

# Auslandsschutz und Staatsangehörigkeit

Thomas Kleinlein/David Rabenschlag\*

A. Einleitung	1278
B. Völkerrechtliche Zulässigkeit des Auslandsschutzes zugunsten Nichtstaatsangehöriger	1280
I. Schutzformen	1280
II. Diplomatischer Schutz im engeren Sinne	1282
1. Völkerrechtliche Kriterien der Staatsangehörigkeit für die Ausübung diplomatischen Schutzes	1283
2. Alternative Anknüpfungsmöglichkeiten für die Zulässigkeit diplomatischen Schutzes	1284
3. Ausnahmen vom Staatsangehörigkeitserfordernis	1285
III. Geltendmachung der Verletzung von <i>erga omnes</i> -Pflichten	1290
IV. Insbesondere: Vertragsbasierte Maßnahmen	1294
V. Menschenrechtsrelevanter konsularischer Schutz	1296
VI. Ergebnis für die völkerrechtliche Zulässigkeit	1298
C. Ansprüche Nichtstaatsangehöriger auf Auslandsschutz	1299
I. Auslandsschutz für Nichtstaatsangehörige nach dem Grundgesetz	1299
1. Von der Verfassungstradition zur Schutzpflichtenlehre	1299
2. Schutzpflichtendogmatik und Staatsangehörigkeit	1301
3. Allgemeine Grenzen der Schutzpflicht	1303
a) Umkehrschluss zu Art. 16a GG oder geographische Begrenzung?	1303
b) Grenzen aus der völkerrechtlichen Zuständigkeitsordnung	1304
4. Ergebnis für das Recht auf Auslandsschutz nach dem Grundgesetz	1306
II. Auslandsschutz für Nichtstaatsangehörige nach dem Recht der Europäischen Union	1306
1. Originärer Schutzanspruch kraft Gemeinschaftsrechts	1306
2. Schutz durch die Vertretung eines anderen Mitgliedstaates	1310
a) Pflicht zur gleichen Teilhabe unter Beachtung der Gemeinschaftsgrundrechte	1310
b) Unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts auf gleiche Schutzgewähr	1312
c) Reichweite der Schutzaktivitäten	1315
d) Geschützter Personenkreis	1318
e) Die Durchführung des gemeinsamen Schutzes	1318
3. Ergebnis für gemeinschaftsrechtliche Ansprüche auf Auslandsschutz	1320
III. Auslandsschutz für Nichtstaatsangehörige nach der EMRK	1321
1. Schutzpflichten der EMRK gegenüber der Hoheitsgewalt anderer Staaten	1322
a) Schutzpflichten und Grenzen der Konventionsbindung	1322
b) Die kontextbezogene Dynamik des Art. 1 EMRK im Urteil <i>Ilaşcu</i>	1325
c) Auslandsschutz bei Verletzung absoluter Kernrechte	1327
2. Justiziabilität des Auslandsschutzes und EMRK	1328
3. Ergebnis für das Recht auf Auslandsschutz nach der EMRK	1329
IV. Recht auf Schutzgewähr im universellen Völkerrecht	1330
D. Fazit	1333
Summary	1334

---

\* Die Verfasser sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. Dr. Stefan Kadelbach, LL.M. und am Wilhelm Merton-Zentrum für Europäische Integration und Internationale Wirtschaftsordnung an der J. W. Goethe-Universität Frankfurt am Main. Für wertvolle Kritik und Hinweise danken sie Helmut Philipp Aust, Jürgen Bast, Guy S. Goodwin-Gill, Rainer Hofmann, Stefan Kadelbach, Anna von Oettingen und Niels Petersen. Für verbleibende Irrtümer sind allein die Autoren verantwortlich.

## A. Einleitung

Haben Nichtstaatsangehörige einen Anspruch auf staatlichen Schutz, wenn andere Staaten sie in ihren Menschenrechten verletzen? Angesichts von weltweit 200 Millionen Migranten ist die Frage von hoher praktischer Relevanz. Dies verdeutlichen gerade auch die "vergessenen Gefangenen" in Guantánamo Bay. Das Schicksal des in Bremen geborenen und aufgewachsenen Türken Kurnaz, der schließlich aufgrund der Bemühungen der Bundesregierung vom US-Militärgefängnis nach Deutschland zurückkehren konnte, hat Untersuchungsausschüsse des Bundestages und des Europäischen Parlamentes beschäftigt.<sup>1</sup> Der englische Court of Appeal verneinte in der Entscheidung *Al Rawi* im Ergebnis eine berechtigte Erwartung von vier in Guantánamo internierten Nichtbriten auf Berücksichtigung ihrer Schutzbegehren, obgleich sie in Großbritannien ansässig und zwei von ihnen dort als Flüchtlinge anerkannt waren.<sup>2</sup> Eine solche "*legitimate expectation*" hatte er zuvor in der für das britische Recht bahnbrechenden Entscheidung *Abbasi* einem Guantánamo-Häftling mit britischer Staatsangehörigkeit zuerkannt.<sup>3</sup>

Das Völkergewohnheitsrecht erlaubt den Staaten die Ausübung diplomatischen Schutzes grundsätzlich nur zugunsten ihrer eigenen Staatsangehörigen (*nationality rule*). Wohl aus diesem Grund werden die möglichen Anspruchsberechtigten eines verfassungs- oder menschenrechtlich gebotenen Auslandsschutzes mit den Staatsangehörigen gleichgesetzt. Dieses Axiom ist aus mehreren Gründen zu überdenken. Nach dem Völkerrecht sind auch andere Maßnahmen als der klassische diplomatische Schutz zulässig, mit denen ein Staat Übergriffen ausländischer Hoheitsgewalt auf Individuen entgegenwirken kann. Zudem kennt die erwähnte *nationali-*

<sup>1</sup> Deutscher Bundestag, Untersuchungsauftrag des 1. Untersuchungsausschusses der 16. Wahlperiode (BT-Drs. 16/990, 16/1179 sowie BT-Drs. 16/3028, 16/3191; s. a. die Ergänzung vom 6.7.2007 BT-Drs. 16/5751, 16/6007 zu festgenommenen Deutschen und Personen mit legalem Aufenthaltsstatus); Entschließung des Europäischen Parlamentes vom 14.2.2007 zu der behaupteten Nutzung europäischer Staaten durch die CIA für die Beförderung und das rechtswidrige Festhalten von Gefangenen (2006/2200(INI), P6\_TA (2007) 0032.

<sup>2</sup> Court of Appeal (England and Wales), Urt. v. 12.10.2006, *R. (on the Application of Al Rawi & Others) and The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Anor*, Citation Number [2006] EWCA Civ 1279, erhältlich via <<http://www.hmcourts-service.gov.uk/judgments.htm>>. Jüngst sind vormalig in UK ansässige Gefangene freigelassen worden, nachdem sich britische Diplomaten schließlich für sie verwendet hatten; vgl. zu Herrn Al Rawi *The Times* vom 2.4.2007, 21: "Briton Tells of His Four-year 'Nightmare' at Guantanamo"; zu Herrn el-Banna, gegen den nun ein EU-Haftbefehl Spaniens vorliegt, und weiteren Häftlingen *The Times* vom 20.12.2007, 1: "Guantanamo Three Freed – and Detained".

<sup>3</sup> Court of Appeal (England and Wales), Urt. v. 6.11.2002, *R. (on the Application of Abbasi & Anor) and The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Anor*, ILM 42 (2003), 358; s. dazu C. Kilroy, *R. (on the application of Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs: reviewing the prerogative*, E.H.R.L.R. 2003, 222; C. Storst, *Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?*, AVR 42 (2004), 411 (411 ff. u. 417 f.); K. Reece Thomas, *The Changing Status of International Law in English Domestic Law*, NILR 2006, 371 (380 f.); s. zur besonderen Problematik der doppelten Staatsangehörigkeit C. Forcese, *The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the "War on Terror"*, EJIL 17 (2006), 369.

*ty rule* seit jeher Ausnahmen, zu denen neue hinzutreten. Diese Entwicklung ist vor dem Hintergrund einer breiter angelegten Debatte über den diplomatischen Schutz zu sehen, die durch die Arbeiten der International Law Commission (ILC) zu diesem Thema neue Impulse erfahren hat.<sup>4</sup> Im Blickfeld der völkerrechtlichen Diskussion steht das Spannungsverhältnis zwischen den traditionellen Voraussetzungen des diplomatischen Schutzes und einer möglichen menschenrechtlichen Dimension dieses Instruments.<sup>5</sup> Neuere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG) und nationaler Gerichte haben zudem die tatsächliche Bedeutung des Auslandsschutzes wieder ins Bewusstsein gerückt. Vergleichende Betrachtungen staatlicher Rechtsordnungen zeigen auf, inwieweit den Staaten ein politisches Ermessen verbleibt.<sup>6</sup>

Die genannten Gesichtspunkte sprechen für eine Überprüfung der gängigen Annahme, dass ein Auslandsschutz zugunsten fremder Staatsangehöriger weder zulässig noch geboten ist. Daher prüft der Beitrag zunächst die Zulässigkeit des Schutzes Nichtstaatsangehöriger nach dem Völkerrecht (B.). Vor dem Hintergrund des Konflikts zwischen gerichtlich durchsetzbarem Individualschutz und der in den Außenbeziehungen notwendigen Handlungsfreiheit werden sodann Ansprüche nach dem Grundgesetz sowie nach dem Europa- und Völkerrecht in den Blick genommen (C.). Dabei soll nicht der angesichts der Sensibilität der internationalen Beziehungen erforderliche Spielraum des Staates bestritten, sondern der Kreis der Anspruchsberechtigten bestimmt werden. Aus dieser Perspektive sind die dogmatischen Herleitungen eines grundgesetzlichen Anspruchs auf Auslandsschutz daraufhin zu untersuchen, ob ihnen eine Beschränkung auf Staatsangehörige immanent ist. Auch individuelle Rechte aus dem Recht der Europäischen Union binden die Mitgliedstaaten und können zugunsten der Unionsbürger oder der Angehörigen dritter Staaten bestehen. Unter anderen Vorzeichen stellt sich die Leitfrage für die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Schließlich ist denkbar, dass sich aus universellen Menschenrechten ein von der Staatsangehörigkeit entkoppelter Anspruch auf Auslandsschutz ableiten lässt.

---

<sup>4</sup> S. zuletzt den von der ILC 2006 angenommenen Artikelentwurf, ILC Report 2006, UN-Dok. A/61/10, § 34.

<sup>5</sup> J.-F. Flauss (Hrsg.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, 2003; V. Pergantis, *Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?*, *ZaöRV* 66 (2006), 351; P. Pustorino, *Recenti Sviluppi in tema di protezione diplomatica*, *Riv. di Diritto Int'le* 89 (2006), 68; M. Salazar Alborno, *Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection*, *Anuario mexicano de derecho internacional* 6 (2006), 377.

<sup>6</sup> S. ILC, *First Report on Diplomatic Protection by the Special Rapporteur, Mr. John R. Dugard*, UN-Dok A/CN.4/506, 30 ff.; A. Vermeer-Künzli, *Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection*, *Nordic JIL* 75 (2006), 279 (286 ff.) sowie für die europäischen Staaten die Beiträge in Flauss (Anm. 5), 73 ff.; C. Storost, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?*, 2005, 187 ff.; Pergantis (Anm. 5), 379 ff.

## B. Völkerrechtliche Zulässigkeit des Auslandsschutzes zugunsten Nichtstaatsangehöriger

### I. Schutzformen

Die Bundesrepublik Deutschland kann Private gegen Übergriffe fremder Hoheitsgewalt durch eine Reihe von Maßnahmen schützen.<sup>7</sup> Neben dem klassischen diplomatischen Schutz kommen dafür als friedliche Mittel die allgemeine Information einer Regierung, ein spezieller Hinweis auf eine Grundrechtsverletzung mit einem Abhilfeverlangen, das Vortragen von Rechtsansichten und Bewertungen, Bitten, Forderungen, Anreize und die Ausübung politischen Drucks in Betracht. Weitere Akte des Auslandsschutzes sind das präventive Drängen auf Verhütung möglicher Grundrechtsverletzungen, die Wahrnehmung rechtlicher Gestaltungs- oder Wirkungsmöglichkeiten, die eine ausländische Rechtsordnung eröffnet (z.B. das Erheben von Klagen) und die Unterstützung bei der Wahrnehmung von Rechten im Ausland durch Private (z.B. durch Übernahme von Prozess- oder Anwaltskosten vor Gericht). Im Einzelfall ist auch die Verbesserung der Position geschützter Personen im Ausland durch Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die Einflussnahme auf ausländische Rechtsetzungsorgane im Rahmen von Verhandlungen (etwa durch Gegenseitigkeitsklauseln) sowie die Herstellung konkreter Lebensverhältnisse denkbar. Möglich ist auch der Versuch einer Einflussnahme durch Gestaltung und Ausnutzung von Verfahren in anderen Gremien, insbesondere Organen des Menschenrechtsschutzes.<sup>8</sup>

Grundsätzlich ist für die völkerrechtliche Zulässigkeit zwischen Schutzmaßnahmen, die reaktiv an eine eingetretene Völkerrechtsverletzung mit dem Ziel der

<sup>7</sup> S. zur Gewährung von Auslandsschutz durch die Bundesrepublik Deutschland in der Praxis seit 1994 die Berichte in der ZaöRV über die völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland in diesem Zeitraum: ZaöRV 64 (2004), 195 (220 f.) – Anrufung des IGH und Erwirkung einer einstweiligen Anordnung im Fall *LaGrand*; ZaöRV 61 (2001), 876 (903) – Deutsch-kasachische Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Unterstützung der Bürger deutscher Nationalität der Republik Kasachstan v. 31.5.1996, BGBl. 1999 II, 1019; ZaöRV 60 (2000), 887 (911 f.) – Anstrengungen, um auf die Aufklärung des Schicksals der unter der Militärdiktatur von Argentinien “verschwundenen” deutschen Staatsangehörigen hinzuwirken, Bemühungen betreffend die Sicherheit von Touristinnen und Touristen in Ägypten, diplomatischer Schutz von bestimmten deutschen Staatsangehörigen, die in der Türkei und im Nordirak inhaftiert bzw. gefangengenommen worden waren; ZaöRV 58 (1998), 906 (938 f.) – Beratung und Unterstützung sowie Information der türkischen Regierung im Fall von Problemen beim Erwerb von Immobilien in der Türkei durch deutsche Staatsangehörige, Einsatz für deutsche Staatsangehörige, die im Iran in Untersuchungs- oder Strafhaft einsaßen, kein Anlass zum Tätigwerden im Fall der Beschädigung des Greenpeace-Schiffes im Hafen von Brindisi, da ausschließlich Dritte betroffen; ZaöRV 57 (1997), 923 (963 f.) – Gewährung von Sozialhilfe an im Ausland lebende Deutsche, Verurteilung der iranischen Fatwa gegen den britischen Autor Salman Rushdie gemeinsam mit anderen Mitgliedstaaten der EU; ZaöRV 56 (1996), 998 (1040 f.) – Maßnahmen im Zusammenhang mit der Inhaftierung von 23 Personen durch spanische Sicherheitskräfte in Sevilla während der “Expo 92”, Gewährung von Sozialhilfe an im Ausland lebende Deutsche.

<sup>8</sup> S. den Katalog von Maßnahmen bei G. E l b i n g, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, 1992, 114 f.

Wiedergutmachung anknüpfen (diplomatischer Schutz im engeren Sinne), und präventiven Maßnahmen der Fürsorge (diplomatischer Schutz im weiteren Sinne) zu differenzieren. Im Völkervertragsrecht findet sich die Unterscheidung in Art. 27 des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID).<sup>9</sup> Der Oberbegriff für beide Kategorien ist der des Auslandsschutzes.<sup>10</sup>

Nur der diplomatische Schutz i.e.S., mit dem die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für ein völkerrechtliches Delikt geltend gemacht wird, ist dem Recht der Staatenverantwortlichkeit zuzuordnen.<sup>11</sup> Er allein ist Gegenstand der 2006 von der ILC angenommenen *draft articles on diplomatic protection* (DDP).<sup>12</sup> Als Maßnahmen zur Geltendmachung der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit nennt der Internationale Gerichtshof (IGH) im *Reparations for Injuries*-Fall den Protest, das Verlangen der Durchführung eines Untersuchungsverfahrens, Verhandlungen sowie die Aufforderung zur Überweisung der Angelegenheit an ein Schiedsgericht oder den IGH.<sup>13</sup> Einzuordnen sind hier aber unter Umständen auch Gegenmaßnahmen (Repressalien),<sup>14</sup> die an eine Völkerrechtsverletzung mit dem Ziel anknüpfen, den rechtswidrig handelnden Gegner zur Aufgabe seines rechtsverletzenden Verhaltens zu bewegen. Vereinzelt wird – systematisch überzeugend – auch die Durchführung eines Gerichtsverfahrens gegen einen anderen Staat unter Verweige-

<sup>9</sup> Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten v. 18.3.1965, BGBl. 1969 II, 371. Art. 27 Abs. 2 ICSID bestimmt, dass informelle diplomatische Schritte, die lediglich darauf gerichtet sind, die Beilegung einer Investitionsstreitigkeit zu erleichtern, nicht unter den Begriff des diplomatischen Schutzes im Sinne von Art. 27 Abs. 1 fallen.

<sup>10</sup> Vgl. zur Terminologie BVerfGE 37, 217 (241); E 55, 349 (364); E. Klein, Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, DÖV 1977, 704 (705); ILC, Preliminary Report on Diplomatic Protection (Mohammed Benouna, Special Rapporteur), UN-Dok A/CN.4/484, § 12 – “*diplomatic protection strictu sensu*”. Entsprechend unterscheidet zwischen “*protection diplomatique stricto sensu*” und “*protection diplomatique lato sensu*”: L. Condorelli, L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique, in: Flauss (Anm. 5), 7 f.; ders., La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle, Riv. di Diritto Int'le 86 (2003), 5 (8 f.). C. Jimenez Piernas, La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea, RIE [Revista de instituciones europeas] 20 (1993), 9 (23 ff., 45 ff.); A. Remiro Brotons, Derecho Internacional, 1997, 500 unterscheiden “*protección diplomática en sentido estricto*” und “*protección consular*”, “*asistencia diplomática*” und “*asistencia consular*”. Eine andere Bedeutung hat die Unterscheidung bei E. Schneberger, Staatsangehörigkeit und diplomatischer Schutz, SJZ 39 (1943), 493 (495 f.).

<sup>11</sup> ILC, Kommentar zu Art. 1 DDP, § 8; Kommentar zur Art. 42 ASR, § 2 zum Begriff der “*invocation by a state of the responsibility of another state*”; M. Ruffert, Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Völker- und Europarecht, AVR 35 (1997), 459 (460 f.); zur Fiktion als Grundlage für die Geltendmachung der Verantwortlichkeit s. A. Vermeer-Künzli, As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, EJIL 18 (2007), 37.

<sup>12</sup> S. Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session (1 May - 9 June and 3 July - 11 August 2006), General Assembly Official Records Sixty-first session, Supplement No. 10, UN-Dok. A/61/10. UNGA Res. 61/35, kündigte einen TOP “Diplomatic Protection” für die 62. Sitzungsperiode an. Dazu ist bis dato nur die Presseerklärung GA/10667 öffentlich verfügbar.

<sup>13</sup> IGH, Reparations for Injuries, ICJ Reports 1949, 174 (177).

