Baur, Fritz, Sozialhilfe für Deutsche im Ausland (§ 24 SGB XII), in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, 1322-1324.

Berber, Friedrich, Lehrbuch des Völkerrechts: Erster Band - Allgemeines Friedensrecht, 2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975,

Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Band 1, Elsevier, Amsterdam u. a., 1992.

Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Band 3, Elsevier, Amsterdam u. a., 1997.

Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Band 4, Elsevier, Amsterdam u. a., 2000.

Bieritz-Harder, Renate; Conrads, Wolfgang und Thie, Stephan (Hrsg.), Sozialgesetzbuch XII Sozialhilfe: Lehr- und Praxiskommentar, 9. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012.

Bleckmann, Albert, Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Juristische Schulung 2002, 942-947.

Blumenwitz, Dieter, Die deutsche Staatsangehörigkeit und die Schutzpflicht der Bundesrepublik Deutschland, in: Heldrich, Andreas; Henrich, Dieter und Sonnenberger, Hans Jürgen (Hrsg.), Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978, 439-449.

Brunner, Manuel, Militärische Auslandsrettung: Zwischen sicherheitspolitischer Herausforderung und Reformbedarf im Wehrverfassungsrecht, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2011, 207-209.

Brunner, Norbert, Die Frage nach dem Anspruch des Bürgers auf diplomatischen Schutz, Verlag Peter Lang, Bern, Frankfurt/Main, New York, 1983.

Bungenberg, Marc, Diplomatischer und konsularischer Schutz, in: Heselhaus, F. Sebastian M. und Nowak, Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, Verlag C. H. Beck u. a., München, 2006.

Busse, Christian, Enthält Artikel 20 S. 1 EGV-Amsterdam einen unmittelbaren Anspruch auf diplomatischen und konsularischen Schutz?, in: Europablätter 1999, 92-94.

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Springer-Verlag,

Wien und New York, 1991.

Calliess, Christian und Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.

Coomans, Fons und Kamminga, Menno T. (Hrsg.), Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Intersentia, Antwerp u. a., 2004.

Creifelds, Carl und Weber, Klaus (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.

Dahm, Patrick, Der staatliche Aufwendungsersatzanspruch nach der erfolgreichen Befreiung entführter Deutscher im Ausland, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, 172-174.

Deiseroth, Dieter, „Humanitäre Interventionen“ und Völkerrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift 1999, 3084-3088.

Deutscher Verein für Öffentliche und Private Fürsorge, Gutachten vom 21. Januar 1998, in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge 1998, 94-95.

Deutsches Institut für Menschenrechte, Menschenrechtsschutz Vereinte Nationen: Individualbeschwerdeverfahren, 2003.

Dietlein, Johannes, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

Dolzer, Rudolf, Diplomatic Protection of Foreign Nationals, in: Encyclopedia of Public International Law, Volume One, North Holland, Amsterdam u. a., 1992, 1067-1071.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I: Art. 1-19, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I: Art. 1-19, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

Eicher, Wolfgang und Spellbrink, Wolfgang (Hrsg.), SGB II Grundsicherung für Arbeitssuchende: Kommentar, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2008.

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 11. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2010.

Ernst, Werner; Zinkahn, Willy; Bielenberg, Walter und Krautzberger, Michael, Baugesetzbuch: Kommentar, 109. EGL, Verlag C.H. Beck, München, 2013.

Esser, Robert, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus Artikel 36 WÜK: - zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH v. 20.12.2007 - 3 StR 318/07, in: Juristische Rundschau 2008, 271-279.

Fichtner, Otto (Hrsg.), Bundessozialhilfegesetz mit Asylbewerberleistungsgesetz und Grundsicherungsgesetz (GSiG): Kommentar, 2. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2003.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, Springer-Verlag, Berlin und Heidelberg, 2009.