<sup>14</sup> W. Geck, EPIL I, 1992, Stichwort “Diplomatic Protection”, 1045 (1062). Enger G. Ress, Diplomatischer Schutz und völkerrechtliche Verträge, in: ders./Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996, 83 (87 f.).

zung der Immunität als Ausübung diplomatischen Schutzes durch den Forumsstaat angesehen.<sup>15</sup>

Zum diplomatischen Schutz i.w.S. zählt insbesondere auch der konsularische Schutz. Die Abgrenzung zwischen diplomatischem Schutz (i.e.S.) und konsularischem Schutz kann in der Praxis schwierig sein.<sup>16</sup> Einen Anhaltspunkt stellt es jedoch dar, dass beim konsularischen Schutz eher Interessen eines Individuums innerhalb eines fremden Staates wahrgenommen werden, während die Ausübung diplomatischen Schutzes nach Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe eine Angelegenheit bereits zu einer zwischenstaatlichen Streitigkeit werden lässt. Dementsprechend handeln beim diplomatischen Schutz auch hauptsächlich Botschafter oder der Außenminister als Repräsentanten der Bundesrepublik, während bei der konsularischen Betreuung grundsätzlich Konsularbeamte tätig werden.<sup>17</sup>

Allgemein kann sich eine Beschränkung der im Auslandsschutz anwendbaren Mittel aus Verträgen über die Beilegung von Völkerrechtsstreitigkeiten ergeben.<sup>18</sup> Im Übrigen ist für die völkerrechtliche Zulässigkeit des Auslandsschutzes zugunsten von Nichtstaatsangehörigen zwischen diplomatischem Schutz i.e.S. (II.), und sonstigen (III., IV.), darunter konsularischen Schutzmaßnahmen (V.) zu unterscheiden.

## II. Diplomatischer Schutz im engeren Sinne

Nach dem Völkergewohnheitsrecht ist es Voraussetzung für die Ausübung diplomatischen Schutzes i.e.S., dass die betroffene Person grundsätzlich vom Zeit-

<sup>15</sup> J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, 158 f.; vgl. J.-F. Flauss, *Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme*, SZIER 2003, 1 (9); ders., *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique*, in: ders. (Anm. 5), 37. S. auch International Law Association (ILA), *Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property*, First Report, ILA Reports 69 (2000), 604 (637).

<sup>16</sup> ILC, *Kommentar zu Draft Art. 1, § 10 f.*; N. Brunner, *Die Frage nach dem Anspruch des Bürgers auf diplomatischen Schutz*, 1983, 6; E. Denza, *Diplomatic Law*, 2. Aufl. 1998, 33; A. Künzli, *Exercising Diplomatic Protection: The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, ZaöRV 66 (2006), 321 (331); D. Hanschel, *Staatliche Hilfspflichten bei Geiselnahmen im Ausland*, ZaöRV 66 (2006), 789 (792). S. auch die Gegenüberstellung bei J.-P. Panchicco, *La protection consulaire et diplomatique: concurrence ou complémentarité?*, in: *Société Française pour le Droit International* (Hrsg.), *La protection consulaire: journée d'études de Lyon, 2006*, 74.

<sup>17</sup> S. aber Art. 3 Abs. 2 WÜD und Art. 3 S. 2, 70 WÜK über die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben durch diplomatische Missionen einerseits und Art. 17 Abs. 1 WÜK über die Beauftragung eines Konsularbeamten mit der Vornahme diplomatischer Amtshandlungen andererseits.

<sup>18</sup> W. Geck, *Die Ausweitung von Individualrechten durch völkerrechtliche Verträge und der Diplomatische Schutz*, in: FS K. Carstens, 1984, Bd. 1, 339 (345). S. etwa den Deutsch-Schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag v. 3.12.1921, RGBl. 1922 II, 104, geändert durch Prot. v. 29.8.1928, RGBl. 1929 II, 506 (dazu BVerfGE 6, 290) oder das Europäische Übereinkommen zur friedlichen Beilegung von Streitigkeiten v. 29.4.1957, BGBl. 1961 II, 81. Die Zulässigkeit eines Verzichts auf diplomatischen Schutz ist aber u.U. fraglich, s. E. Klein, *Völkerrechtliche Grenzen des staatlichen Verzichts auf diplomatischen Schutz*, in: FS C. Tomuschat, 2006, 361 ff. mit weiteren Beispielen.

punkt der Verletzung bis zur Erhebung der Klage die Staatsangehörigkeit des Staates besitzt, der diplomatischen Schutz ausübt (*continuous nationality*, vgl. Art. 5 Abs. 1 DDP) und dass die innerstaatlichen Rechtsbehelfe im Verletzerstaat erschöpft sind (*exhaustion of local remedies*, vgl. Art. 14 f. DDP). Demnach kann ein Staat diplomatischen Schutz zugunsten einer Privatperson nur ausüben, wenn diese völkerrechtlich dessen Staatsangehörigkeit besitzt.<sup>19</sup> Auch das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD)<sup>20</sup> geht ausweislich seines Art. 3 Abs. 1 *lit. b*) davon aus, dass ein Entsendestaat diplomatischen Schutz nur zugunsten seiner Angehörigen ausübt.

Die *nationality rule* ist darauf zurückzuführen, dass mit der Ausübung diplomatischen Schutzes traditionell dem Völkerrecht in der Person des Staatsangehörigen Achtung verschafft wird.<sup>21</sup> Die gewohnheitsrechtlichen Regeln über die Ausübung diplomatischen Schutzes sind aus der Kollision von Gebiets- und Personalhoheit in dem Fall entstanden, dass sich ein Staatsangehöriger auf fremdem Staatsgebiet aufhält. Die Staaten haben einander zugestanden, ihre Hoheitsgewalt über alle Personen und Gegenstände innerhalb ihres Territoriums auszuüben. Gleichzeitig haben sie sich aber vorbehalten, ihre Staatsangehörigen zu schützen, wenn sie Opfer einer Völkerrechtsverletzung werden.<sup>22</sup>

### 1. Völkerrechtliche Kriterien der Staatsangehörigkeit für die Ausübung diplomatischen Schutzes

Problematisch ist dabei zunächst, ob für die Ausübung diplomatischen Schutzes der formelle Tatbestand der Staatsangehörigkeit nach dem nationalen Recht ausreicht oder aber darüber hinaus eine besondere tatsächliche Verbundenheit, ein "*genuine link*", erforderlich ist.<sup>23</sup> In seiner *Nottebohm*-Entscheidung verlangte der IGH für die Ausübung diplomatischen Schutzes eine solche Verknüpfung und stellte damit die Voraussetzung einer effektiven Staatsangehörigkeit auf.<sup>24</sup> Die ILC und weite Teile der Lehre interpretieren das Urteil als Entscheidung über den besonderen Fall *Nottebohms*. Sie gehen davon aus, dass der IGH keine allgemeine Regel für alle Staaten aufstellen, sondern nur die spezifischen Anforderungen an

---

<sup>19</sup> Geck (Anm. 14), 1049 sowie aus der Rspr. StIGH, *Mavrommatis Concessions*, PCIJ Series A, No. 2 (1924), 6 (12); StIGH, *Panevezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Series A/B, No. 76 (1939), 4 (16); IGH, *Nottebohm*, ICJ Reports 1955, 4 (24).

<sup>20</sup> Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen v. 18.4.1961, BGBl. 1964 II, 959.

<sup>21</sup> StIGH, *Mavrommatis Concessions*, PCIJ Series A, No. 2 (1924), 6 (12).

<sup>22</sup> G. Leigh, *Nationality and Diplomatic Protection*, ICLQ 20 (1971), 453 (455); L. Henkin, "Nationality" at the Turn of the Century, in: FS R. Bernhardt, 1995, 89 (91).

<sup>23</sup> Allgemein zu den Anforderungen an die Staatsangehörigkeit bei der Ausübung diplomatischen Schutzes s. Leigh (Anm. 22), 453.

<sup>24</sup> IGH, *Nottebohm*, ICJ Reports 1955, 4 (23): "... nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties."

einen Kläger wie Liechtenstein bezeichnen wollte.<sup>25</sup> Zu Liechtenstein stand *Nottebohm* im Vergleich zu seinen Beziehungen zum beklagten Staat Guatemala in nur sehr loser tatsächlicher Verbindung. Er war 1905 aus dem damaligen Deutschen Reich nach Guatemala ausgewandert und hatte 1939 die liechtensteinische Staatsangehörigkeit unter Verzicht auf das Erfordernis eines dreijährigen Aufenthalts aufgrund seiner Bereitschaft erlangt, eine bestimmte Summe an die zuständige Gemeinde und den Staat Liechtenstein zu zahlen. In Liechtenstein lebte zwar ein Bruder *Nottebohms*, er unterhielt aber keine darüber hinausgehenden geschäftlichen oder persönlichen Beziehungen zu dem Staat.<sup>26</sup> Es ist zu bezweifeln, dass die Anforderungen des IGH der Staatenpraxis entsprechen. Sie führen jedenfalls zu gravierenden Schutzlücken, deren tatsächlicher Umfang angesichts der weltweiten Migration eher noch zugenommen hat, und zu einer völkerrechtlich unerwünschten sog. hinkenden Staatsangehörigkeit.<sup>27</sup> Der Draft Art. 4 des ILC-Entwurfs zum diplomatischen Schutz verlangt einen solchen "*genuine link*" nicht.<sup>28</sup>

## 2. Alternative Anknüpfungsmöglichkeiten für die Zulässigkeit diplomatischen Schutzes

Umgekehrt wurde in der Literatur vorgeschlagen, eine angemessene allein tatsächliche Verbindung zum Schutz gewährenden Staat ausreichen zu lassen.<sup>29</sup> Dafür spricht, dass der Staat, zu dem eine tatsächliche Verbindung besteht, unter Umständen sogar eher geneigt sein kann, Maßnahmen des diplomatischen Schutzes zu ergreifen als der Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Verletzte besitzt. Nachteil dieser Lösung ist, dass es – anders als bei der strikt formalen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit – keinen einfach zu handhabenden Maßstab dafür gibt, wann eine ausreichend effektive tatsächliche Verbindung besteht.<sup>30</sup> Ein leicht zu bestimm-

<sup>25</sup> ILC, Kommentar zu Draft Art. 4, § 5; Leigh (Anm. 22), 468; Flauss (Anm. 15), 39; E. Milano, *Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Refashioning Tradition?*, Neth. YbIL 35 (2004), 85 (97); Künzli (Anm. 16), 342. In diesem Sinne auch die Stellungnahme des Vertreters der Bundesrepublik Deutschland im Sechsten Ausschuss der Generalversammlung am 2.11.2004 (S. Presseerklärung zur 18. Sitzung – Vormittag Dok. AG/J/3264). Dahin tendiert auch die Interpretation der *Nottebohm*-Entscheidung in der deutschen Lehrbuchliteratur: K. Hailbronner, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 112; S. Hobe/O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, 8. Aufl. 2004, 95; anders V. Epping/C. Gloria, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 24 Rn. 6. Vgl. zur Kritik auch Geck (Anm. 14), 1992, 1049 f.

<sup>26</sup> IGH, *Nottebohm*, ICJ Reports 1955, 4 (25).

<sup>27</sup> Vgl. Hailbronner (Anm. 25), Rn. 112.

<sup>28</sup> S. dazu J. Dugard, *Diplomatic Protection and Human Rights*, Austr. YbIL 24 (2005), 75 (84).

<sup>29</sup> D.P. O'Connell, *International Law*, 2. Aufl., Bd. 2, 1970, 1033; ähnlich Epping/Gloria (Anm. 25), § 24 Rn. 36; A. Pellet, *Le projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique: une codification pour (presque) rien*, in: FS L. Caflisch, 2007, 1133 (1139 f.). Kritisch zum Staatsangehörigkeitserfordernis *de lege ferenda* auch Henkin (Anm. 22), 92: "[W]hy should any particular links be necessary to support diplomatic protection against injustice?"

<sup>30</sup> So schon die Kritik an der *Nottebohm*-Entscheidung des IGH: J. Kunz, *The Nottebohm Judgment*, AJIL 54 (1960), 536 (554 u. 561); Geck (Anm. 14), 1050.



mendes Kriterium ist dagegen der Wohnsitz. In einigen Fällen wurde die Ausübung diplomatischen Schutzes nur daran geknüpft, dass das betroffene Individuum seinen Wohnsitz im Schutz gewährenden Staat hatte und seine Absicht erklärte, dessen Staatsangehörigkeit zu erwerben.<sup>31</sup> Die Interessen des Verletzerstaates stehen dem nicht entgegen, da er sich nicht einer unüberschaubaren Vielzahl von Staaten gegenüber sieht. Im 19. Jahrhundert war der Wohnsitz ein verbreitetes Anknüpfungskriterium für die Ausübung diplomatischen Schutzes in der kontinentaleuropäischen, aber auch britischen und amerikanischen Praxis.<sup>32</sup> Gegenwärtig sehen die "Provisional Rules for Claims Procedure" des Governing Council der United Nations Compensation Commission<sup>33</sup> vor, dass eine Regierung Forderungen nicht nur für ihre Staatsangehörigen erheben kann, sondern auch für andere Personen, die ihren Wohnsitz auf ihrem Staatsgebiet haben. Außerhalb des speziellen Mechanismus lässt sich dieser Ansatz in der heutigen Staatenpraxis allerdings kaum finden.<sup>34</sup> Knüpft die Ausübung diplomatischen Schutzes nicht an die Staatsangehörigkeit an, ist eine Schutzgewähr jedenfalls gegenüber dem die Staatsangehörigkeit vermittelnden Staat ausgeschlossen.<sup>35</sup>

### 3. Ausnahmen vom Staatsangehörigkeitserfordernis

Die Staatsangehörigkeit bleibt nach dem Entwurf der ILC zwar die "*predominant basis for the exercise of diplomatic protection*".<sup>36</sup> Es bestehen aber traditionell einige Ausnahmen vom Erfordernis der Staatsangehörigkeit zugunsten bestimmter Untergruppen von Nichtstaatsangehörigen und für besondere Situationen.<sup>37</sup>

Sowohl der IGH als auch das Institut de Droit International haben grundsätzlich anerkannt, dass das Völkerrecht Ausnahmen von der Voraussetzung der

---

<sup>31</sup> R. Jennings/A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9. Aufl. 1992, Bd. 1, 513 mit Anm. 8.

<sup>32</sup> A. Grahl-Madsen, *Protection of Refugees By Their Country of Origin*, Yale JIL 11 (1985-1986), 362 (386 f.).

<sup>33</sup> UN-Dok. S/AC.26/1992/10 v. 26.6.1992.

<sup>34</sup> R. Dolzer, EPIL I, 1992, Stichwort "Diplomatic Protection of Foreign Nations", 1067 (1069).

<sup>35</sup> Das ist zumindest die Ansicht der ILC. In eine andere Richtung weist allerdings der Fall *Chile-United States Commission Convened under the 1914 Treaty for the Settlement of Disputes, Decision with Regard to the Dispute Concerning Responsibility for the Deaths of Letelier and Moffitt v. 11.1.1992*, ILM 31 (1992), 1 (9); Sep. Op. Orrego Vicuña, *ibid.* 17 f. Der Fall dürfte allerdings eine Ausnahme darstellen, F. Orrego Vicuña, *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*, in: FS F.I. Shihata, 2001, 503 (511). S. zu Flüchtlingen und Mehrstaatlern Art. 7, 8 (3) DDP und Kommentar. Grund für die nur beschränkte Möglichkeit zur Geltendmachung von Völkerrechtsverletzungen gegenüber Flüchtlingen ist, dass andernfalls zahlreiche Streitigkeiten drohten, weil Flüchtlinge typischerweise Opfer von Rechtsverletzungen ihres Heimatstaates sind (Kommentar zu Art. 8, § 10), A. Fabbri-cotti, *The Diplomatic Protection of Refugees by Their State of Asylum*, AWR Bulletin 52 (2005), 266 (268).

<sup>36</sup> Kommentar zu Art. 8, § 10.

<sup>37</sup> Dolzer (Anm. 34), 1067 f.; Jennings/Watts (Anm. 31), 935 ff.

Staatsangehörigkeit vorsieht.<sup>38</sup> Zugunsten von christlichen Missionaren übten westliche Staaten diplomatischen Schutz unabhängig von deren Staatsangehörigkeit aus. Bei Seeleuten besteht die Praxis, dass der Flaggenstaat tätig wird, auch wenn der Seemann eine andere Staatsangehörigkeit besitzt.<sup>39</sup> Darüber hinaus leitete der Internationale Seegerichtshof aus Bestimmungen der Seerechtskonvention<sup>40</sup> das Recht des Flaggenstaates ab, das Schiff, seine Ladung und seine Besatzung betreffende Völkerrechtsverletzungen unabhängig von der Nationalität des Schiffseigners, des Eigentümers der Ladung und der Besatzungsmitglieder geltend zu machen.<sup>41</sup> Westliche Staaten verstanden sich in Einzelfällen als zuständig für den Schutz des einheimischen Personals ihrer Botschaften oder Konsulate.<sup>42</sup> Außerdem wurde diplomatischer Schutz zugunsten von Nichtstaatsangehörigen in Fällen ausgeübt, in denen die betroffenen Individuen Staaten oder Territorien zugeordnet waren, die nicht effektiv regiert wurden oder über die der Schutz gewährende Staat eine spezielle Hoheitsgewalt ausübte, wie im Falle von Mandaten, sowie bei unmittelbaren Gefahren.<sup>43</sup> Art. 8 DDP sieht Ausnahmen vom Staatsangehörigkeitserfordernis für Staatenlose<sup>44</sup> und Flüchtlinge<sup>45</sup> vor, die aber von der ILC als progressive Weiterentwicklung des Völkerrechts eingeordnet werden.<sup>46</sup> Nach Art. 45 Abs. 1 lit. c, 46 WÜD kann ein Entsendestaat mit vorheriger Zustimmung des Empfangsstaats auf Ersuchen eines Drittstaats den zeitweiligen Schutz der Interessen von dessen Angehörigen übernehmen.

Ein Staat kann diplomatischen Schutz zugunsten Nichtstaatsangehöriger aber auch dann ausüben, wenn er zu diesem Zweck einen völkerrechtlichen Vertrag abschließt. Schon der Ständige Internationale Gerichtshof (StIGH) erkannte die Möglichkeit der Ausübung diplomatischen Schutzes durch einen anderen Staat als

<sup>38</sup> IGH, *Reparations for Injuries*, ICJ Reports 1949, 174 (181); *Annuaire de l'Institut de Droit International* (AIDI) 51 II (1965), 157 (261).

<sup>39</sup> S. dazu nun die besondere Regelung in Art. 18 ILC-Entwurf.

<sup>40</sup> Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v. 10.12.1982, BGBl. 1994 II, 1799.

<sup>41</sup> ISGH, *The M/V "SAIGA" (No. 2)*, §§ 103 ff. Offen blieb dabei, was für Passagiere gelten würde. Vgl. auch ISGH, *"Juno Trader" (No. 13)*, §§ 63 f. u. 67 f.

<sup>42</sup> *Jennings/Watts* (Anm. 31), 937.

<sup>43</sup> In diesem Zusammenhang ist auch die lateinamerikanische Praxis der Gewährung diplomatischen Asyls zu erwähnen, J. Kokott, Zum Spannungsverhältnis zwischen nationality rule und Menschenrechtsschutz bei der Ausübung diplomatischer Protektion, in: *Ress/Stein* (Anm. 14), 46 u. 59 f. allgemein zum diplomatischen Asyl J. Barberis, *EPIL* I, 1992, Stichwort "Asylum, Diplomatic", 281 (insb. 282 f.); H. Carrie, Das Diplomatische Asyl im gegenwärtigen Völkerrecht, 1993; G. Noll, Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry Under International Law, *IJRL* 17 (2007), 542.

<sup>44</sup> S. zur Problematik des diplomatischen Schutzes für Staatenlose T. Jürgens, *Diplomatischer Schutz und Staatenlose*, 1987.

<sup>45</sup> S. dazu M. Reiterer, *The Protection of Refugees by Their State of Asylum*, 1985, insb. 52 ff. m.w.N.; *Fabbriotti* (Anm. 35), 266; G. Goodwin-Gill, *Written Submissions on Behalf of the Intervener im Verfahren Al Rawi* (Anm. 2, s. dort Rn. 121 ff.), unveröffentlicht, liegt den Verfassern vor, Rn. 58 ff.

<sup>46</sup> Kommentar zu Art. 8, § 2. So auch der englische Court of Appeal im Fall *Al Rawi* (Anm. 2), § 118. S. zum Staatsangehörigkeitserfordernis auch F. Orrego-Vicuña, *ILA Reports* 69 (2000), 604 (635 ff.); *ders.*, in: *FS Shihata* (Anm. 35), 509.

den Heimatstaat auf der Grundlage einer besonderen vertraglichen Übereinkunft an.<sup>47</sup> Offen blieb dabei, zwischen welchen Staaten dieser Vertrag über die Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten Nichtstaatsangehöriger abzuschließen sei. Eine Ansicht geht davon aus, dass es nur auf die Zustimmung des Heimatstaates zur Ausübung des diplomatischen Schutzes durch einen fremden Staat ankomme. Fehle seine Zustimmung, so könne die Ausübung diplomatischen Schutzes seine Personalhoheit verletzen.<sup>48</sup> Eine weitere Möglichkeit besteht im Abschluss eines Vertrages zwischen Schutz gewährendem Staat und (potentiellem) Verletzerstaat, dem der Heimatstaat zustimmt.<sup>49</sup> Nach anderer Ansicht ist ein Vertrag zwischen Heimatstaat und Verletzerstaat erforderlich.<sup>50</sup> Dafür spricht, dass das Erfordernis der Zustimmung dieser beiden Staaten Ausdruck ihrer Souveränität ist.<sup>51</sup> Auch die Souveränität des Verletzerstaates ist betroffen, wenn er sich einem Drittstaat gegenüber sieht, der diplomatischen Schutz für Nichtstaatsangehörige ausübt.<sup>52</sup> Der Vertrag zwischen Heimat- und Verletzerstaat stellt sich als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des Art. 36 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK)<sup>53</sup> dar. Nach Art. 36 Abs. 1 WVK muss der Staat, dem das Recht zur Ausübung diplomatischen Schutzes eingeräumt werden soll, dem Vertrag zustimmen, seine Zustimmung wird aber vermutet. Aufgrund der Drittwirkung des Vertrages hat der Schutz gewährende Staat ein Recht, diplomatische Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Ein traditionsreiches Beispiel für eine Vereinbarung zwischen Schutz gewährendem Staat und Heimatstaat stellt der Notenwechsel zwischen der Schweiz und Liechtenstein über die Wahrung der liechtensteinischen Interessen in Drittstaaten durch die Schweiz dar.<sup>54</sup> Soweit danach die Schweiz diplomatischen Schutz zugunsten von Bürgern Liechtensteins ausübt, setzt dies die zumindest konkludente Zustimmung des dritten Staates voraus.<sup>55</sup> Wirklich interessensgerecht wird aber in vielen Fällen nur ein dreiseitiger oder multilateraler Vertrag sein, in dem der Schutz gewährende Staat auch die Pflicht zur Schutzgewährung übernimmt.

<sup>47</sup> StIGH, *Panevezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ, Series A/B, No. 76 (1939), 4 (16). Nachweise zur Vertragspraxis finden sich bei Jennings/Watts (Anm. 31), 513 mit Anm. 7.

<sup>48</sup> Kokott (Anm. 43), 45 f.; vgl. für den Fall, dass sich ein Staat als Schutzmacht zur Verfügung stellt Epping/Gloria (Anm. 25), § 24 Rn. 36.

<sup>49</sup> Dolzer (Anm. 34), 1067. S. für die Bestellung einer Schutzmacht Art. 46 WÜD mit der Kommentierung von Denza (Anm. 16), 399 ff.

<sup>50</sup> Künzli (Anm. 16), 341.

<sup>51</sup> Vgl. G. Raub, EPIL III, 1997, Stichwort "Protecting Power", 1147 (1150) für die Bestimmung einer Schutzmacht.

<sup>52</sup> Bröhmer (Anm. 15), 151.

<sup>53</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23. 5.1969, BGBl. 1985 II, 926.

<sup>54</sup> Notenwechsel über die Wahrung der liechtensteinischen Interessen in Drittstaaten durch die Schweiz v. 24.10.1919, Publikation Botschaft BBL (f/d) 1919 V 463/439.

<sup>55</sup> Daher trat im Fall *Nottebohm* (s.o., Anm. 24) Liechtenstein und nicht die Schweiz als Kläger auf. Zuvor hatte sich aber der Schweizer Konsul in Guatemala für *Nottebohm* verwandt.

Möglicherweise kann sich aber auch über diese Ausnahmen hinaus eine Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten eines Nichtstaatsangehörigen als völkerrechtskonform darstellen. Denkbar ist, dass die Verletzung der Personalhoheit eines schutzunwilligen oder schutzunfähigen Staates, die mit der Ausübung diplomatischen Schutzes an seiner Statt verbunden ist, als Repressalie gerechtfertigt ist.<sup>56</sup> Das setzt voraus, dass der Heimatstaat den diplomatischen Schutz völkerrechtswidrig nicht ausübt. Ob eine Pflicht zur Ausübung diplomatischen Schutzes im Völkerrecht besteht und ob sie gerade auch im Verhältnis zum Schutz gewährenden Staat verletzt würde, kann hier dahingestellt bleiben. Gegen die Repressalien-Lösung spricht, dass sie die *nationality rule* darauf reduziert, die souveräne Entscheidung des Heimatstaates über die Ausübung diplomatischen Schutzes zu schützen. Sie dient aber jedenfalls auch dem Interesse eines Verletzerstaates, sich nicht gegen eine beliebige Vielzahl von Staaten verteidigen zu müssen, die zu diplomatischen Schutzmaßnahmen zugunsten von Nichtstaatsangehörigen greifen, der Vermeidung eines *protection shopping* und dem Missbrauch der Institution durch mächtige Staaten zu politischen Zwecken.<sup>57</sup> Hinzu kommt, dass es Ziel einer Repressalie sein müsste, den Heimatstaat zur Einstellung seines völkerrechtswidrigen Verhaltens zu bewegen,<sup>58</sup> die Gewährung diplomatischen Schutzes gerade anstelle des Heimatstaates dazu aber gerade nicht geeignet wäre.

Genauso wenig lässt sich die Ausübung diplomatischen Schutzes als Nothilfe zugunsten eines Individuums darstellen. Dies setzt voraus, dass der Einzelne Träger eines Anspruchs auf Unterlassung oder Wiedergutmachung ist, bei dessen Verwirklichung der Schutz gewährende Staat Nothilfe leistet.<sup>59</sup> Das generelle Bestehen eines solchen Anspruchs ist durchaus fraglich.<sup>60</sup> Jedenfalls muss sich aber

---

<sup>56</sup> Kokott (Anm. 43), 50.

<sup>57</sup> Dolzer (Anm. 34), 1069.

<sup>58</sup> K. Partsch, EPIL IV, 2000, Stichwort "Reprisals", 200 (201).

<sup>59</sup> Kokott (Anm. 43), 61. Für den Fall der Nothilfe bei offensiver Ausübung des Selbstbestimmungsrechts s. K. Doehring, Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protektion ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?, in: Ress/Stein (Anm. 14), 20; ders., in: B. Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, Bd. 1, Art. 2 Rn. 61; ders., *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, Rn. 765 f.

<sup>60</sup> Vgl. Commission on Human Rights, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Human Rights Resolution 2005/35 v. 19.4.2005 (von der Generalversammlung angenommen mit Resolution A/RES/60/147 v. 21.3.2006), sect. VII, IX sowie den Final Report of the Special Rapporteur M. Cherif Bassiouni, UN-Dok. E/CN.4/2000/62, sect. VII, IX; Note by the High Commissioner for Human Rights, UN-Dok. E/CN.4/2003/63, 11, 29; Kokott (Anm. 43), 55; C. Tomuschat, *Individual Reparations Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law*, in: A. Randelzhofer/ders. (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual*, 1999, 1 (25); O. Dörr, "Privatisierung" des Völkerrechts, JZ 2005, 905 (909 f.); M. Seegers, *Das Individualrecht auf Wiedergutmachung: Theorie, Struktur und Erscheinungsformen der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum*, 2005, 197 ff. – Entschädigungsanspruch nur bei ausdrücklicher Haftungsgrundlage oder bei Verletzungen von *jus cogens*-Menschenrechten; S. Schmahl, *Amtshaftung für Kriegsschäden*, ZaöRV 66 (2006), 699 (703 f.); A. Fischer-Lescano, *Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundär-*

eine Notwehrmaßnahme gegen den Verletzerstaat richten.<sup>61</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Nothilfe lässt sich daher nicht der Eingriff in die Personalhoheit des Heimatstaates rechtfertigen, der mit der Ausübung diplomatischen Schutzes für Nichtstaatsangehörige an seiner Stelle verbunden ist.

Ein weiterer Vorschlag zur Begründung der Rechtmäßigkeit einer Schutzmaßnahme zugunsten eines Nichtstaatsangehörigen basiert auf einer Abwägung. Die Einhaltung jedenfalls der menschenrechtlichen Fundamentalnormen wiege schwerer als die souveräne Befugnis des Heimatstaates, entscheiden zu können, ob und wie er diplomatischen Schutz zugunsten von Opfern von gravierenden Menschenrechtsverletzungen ausübt.<sup>62</sup> Diese Lösung müsste die Voraussetzungen dafür definieren, dass verschiedene Schutzgüter überhaupt abgewogen werden dürfen. Fundamentale Menschenrechtsnormen und die *nationality rule* stehen in keinem unmittelbaren Widerspruch, sodass die Abwägung nicht zur Bewältigung einer konkreten Normenkollision erfolgt.

ILC-Sonderberichterstatte Dugard hatte in seinem ersten Bericht zum diplomatischen Schutz eine Befassung mit der Frage angekündigt, ob im Falle der Verletzung von *jus cogens* ein Staat diplomatischen Schutz zugunsten eines Nichtstaatsangehörigen ausüben kann, wenn der Heimatstaat die Ausübung des Schutzes verweigert hat.<sup>63</sup> Dieses Recht war schon zuvor als im Völkergewohnheitsrecht anerkannt bezeichnet worden.<sup>64</sup> Noch weitergehend heißt es im Restatement Third des American Law Institute, jeder Staat könne diplomatischen Schutz ausüben, wenn völkergewohnheitsrechtliche Menschenrechtsnormen verletzt seien.<sup>65</sup> Eine hinreichende Staatenpraxis ist jedoch nicht erkennbar.<sup>66</sup>

---

regeln: Die Individualrechte auf Entschädigung und effektiven Rechtsschutz bei Verletzungen des Völkerrechts, AVR 45 (2007), 299 (331 u. 380). – Entschädigung jedenfalls für Verletzungen des *ius in bello*, aber wohl auch für Verletzungen des *ius contra bellum*.

<sup>61</sup> R. Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, YbILC 1980 II-1, 13 (53), § 87; Y. Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, 4. Aufl. 2005, 178 für die Selbstverteidigung gegen einen bewaffneten Angriff.

<sup>62</sup> Kokott (Anm. 43), 54 f.

<sup>63</sup> UN-Dok. A/CN.4/506, § 185. Zur Befassung mit der Frage kam es bislang nicht.

<sup>64</sup> In diesem Sinne schon H. Thierry, L'évolution du droit international public, RdC 222 (1990-III), 9 (105) – der als Beispiele aber nur solche Gegenmaßnahmen nennt, die von vornherein völkerrechtlich zulässig sind (Retorsionen); Brömer (Anm. 15), 154 f., der zumindest eine entsprechende Tendenz erkennen will; vgl. auch Flauss (Anm. 15), SZIER 2003, 1 (22 f.) und Kokott (Anm. 43), 48 ff., die mehrere dogmatische Ansätze vereint.

<sup>65</sup> The American Law Institute, The Foreign Relations Law of the United States, Restatement of the Law, Third, Bd. 2 (1987), 175 § 703 (2): "Any state may pursue international remedies against any other state for a violation of the customary international law of human rights."

<sup>66</sup> Kokott (Anm. 43), 60.

### III. Geltendmachung der Verletzung von *erga omnes*-Pflichten

Die Arbeiten der ILC zum Recht der Staatenverantwortlichkeit<sup>67</sup> und zum diplomatischen Schutz zeigen einen Weg auf, nach dem zumindest *de lege ferenda* die gleiche Schutzgewähr für Staatsangehörige und Nichtstaatsangehörige bei der Verletzung von Menschenrechten mit Wirkung *erga omnes (partes)* zulässig sein kann. Die Articles on State Responsibility (ASR) der ILC differenzieren zwischen der Geltendmachung der Verantwortlichkeit durch einen verletzten Staat nach Art. 42 ASR einerseits und durch einen anderen als den verletzten Staat nach Art. 48 ASR andererseits.

Nach Art. 42 *lit. b (i)* ASR gilt als verletzter Staat auch ein in besonderer Weise von einem völkerrechtlichen Delikt betroffener Staat, wenn die verletzte Pflicht gegenüber einer Gruppe von Staaten einschließlich dieses Staates oder aber gegenüber der internationalen Gemeinschaft insgesamt besteht. Man könnte nun annehmen, dass ein Staat bei der Verletzung einer Person, die einen "*genuine link*" zu ihm hat, in diesem Sinne besonders betroffen ist.<sup>68</sup> Art. 44 ASR schließt die Geltendmachung der Staatenverantwortlichkeit aber für den Fall aus, dass die Voraussetzungen anwendbarer Normen über das Erfordernis der Staatsangehörigkeit des von einem völkerrechtlichen Delikt betroffenen Individuums oder über die Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe nicht erfüllt sind. Damit dürfte die Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten Nichtstaatsangehöriger nach Art. 42 ASR ausgeschlossen sein.

Art. 48 ASR sieht demgegenüber vor, dass auch ein anderer als der verletzte Staat die Staatenverantwortlichkeit geltend machen kann, wenn die Verpflichtung gegenüber einer Gruppe von Staaten besteht, zu der dieser Staat gehört, und dem Schutz eines kollektiven Interesses der Gruppe dient (Art. 48 Abs. 1 *lit. a* ASR) oder aber eine Verpflichtung gegenüber der internationalen Gemeinschaft insgesamt darstellt (Art. 48 Abs. 1 *lit. b* ASR). Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Verpflichtungen *erga omnes partes* und *erga omnes* im Sinne der *Barcelona Traction*-Entscheidung des IGH.<sup>69</sup> Zu diesen Normen zählen jedenfalls die "*basic rights of the human person*" einschließlich des Sklavereiverbotes und des Verbotes der Rassendiskriminierung.<sup>70</sup> Außerdem enthalten viele Normen des humanitären Völkerrechts, die grundlegend für die Achtung der Menschenwürde und "*elementary considerations of humanity*" sind, Verpflichtungen *erga omnes*.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Die Draft Articles on State Responsibility wurden von der ILC im Jahre 2001 endgültig angenommen. S. zu den Articles on State Responsibility (ASR) UNGA Res.56/83 v. 12.12.2001.

<sup>68</sup> Fabbriotti (Anm. 35), 270; Goodwin-Gill (Anm. 45), Rn. 42 – für den Fall der Gewährung des Flüchtlingsstatus, und dann auch für die Ausübung diplomatischen Schutzes gegenüber dem Heimatstaat.

<sup>69</sup> Kommentar zu Art. 48, § 9.

<sup>70</sup> IGH, *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, 3 (32), § 34.

<sup>71</sup> IGH, *Palestine Wall*, § 157.

Nach Art. 48 Abs. 2 ASR zielt die Geltendmachung der Verantwortlichkeit auf die Einstellung des völkerrechtswidrigen Verhaltens und die Versicherung der Nichtwiederholung. Außerdem können Reparationsleistungen gemäß den Art. 34 ff. ASR dann verlangt werden, wenn dies im Interesse des verletzten Staates oder der Begünstigten der verletzen Verpflichtung ist. Die Möglichkeit, Reparationen zu verlangen, stellt nach Ansicht der ILC eine progressive Weiterentwicklung des Völkerrechts dar.<sup>72</sup> Auf diesem Weg könnte ein Staat diplomatischen Schutz auch zugunsten der Angehörigen eines anderen Staates ausüben.<sup>73</sup> Die Schutzgewährung lässt sich hier als Verteidigung von Rechten verstehen, die zu einem internationalen *ordre public* gehören.<sup>74</sup>

Diese Möglichkeit steht aber unter dem Vorbehalt des Art. 48 Abs. 3 ASR, der unter anderem auf Art. 44 ASR verweist. In der Literatur wurde die in Art. 48 Abs. 3 ASR enthaltene Einschränkung dahin interpretiert, dass nach dem Entwurf der ILC auch bei der Verletzung von Normen mit Wirkung *erga omnes (partes)* die Voraussetzungen der Staatsangehörigkeit und der Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe erfüllt sein müssten.<sup>75</sup> In der Tat sieht Art. 3 Abs. 1 DDP (“Protection by the State of Nationality”) keine Ausnahme vom Erfordernis der Staatsangehörigkeit für den Fall der Verletzung von Normen *erga omnes (partes)* vor. Die Möglichkeit der Staaten, Menschenrechtsverletzungen unabhängig von der Staatsangehörigkeit geltend zu machen, wäre demnach ausgeschlossen.<sup>76</sup> Jedoch gelten die Einschränkungen des deklaratorischen<sup>77</sup> Art. 44 ASR ausdrücklich nur für den Fall, dass eine Norm über die *nationality of claims* oder den *exhaust of local remedies* anwendbar ist. Damit ist offen gelassen, ob dies etwa im Fall der Verletzung eines kollektiven Menschenrechtsvertrages der Fall ist.<sup>78</sup> In ihrem Bericht aus dem Jahre 2006 stellt die ILC klar, dass Art. 44 ASR nicht auf Art. 48 Abs. 1 *lit. b* ASR anwendbar sein soll.<sup>79</sup> Art. 48 Abs. 3 ASR liefe dann allerdings jedenfalls insoweit leer. Auf diese Weise erhält der Schutz von durch *erga omnes*-Pflichten geschützten Interessen normativen Vorrang vor dem Interesse eines Staates, mit Schutzmaßnahmen nur eines Heimatstaates konfrontiert zu werden. Im Fall der Verletzung solcher Normen könnte demnach diplomatischer Schutz auch zugunsten von Drittstaatsangehörigen ausgeübt werden. Folgt man dem nicht, so wäre die Geltendmachung der Verantwortlichkeit auch hier von der Zustimmung der betroffenen Staaten abhängig<sup>80</sup> oder aber auf die bloß deklaratorische Feststellung der

---

<sup>72</sup> Kommentar zu Art. 48, § 12.

<sup>73</sup> Condorelli (Anm. 10), Riv. di Diritto Int’le 86 (2003), 22.

<sup>74</sup> Flauss (Anm. 15), SZIER 2003, 23.

<sup>75</sup> Milano (Anm. 25), 105 f.; Pergantis (Anm. 5), 365.

<sup>76</sup> S. zuletzt Pergantis (Anm. 5), 395.

<sup>77</sup> S. Kommentar, § 2 u. 4.

<sup>78</sup> Milano (Anm. 25), 107 hält es für einen möglichen Flüchtigkeitsfehler der ILC, nicht klargestellt zu haben, dass die Art. 44 f. ASR nur für den diplomatischen Schutz gelten sollen.

<sup>79</sup> Kommentar zu Art. 16, § 2.

<sup>80</sup> Milano (Anm. 25), 107.