- Friauf, Karl Heinrich und Höfling, Wolfram (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2015.
- Friedler, Erik (Regisseur), Friedler, Das Mädchen – Was geschah mit Elisabeth K.?, Deutschland, 2014, 75 Minuten.
- Frowein, Jochen Abr., Das Individuum als Rechtssubjekt im Konsularrecht - Zu den Konsularverträgen mit der DDR -, in: Flume, Werner u. a. (Hrsg.), Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für Frederik A. Mann, Verlag C. H. Beck, München, 1977, 367-380.
- Frowein, Jochen Abraham und Peukert, Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009.
- Gagel, Alexander und Bepler, Klaus, SGB II/SGB III, Grundsicherung und Arbeitsförderung, 45. EGL, Verlag C. H. Beck, München, 2012.
- Geck, Wilhelm Karl, Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 17 (1956/57), 476-545.
- Geck, Wilhelm Karl, Der diplomatische Schutz im heutigen Völkerrecht, Monatsschrift der Vereinigung deutscher Auslandsbeamten e. V. 25 (1962), 337-356.
- Geiger, Rudolf, Grundgesetz und Völkerrecht: mit Europarecht, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.
- Geiß, Robin, Der staatliche Auslagenerstattungsanspruch für Hilfeleistungen in Entführungs- und Katastrophenfällen im Ausland, in: Die Öffentliche Verwaltung 2007, 155-160.
- Gola, Peter und Schomerus, Rudolf, Bundesdatenschutzgesetz: Kommentar, 11. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012.
- Gondek, Michał, The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Intersentia, Antwerp u. a., 2009.
- Göres, Ulrich, Kostentragung für Geiselnbefreiung im Ausland, in: Neue Juristische Wochenschrift 2004, 1909-1913.
- Göres, Ulrich, Entführung deutscher Staatsbürger im Ausland: Wer trägt die Kosten?, in: Die Öffentliche Verwaltung 2008, 622-630.
- Grabenwarter, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009.
- Graf, Hans Lothar, Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung für Nachlassverbindlichkeiten, in: Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2000, 125-131.
- Graf Vitzthum, Wolfgang und Proelß, Alexander (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Auflage, De Gruyter, Berlin und Boston, 2013.
- Grawert, Rolf, Staat und Staatsangehörigkeit: Verfassungsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Staatsangehörigkeit, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.
- Griegerich, Thomas, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt im europäisch-

atlantischen Verfassungsstaat: Vergleichende Bestandsaufnahme mit Ausblick auf die neuen Demokratien in Mittel- und Osteuropa, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 57 (1997), 409-564.

Grube, Christian und Wahrendorf, Volker, SGB XII Sozialhilfe: Kommentar, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2014.

Hailbronner, Kay; Renner, Günter und Maaßen, Hans-Georg, Staatsangehörigkeitsrecht, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.

Hammel, Manfred, Sozialhilfe für Deutsche im Ausland (§ 24 SGB XII) - Zur Interpretation einer umstrittenen Norm, in: Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis 2008, 396-402.

Hanschel, Dirk, Staatliche Hilfspflichten bei Geiselnahmen im Ausland, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 66 (2006), 789-817.

Hanschmann, Felix, Kostenübernahme bei Geiselnahmen im Ausland, in: Deutsche Verwaltungsblätter 2009, 1481-1485.

Hecker, Hellmuth, Mehrseitige völkerrechtliche Verträge zum Staatsangehörigkeitsrecht, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, 1970.

Hecker, Gottfried; Müller-Chorus, Gerhard und Bindseil, Reinhart (Hrsg.), Handbuch der konsularischen Praxis, 2. Auflage, 3. EGL, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2007.

Heintzen, Markus, Auswärtige Beziehungen privater Verbände: Eine staatsrechtliche, insbesondere grundrechtskollisionsrechtliche Untersuchung, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

Henrich, Dieter (Hrsg.), Familienrecht - Scheidung, Unterhalt, Verfahren: Kommentar, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015.

Heselhaus, F. Sebastian M., Diplomatischer und konsularischer Schutz, in: Nowak, Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, Verlag C. H. Beck und andere, München, 2006.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999.

Hill, Hermann, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, in: Neue Juristische Wochenschrift 1986, 2602-2612.