Rechtswidrigkeit durch ein internationales Gericht als Begehren unterhalb der Schwelle der in Art. 48 Abs. 2 ASR genannten beschränkt.<sup>81</sup>

Dafür, dass die Voraussetzungen für die Ausübung diplomatischen Schutzes und insbesondere die *nationality rule* im Falle der Verletzung von Normen mit Wirkung *erga omnes* und *erga omnes partes* keine Anwendung finden, spricht auch das Diktum des IGH zu den *obligationes erga omnes* im *Barcelona Traction*-Fall,<sup>82</sup> wo der Gerichtshof streng zwischen der Ausübung diplomatischen Schutzes und der Geltendmachung der Verletzung von Pflichten gegenüber der internationalen Gemeinschaft unterscheidet.<sup>83</sup> In derselben Entscheidung beschränkt der IGH den Schutz von verletzten Individuen durch Staaten unabhängig von der Staatsangehörigkeit aber auf spezielle Instrumente wie etwa die EMRK.<sup>84</sup> In der *Avena*-Entscheidung betrachtet der Gerichtshof, anders als im *LaGrand*-Fall, nur die im eigenen Namen geltend gemachte eigene Rechtsverletzung des Klägers Mexiko, nicht aber die Geltendmachung der Rechtsverletzung des betroffenen Individuums. Die Pflicht zur Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe sei daher nicht anwendbar.<sup>85</sup> Im Einklang damit nahm der IGH im *Arrest Warrant*-Fall an, dass die *local remedies rule* keine Anwendung finde, soweit der Staat nicht die Rechtsverletzung des Individuums auf dem Wege diplomatischen Schutzes geltend mache, sondern auf anderer Grundlage tätig werde.<sup>86</sup> Daraus lässt sich schließen, dass die Geltendmachung von Normen *erga omnes (partes)* durch einen Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Verletzte nicht besitzt, nicht an die Voraussetzungen des diplomatischen Schutzes gebunden ist. Zur *nationality rule* brauchte der IGH

<sup>81</sup> I. Scobbie, *The Invocation of Responsibility for the Breach of "Obligations Under Peremptory Norms of General International Law"*, EJIL 12 (2003), 1201 (1218), der die Zulässigkeit eines solchen Begehrens unter Berufung auf Art. 26 Abs. 1 IGH-Statut und die Rechtsprechung des StIGH in den Fällen *Minority Schools*, PCIJ Series A, No. 15, 22 u. 24; *Certain German Interests in Upper Silesia*, PCIJ Series A, No. 7, 19 sowie des IGH in den Fällen *Northern Cameroons*, ICJ Reports 1963, 15 (37) und *East Timor*, ICJ Reports 1995, 90 (99 f.) para. 22 annimmt; Milano (Anm. 25), 107 f.

<sup>82</sup> IGH, *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, 3 (32) § 32. S. auch schon IGH, *Reparations for Injuries*, ICJ Reports 1949, 182.

<sup>83</sup> Vgl. G. Gaja, *Is a State Specially Affected When Its Nationals' Human Rights Are Infringed?*, in: FS A. Cassese, 2003, 373 (376); ders., *Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, in: Flauss (Anm. 5), 63 (65).

<sup>84</sup> IGH, *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, 34 (147), § 91. S. auch IGH, *East Timor*, ICJ Reports 1995, 90 (102) § 29.

<sup>85</sup> IGH, *Avena*, § 40. Dieser Ansatz war aber nicht unumstritten, wie die *separate* und *dissenting opinions* zeigen. S. zur Unterscheidung zwischen der Rechtsverletzung des Individuums und des Staates C. Domínguez, *Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt LaGrand*, in: *El derecho internacional en los albores del siglo XXI*, 2002, 233 (234 ff.).

<sup>86</sup> S. IGH, *Arrest Warrant*, ICJ Reports 2002, 3 (18) § 40. S. in diesem Zusammenhang aber auch die Sep. Op. des Richters Simma im Fall *Kongo v. Uganda*, auf die sich die ILC im Kommentar zu Art. 16 DDP bezieht. Dort wird die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe grundsätzlich vorausgesetzt, nicht aber die Staatsangehörigkeit der betroffenen Individuen: IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, ICJ Reports 2005, Sep. Op. Judge Simma, § 36, sowie 37: "irrespective of the nationality of these individuals". Darauf bezieht sich die ILC wiederum in Fn. 244. Zur Rspr. zu einer sog. "*direct injury*" *exclusion* s. C. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2. Aufl. 2004, 146 ff.



nicht Stellung zu beziehen, da diese Voraussetzung gegeben war. Der *LaGrand*-Fall enthält einen Anhaltspunkt dafür, dass der IGH auch die Geltendmachung echter individueller Rechte des Einzelnen nicht als Ausübung des klassischen diplomatischen Schutzes versteht.<sup>87</sup> Die Vereinigten Staaten als beklagter Staat hatten gegen die Zuständigkeit (“*jurisdiction*”) des IGH eingewandt, dieser sei nach dem Fakultativprotokoll zum Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen über die obligatorische Beilegung von Streitigkeiten<sup>88</sup> (Art. I) nicht für die Entscheidung über ein gewohnheitsrechtliches Recht der Bundesrepublik zur Ausübung diplomatischen Schutzes zuständig.<sup>89</sup> Dem IGH zufolge schließt aber der Umstand, dass der diplomatische Schutz ein im Völkergewohnheitsrecht ausgestaltetes Institut ist, nicht die Möglichkeit eines Staates aus, im Wege der Klage beim IGH vertraglich begründete individuelle Rechte seiner Staatsangehörigen geltend zu machen.<sup>90</sup>

Die Lösung der ILC knüpft an diese Rechtsprechung an. Dementsprechend ist grundsätzlich zwischen der Geltendmachung eines Gemeinschaftsinteresses und der Abhilfe bei Verletzungen eigener Staatsangehöriger zu unterscheiden.<sup>91</sup> Während die Geltendmachung des Gemeinschaftsinteresses Art. 48 ASR zuzuordnen ist, fällt die Schutzausübung zugunsten eigener Staatsangehöriger unter Art. 42 ASR und unterliegt damit der Einschränkung des Art. 44 ASR. Relevant ist die Unterscheidung dort, wo das Fremdenrecht über die menschenrechtlichen Gewährleistungen im Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht hinausgeht, so insbesondere beim Eigentumsschutz.<sup>92</sup> Ob man in beiden Fällen oder nur im zweiten Fall von der Ausübung diplomatischen Schutzes sprechen mag, ist eine terminologische Frage.<sup>93</sup>

---

<sup>87</sup> S. zur Unterscheidung zwischen “*protection diplomatique*” und “*action en représentation*” auch C. Santulli, *Entre protection diplomatique et action directe: la représentation – Éléments épars du statut international des sujets internes*, in: Société Française pour le Droit International (Hrsg.), *Le sujet en droit international: colloque du Mans*, 2005, 85.

<sup>88</sup> Fakultativprotokoll über die obligatorische Beilegung von Streitigkeiten, BGBl. 1969 II, 1689.

<sup>89</sup> IGH, *LaGrand*, ICJ Reports 2001, 466 (482) § 40.

<sup>90</sup> IGH, *LaGrand*, ICJ Reports 2001, 466 (483) § 42.

<sup>91</sup> In diesem Sinne Milano (Anm. 25), 115 f.; A. Vermeer-Künzli, *A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility erga omnes*, ICLQ 56 (2007), 553 (578). Ähnlich die Stellungnahme des Vertreters der Bundesrepublik Deutschland in der Erklärung zum Bericht der ILC über ihre 55. Sitzung im Sechsten Ausschuss der Generalversammlung (Dok. AG/J/3264 v. 2.11.2004).

<sup>92</sup> Kokott (Anm. 43), 61.

<sup>93</sup> S. zum Verhältnis von Menschenrechtsschutz und diplomatischem Schutz auch ILC, YbILC 1998 II-2, § 66; ILC (Anm. 6), § 77; ILA, Toronto Conference (2006), *Diplomatic Protection of Persons and Property: Final Report*, § 21; M. Pinto, *De la protection diplomatique à la protection des droits de l’homme*, R.G.D.I.P. 106 (2002), 513. Ein Vergleich von diplomatischem Schutz und Staatenverantwortlichkeit *erga omnes* findet sich bei Vermeer-Künzli (Anm. 91), 560 ff.

#### IV. Insbesondere: Vertragsbasierte Maßnahmen

Soweit die Bundesrepublik zugunsten Nichtstaatsangehöriger Maßnahmen ergreift, mit denen die Verletzung von Normen *erga omnes partes* geltend gemacht wird, macht sie in aller Regel vertragliche Rechte geltend. Zahlreiche multilaterale Verträge begründen aber nicht nur eine Verpflichtung zur Einhaltung des Abkommens, sondern auch eine Pflicht, die Einhaltung durchzusetzen.

Im Fall des Art. 2 Abs. 1 der Antifolterkonvention (CAT),<sup>94</sup> Art. 11 *lit. a* des Übereinkommens über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal<sup>95</sup> oder des Art. 15 *lit. a* der Internationalen Konvention zur Bekämpfung von terroristischen Bombenanschlägen<sup>96</sup> ist diese "*duty to ensure*" auf das jeweils eigene Hoheitsgebiet beschränkt. Anders verhält es sich dagegen bei Art. I der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes,<sup>97</sup> bei dem gemeinsamen Art. 1 der Genfer Rotkreuzabkommen von 1949 sowie bei Art. 1 Abs. 1 des Zusatzprotokolls I von 1977<sup>98</sup> oder Art. 4 *lit. a* der Diplomaten-schutzkonvention.<sup>99</sup>

Die Verpflichtung aus Art. 2 Abs. 1 IPbPR legt der Ausschuss für Menschenrechte so aus, dass die Konventionsrechte sowohl gegenüber allen in seinem Gebiet befindlichem als auch gegenüber allen seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen zu achten und zu gewährleisten sind.<sup>100</sup> Diese Interpretation ist nicht zwingend, der Wortlaut (vgl. Art. 31 Abs. 1 WVK<sup>101</sup>) legt zunächst nahe, dass die geschützten Personen sich sowohl im Staatsgebiet aufhalten als auch der Hoheitsgewalt unterworfen sein müssen.<sup>102</sup> Soll der IPbPR einerseits einen effektiven Schutz von Menschenrechten garantieren, andererseits den Staaten aber keine Verpflichtungen auferlegen, wo sie keine Handlungsmöglichkeiten haben (Ziel und

<sup>94</sup> Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984, BGBl. 1990 II, 246.

<sup>95</sup> Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal v. 15.12.1994, BGBl. 1997 II, 230.

<sup>96</sup> Internationale Konvention zur Bekämpfung von terroristischen Bombenanschlägen v. 15.12.1997, BGBl. 2002 II, 2506.

<sup>97</sup> Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes v. 9.12.1948, BGBl. 1954 II, 730. S. zur Verhütungspflicht IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Urte. v. 26.3.2007, §§ 428 ff.

<sup>98</sup> Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen v. 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) v. 8.6.1977, BGBl. 1990 II, 1551.

<sup>99</sup> Konvention über die Verhütung und Bestrafung von Verbrechen gegen völkerrechtlich geschützte Personen einschließlich Diplomaten v. 14.12.1973, BGBl. 1976 II, 1745.

<sup>100</sup> General Comment No. 31 v. 29.3.2004, UN-Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 10.

<sup>101</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, BGBl. 1985 II, 926.

<sup>102</sup> D. Mc Goldrick, *Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in: Coomans/Kamminga (Hrsg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004, 41 (47 f.). Aus der Entstehungsgeschichte (Art. 32 WVK) lassen sich keine eindeutigen Schlüsse ziehen. s. M. Nowak, *CCPR Commentary*, 2. Aufl. 2005, Art. 2 CCPR Rn. 27 einerseits u. M c G o l d r i c k, 66 f. andererseits.

Zweck i.S.v. Art. 31 Abs. 1 WVK), so schließt das eine extraterritoriale Dimension von Schutzpflichten nicht aus,<sup>103</sup> setzt aber grundsätzlich eine effektive Kontrolle über die Situation voraus, in der ein Menschenrecht verletzt wird.<sup>104</sup> Soweit er zulässig ist, kann der Staat diplomatischen Schutz aber unabhängig von einer solchen effektiven Kontrolle ausüben. Die volle Verwirklichung der im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)<sup>105</sup> anerkannten Rechte soll nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 IPwskR gerade auch durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit erreicht werden.<sup>106</sup>

Soweit diese Bestimmungen keine territoriale Beschränkung enthalten, folgt aus der Pflicht zur Durchsetzung der Konventionsbestimmungen oder zur Verhütung von Verstößen das Recht, entsprechende Maßnahmen auch zugunsten von Nichtstaatsangehörigen zu ergreifen.<sup>107</sup> Sie sind Ausdruck der besonderen Wirkung *erga omnes partes* der materiellen Vertragsbestimmungen und konkretisieren eine für den Auslandsschutz relevante Rechtsfolge dieser Wirkung. Über das humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechtspakte hinaus kann der asylgewährende Staat zugunsten eines Flüchtlings die Standards der Genfer Flüchtlingskonvention gegenüber einem Drittstaat geltend machen.<sup>108</sup> Im Bereich des Wirtschaftsvölkerrechts kann ein Vertragsstaat des GATS die Verpflichtungen nicht nur zugunsten

<sup>103</sup> HRC [Human Rights Committee], *López Burgos v. Uruguay*, UN-Dok. A/36/40, 185, Ind. Op. Tomuschat: "The formula was intended to take care of objective difficulties which might impede the implementation of the Covenant in specific situations. Thus, a State party is normally unable to ensure the effective enjoyment of the rights under the Covenant to its citizens abroad, having at its disposal only the tools of diplomatic protection with their limited potential." Allgemein zur extraterritorialen Anwendung des IPbpR: McGoldrick (Anm. 102), 41 ff.; M. Scheinin, Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights, in: Coomans/Kamminga (Anm. 102), 73.

<sup>104</sup> HRC, General Comment No. 31 v. 29.3.2004, UN-Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 10; McGoldrick (Anm. 102), 72; Scheinin (Anm. 103), 76 f.

<sup>105</sup> Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II, 1570.

<sup>106</sup> S. zur extraterritorialen Anwendung des IPwskR F. Coomans, Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, in: ders./Kamminga (Anm. 102), 183; R. Kühnemann, Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *ibid.*, 201.

<sup>107</sup> S. für das humanitäre Völkerrecht: IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, ICJ Reports 2005, Sep. Op. Judge Simma, § 37; s. zu Art. 1 auch IGH, *Palestine Wall*, § 158; J. Pictet, Commentaire, Bd. 1: La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 1952, 27; L. Condorelli/L. Boisson de Chazournes, Quelques remarques à propos de l'obligations des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances", FS J. Pictet, 1984, 17 (24); R. Wolfrum, Enforcement of International Humanitarian Law, in: Fleck (Hrsg.), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, 1995, 517 (548), Key Statement 1221; Milano (Anm. 25), 114.

<sup>108</sup> Vgl. für die Geltendmachung der Standards der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK, Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951, BGBl. 1953 II, 560) durch den asylgewährenden Staat die Argumentation von Goodwin-Gill (Anm. 45), Rn. 47 ff.; ders./J. McAdam, The Refugee in International Law, 3. Aufl. 2007, 519 f.; J. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law, 2005, 851 f.

seiner Staatsangehörigen, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch für dauerhaft Gebietsansässige geltend machen.<sup>109</sup>

Unabhängig von der Diskussion darüber, ob die besonderen Vertragsmechanismen zur Durchsetzung von Menschenrechtspakten aufgrund ihrer besonderen Merkmale als Instrumente des diplomatischen Schutzes einzuordnen sind,<sup>110</sup> kann sich eine Staatenbeschwerde als Maßnahme des Auslandsschutzes darstellen. Eine Staatenbeschwerde sehen fakultativ etwa Art. 41 IPbpR, Art. 21 CAT oder obligatorisch Art. 11 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) vor.<sup>111</sup> Die Staatenbeschwerde gemäß Art. 33 EMRK kann ein Konventionsstaat nicht nur aufgrund des verletzten *ordre public de l'Europe*, sondern auch stellvertretend für die verletzte Person ergreifen, für die er zudem eine Entschädigung gemäß Art. 41 EMRK i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VerfO verlangen kann.<sup>112</sup>

## V. Menschenrechtsrelevanter konsularischer Schutz

Ein Instrument des menschenrechtlich gebotenen Auslandsschutzes kann auch der konsularische Schutz sein.<sup>113</sup> Dies zeigt etwa Art. 23 der International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (ICRMW),<sup>114</sup> der den Zugang zu konsularischem Schutz für den Fall gewährleistet, dass Konventionsrechte beeinträchtigt sind.<sup>115</sup> Zu den Formen des

<sup>109</sup> Vgl. zum Zurechnungsbegriff der „*natural person of another member*“ Art. XXVIII *lit. k* (ii) General Agreement on Trade in Services, BGBl. 1994 II, 1643.

<sup>110</sup> Dazu Pergantis (Anm. 5), 362 ff.; zu Verpflichtungen aus Menschenrechtsverträgen als Ausnahmen zur *nationality rule* schon Jennings/Watts (Anm. 31), 515.

<sup>111</sup> Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 7.3.1966, BGBl. 1969 II, 961.

<sup>112</sup> EGMR [GK], Entsch. v. 10.5.2001, Nr. 25781/94 (*Cyprus v. Turkey*), Rep. 2001-IV, zur Deutung als diplomatischer Schutz O. Dörr, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 33 Rn. 39; J.-F. Flauss, Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique, in: FS G. Cohen-Jonathan, Bd. 1, 2004, 813 (822 ff.); die seltenen Staatenbeschwerden listet auf F. Schorkopf, in: Grote/Marauhn, a.a.O., Kap. 30 Rn. 91.

<sup>113</sup> E. Decaux, La protection consulaire et les droits de l'homme, in: SFDI (Anm. 16), 51. S. zum menschenrechtlichen Gehalt von Art. 36 WÜK Inter-American Court of Human Rights, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999 u. dazu A. Cançado Trindade, The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice, Chinese JIL 6 (2007), 1; Schriftsatz der Bundesrepublik Deutschland im Verfahren *LaGrand* vor dem IGH, §§ 4.91 ff.; Pinto (Anm. 93), 515 ff.

<sup>114</sup> International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families v. 18.12.1990, UNGA Res. 45/158.

<sup>115</sup> S. aber auch Art. 17 Abs. 2 *lit. d* der International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (von der Generalversammlung angenommen mit Resolution A/RES/61/177 v. 20.12.2006), GA Res. 43/173 „Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment“ mit Principle 16 sowie UN-Dok. A/60/18, 98 ff. mit

Auslandsschutzes gehören insbesondere die Maßnahmen gemäß Art. 5 *lit.* a, e und i des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (WÜK).<sup>116</sup> Die relevanten konsularischen Aufgaben sind der Schutz der Interessen von Staatsangehörigen, die Leistung von Hilfe und Beistand und die subsidiäre Vertretung vor den Gerichten und Behörden des Empfangsstaates zur Erwirkung erforderlicher vorläufiger Maßnahmen.<sup>117</sup>

Die Bindung des konsularischen Schutzes an die Staatsangehörigkeit ist weniger streng als die des diplomatischen Schutzes.<sup>118</sup> Gemäß Art. 8 WÜK muss ein Entsendestaat die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben für einen dritten Staat angemessenen notifiziert und darf der Empfangsstaat keinen Einspruch erhoben haben. Die Zustimmung des Empfangsstaates kann demnach auch für den konkreten Fall konkludent erteilt werden. Für besondere Notlagen ist von einer stillschweigenden Zustimmung auszugehen.<sup>119</sup> In der Staatenpraxis ist wohl kein Fall bekannt, in dem der Empfangsstaat einer Beauftragung gemäß Art. 8 WÜK widersprochen hätte.<sup>120</sup>

In den einschlägigen Bestimmungen verschiedener Vertragswerke ist eine Tendenz zu erkennen, dass Staaten konsularischen Schutz auch zugunsten von Staatenlosen und Flüchtlingen<sup>121</sup> ausüben, die einen dauerhaften Wohnsitz in ihrem Staatsgebiet haben. So sieht Art. 46 Abs. 1 des nicht in Kraft getretenen Europäischen Übereinkommens über konsularische Aufgaben vom 11.12.1967<sup>122</sup> vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen konsularischer Schutz zugunsten von Staatenlosen ausgeübt wird, die ihren Wohnsitz im Schutz gewährenden Staat haben. Nach Art. 2 Abs. 2 des Protokolls zum Europäischen Übereinkommen über konsularische Aufgaben betreffend den Flüchtlingsschutz<sup>123</sup> soll der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts berechtigt sein, Schutz zugunsten eines Flüchtlings auszuüben, nach Möglichkeit in Abstimmung mit dem Büro des Hohen Flüchtlingskommis-

---

der "General Recommendation XXXI on the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System", § 26.

<sup>116</sup> Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen v. 24.4.1963, BGBl. 1969 II, 1585.

<sup>117</sup> S. zum konsularischen Schutz zugunsten von Guantánamo-Häftlingen C. Kosmalacroze, La protection consulaire à l'épreuve des faits, in: SFDI (Anm. 16), 171 (171 f.).

<sup>118</sup> Pancraccio (Anm. 16), 83.

<sup>119</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 3 S. 2 des Reglements des schweizerischen diplomatischen und konsularischen Dienstes v. 24.11.1967 i.d.F. v. 28.4.2004, AS 1967, 1994 (2004, 2915): "In dringenden Fällen darf die Vertretung von sich aus handeln."

<sup>120</sup> Vgl. M. Richtsteig, Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis, 1994, 150. S. zur Notifikation nach Art. 8 WÜK auch D. Wagner/H. Raasch/T. Propstl, Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963: Kommentar für die Praxis, 2007, 117 ff.

<sup>121</sup> S. zum konsularischen Schutz auf der Grundlage von Art. 25 GFK Reiterer (Anm. 45), 59 f.

<sup>122</sup> European Convention on Consular Functions, CETS No. 061, noch nicht in Kraft, von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet, aber nicht ratifiziert, Quelle: <<http://conventions.coe.int/>> (geprüft am 3.1.2008).

<sup>123</sup> Protocol to the European Convention on Consular Functions Concerning the Protection of Refugees, Nachweis Anm. 122.

sars der Vereinten Nationen (UNHCR) oder einer anderen Behörde der Vereinten Nationen. Art. 63 der Haftbestimmungen (*“Rules of Detention”*) des Jugoslawien-Tribunals<sup>124</sup> erlaubt die Kontaktaufnahme eines Häftlings, der Flüchtling oder Staatenloser ist, mit der diplomatischen oder konsularischen Vertretung eines akkreditierten Staates, die sich seiner Interessen annimmt, oder einer staatlichen oder internationalen Behörde, zu deren Aufgaben die Wahrnehmung seiner Interessen zählt. Auch Art. 6 Abs. 3 CAT und Art. 10 Abs. 3 der noch nicht in Kraft getretenen International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance<sup>125</sup> gehen davon aus, dass der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts zugunsten von Staatenlosen konsularischen Schutz ausüben kann.

Vertretungen der Schweiz können nach dem Reglement des schweizerischen diplomatischen und konsularischen Dienstes im Einzelfall auch zugunsten von Staatenlosen und Flüchtlingen mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz konsularisch tätig werden.<sup>126</sup> Diese Möglichkeit ist im deutschen Konsulargesetz zumindest nicht explizit vorgesehen, demzufolge konsularischer Beistand nur zugunsten von Deutschen im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG gewährt wird (§ 27 KG). Sie entspricht indes einer Staatenpraxis, die darüber hinaus auch unabhängig von den Tatbeständen der Staatenlosigkeit und der Flucht die Ausübung des konsularischen Schutzes durch den Staat des ständigen Aufenthalts akzeptiert.<sup>127</sup>

## VI. Ergebnis für die völkerrechtliche Zulässigkeit

Ob die Schutzgewährung zugunsten Nichtstaatsangehöriger völkerrechtskonform ist, hängt demnach maßgeblich von der gewählten Schutzform ab. Während diplomatischer Schutz grundsätzlich nur zugunsten Staatsangehöriger ausgeübt werden darf, stellt die Staatsangehörigkeit für andere Schutzformen keine oder zumindest eine weniger strenge Voraussetzung dar. Relevante Ausnahmen vom Staatsangehörigkeitserfordernis für den diplomatischen Schutz sind vor allem der Schutz zugunsten von Staatenlosen und Flüchtlingen, aber auch Maßnahmen auf der Grundlage eines Vertrages mit den betroffenen Staaten. Außerdem ist Auslandsschutz auch zugunsten Nichtstaatsangehöriger durch Geltendmachung der Staatenverantwortlichkeit eines Verletzestaates möglich. Ist ein Staat nicht in eigenen Rechten verletzt, kann er unter Umständen auch die Verletzung von Normen mit Wirkung *erga omnes (partes)* geltend machen. Die Bundesrepublik kann

<sup>124</sup> Rules Governing the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal Before the Tribunal or Otherwise Detained on the Authority of the Tribunal v. 5.5.1994 i.d.F. v. 21.7.2005 (Dok. IT/38/REV.9).

<sup>125</sup> Nachweis Anm. 115.

<sup>126</sup> Art. 22 Abs. 3. Nachweis Anm. 119.

<sup>127</sup> L. L e e, *Consular Law and Practice*, 2. Aufl. 1991, 367. Eine andere Frage ist, an welche Staaten die Notifikation nach Art. 36 Abs. 1 *lit. b*) WÜK zu richten ist. S. dazu M. K d h i r, *Les bénéficiaires de la protection consulaire*, in: SFDI (Anm. 16), 114 (116 ff.).

dafür insbesondere zahlreiche Menschenrechtsverträge heranziehen, deren Partei sie ist.

## C. Ansprüche Nichtstaatsangehöriger auf Auslandsschutz

Soweit demnach Nichtstaatsangehörigen Auslandsschutz gewährt werden darf, schließt das Völkerrecht auch Schutzansprüche nicht *a limine* aus. Allerdings könnten Individualrechte selbst die Staatsangehörigkeit voraussetzen, soweit sie sich nach dem Grundgesetz (I.), dem Recht der Europäischen Union (II.), der EMRK (III.) und dem universellen Völkerrecht (IV.) begründen lassen.

### I. Auslandsschutz für Nichtstaatsangehörige nach dem Grundgesetz

Das Grundgesetz schweigt sich zu einem Anspruch auf Auslandsschutz aus. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht ein subjektives Recht deutscher Staatsangehöriger auf fehlerfreie Ermessensausübung über die Gewährung von Auslandsschutz in mehreren Entscheidungen anerkannt, ohne dabei zu einem Anspruch Nichtstaatsangehöriger Stellung beziehen zu müssen.<sup>128</sup> Das weite politische Ermessen bezieht sich sowohl auf die Einschätzung des außenpolitisch erheblichen Sachverhalts als auch auf die Zweckmäßigkeit möglichen Verhaltens.<sup>129</sup> In der Literatur finden sich verschiedene Ansätze zur Begründung eines solchen grundgesetzlichen Anspruchs, ein Recht Nichtstaatsangehöriger aber wird zumeist gar nicht in Betracht gezogen oder abgelehnt. Diese Beschränkung auf Deutsche ist nicht für alle verfassungsdogmatischen Herleitungen des Anspruchs stringent.

#### 1. Von der Verfassungstradition zur Schutzpflichtenlehre

Eine ältere Ansicht nimmt eine Pflicht zum Schutz vor Übergriffen ausländischer Hoheitsgewalt und einen nur verwaltungsgerichtlichen, nicht aber im Wege der Verfassungsbeschwerde verfolgbaren Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung unter Verweis auf die deutsche Verfassungstradition an. Dass eine entsprechende Gewährleistung nicht explizit im Grundgesetz vorgesehen ist, sei der besonderen Lage Deutschlands während der Verfassungsgebung geschuldet.<sup>130</sup> Die älteren deutschen Verfassungen binden den Auslandsschutz an die Staatsangehörigkeit.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> BVerfGE 6, 290 (299); 37, 217 (241); 40, 141 (177 f.) – Schutzpflicht; 41, 126 (182) – Schutzpflicht; 55, 349 (364 ff.).

<sup>129</sup> R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl. 2002, 289.

<sup>130</sup> K. Doehring, Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, 1959, 43 ff. u. 89 ff.

<sup>131</sup> § 189 der Frankfurter Reichsverfassung v. 28.3.1849: „Jeder deutsche Staatsbürger in der Fremde steht unter dem Schutze des Reichs.“; Art. 3 Abs. 3 der Verfassung des Norddeutschen Bundes v. 26.7.1867, Art. 3 Abs. 6 der Reichsverfassung v. 16.4.1871: „Dem Auslande gegenüber haben alle

Nach dieser Tradition ist der Auslandsschutz die Kehrseite der auch im Ausland fortbestehenden Treuepflicht des Staatsangehörigen gegenüber seinem Heimatstaat (*subiectio trahit protectionem*).<sup>132</sup> In Fortführung dieses Gedankens könnten auch für den innerstaatlichen Bereich Schutzpflichten auf das Staatsangehörigkeitsverhältnis gestützt werden. Diese mögliche Konsequenz wird aber in der Regel nicht erwogen.<sup>133</sup>

Die ältere Dogmatik des Auslandsschutzes wurde entwickelt, bevor die Grundlagen für eine allgemeine Schutzpflichtenlehre gelegt waren.<sup>134</sup> Der statusrechtlichen Verankerung des Auslandsschutzes fügt eine neuere Auffassung dementsprechend ein grundrechtliches Begründungselement hinzu, indem sie die Schutzpflichtendogmatik auf Gefahren ausländischen Ursprungs ausdehnt. Die Grundrechte können den Staat verpflichten, Beeinträchtigungen durch selbst nicht grundrechtlich gebundene Akteure entgegenzuwirken.<sup>135</sup> Wie für den Schutz vor Übergriffen Privater müsse dies auch für Gefährdungen und Rechtsgutverletzungen gelten, die von ausländischer Hoheitsgewalt ausgehen.<sup>136</sup> Mit der Schutzpflicht korrespondiere ein subjektives Recht auf fehlerfreie Ausübung des außenpolitischen Ermessens über die Schutzgewährung.<sup>137</sup>

---

Deutschen gleichmäßig Anspruch auf den Schutz des Reichs.”; Art. 112 der Weimarer Reichsverfassung v. 11.8.1919: “Dem Ausland gegenüber haben alle Reichsangehörigen inner- und außerhalb des Reichsgebiets Anspruch auf den Schutz des Reichs.” Umfassend zur Auslegung dieser Bestimmungen Doebling (Anm. 130), 25 ff.; zu Weimar W. Geck, Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht, ZaöRV 17 (1956/57), 476 (479 ff.).

<sup>132</sup> J. Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2002, Art. 16 Rn. 9; K. Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, 258 ff.; J. Isensee, HStR V, 2000, § 111 Rn. 123; R. Hilger, Die Geltendmachung der Ansprüche aus einer völkerrechtswidrigen Verletzung von Privatpersonen, 1966, 132 f.; Doebling (Anm. 130), 46, 89 ff.; Geck (Anm. 131), 510 f.; H. Treviranus, Nochmals: Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, DÖV 1979, 35 (37); A. Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: 48. Lfg. 2006, Art. 16 Abs. I, Stand: 22. Lfg., 1983, Rn. 61 f.; E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 (1636) mit Anm. 25; U. Becker, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 16 Abs. 1 Rn. 23.

<sup>133</sup> Vgl. J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 123.

<sup>134</sup> Als die Rezeption auslösende Schrift gilt J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, vgl. Klein (Anm. 132), 1634.

<sup>135</sup> Dietlein (Anm. 133); Isensee (Anm. 132), § 111 Rn. 77 ff.

<sup>136</sup> K. Oberthür, Der Anspruch des deutschen Staatsangehörigen auf diplomatischen und konsularischen Schutz gegenüber anderen Staaten, 1965, 23 f.; Klein (Anm. 10), 705 ff.; ders., Anspruch auf diplomatischen Schutz?, in: Ress/Stein (Anm. 14), 125 ff.; ders., Diplomatischer Schutz im Hinblick auf Konfiskationen deutschen Vermögens durch Polen, 1992, 36 ff.; J. Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 16 Rn. 80; G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, 56 f.; M. Heintzen, Auswärtige Beziehungen privater Verbände, 1988, 136 ff.; Dietlein (Anm. 133), 122 f.; G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, 207 f.; A. Scheidler, Der Schutz deutscher Staatsangehöriger gegenüber der Hoheitsgewalt ausländischer Staaten, DÖV 2006, 417 (418). Auch W. Geck, ZaöRV 17 (1956/57), 476 (513 ff.) bezog schon grundrechtliche Überlegungen ein.

<sup>137</sup> Klein, in: Ress/Stein (Anm. 14), 129 ff. Das entspricht der Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG, s. BVerfGE 55, 349 (364 ff.) sowie auch des BVerwGE 62, 11 (14 ff.); anders Oberthür (Anm. 136), 45 ff.; S. Kursawe, Die Beachtung des grundgesetzlichen Eigentumsschutzes bei



Die Hinzufügung der grundrechtlichen Fundierung des Auslandsschutzes wurde damit begründet, dass dem Auslandsschutz durch die Heranziehung grundrechtlicher, d.h. rechtsgutbezogener Überlegungen Kontur verliehen und auf diese Weise das Ermessen der Bundesregierung strukturiert werden müsse.<sup>138</sup> Die Rechtsprechung des BVerfG ist für beide Begründungselemente offen.<sup>139</sup> Indes könnte die Einbindung des Auslandsschutzes in die Schutzpflichtendogmatik im grundrechtsrelevanten Bereich<sup>140</sup> einen Anspruch auch alleine tragen. Zunehmend setzt sich daher ein originär grundrechtliches Erklärungsmodell durch.<sup>141</sup> Das Völkerrecht gebietet es jedenfalls nicht, alle Formen des Auslandsschutzes nur zugunsten Staatsangehöriger zu gewähren und einen Anspruch verfassungsdogmatisch dementsprechend zumindest auch auf die Staatsangehörigkeit zu stützen.<sup>142</sup> Der Berufung auf historische Vorläufer kommt daher heute eine limitierende Funktion zu, wenn sie den Auslandsschutz auf Staatsangehörige beschränken soll, wo Grundrechte auch Nichtdeutsche schützen. Gegenüber einer grundrechtlich begründeten Schutzpflicht sollte die Verfassungstradition jedoch nicht in Stellung gebracht werden können.

## 2. Schutzpflichtendogmatik und Staatsangehörigkeit

Für einen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz gegenüber Ein- und Übergriffen selbst nicht grundrechtsgebundener Akteure lassen sich in Rechtsprechung und Literatur zwei Herleitungen unterscheiden. Zum einen wird diese Grundrechtswirkung ideengeschichtlich auf den Staatszweck Sicherheit zurückgeführt und damit die Schutzpflicht als Kompensation für die Akzeptanz des staatlichen Gewaltmonopols verstanden.<sup>143</sup> Zum anderen wird den grundrechtlichen Gewährleistun-

---

Abschluß des Warschauer Vertrages, Diss. 1990, 165 ff. Allgemein zum subjektiven Recht auf Schutz Dietlein (Anm. 133), 133 ff.; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, 1769 ff. m.w.N.

<sup>138</sup> Klein, in: Ress/Stein (Anm. 14), 128 f.

<sup>139</sup> Ein Grundrechtsbezug wird in BVerfGE 6, 290 (299), 37, 217 (241) u. 41, 126 (182) deutlich.

<sup>140</sup> S. zum Auslandsschutz außerhalb der Grundrechte Treviranus (Anm. 132), 37.

<sup>141</sup> D. Blumenwitz, Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen, 1992, 82 f.; R. Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994, 108 ff.; T. Giegerich, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt im europäisch-atlantischen Verfassungsstaat, ZaöRV 67 (1997), 409 (550 f.); L. Jaekel, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001, 82; P. Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, 189; Heintzen (Anm. 136), 134 ff.; Elbing (Anm. 8), 104 ff.; vgl. Hermes (Anm. 136), 74 f.; Storost (Anm. 6), 188.

<sup>142</sup> Vgl. zu dieser Argumentation die Anmerkung K. Hailbronnens zum Referat von Klein, in: Ress/Stein (Anm. 14), *ibid.*, 142 sowie Erwiderung von E. Klein, *ibid.*, 145 f.; Isensee (Anm. 132), § 111 Rn. 123 mit Anm. 308. S. auch Elbing (Anm. 8), 107. Zur Kritik an der Konstruktion von Klein s. Heintzen (Anm. 136), 140.

<sup>143</sup> Isensee (Anm. 134), 3 ff.; 21 ff.; D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 102 ff.; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, 414 f.; Isensee (Anm. 132), § 111 Rn. 83 ff.; C. Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321, 321 f.

gen in Verbindung mit der Menschenwürde und dem Schutzauftrag in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ein entsprechender Verwirklichungsauftrag entnommen. Ihm kann im Einzelfall ein individuelles Recht auf Schutzgewähr entsprechen.

Auch die dogmatische Einordnung der Schutzpflichten ist umstritten. Ein Teil der Literatur versucht, auf der Grundlage eines weiten Eingriffsbegriffs, Übergriffe Privater dem Staat aufgrund des von ihm ausgehenden Verbots privater Gewalt zuzurechnen. Diese weitreichende Involvierung des Staates auch in privates Handeln lässt sich konstruktiv aber nur begründen, wenn man einen staatlichen Duldungsbefehl immer dann unterstellt, wenn der Staat die Grundrechtsbeeinträchtigung durch selbst nicht grundrechtsgebundene Akteure zulässt.<sup>144</sup> Überwiegend wird die Schutzdimension daher als eigenständige Grundrechtswirkung eingeordnet.<sup>145</sup>

Die beiden Herleitungen und die beiden dogmatischen Einordnungen eines Rechts auf Schutz lassen sich zu vier Konzeptionen von Schutzpflicht und Schutzanspruch kombinieren. Die Herleitung aus der staatlichen Aufgabe der Sicherheit fügt sich zwar in ein liberal-abwehrrechtliches Grundrechtsverständnis,<sup>146</sup> lässt aber auch die Annahme eines Schutzrechts als eigenständiger Grundrechtsdimension zu,<sup>147</sup> die von einer echten Leistungsdimension bewusst unterschieden wird.<sup>148</sup> Auf der Grundlage einer originär grundrechtlichen Herleitung lässt sich dogmatisch überzeugend argumentieren, dem Auftrag zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) i.V.m. der Bindung aller Hoheitsgewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) sei nicht nur eine (negative) Verpflichtung des Staates zu entnehmen, Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche zu unterlassen, sondern auch eine (positive) Verpflichtung, alles zu tun, um Grundrechte zu verwirklichen.<sup>149</sup> Andererseits schließt die Annahme eines grundrechtlichen Ver-

<sup>144</sup> J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl. 1997, 213 ff.; ders., Über Grundpflichtmythen, Abstraktionitis und Überproduktion in der Grundrechtsdogmatik, JZ 2007, 135 (136); Murswiek (Anm. 143), 91 ff, 106 ff.; Szczekalla (Anm. 141), 404 ff.; vgl. Klein (Anm. 132), 1639.

<sup>145</sup> Isensee (Anm. 134), 27 ff.; Calliess (Anm. 143), 321, 325 ff.

<sup>146</sup> Murswiek (Anm. 143), 123 ff.

<sup>147</sup> Isensee (Anm. 132), § 111 Rn. 84; Dietlein (Anm. 133), 121; Calliess (Anm. 143), 321, 325 ff.; ders., HGrR II, 2006, § 44 Rn. 18 ff.

<sup>148</sup> H. Dreier, in: ders., Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 101 m.w.N. in Fn. 425.