Hobe, Stephan, Einführung in das Völkerrecht, 10. Auflage, A. Francke Verlag, Tübingen und Basel, 2014.

Hoffmann, Klaus und Glietsch, Herbert, Konsularrecht - Sammlung der Völkerrechtlichen Vereinbarungen und Innerstaatlichen Rechtsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland über Konsularische Beziehungen, Loseblatt, 76. EGL, Verlag C. H. Beck, München, 2011.

Hoffmann, Klaus, Die konsularischen Aufgaben der diplomatischen und konsularischen Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland nach dem Konsulargesetz vom 11. September 1974, in: Zentralblatt für Jugendrecht (und Jugendwohlfahrt) 1978, 284-297.

Hofmann, Rainer, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, Springer-Verlag, Berlin u. a., 1994.

Ipsen, Knut (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2014.

Isensee, Josef und Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Die Einheit Deutschlands - Festigung und Übergang -, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2000.

Isensee, Josef und Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1997

Jarass, Hans D. und Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2014.

Jehle, Otto, Der Territorialgrundsatz im Sozialhilferecht, in: Zeitschrift für das Fürsorgewesen 1967, 275-276

Jehle, Otto, Sozialhilfe für Deutsche im Ausland nach § 119 BSHG, in: Zeitschrift für Sozialhilfe 1965, 225-228.

Jürgens, Thomas, Diplomatischer Schutz und Staatenlose, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

Karpenstein, Ulrich und Mayer, Franz C., EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015.

Keller, Helen und Marti, Cedric, Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 73 (2013), 325-372.

Kirchhof, Hans-Peter; Eidenmüller, Horst und Stürner, Rolf (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

Klein, Eckart, Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, in: Die Öffentliche Verwaltung 1977, 704-710.

Klein, Eckart, Schlußwort: Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, in: Die Öffentliche Verwaltung 1979, 39-40.

Klein, Eckart, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, 1633-1640.

Klein, Hans Hugo, Die grundrechtliche Schutzpflicht, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1994, 489-497.

Kleinlein, Thomas und Rabenschlag, David, Auslandsschutz und Staatsangehörigkeit, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 67 (2007), 1277-1337.

Kley-Struller, Andreas, Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 1991, 163-202.

Köbler, Gerhard, Juristisches Wörterbuch: Für Studium und Ausbildung, 14. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2007.

Koenen, Thomas, Wirtschaft und Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten auf der Basis regionaler und internationaler Menschenrechtsverträge, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

Kokew, Christian Peter, Der Auslandsschutz deutscher Staatsangehöriger bei Entführungen, Peter Lang, Frankfurt am Main u. a., 2012.

Kopp, Ferdinand und Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 14. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

Knopp, Anton und Fichtner, Otto, Bundessozialhilfegesetz: Kommentar, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 1992.

Kötter, Matthias und Nolte, Jakob, Staatliche Verpflichtung zur Befreiung deutscher Geiseln im Ausland?, in: Die Öffentliche Verwaltung, 2007, 186-195.

Kotulla, Michael, Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2008.

Kraske, Erich und Nöldeke, Wilhelm, Handbuch des Auswärtigen Dienstes, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957.

Kreikebohm, Ralf; Spellbrink, Wolfgang und Waltermann, Reimund (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

Kreß, Claus, Die verfassungsrechtliche Pflicht der deutschen Strafverfolgungsbehörden zur Berücksichtigung des Wiener Konsularrechtsübereinkommens: Zugleich Besprechung von BVerfG, Entscheidung vom 19.9.2006, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2007, 296-308.

Kruse, Jan, Diplomatischer und konsularischer Schutz für Unionsbürger, sierre Verlag, Göttingen, 2009.

Ladner, Claus Peter, Begriff und Zielsetzung der Sozialhilfe, in: Landes- und Kommunalverwaltung 1991, 139-140.

Larenz, Karl und Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Springer-Verlag, Berlin u. a., 1995.

Lee, Luke T., Consular Law and Practice, Stevens & Sons Limited, London, 1961.