<sup>149</sup> BVerfGE 39, 1; 46, 160; 49, 89; 53, 30; 56, 54; 88, 203; NJW 1983, 2931; NJW 1987, 2287; Robbers (Anm. 136), 186; K. Hesse, in: E. Benda *et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 5 Rn. 23; H. Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, 489 (492 f.); P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, 56 f.; Jaeckel (Anm. 141), 52 ff.; H. Jarass, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 35 (39 f.); M. Sachs, in: ders. (Anm. 132), Vor Art. 1, Rn. 35 ff.; Dreier (Anm. 148), Vorb. Rn. 101 f.; H. Krieger, in: Grote/Maruhn (Anm. 112), Kap. 6, Rn. 36; vgl. D. Merten, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: GS J. Burmeister, 2005, 227 (232 f.)

wirklichungsauftrages es nicht zwangsläufig aus, die Unterscheidung von Abwehr- und Schutzdimension in vielen Fällen als überflüssig zu bewerten.<sup>150</sup>

Die Vorstellung von der Schutzpflicht als Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols trägt umso weniger, je ausgeprägter der Auslandsbezug eines Sachverhaltes ist. Zur Begründung des Auslandsschutzes ziehen Vertreter dieser Herleitung daher auch bei einem Auslandsaufenthalt fortbestehende Treuepflichten heran, die nur für Staatsangehörige bestehen.<sup>151</sup> Die Herleitung aus dem Staatszweck Sicherheit bleibt aber einer bestimmten Staatszwecklehre verhaftet, die dem Grundgesetz nicht immanent ist.<sup>152</sup> Da das staatliche Gewaltmonopol auf das eigene Staatsgebiet beschränkt ist, scheidet auch eine rein abwehrrechtliche Dogmatik des Auslandsschutzes auf der Grundlage eines Duldungsbefehls aus, weil hier die Grundrechtsgefahr von anderen Staaten ausgeht.<sup>153</sup> Die abwehrrechtliche Begründung ist verschiedenen konstruktiven Einwänden ausgesetzt,<sup>154</sup> schließt aber andere Begründungsansätze für eine Schutzpflicht nicht aus, sondern erklärt sie nur in vielen Fällen für überflüssig. Leitet man mit dem BVerfG einen Schutzauftrag aus den Grundrechten ab, so ist damit eine Pflicht zum Schutz gegenüber Beeinträchtigungen durch Private wie auch durch fremde Staaten erklärbar.<sup>155</sup> Dabei hängt der Auslandsschutz zugunsten Nichtstaatsangehöriger davon ab, ob das betroffene Grundrecht ein Deutschen- oder Menschenrecht ist.

### 3. Allgemeine Grenzen der Schutzpflicht

#### a) Umkehrschluss zu Art. 16a GG oder geographische Begrenzung?

Gegen die Annahme einer so weit reichenden Pflicht zur Ermessensausübung über den Auslandsschutz auch für Nichtstaatsangehörige wird eingewandt, dem Grundrecht auf Asyl aus Art. 16a GG komme ein schutzpflichtenbegrenzender Charakter im Hinblick auf Nichtstaatsangehörige zu, die sich im Ausland aufhalten. Im Umkehrschluss zu Art. 16a GG seien über die Asylgewährung zugunsten politisch Verfolgter hinausgehende Schutzpflichten nicht anzunehmen.<sup>156</sup> Dieses Ergebnis mag für Nichtstaatsangehörige, die niemals in irgendeinem Bezug zum

<sup>150</sup> F. E k a r d t, Die Multipolarität der Freiheit, JZ 2007, 137 (139 f.); vgl. aus österreichischer Sicht M. H o l o u b e k, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997, 75 ff.

<sup>151</sup> K l e i n (Anm. 132), 1636 mit Fn. 25 – diplomatischer Schutz als “besondere Ausprägung” des Zusammenhangs von “Schutz und Gehorsam”; I s e n s e e (Anm. 134), 30; E l b i n g (Anm. 8), 99 – Annexgedanke: Die Schutzpflicht besteht auch da, wo im Einzelfall die staatsrechtliche Erwägung für die Begründung der Schutzpflichten nicht zum Tragen kommt.

<sup>152</sup> U n r u h (Anm. 149), 40.

<sup>153</sup> R o b b e r s (Anm. 136), 128; E l b i n g (Anm. 8), 99.

<sup>154</sup> Zusammenfassend D i e t l e i n (Anm. 133), 38 ff.; C a l l i e s s (Anm. 147), § 44 Rn. 14.

<sup>155</sup> S z c z e k a l l a (Anm. 141), 437; S t o r o s t (Anm. 6), 178 f.

<sup>156</sup> Für Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F. J. I s e n s e e, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), 49 (62); R o b b e r s (Anm. 136), 209 f.; D i e t l e i n (Anm. 133), 120; a.A. M. Z u l e e g, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1973, 361 (366).

Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gestanden haben, in der Sache angemessen sein. Es ist jedoch weder in solchen Fällen sehr naheliegend, in denen eine solche Verbindung besteht, noch dogmatisch zwingend aus Art. 16a GG herzuleiten.

Eine andere Ansicht will den grundrechtlichen Einwirkungsanspruch geographisch auf solche Staaten begrenzen, die mit der grundgesetzlichen Wertvorstellung im Wesentlichen harmonisieren. Jenseits dessen laufe ein Einwirkungsanspruch faktisch leer. Die regionale Begrenztheit ergebe sich aus dem Umstand, dass die Vorstellungen des Grundgesetzes weltweit die einer Minderheit von Staaten seien.<sup>157</sup> Weiter wird argumentiert, bei einer einigermaßen pragmatischen Auslegung von Schutzpflicht und Schutzrecht lasse sich keine "weltumspannende grundgesetzliche Garantienpflicht" annehmen, die die realen Kräfte Deutschlands unendlich übersteige.<sup>158</sup> Die anderen Wertvorstellungen und Lebensverhältnisse in einem fremden Land lassen sich indes hinreichend bei der Ermessensausübung über das Ob und das Wie des Auslandsschutzes berücksichtigen. Soweit bestimmte Staaten einer Einwirkung der Bundesrepublik in einer bestimmten Weise von vornherein definitiv nicht zugänglich sind, ist auch das bei der Ausübung des Ermessens zu berücksichtigen. In das Ermessen kann auch das Ausmaß der tatsächlichen Bindung eines Nichtstaatsangehörigen zur Bundesrepublik eingestellt werden. Gleichwohl wird der Schutzauftrag keine Maßnahmen erfassen, die den Staat faktisch überfordern (*ultra posse nemo obligatur*). Daher hat ein Nichtstaatsangehöriger ohne jede persönliche Nähe zur Bundesrepublik bei Sachverhalten, die keinerlei Inlandsbezug aufweisen, keinen Anspruch auf Ermessensübung über Auslandsschutz.

#### b) Grenzen aus der völkerrechtlichen Zuständigkeitsordnung

Seine normative Grenze muss der Schutzauftrag nach dem Grundgesetz dort finden, wo nach dem Völkerrecht die Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland endet.<sup>159</sup> Eine Orientierung der grundrechtlichen Schutzgewähr am Völkerrecht entspricht der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes,<sup>160</sup> wie sie in der Präambel und den Artikeln 1 Abs. 2, 9 Abs. 2, 23 bis 26, 59 und 79 Abs. 1 S. 2 GG zum Ausdruck kommt.<sup>161</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es Ausdruck dieser Völkerrechtsfreundlichkeit, dass das Grundgesetz nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesre-

<sup>157</sup> Elbing (Anm. 8), 127; im Ergebnis ähnlich, aber unter der Überschrift "Großraumlehre und Grundrechtsdogmatik" an die Großraumkonzeption Carl Schmitts anknüpfend Heintzen (Anm. 136), 267 ff.

<sup>158</sup> Isensee (Anm. 134), 63 f. mit Verweis auf BVerfGE 18, 112 (117 f.); 31, 58 (74 f.).

<sup>159</sup> Geck (Anm. 131), 490; Doehring (Anm. 130), 16 f.; E. Klein, Schlußwort, DÖV 1979, 39 (40).

<sup>160</sup> Oberthür (Anm. 136), 35.

<sup>161</sup> BVerfGE 63, 343 (370) (s. allerdings zu den Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit BVerfGE 111, 307 (318); Treviranus (Anm. 132), 36.

publik Deutschland nicht entsteht.<sup>162</sup> Der Anspruch sowohl des Deutschen als auch des Nichtstaatsangehörigen kann sich demnach nur auf eine fehlerfreie Ermessensausübung hinsichtlich der völkerrechtlich zulässigen Schutzmaßnahmen richten.<sup>163</sup>

Keine Zuständigkeitsverletzung stellt die Forderung der Bundesrepublik an einen anderen Vertragsstaat dar, einen Menschenrechtsschutzvertrag zu erfüllen.<sup>164</sup> Darüber hinaus fällt auch die Achtung der völkergewohnheitsrechtlichen Menschenrechte nicht in die ausschließliche Zuständigkeit eines Staates.<sup>165</sup> Daher ist jedenfalls die bloße Aufforderung, sie zu achten, aufgrund der Verpflichtung zur Zusammenarbeit nach Art. 56, 55 *lit. c* der UNO-Charta keine verbotene Einmischung.<sup>166</sup> Vor allem schwere und systematische Menschenrechtsverletzungen, Völkermord und Rassendiskriminierung zählen zu den Handlungen, auf die ein Staat auch mit weitergehenden Maßnahmen reagieren kann, ohne dass dem der Einwand der Intervention in den *Domaine Réservé* entgegen gehalten werden kann.<sup>167</sup>

Den sich aus der völkerrechtlichen Zuständigkeitsordnung ergebenden Schranken des Schutzes ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Schutzpflicht in reinen Auslandsfällen weder für Deutsche noch für Nichtstaatsangehörige auf das deutsche Grundrechtsniveau zielt, sondern auf den Standard des Fremdenrechts und der internationalen Menschenrechte.<sup>168</sup> Aber auch dann, wenn ein Inlandsbezug besteht, ist die Grundrechtsfürsorge bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auch im Bereich des Auslandsschutzes zu relativieren.<sup>169</sup> Unter diesen Voraussetzungen

<sup>162</sup> BVerfG, 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01, 2 BvR 348/03 v. 19.9.2006, EuGRZ 33 (2006), 684, Rn. 54.

<sup>163</sup> Zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Verfassungsrechts K.-P. Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1984), 391 (402 ff., 414 ff.); C. Tomuschat, HStR VII, 1992, § 172 Rn. 28. Allgemein zum Auslegungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit H. Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, 1957, 11 f.; K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, 51; O. Rojahn, in: v. Münch/Kunig, GGK II, 5. Aufl. 2001, Art. 24 Rn. 2.

<sup>164</sup> IGH, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (First Phase)*, ICJ Reports 1950, 70 f.: „Interpréter [...] les clauses d'un traité ne saurait être envisagé comme une question relevant essentiellement de la compétence nationale d'un Etat. C'est une question de droit international ...”.

<sup>165</sup> S. nur E. Klein, in: W. Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 196; Elbing (Anm. 8), 138 ff.

<sup>166</sup> Verdross/Simma (Anm. 163), § 494.

<sup>167</sup> Klein (Anm. 165), 327.

<sup>168</sup> A. Bleckmann, Staatsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl. 1997, 344 f.

<sup>169</sup> Vgl. allgemein zur Anpassung des Schutzniveaus bei Fällen mit Auslandsbezug BVerfGE 1, 332; 2, 266; 6, 290; 18, 112; 31, 58; 40, 141; 55, 349; 59, 281; 63, 332; 63, 343; 72, 66; 75, 1; 77, 1; 80, 81; 84, 90; 92, 26 (zusammenfassende Darstellung der Rspr. des BVerfG bei Hofmann (Anm. 141), 30 ff.); Stern (Anm. 137), Bd. III/1, 1988, 1231 ff.; Heintzen (Anm. 136), 151 ff.; Elbing (Anm. 8), 168 ff.; Tomuschat (Anm. 162), § 115 Rn. 56 ff.; H. Kronke, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, BDGV 38 (1998), 33 (44 ff.); D. Lorenz, Der territoriale

kann von einem Oktroi des deutschen Grundrechtsverständnisses nicht die Rede sein.<sup>170</sup>

#### 4. Ergebnis für das Recht auf Auslandsschutz nach dem Grundgesetz

Aus den Menschenrechten des Grundgesetzes lässt sich grundsätzlich auch ein Anspruch Nichtstaatsangehöriger auf fehlerfreie Ermessensausübung über die Gewährung von Auslandsschutz ableiten. Eine Beschränkung des Anspruchs auf Deutsche ergibt sich nur insoweit, als das Völkerrecht bestimmte Schutzformen nur zugunsten von Staatsangehörigen zulässt. Erst im Rahmen der Ausübung des Ermessens ist die Verbundenheit einer Person mit der Bundesrepublik Deutschland zu berücksichtigen.

## II. Auslandsschutz für Nichtstaatsangehörige nach dem Recht der Europäischen Union

Als Mitgliedstaat der EU muss Deutschland auch individuelle Rechtspositionen des Gemeinschaftsrechts achten, die sich für fremde Staatsangehörige hinsichtlich der Schutzgewähr gegen Übergriffe durch Drittstaaten ergeben.<sup>171</sup> Zugunsten von Unionsbürgern wie auch Drittstaatsangehörigen kommen originäre Ansprüche auf Auslandsschutz und Rechte auf Teilhabe an bestehenden Schutzsystemen der Mitgliedstaaten in Betracht.

### 1. Originärer Schutzanspruch kraft Gemeinschaftsrechts

In den Entscheidungen *Ayadi* und *Hassan* entnimmt das EuG dem Gemeinschaftsrecht originäre Ansprüche auf diplomatischen Schutz, unabhängig davon, ob das staatliche Schutzsystem diesbezügliche Berechtigungen vorsieht.<sup>172</sup>

Die Urteile reihen sich ein in die Rechtsprechung zum individuellen Rechtsschutz gegen die namentliche Aufnahme in Listen des UN-Sicherheitsrates, deren Sanktionsmechanismus die Terrorismusfinanzierung erschweren soll.<sup>173</sup> Dieser

---

Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte, 2005, 127 ff.; V. R ö b e n, in: Grote/Marauhn (Anm. 112), Kap. 5, Rn. 110.

<sup>170</sup> Dazu I s e n s e e (Anm. 156), 63 f.

<sup>171</sup> Zur angesichts von Art. 227 EG und der Rechtsstellung des Einzelnen zweifelhaften Zulässigkeit von Schutzmaßnahmen gegen andere Mitgliedstaaten P. K a r p e n s t e i n / U. K a r p e n s t e i n, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Stand: 31. EL Okt. 2006, Art. 228 EG Rn. 47; für eine grds. Zulässigkeit R e s s (Anm. 14), 92 ff.; dagegen C. S c h ö n b e r g e r, Unionsbürger, 2005, 468.

<sup>172</sup> EuG, Rs. T-253/02, *Ayadi*, Slg. 2006, II-2139; EuG, Rs. T-49/04, *Hassan*, Slg. 2006, II-52. Gegen beide Entscheidungen sind Rechtsmittel zum EuGH eingelegt worden, C-403/06 P und C-399/06 P.

<sup>173</sup> EuG, Rs. T-306/01, *Yusuf*, Slg. 2005, II-3533; EuG, Rs. T-315/01, *Kadi*, Slg. 2005, II-3649; EuG, Rs. T-362/04, Urt. v. 31.1.2007, *Minim*, noch nicht in Slg.; zuletzt GA P o i a r e s M a d u r o, Rs.

richtet sich gegen Individuen und greift in die Grundrechte der Betroffenen ein, indem ihr Vermögen ohne Anhörung und individuelle Begründung eingefroren wird. Gleichwohl können sie gerichtlich weder gegen die Aufnahme durch den UN-Sanktionsausschuss selbst noch gegen die Umsetzungsakte auf europäischer Ebene effektiv vorgehen. Personen, die zu Unrecht auf der Liste stehen, konnten bis Ende 2006 einen Streichungsantrag auch nicht direkt beim Sanktionsausschuss stellen.<sup>174</sup> Eine indirekte Überprüfung ermöglichen die Leitlinien des Sanktionsausschusses und die sie umsetzende EG-Verordnung nur in beschränktem Maße. Die betroffene Person darf sich an den Staat ihres Aufenthalts oder ihrer Staatsangehörigkeit wenden, der dann im Sanktionsausschuss auf eine Streichung von der Liste (*“de-listing”*) in einem Konsensverfahren hinwirken kann. Gelingt dort keine Einigung, wird der Antrag letztlich an den Sicherheitsrat überwiesen, in dem ein Veto eines ständigen Mitglieds die Streichung vereiteln kann.<sup>175</sup>

Das Streichungsverfahren auf völkerrechtlicher Ebene und die Frage nach effektivem Rechtsschutz gegen europäische Umsetzungsakte sind bereits Gegenstand wissenschaftlicher Kontroverse. Darüber hinaus sind aber die Ausführungen des EuG bemerkenswert, die auf ein justiziables individuelles Recht auf diplomatischen Schutz aufgrund der Gemeinschaftsgrundrechte hinauslaufen. Das Gericht entnimmt den Leitlinien und der sie umsetzenden EG-Verordnung ein Recht, einen Überprüfungsantrag an den zuständigen EU-Mitgliedstaat zu richten.<sup>176</sup> Darüber hinaus sieht das EuG die Mitgliedstaaten sowohl für die Prüfung des Antrags als auch hinsichtlich eines anschließenden Verfahrens im Sanktionsausschuss gemäß Art. 6 Abs. 2 EU verpflichtet, die Gemeinschaftsgrundrechte der Betroffenen zu wahren. Insbesondere müssten sie ihr Ermessen im Hinblick auf den effektiven Grundrechtsschutz ausüben.

---

C-402/05 P, Schlussanträge v. 16.1.2008, *Kadi*, noch nicht in Slg.; hierzu H. P. Aust/N. Naske, Rechtsschutz gegen den UN-Sicherheitsrat durch europäische Gerichte?, ZÖR 61 (2006), 587 ff.; S. Hörmann, Völkerrecht bricht Rechtsgemeinschaft?, AVR 44 (2006), 267 ff. m.w.N.; völkerrechtliche Einordnung C. Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, EuGRZ 2007, 1 (9 ff.); krit. Überprüfung am Maßstab europäischer Verfassungsmodelle M. Nettesheim, U.N. Sanctions Against Individuals – A Challenge to the Architecture of European Union Governance, CMLRev. 44 (2007), 567 (579 ff.); zu den Folgen in Deutschland H. Schlarman/J.-P. Spiegel, Terror und kein Ende – Konsequenzen der EG-Verordnung zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus für in Deutschland tätige Unternehmen, NJW 2007, 870 ff.

<sup>174</sup> S. nun aber die Resolution des Sicherheitsrates 1730 vom 19.12.2006, Annex, die eine Koordinierungsstelle beim Sekretariat einrichtet, die direkte Anträge von Individuen oder Gruppen auf Streichung von der Liste entgegennimmt. Die Leitlinien u.a. des *“Al Quaida und Taliban”*-Sanktionsausschusses sind am 12.2.2007 unter Ziffer 8 entsprechend revidiert worden; <[http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267\\_guidelines.pdf](http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf)> (geprüft am 3.1.2008). Gleichwohl existiert damit mangels Entscheidungsbefugnis und Unabhängigkeit keine unparteiische Kontrollinstanz.

<sup>175</sup> Zum Verfahren J. A. Frowein, The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law, in: FS C. Tomuschat, 2006, 785 (790 f.); C. Ohler, Die Verhängung von *“smart sanctions”* durch den UN-Sicherheitsrat – eine Herausforderung für das Gemeinschaftsrecht, EuR 2006, 848 (860); D. Frank, UNO-Sanktionen gegen Terrorismus und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), in: FS L. Wildhaber, 2007, 237 (242ff.).

<sup>176</sup> EuG, *Ayadi* (Anm. 172), Rn. 144 ff.; EuG, *Hassan* (Anm. 172), Rn. 114 ff.