Leipold, Dieter, Die internationale Zuständigkeit für die Ausschlagung der Erbschaft nach EuErbVO und IntErbRVG, in: Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2015, 553-559.

Lenz, Carl Otto und Borchard, Klaus-Dieter (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar: EUV, AEUV, GRCh, 6. Auflage, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2013.

Lettmann, Christian, Die Beschränkung der Erbenhaftung, in: Rheinische Notar-Zeitschrift 2002, 538-557.

Lewinski, Kai von und Burbat, Daniela, Bundeshaushaltsordnung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013.

Lexikonredaktion des Verlags F. A. Brockhaus (Hrsg.), Der Brockhaus Recht: Das Recht verstehen, seine Rechte kennen, F. A. Brockhaus, Mannheim, Leipzig, 2002.

Mackensen, Lutz, Deutsches Wörterbuch, 10. Auflage, Vehling-Verlag, Köln, 1982.

Makarov, Alexander N., Das Urteil des Internationalen Gerichtshofes im Fall Nottebohm, in:

Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 16 (1955/56), 407-426.

Maunz, Theodor und Dürig, Günter, Kommentar zum Grundgesetz, 69. EGL, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.

Mehde, Veith, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen, in: Die Öffentliche Verwaltung 2014, 541-548.

Meyer, Heinrich, Der Schutz Deutscher vor Überstellung an das Ausland nach dem Grundgesetz, in: Juristenzeitung 1956, 6-14.

Meyer, Jürgen (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003.

Meyer-Ladewig, Jens, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 3. Auflage, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011.

Milanovic, Marko, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Mrozynski, Peter, Sozialgesetzbuch: Allgemeiner Teil (SGB I): Kommentar, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.

Müller, Friedrich und Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 10. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

Naumann, Kolja, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen: Versuch einer dogmatischen Verortung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung, in: Die Öffentliche Verwaltung 2011, 96-104.

Noack, Erwin, Das Bundessozialhilfegesetz: Bemerkenswertes für Theorie und Praxis, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1962, 359-363.

Oberthür, Karlheinz, Der Anspruch des deutschen Staatsangehörigen auf diplomatischen und konsularischen Schutz gegenüber anderen Staaten, Rudolf Stehle GmbH und Co. KG, Köln, 1965.

Oellers-Frahm, Karin, Internationaler Gerichtshof (IGH), Den Haag: Urteil vom 27. Juni 2001 - Fall LaGrand (Deutschland gegen die Vereinigten Staaten von Amerika), in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2001, 287-299.

Oellers-Frahm, Karin, Der Rücktritt der USA vom Fakultativprotokoll der Konsularrechtskonvention, in: Dupuy, Pierre-Marie; Fassbender, Bardo; Shaw, Malcolm N. und Sommermann, Karl-Peter (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat, N. P. Engels Verlag, Kehl, 2006.

Oestreicher, Ernst, SGB II/SGB XII: Grundsicherung für Arbeitssuchende und Sozialhilfe: Kommentar, 64. EGL, Verlag C. H. Beck, München, 2011.

Ossenbühl, Fritz, Der öffentlichrechtliche Erstattungsanspruch, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1991, 513-522.

Partsch, Karl Josef, Individuals in International Law, in: Encyclopedia of Public International Law, Volume 2, Elsevier, Amsterdam u. a., 1995, 957-962.

Pohl, Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, in: Nipperdey, Hans Carl, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Erster Band: Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel 102 – 117, Verlag von Reimar Hobbing, Berlin, 1929.

Probst, Manuel, Die humanitäre Interventionspflicht, LIT Verlag, Hamburg, 2006.

Prömper, Stefan, Bundesgebührengesetz und Zeitgebühr: Neue Bedeutung für ein hergebrachtes Rechtsinstitut, in: Die öffentliche Verwaltung 2016, 293-297.

Ress, Georg und Stein, Torsten (Hrsg.), Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes-Rechtswissenschaft, Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996.