In den Rechtssachen *Yusuf* und *Kadi* hatte das EuG die Betroffenen zwar auch auf den Schutz durch den Heimatstaat verwiesen, dessen Verweigerung sie gerichtlich überprüfen könnten.<sup>177</sup> Bereits diese Annahme eines Rechts auf bestimmte Schutzmaßnahmen stellt selbst für das grundgesetzliche Schutzsystem eine Innovation dar.<sup>178</sup> Während die Luxemburger Richter für diesen ersten Vorstoß aber noch auf das innerstaatliche Recht und die EG-Verordnung abstellten, entwickeln sie den Gedanken in *Ayadi* und *Hassan* fort. Aus dem bloßen Recht, einen Antrag bei der Regierung zu stellen, soll kraft der Gemeinschaftsgrundrechte ein Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens hinsichtlich diplomatischer Schutzaktivitäten folgen. Schließlich müsse dieser Schutzanspruch auch gerichtlich durchsetzbar sein, wobei das staatliche Verfahrensrecht den Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen Rechte zu sichern habe.<sup>179</sup> Ist nach nationalem Recht eine Verweigerung diplomatischer Schutzmaßnahmen nicht gerichtlich überprüfbar, so habe das innerstaatliche Gericht das entsprechende Verbot wegen des Effektivitätsgrundsatzes außer acht zu lassen. Auch wenn das Streichungsverfahren auf UN-Ebene kritikwürdig bleibt, hat das EuG mit einem gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf diplomatische Schutzmaßnahmen dem Gemeinschaftsrecht einen dezentralen Schutzmechanismus entnommen. Er könnte sich für den Einzelnen sogar als effektiver als ein praktisch schwierig zu verwirklichender Individualrechtsschutz auf internationaler Ebene erweisen.<sup>180</sup>

Diese spezielle Schutzverpflichtung besteht nicht nur gegenüber den eigenen Staatsangehörigen oder Unionsbürgern. Zwar spricht das EuG an einer Stelle davon, dass die von den Sanktionen Betroffenen im Wesentlichen "von dem diplomatischen Schutz abhängig sind, den die Staaten ihren Staatsangehörigen gewähren".<sup>181</sup> Die Leitlinien der Sanktionsausschüsse sehen die Antragstellung beim Staat aber explizit sowohl für dessen Angehörige wie für ansässige Personen vor.<sup>182</sup> Herr *Ayadi* kann sich somit als tunesischer Staatsangehöriger wegen seines Wohnsitzes in Irland an die irische Regierung wenden, mit dem Ziel, dass ihre Vertretung bei den UN gegenüber anderen Regierungen und im Sanktionsausschuss auf ein "de-listing" hinwirkt. Da es sich bei den gemäß Art. 6 Abs. 2 EU zu gewährleistenden Rechten um Menschen- und nicht Unionsbürgerrechte handelt, ergibt sich in die-

<sup>177</sup> EuG, *Yusuf* (Anm. 173), Rn. 317; EuG, *Kadi* (Anm. 173), Rn. 270.

<sup>178</sup> Aust/Naske (Anm. 173), 593.

<sup>179</sup> EuG, *Ayadi* (Anm. 172), Rn. 150 ff.; EuG, *Hassan* (Anm. 172), Rn. 120 ff.

<sup>180</sup> Tomuschat (Anm. 173), 10 f., 12; demgegenüber halten die "Utopie" eines UN-Menschenrechtsgerichtshofs in diesem Zusammenhang für praktikabel A. v. Arnould, UN-Sanktionen und gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz, AVR 44 (2006), 201 (215); M. Payandeh, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte, ZaöRV 66 (2006), 41 (66 f.).

<sup>181</sup> EuG, *Ayadi* (Anm. 172), Rn. 141, 149; EuG, *Hassan* (Anm. 172), Rn. 111, 119.

<sup>182</sup> Vgl. S/RES/1730 (2006) Annex Ziff. 5; Leitlinien des "Al Quaida und Taliban"-Sanktionsausschusses Ziffer 8 lit. e): "State of residence or citizenship"; <[http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267\\_guidelines.pdf](http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf)> (geprüft am 3.1.2008); so auch auf Grundlage der alten Leitlinien an anderer Stelle das EuG, *Ayadi* (Anm. 172), Rn. 143; EuG, *Hassan* (Anm. 172), Rn. 113.



sem Fall ein supranational garantiertes Recht auf Auslandsschutz gegen die Beeinträchtigung von Gemeinschaftsgrundrechten durch eine Internationale Organisation unabhängig von der Staatsangehörigkeit. Die Ableitung eines eigenständigen Anspruchs aus den Gemeinschaftsgrundrechten kann sich mangels einer entsprechenden gemeineuropäischen Verfassungstradition dogmatisch nur auf eine Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte stützen.

Sollte sich diese Rechtsprechung vor dem EuGH bewähren, würden ihre womöglich unbeabsichtigten Konsequenzen weniger die Mitgliedstaaten als vielmehr die Gemeinschaft selbst betreffen. Denn obgleich die Literatur zunehmend eine begrenzte Ermächtigung<sup>183</sup> zur Gewähr von Auslandsschutz anerkennt,<sup>184</sup> werden diesbezügliche Ansprüche gegen die Gemeinschaft zumeist knapp abgelehnt. Bereits das zur Begründung häufig<sup>185</sup> angeführte EuGH-Schadensersatzurteil *Adams II* ist einer anderen Auslegung durchaus zugänglich.<sup>186</sup> Die Rechtsprechung des EuG tritt nun zu den bisherigen dogmatischen Ableitungen aus Schutzpflichten.<sup>187</sup> Zwar betreffen die konkreten Entscheidungen eine Schutzverpflichtung der Mitgliedstaaten. Das EuG geht hierbei davon aus, das sich über Art. 6 Abs. 2 EU Ansprüche auf diplomatische Schutzmaßnahmen gewinnen lassen. Wenn aber die Mitgliedstaaten in Ausnahmefällen an Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sein sollen, so muss die Gemeinschaft entsprechende Schutzansprüche erst recht gegen sich selbst gelten lassen, soweit sie eine Schutzkompetenz besitzt. Dies gilt umso mehr, wenn sie selbst etwa durch den Erlass von Sekundärrecht zur Rechtsverletzung beigetragen hat.<sup>188</sup> In einer restriktiven Lesart des Urteils *Ayadi* ergibt sich

---

<sup>183</sup> Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung gilt auch für die Außenbeziehungen, begünstigende Handlungen und auch insoweit Maßnahmen des Auslandsschutzes als externe Handlungsformen einzuordnen sind; EuGH, *Gutachten 2/94 "EMRK"*, Slg. 1996, I-1759 Rn. 24; für die "treaty-making power" I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6. Aufl. 2003, 651; grds. J. Bast, *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU*, 2006, 26, 30 ff.; a.A. A. Bleckmann, *Europarecht*, 6. Aufl. 1997, Rn. 382 f.; zwar für Außenbeziehungen, nicht aber für die Form des völkerrechtlichen Handels J. Kokott, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 281 EG Rn. 29.

<sup>184</sup> Umfassend zum hier nur am Rande behandelten eigenen Schutz durch EU/EG Storost (Anm. 6); hinsichtlich der Kompetenzfrage s. a. B. Simma/S. Vedder, in: Grabitz/Hilf (Anm. 171), Art. 281 EG Rn. 29; restriktiver Schönberger (Anm. 171), 478 ff. C. Wichard/A. Kallmayer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 281 EG Rn. 28; skeptisch C. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *EUV/EGV*, 6. Aufl. 2003, Art. 281 EG Rn. 31.

<sup>185</sup> H. Krück, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2000, Art. 281 Rn. 17; Kokott (Anm. 183), Art. 281 EG Rn. 25 dort mit Fn. 89; Schönberger (Anm. 171), 479 dort mit Fn. 592.

<sup>186</sup> EuGH, Rs. 53/84, Urt. v. 7.11.1985, *Adams II*, Slg. 1985, 3595 ff.; hierzu Storost (Anm. 6), 242 f.

<sup>187</sup> Szczekała (Anm. 141), 677; für die EG aus der Rspr. des EGMR A. Bleckmann, *Probleme der Unionsbürgerschaft sowie der Unionszugehörigkeit der Schiffe und Gesellschaften*, in: FS H. Steinberger, 2002, 1087 (1093); aus Gemeinschaftsgrundrechten Storost (Anm. 6), 231; grds. s. auch J. Sueraum, *Die Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte*, *EuR* 38 (2003), 390 ff.

<sup>188</sup> Im Falle von Sanktionen des Sicherheitsrates erfüllen die Mitgliedstaaten damit ihre völkerrechtliche Verpflichtung gemäß Art. 48 Abs. 2 UN-Charta; E. Paasivirta/A. Rosas, *Sanctions, Countermeasures and Related Actions In the External Relations of the EU: A Search for Legal Frameworks*, in: Cannizzaro (Hrsg.), *The European Union as an Actor in International Relations*, 2002, 207 (210).

ein Anspruch auf bestimmte diplomatische Schutzmaßnahmen zwar erst im Einzelfall in Verbindung mit der Möglichkeit, einen Antrag zu stellen. Jedenfalls spricht die Argumentation des EuG aber dafür, dass die EU mit einer Schutzpflichtendimension der Gemeinschaftsgrundrechte auch eventuelle Ansprüche auf ermessensfehlerfreie Entscheidung im Rahmen des ihr möglichen Auslandsschutzes anzuerkennen hat. Der Kreis möglicher Anspruchsinhaber ist dabei entsprechend der personellen Reichweite der Befugnis nicht von vornherein auf die An- oder Zugehörigen der Mitgliedstaaten beschränkt. Infrage kommen alle Personen, die von der Außenkompetenz rechtlich erfasst sind und denen gegenüber gemeinschaftsgrundrechtliche Schutzpflichten bestehen.<sup>189</sup>

## 2. Schutz durch die Vertretung eines anderen Mitgliedstaates

Art. 20 S. 1 EG verspricht den Unionsbürgern in seiner deutschen Fassung den "diplomatischen und konsularischen Schutz eines jeden Mitgliedstaats", wenn sie sich im Hoheitsgebiet eines Drittstaats aufhalten, in dem ihr Heimatstaat keine Botschaft oder konsularische Vertretung unterhält. Diesen *aquis* möchte die Kommission unter behutsamer Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen fortzuschreiben.<sup>190</sup> Spätestens wenn ein Unionsbürger in seinem Reisepass künftig den Wortlaut des Art. 20 EG abgedruckt findet,<sup>191</sup> wird er sich fragen, inwieweit ihm hieraus gemeinschaftsrechtlich garantierte Rechte auf Schutzgewähr durch einen anderen Mitgliedstaat erwachsen. Die praktische Relevanz dieses Auslandsschutzes zugunsten fremder Staatsangehöriger ist nach den Erweiterungen gestiegen, da nur noch in den USA, China und Russland alle Mitgliedstaaten mit einer Mission vertreten sind.<sup>192</sup>

### a) Pflicht zur gleichen Teilhabe unter Beachtung der Gemeinschaftsgrundrechte

Hoffnungen auf gemeinschaftsrechtliche Schutzansprüche tritt Art. 20 S. 1 EG a.E. entgegen, der die Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf eine Inländerbehandlung reduziert. Der Verweis auf das innerstaatliche Schutzsystem lässt den Uni-

<sup>189</sup> StOROST (Anm. 6), 116-120, 170; mit Verweis auf die auch Drittstaatsangehörige umfassende Handelsabwehrverordnung VO 2271/96/EG vom 22.11.1996, ABl. 1996 L 309, 1.

<sup>190</sup> Kommission, Grünbuch "Der diplomatische und konsularische Schutz des Unionsbürgers in Drittländern", KOM(2006)712; ABl. C 30 vom 10.2.2007, 8 ff.; dies., Mitteilung "Der Beitrag der Europäischen Union zur Gewährleistung eines wirksamen konsularischen Schutzes in Drittländern", KOM (2007) 767 vom 5.12.2007, 9 Ziff. 5.2.2. Ergebnisse der Konsultation auf <[http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/soncular\\_protection/news\\_contributions\\_consular\\_protection\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/soncular_protection/news_contributions_consular_protection_en.htm)> (geprüft am 3.1.2008).

<sup>191</sup> Vgl. den Vorschlag des Berichts von M. Barnier vom 9.5.2006, Dok. 9558/06 ("Für eine europäische Katastrophenschutztruppe: europe aid"), 21 Vorschlag Nr. 7; aufgegriffen von Rat, Dok. 10551/06 ("Stärkung der Fähigkeiten der Europäischen Union zur Reaktion in Notfällen und Krisen"), 7 Nr. 30; Kommission, Grünbuch (Anm. 190), 10 Ziff. 2.3.; dies., Mitteilung (Anm. 190), 6 Ziff. 5.1.1.

<sup>192</sup> Kommission, Grünbuch (Anm. 190), 9 Ziff. 1.5.; dies., Mitteilung (Anm. 190), 3 Ziff. 2.

onsbürger danach ohne Anspruch, wenn der Mitgliedstaat einen solchen im Unterschied zur deutschen Rechtslage auch gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen nicht kennt.<sup>193</sup> Dieses Ergebnis einer föderalen Regelungstechnik übergeht nicht etwa den *effet utile* des Art. 20 EG.<sup>194</sup> Der Rechtsgedanke des *effet utile* kann zwar in der Tat für eine individualrechtliche Auslegung sprechen. Allerdings beschränkt sich diese Funktion darauf, ein Gleichheitsgebot auf mittelbare Ungleichbehandlungen auszuweiten oder einer in der Norm bereits angelegten Begünstigung zur Verwirklichung als Individualrecht zu verhelfen. Mangels eines Anknüpfungspunktes kann der *effet utile* aber nicht ein formales Verbot der Diskriminierung für 27 Hoheitsträger in ein originäres gleiches Leistungsrecht verwandeln.<sup>195</sup> Auch mit dem Gemeinschaftsgrundrecht auf effektiven Rechtsschutz lässt sich womöglich die Justiziabilität eines Gleichheitsanspruchs, nicht aber ein substantieller Anspruch auf Auslandsschutz aus Art. 20 EG allein begründen.<sup>196</sup> Die Existenz eines verletzten Rechts ist gerade Voraussetzung für das Grundrecht eines effektiven Rechtsbehelfs.<sup>197</sup>

Im Einzelfall könnte sich ein begrenzter materieller Gehalt aber aus Art. 20 EG i.V.m. den Gemeinschaftsgrundrechten ergeben, die ausnahmsweise auch die Mitgliedstaaten binden, soweit sie im "Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts" handeln.<sup>198</sup> Im Hoheitsgebiet eines Drittstaats ist dieser zwar weder durch die ausgeübte Freizügigkeit eröffnet,<sup>199</sup> noch können sich Unionsbürger als solche stets auf Gemeinschaftsgrundrechte berufen.<sup>200</sup> Die Mitgliedstaaten unterliegen aber der Verpflichtung des Art. 20 S. 1 EG. In Fortführung der Rechtsprechung des EuGH

<sup>193</sup> Zu Frankreich *Storost* (Anm. 6), 194 ff.; trotz teilweise vielversprechender Verfassungsbestimmungen sind Schutzansprüche auch gegenüber mittel- und osteuropäischen Staaten zweifelhaft. *J. Malenovsky*, *La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O.*, en République Tchèque en particulier, in: *Flauss* (Anm. 5), 93 (98 f.).

<sup>194</sup> So aber *Ruffert* (Anm. 11), 471 f.; sogar aus frz. Sicht hält eine konstitutive Bedeutung des Art. 20 EG für möglich der ehemalige EuGH-Richter *J.-P. Puissechet*, *La pratique française de la protection diplomatique*, in: *Flauss* (Anm. 5), 115 (118); ihm folgt *Salazar Albornoz*, *AMDI* 6 (2006), 377 (391 u. 404). s. a. *Decaux* (Anm. 113), 60.

<sup>195</sup> *Schönberger* (Anm. 171), 486. In der Literatur werden die Fragen nach einem materiellen Schutzgehalt aus Art. 20 EG und seiner unmittelbaren Anwendbarkeit teilweise verbunden; jüngst *F. Geyer*, *The External Dimension of EU Citizenship*, CEPS Policy brief No. 136 (2007), 1 (5 ff.), <[www.ceps.eu](http://www.ceps.eu)>.

<sup>196</sup> Zumindest unklar *Szczekalla* (Anm. 141), 668.

<sup>197</sup> Zu Art. II-107 VVE *T. Tridimas*, *The General Principles of EU Law*, 2. Aufl. 2006, 455 f.; die Akzessorietät von Art. 13 EMRK löst sich nur bei Verfahrensfragen *D. Richter*, in: *Grote/Marauhn* (Anm. 112), Kap. 20 Rn. 19, 102 ff.

<sup>198</sup> St. Rspr. seit EuGH, Rs. 5/88, *Wachauf*, Slg. 1989, 2609 Rn. 19; Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42; *Tridimas* (Anm. 197), 319 ff.; *D. Ehlers*, *Allgemeine Lehren*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl. 2005, Rn. 33 ff.

<sup>199</sup> EuGH, verb. Rs. C-482/01 u. C-493/01, *Orfanopoulos*, Slg. 2004, I-5257 Rn. 97 ff.; konzeptionell bereits bei *GA Jacobs*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-168/91, *Konstantinidis*, Slg. 1993, I-1191, 1198 Rn. 46; *A. v. Bogdandy/S. Bitter*, *Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot*, in: *FS M. Zuleeg*, 2005, 309 (319 ff.).

<sup>200</sup> EuGH, Rs. C-299/95, *Kremzow*, Slg. 1997, I-2629 Rn. 16.

spricht dies für eine Bindung der Mitgliedstaaten an Gemeinschaftsgrundrechte, soweit sie dieses Gleichbehandlungsgebot beschränken oder vollziehen. Weder eine Ungleichbehandlung noch die Verweigerung von Hilfe unter Verweis auf die Inländergleichbehandlung darf somit eine Verletzung der Gemeinschaftsgrundrechte darstellen. Auch die Durchführung von Schutzmaßnahmen aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung muss sich daran messen lassen.<sup>201</sup>

Angesichts des klaren Wortlauts und der systematischen Parallele zur transnationalen Öffnung gemäß Art. 18 EG (i.V.m. 12 EG) und Art. 19 EG regelt Art. 20 EG daher grundsätzlich nur die diskriminierungsfreie Teilhabe an der jeweiligen Schutzgewähr der Vertretung eines anderen Mitgliedstaats und verbürgt aus sich heraus keinen originären Anspruch auf Schutz.<sup>202</sup> Gleichzeitig müssen die Mitgliedstaaten aber die Gemeinschaftsgrundrechte achten. Über abzuwehrende Grundrechtsverletzungen hinaus ist ein zumindest vergleichbarer Schutzstandard aller Mitgliedstaaten somit nur *de lege ferenda* zu erreichen.<sup>203</sup> Als Kompetenzgrundlage für entsprechendes Sekundärrecht kommt Art. 22 Abs. 2 EG in Betracht.<sup>204</sup>

#### b) Unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts auf gleiche Schutzgewähr

Über die Qualität der objektiven Verpflichtung der Mitgliedstaaten hinaus ist umstritten, ob Art. 20 EG auch ein individuelles Recht enthält, auf das sich der einzelne Unionsbürger vor nationalen Gerichten unmittelbar berufen kann.<sup>205</sup>

Der Wortlaut ist in dieser Hinsicht nicht ergiebig; die deutschen und französischen Unionsbürger können den Schutz nur "genießen", während etwa die spanische und englische Fassung individualrechtlich formuliert sind. Aber auch hier

<sup>201</sup> Entsprechend EuG, *Ayadi* (Anm. 172), Rn. 144 ff.; EuG, *Hassan* (Anm. 172), Rn. 114 ff.