Rolfs, Christian; Giesen, Richard; Kreikebohm, Ralf und Udsching, Peter, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Edition 31, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

Rudolf, Walter Die Ausübung des diplomatischen Schutzes für Deutsche, in: Kokot, Józef und Skubiszewski, Krzysztof (Hrsg.), Staatsangehörigkeit, Soziale Grundrechte, Wirtschaftliche Zusammenarbeit nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg und New York, 1976, 61-81.

Rüthers, Bernd; Fischer, Christian und Birk, Axel, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

Ruffert, Matthias, Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Völker- und Europarecht: Bemerkungen zu Art. 8c EGV, in: Archiv des Völkerrechts 35 (1997), 459-477.

Sachs, Michael, Grundgesetz: Kommentar, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.

Säcker, Franz Jürgen und Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 4 und 8, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012.

Säcker, Franz Jürgen und Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

Schellhorn, Walter; Jirasek, Hans und Seipp, Paul, Das Bundessozialhilfegesetz: Ein Kommentar für Ausbildung, Praxis und Wissenschaft, 9. Auflage, Luchterhand, Neuwied, 1977.

Schellhorn, Walter; Schellhorn, Helmut und Hohm, Karl-Heinz, SGB XII - Sozialhilfe: Ein Kommentar für Ausbildung, Praxis und Wissenschaft, 18. Auflage, Luchterhand, Köln, 2010.

Schlabach, Erhard, Bundesgebührengesetz - Rückblick und Ausblick, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2013, 1443-1449.

Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Erster Band, Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1960.

Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Zweiter Band, Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1961.

- Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Dritter Band, Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1962.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Franz; Hofmann, Hans und Hopfauf, Axel, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2011.
- Schoch, Friedrich; Schneider, Jens-Peter und Bier, Wolfgang, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Band I, 24. EGL, Verlag C. H. Beck, München, 2012.
- Schoch, Friedrich, Der öffentlichrechtliche Erstattungsanspruch, in: Juristische Ausbildung 1994, 82-90.
- Schomburg, Wolfgang und Schuster, Matthias, Unterlassene Informationen nach Artikel 36 WÜK - Anmerkungen zur aktuellen Rechtsprechung, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2008, 593-597.
- Schönke, Adolf und Schröder, Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 28. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.
- Schulte, Bernd und Trenk-Hinterberger, Peter, Bundessozialhilfegesetz (BSHG) mit Durchführungsverordnungen und Erläuterungen, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1988.
- Schwacke, Peter, Juristische Methodik mit Technik der Fallbearbeitung, 5. Auflage, Deutscher Gemeindeverlag und Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2011.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012.
- Seeberg-Elverfeldt, Niels-J.; Die Rückförderung von Seeleuten aus dem Ausland, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1985, 942-946.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz, Lexikon des Rechts: Völkerrecht, 3. Auflage, Luchterhand, Neuwied, 2001.
- Simms, Brendan und Trim, D. J. B. (Hrsg.), Humanitarian Intervention: A History, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Skubiszewski, Krzysztof, Der diplomatische Schutz des Staatsbürgers, in: Kokot, Józef und Skubiszewski, Krzysztof (Hrsg.), Staatsangehörigkeit, Soziale Grundrechte, Wirtschaftliche Zusammenarbeit, nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg und New York, 1976, 82-95.
- Spindler, Helga, Rechtliche Rahmenbedingungen der Beratung in der Sozialhilfe: Bestandsaufnahme, Probleme bei der Entwicklung und mögliche Perspektiven - Teil 1, in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge 2002, 357-363.
- Steiger, Dominik, Das völkerrechtliche Folterverbot und der „Krieg gegen den Terror“, Springer, Heidelberg u. a., 2013.
- Stein, Torsten und von Buttlar, Christian, Völkerrecht, 13. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012.
- Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim und Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2014.

- Stern, Klaus, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, in: Die Öffentliche Verwaltung 2010, 241-249.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1984.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994.
- Storost, Christian, Diplomatischer Schutz durch EG und EU?: Die Berücksichtigung von Individualinteressen in der europäischen Außenpolitik, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- Streinz, Rudolf, EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012.
- Szczekalla, Peter, Die Pflicht der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zum diplomatischen und konsularischen Schutz, in: Europarecht 1999, 325-342.
- Szczekalla, Peter, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.
- Tams, Christian J., Interim Orders by the European Court of Human Rights: Comments on Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey, in: Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht 63 (2003), 681-692.
- Thielemann, Wernhardt, Sozialhilfe für Deutsche im Ausland, in: Zeitschrift für das Fürsorgewesen 1969, 245-250.
- Thole, Christoph, Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug - Das Ende des „auch fremden“ Geschäfts?, in: Neue Juristische Wochenschrift 2010, 1243-1248.
- Thüsing, Gregor, „Florida-Rolf“ - Von der Macht der Medien und dem Sinn der Sozialhilfe, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, 3246-3248.
- Tilch, Horst und Arloth, Frank (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Band 2, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001.
- Tometten, Christoph, Der internationale Schutz von Katastrophenflüchtlingen, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2010, 22-27.
- Tomuschat, Christian, Verfassungsgewohnheitsrecht?: Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1972.
- Treviranus, Hans D., Nochmals: Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, in: Die Öffentliche Verwaltung 1979, 35-39.
- Triepel, Heinrich, Die auswärtige Politik der Privatpersonen, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 9 (1939/1940), 1-30.
- Verdross, Alfred und Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.
- Von der Groeben, Hans und Schwarze, Jürgen, Kommentar zum Vertrag über die Europäische

- Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, 6. Auflage, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003.
- Von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Strafrecht, Edition 23, Verlag C. H. BECK, München, 2013.
- Von König, Bernhard Woldemar, Handbuch des Deutschen Konsularwesens, 8. Auflage, Verlag von Dietrich Reimer, Berlin, 1914.
- Von Münch, Ingo, Die deutsche Staatsangehörigkeit: Vergangenheit - Gegenwart - Zukunft, De Gruyter Recht, Berlin, 2007.
- Von Münch, Ingo und Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012.
- Wagner, Frieder, Die Leichen im Keller des Auswärtigen Amtes, in: Baer, Willi und Dellwo, Karl Heinz (Hrsg.), Dass du zwei Tage schweigst unter der Folter!, Laika Verlag, Hamburg, 2010.
- Wagner, Niklas; Raasch, Holger und Pröpstl, Thomas, Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963: Kommentar für die Praxis, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2007.
- Wahrig-Burfeind, Renate (Hrsg.), Deutsches Wörterbuch, 8. Auflage, Bertelsmann Lexikon Verlag, Gütersloh, 2010.
- Walter, Tonio, Der deutsche Strafprozess und das Völkerrecht: Eine Besprechung der Entscheidung einer Kammer des Bundesverfassungsgerichts vom 19.9.2006 (2 BvR 2115/01) zur Revisibilität eines Verstoßes gegen die Pflicht, ausländische Festgenommene über ihre Rechte nach Art. 36 WÜK zu belehren, in: Juristische Rundschau 2007, 99-104.
- Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2011.
- Weigend, Thomas, Festgenommene Ausländer haben ein Recht auf Benachrichtigung ihres Konsulats: . . . und die Verletzung dieses Rechts hat Konsequenzen, in: Strafverteidiger 2008, 39-44.
- Weis, P., Nationality and Statelessness in International Law, Stevens & Sons Limited, London, 1956.
- Wolff, Heinrich Amadeus, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- Zeller, Ernst, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989.
- Zimmermann, Andreas, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Staatsangehörigkeitsrecht der Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Probleme mehrfacher Staatsangehörigkeit, in: Europarecht 1995, 54-70.
- Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Auflage, C. H. Beck, München, 2012.
- Zorn, Philipp, Die Konsulargesetzgebung des Deutschen Reichs, 2. Auflage, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1901.
- Zorn, Albert, Grundzüge des Völkerrechts, Verlagsbuchhandlung von J. J. Weber, Leipzig, 1903.