<sup>202</sup> R. Kovar/D. Simon, *La citoyenneté européenne*, CDE 1993, 285 (314); Remiro Brotons (Anm. 10), 517; S. Kadelbach, *Die Unionsbürgerrechte*, in: Ehlers (Anm. 198), Rn. 80; S. Magiera, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU*, 2. Aufl. 2006, Art. 46 (Art. II-106 VVE) Rn. 11; Schönberger (Anm. 171), 486; Storost (Anm. 3), 416; W. Kluth, in: Calless/Ruffert (Anm. 184), Art. 20 EG Rn. 2.

<sup>203</sup> Kommission, Grünbuch (Anm. 190), 10 Ziff. 3.

<sup>204</sup> Geyer (Anm. 195), 9; eine Kompetenz aufgrund Art. 20 EG oder Art. 94 f. EG verneint Kluth (Anm. 202), Art. 20 EG Rn. 22.

<sup>205</sup> Befürwortend T. Stein, *Die Regelungen des diplomatischen Schutzes im Vertrag über die Europäische Union*, in: Ress/Stein (Anm. 14), 97 (101); Ruffert (Anm. 11), 471 f., 474; Szczekała (Anm. 141), 666 f.; M. Hilf, in: Grabitz/Hilf (Anm. 171), Art. 20 EG Rn. 31; M. Haag, in: von der Groeben/Schwarze (Anm. 184), Art. 20 EG Rn. 12; A. Hatje, in: Schwarze (Anm. 185), Art. 20 EG Rn. 11; Schönberger (Anm. 171), 486; Magiera (Anm. 202), Art. 46 (Art. II-106 VVE), Rn. 11; Kluth (Anm. 202), Art. 20 EG Rn. 17; ablehnend C. Closa, *Citizenship of the Union and Nationality of the Member States*, CMLRev. 32 (1995), 487 (502 f.); C. Busse, *Enthält Artikel 20 S. 1 EGV-Amsterdam einen unmittelbaren Anspruch auf diplomatischen und konsularischen Schutz?*, *Europablätter* 8 (1999), 92 ff.; S. Kadelbach, *Unionsbürgerschaft*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, 539 (561 f.); W. Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2003, Art. 20 EG Rn. 3; Puissechet (Anm. 194), 119; K.-D. Borchardt, *Die rechtlichen Grundlagen der EU*, 3. Aufl. 2006, 110 Rn. 258.

wird in Abweichung zu den meisten anderen Unionsbürgerartikeln nicht explizit von einem "Recht" gesprochen.<sup>206</sup> Das Primärrecht schließt eine unmittelbare Anwendbarkeit jedoch auch nicht aus, sodass die Antwort anhand der diesbezüglichen Vorgaben des EuGH zu ermitteln ist.<sup>207</sup> Für eine Direktwirkung reicht es nicht, dass Art. 20 EG hinreichend klar formuliert ist.<sup>208</sup> Vielmehr kann aus einer Pflicht der Mitgliedstaaten nur dann ein individuelles Recht abgeleitet werden, wenn es darüber hinaus keiner weiteren Vollzugsmaßnahmen bedarf und kein Ermessensspielraum besteht. Ob dieses Kriterium der "Unbedingtheit" bei Art. 20 EG erfüllt ist, stellt sein Satz 2 in doppelter Weise infrage. Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht nur, untereinander die "notwendigen" Regeln zu vereinbaren, sondern auch die für diesen Schutz "erforderlichen" internationalen Verhandlungen einzuleiten. Die Erhöhung zum Grundrecht in Art. 46 der Grundrechte-Charta (GRCh) lässt diese Vorbehalte nur auf den ersten Blick entfallen: Der Verfassungsvertrag (VVE) hat an beiden festgehalten, der Vertrag von Lissabon will den Halbsatz über die Vereinbarungen zwischen den Mitgliedstaaten zugunsten einer Kompetenz von "Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen" streichen.<sup>209</sup> Primärrecht kann allerdings trotz einer ergänzenden Ermächtigung zur Rechtsetzung unmittelbar anwendbar sein, wenn diese nur die Ausübung des Rechts ausgestaltet, ohne es selbst infrage stellen zu können.<sup>210</sup> Die beiden Regelungsverpflichtungen in Art. 20 S. 2 EG könnten demnach als bloße Ausführungsregelungen eines unmittelbar anwendbaren Rechts zu deuten sein.<sup>211</sup>

Dies kann für unionsinterne Maßnahmen einerseits und Verhandlungen mit Drittstaaten andererseits nicht gleichermaßen überzeugen. Hinsichtlich der unionsinternen Maßnahmen spricht für eine Unbedingtheit die neue Kompetenz in Art. III-127 Abs. 3 VVE bzw. Art. 20 Abs. 2 AEUV, aufgrund derer der Rat "zur Erleichterung dieses Schutzes" notwendige Maßnahmen beschließen kann. Dies erinnert an die Formulierung in Art. 18 Abs. 2 EG, der auch zu Vorschriften ermächtigt, mit denen die Ausübung der Rechte des Art. 18 Abs. 1 EG "erleichtert

---

<sup>206</sup> Frz.: "Tout citoyen de l'Union bénéficie [...] de la protection ...", nach P. M a g n e t t e betrifft die frz. Formulierung allerdings nur die Frage des staatlichen Ermessens, nicht das Gleichbehandlungsrecht, vgl. *La citoyenneté européenne*, 1999, 184 f.; Engl.: "Every citizen of the Union shall [...] be entitled to protection ..."; Span.: "Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse [...] a la protección ...".

<sup>207</sup> Seit EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 (24 ff.).

<sup>208</sup> Auf dieses (erfüllte) Kriterium allein stellt ab S z c z e k a l l a (Anm. 141), 666.

<sup>209</sup> Vgl. Art. II-112 Abs. 2 VVE i.V.m. Art. 10 Abs. 2 *lit. c*) einerseits und die Vorbehalte in Art. III-127 VVE andererseits; sowie den Vertrag von Lissabon, ABl. C 306 vom 17.12.2007, Änderungen Art. 2 Ziff. 36 bzw. Art. 20 Abs. 2 Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV). Nur mit Blick auf Art. 46 GRCh dagegen *C o n d o r e l l i* (Anm. 10), 13; ihm folgend *F l a u s s* (Anm. 112), 834; auch die Kommission misst der Aufnahme in die GRCh Bedeutung bei, vgl. Kommission Grünbuch (Anm. 190), 8 Ziff. 1. 2. Die jüngst erfolgte Proklamation der GRCh (Abl. C 303 vom 14.12.2007) und der Verweis in Art. 6 Abs. 1 EU n.F. dürfte die durch Art. 46 GRCh hervorgerufenen Erwartungen noch verstärken.

<sup>210</sup> Vgl. zu Art. 141 EG ausführlich EuGH, Rs. 43/75, *Defrenne II*, Slg. 1976, S. 455 Rn. 4/6 ff., 36.

<sup>211</sup> So etwa *H a a g* (Anm. 205), Art. 20 EG Rn. 14 ff.

wird". Da sie folglich bereits bestehen, hat der EuGH sie zu Recht für unmittelbar anwendbar erkannt.<sup>212</sup> Im Unterschied zur EG-Rechtssetzung nach Art. 18 Abs. 2 EG sieht Art. 20 S. 2 EG allerdings intergouvernementale Vereinbarungen der Mitgliedstaaten vor, was einer unmittelbaren Anwendbarkeit entgegenstehen könnte.<sup>213</sup> Die entsprechenden Beschlüsse selbst machen ihre Wirksamkeit davon abhängig, dass die Mitgliedstaaten dem Generalsekretariat des Rates die für die Anwendbarkeit erforderliche Umsetzung in nationales Recht notifizieren.<sup>214</sup> Diese Rücksicht entspringt der im Vergleich zur gleichen Teilhabe an mitgliedstaatlichen Sozialsystemen anderen Konstellation: Selbst rein konsularische Handlungen zugunsten eines fremden Unionsbürgers können die Beziehungen zwischen dessen Heimatstaat und dem Drittstaat berühren. Im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten verkörpert Art. 20 EG nun aber gerade die Zustimmung des Heimatstaats zum subsidiären Schutz seiner Staatsangehörigen durch einen anderen Mitgliedstaat. Inhaltlich hängt die formal gleiche Behandlung wie die eigenen Staatsangehörigen aber nicht davon ab, ob die Mitgliedstaaten irgendwelche Maßnahmen treffen. Die Beschlüsse können in dieser Hinsicht das Recht auf Inländerbehandlung nicht selbst infrage stellen. Insofern lassen sich die unionsinternen Vereinbarungen daher als Konkretisierungen eines bereits gemäß Art. 20 EG bestehenden Rechts auf Nichtdiskriminierung auffassen.

Letztlich kommt es für ein Recht auf gleiche Teilhabe aber gar nicht auf die umstrittene Unbedingtheit von Art. 20 EG an, da die Norm jedenfalls den Anwendungsbereich des Vertrags eröffnet.<sup>215</sup> Über Art. 12 Abs. 1 i.V.m. 20 EG erstreckt sich das unmittelbar anwendbare Diskriminierungsverbot auch auf den Auslandschutz durch die diplomatischen und konsularischen Vertretungen. Art. 20 EG ist gegenüber Art. 12 EG nur im Hinblick auf den sachlichen Umfang der Nichtdiskriminierung *lex specialis*, sodass er in Verbindung mit Art. 12 EG als grundlegendem Auslegungsprinzip der Unionsbürgerrechte zu lesen ist.<sup>216</sup>

Der räumliche Geltungsbereich des Vertrags gemäß Art. 299 EG steht dem nicht entgegen. Nach dem EuGH kann sich eine bei der deutschen Botschaft in einem Drittland angestellte Belgierin auf Art. 39 EG als speziellem Nichtdiskriminierungsverbot berufen, wenn ihr Arbeitsverhältnis einen hinreichend engen Bezug

<sup>212</sup> Nun ausdrücklich EuGH, Rs. 413/99, *Baumbast und R*, Slg. 2002, I-7091 Rn. 84, zu den "Beschränkungen und Bedingungen" Rn. 86.

<sup>213</sup> C l o s a (Anm. 205), 502.

<sup>214</sup> Vgl. Art. 8 von 95/553/EG: Beschluss 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, ABl. Nr. L 314 vom 28.12.1995, 73 ff. sowie Art. 2 96/409/GASP: Beschluss der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25. Juni 1996 zur Ausarbeitung eines Rückkehrausweises, ABl. Nr. L 168 vom 6.7.1996, 4 ff.

<sup>215</sup> Siehe *mutatis mutandis* EuGH, Rs. C-85/96, *Martínez Sala*, Slg. 1998, I-2691, Rn. 55 ff. bei der Frage nach einer (vom EuGH wohl vorausgesetzten) unmittelbaren Anwendbarkeit des Freizügigkeitsrechts offenblieb; K a d e l b a c h (Anm. 205), 563.

<sup>216</sup> Entsprechend ist der Zweite Teil des AEUV mit "Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft" überschrieben, vgl. Vertrag von Lissabon (Anm. 209), Änderungen Art. 2 Ziff. 31.

zum Gemeinschaftsgebiet aufweist.<sup>217</sup> Die Fortentwicklung der Grundfreiheiten zum unionsbürgerrechtlichen Status der Freizügigkeit und Nichtdiskriminierung<sup>218</sup> spricht dafür, dass unabhängig von einem Arbeitnehmerverhältnis nun die Unionsbürgerschaft einen solchen Bezug zum Gemeinschaftsgebiet herstellen kann. Art. 20 EG unterscheidet sich durch seinen extraterritorialen Anwendungsbereich gerade vom primär binnenmarktbezogenen Art. 39 EG. Der Einzelne kann sich daher gegenüber den Vertretungen auf das Diskriminierungsverbot der Unionsbürgerschaft (Art. 20 EG oder jedenfalls Art. 12 Abs. 1 EG i.V.m. 20 EG) berufen.

Gleichwohl kommt ein unmittelbar anwendbares Teilhaberecht auf Schutzaktivitäten aber nur dort in Betracht, wo die zumindest konkludente Zustimmung des Drittstaates vorliegt oder völkerrechtlich entbehrlich ist. Weder die Unionsbürgerschaft noch Art. 20 EG können sie ersetzen und wollen wohl keine völkerrechtswidrigen Maßnahmen versprechen.<sup>219</sup> Soweit sich der Empfangsstaat weigern kann, die Übernahme des Auslandsschutzes durch eine Mission eines anderen Mitgliedstaats zu dulden, ist sein völkerrechtliches Einverständnis konstitutiv für die Möglichkeit des Schutzes. Daher ist das fehlende Einverständnis des Drittstaates nicht bloß ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung<sup>220</sup> sondern hindert die Entstehung der Schutzmöglichkeit, an der ein fremder Unionsbürger teilhaben kann.<sup>221</sup> Das unmittelbar anwendbare Recht auf gleiche Teilhabe ist damit sachlich auf den Umfang beschränkt, in dem der Drittstaat die Schutzgewähr durch einen anderen EU-Mitgliedstaat billigt oder völkerrechtlich keine Zustimmung erforderlich ist.

### c) Reichweite der Schutzaktivitäten

Wie dargelegt, ist völkerrechtlich eine Zustimmung des Drittstaats nur für manche Schutzmaßnahmen zugunsten Nichtstaatsangehöriger erforderlich. Nach wie vor diskutiert vornehmlich die deutschsprachige Literatur, welche Schutzformen Art. 20 S. 1 EG erfasst. Der deutsche Wortlaut, der vom "diplomatischen und konsularischen Schutz" spricht, hat zur Annahme geführt, dass Art. 20 EG alle völkerrechtlich zulässigen Maßnahmen wie auch den diplomatischen Schutz i.e.S. er-

<sup>217</sup> EuGH, Rs. C-214/94, *Boukhalfa*, Slg. 1996, I-2253, Rn. 14 ff.; unter Bezug auf den heutigen Art. 20 EG stellt GA Léger, *ibid.*, I-2255, Rn. 29 ff., 31 den gemeinsamen Grundsatz der Inländerbehandlung fest und fragt: "Welche Bedeutung hätte ein solches Zugehörigkeitsgefühl oder eine solche Bürgerschaft, wenn sie beim Überschreiten der geographischen Grenzen der Union verschwänden?"

<sup>218</sup> Siehe nur F. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, 122 ff., 197 ff.

<sup>219</sup> J. Dugard, Fifth Report on Diplomatic Protection, Dok. A/CN.4/538, S. 4 f. § 8; Denza (Anm. 16), 37; Künzli (Anm. 16), 341 ff.; Stein (Anm. 205), 104 der aber auch eine mögliche Pflicht der Drittstaaten zur Anerkennung erwägt; dagegen überzeugend C. Tomuschat, Diskussionsbeitrag, *ibid.* 110 f.

<sup>220</sup> So Hatje (Anm. 205), Art. 20 EG Rn. 11.

<sup>221</sup> Ruffert (Anm. 11), 474; da die Zustimmung konstitutiv für die Teilhabe am Schutz ist, erscheint es terminologisch widersprüchlich, statt von einer sachlichen Begrenzung von einem "konditionierten" aber zugleich unmittelbar anwendbaren Recht zu sprechen, vgl. aber Stein (Anm. 205), 101.

fasst.<sup>222</sup> Die Gegenansicht führt diese Formulierung auf eine mangelhafte Übersetzung zurück<sup>223</sup> und verweist auf die Entstehungsgeschichte<sup>224</sup> sowie andere sprachliche Fassungen, die – wie nun auch der deutsche Wortlaut der GRCh und des AEUV – vom “Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Behörden eines jeden Mitgliedstaats” sprechen.<sup>225</sup> Jedenfalls ergebe sich eine Beschränkung auf konsularische Maßnahmen daraus, dass Art. 20 S. 1 EG räumlich auf Schutzmaßnahmen “im” Hoheitsgebiet eines Drittstaats durch die Auslandsvertretungen abstelle.<sup>226</sup> Darüber hinaus wird vertreten, dass Art. 20 EG zwar sachlich auch auf den umfassenden diplomatischen Schutz i.e.S. ziele, gleichwohl aber allein konsularische Maßnahmen möglich seien, da die Unionsbürgerschaft qualitativ hinter einer “EU nationality” zurückbleibe.<sup>227</sup>

Eine Argumentation aufgrund der Sprachfassungen kann nicht zu zwingenden Schlüssen führen. Zum einen ist gemäß Art. 314 EG auch die deutsche Fassung gleichermaßen verbindlich.<sup>228</sup> Da sich der Widerspruch nicht einfach durch Rückgriff auf die mehrheitlich anderslautenden Versionen auflösen lässt, ist auf Ziel und Zweck des Vertrages abzustellen.<sup>229</sup> Zum anderen ist die GRCh zwar durchaus als

<sup>222</sup> A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein, *Europarecht*, 5. Aufl. 2006, 276 Rn. 672; Haag (Anm. 205), Art. 20 Rn. 11; Magiera (Anm. 202), Art. 46 (Art. II-106 VVE), Rn. 7; Geyer (Anm. 195), 5.

<sup>223</sup> C. Sauerwald, *Die Unionsbürgerschaft und das Staatsangehörigkeitsrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, 1995, 69.

<sup>224</sup> Jimenez Piernas (Anm. 10), 32.

<sup>225</sup> Vgl. Art. 46 GRCh bzw. Art. I-10 Abs. 2 *lit.* c); II-106 VVE sowie Art. 17 b Abs. 2 *lit.* c) AEUV. Zugleich lautet die Überschrift von Art. 46 GRCh weiterhin “Diplomatischer und konsularischer Schutz”.

<sup>226</sup> Schönberger (Anm. 171), 480 ff. m.w.N.; sowie S. Touzé, *Le régime de la protection diplomatique et consulaire des citoyens de l’Union européenne*, AJP/PJA 2005, S. 834 (844); Remiro Brotons (Anm. 10), 517; Salazar Alborno (Anm. 194), 391 u. 404; Decaux (Anm. 113), 60; E. Vilariño, *Observaciones al “libro verde”*, Konsultation (Anm. 190), Ziff. 1; auch die Kommission bezog sich bisher nur auf die erfolgten (konsularischen) Umsetzungsmaßnahmen, vgl. z.B. KOM(2004) 695 endg., 9; im Grünbuch (Anm. 190), 13 Ziff. 5 mit Fn. 25 erwägt sie eine Standardklausel für Gemeinschaftsabkommen, um die Zustimmung der Drittstaaten nicht nur hinsichtlich Art. 8 WÜK, sondern auch Art. 45 *lit.* c und 46 WÜD zu erreichen. Nach dem Widerspruch einiger Mitgliedstaaten möchte sie sich nun zunächst auf den konsularischen Schutz konzentrieren, betont aber: “Dies lässt künftige Maßnahmen im Bereich des diplomatischen Schutzes unberührt”, Mitteilung (Anm. 190), 8 Ziff. 5.2.

<sup>227</sup> Künzli (Anm. 16), 343 ff.

<sup>228</sup> Darauf verweist etwa Magiera (Anm. 202), Art. 46 (Art. II-106 VVE), Rn. 7. Unter Berufung auf die tschechische und polnische Fassung auch B. Nascimbene, *Remarks*, Konsultation (Anm. 190), Ziff. 3; Geyer (Anm. 195), 5. Die polnische Regierung selbst sieht indes im Einklang mit einigen Mitgliedstaaten nur den konsularischen Schutz erfasst, vgl. Poland, Konsultation (Anm. 190), Ziff. 2.

<sup>229</sup> Zur Abfolge der gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsmethoden EuGH, Rs. 283/81, C.I.L.F. I.T., Slg. 1982, 3415 Rn. 18 ff.; entsprechend unter Verweis auf Art. 33 Abs. 4 WVK Stein (Anm. 205), 98; Hilf (Anm. 205), Art. 20 EG Rn. 14; völkerrechtliche Auslegungsmethoden können aber nicht direkt herangezogen werden, so bereits H. Kutscher, *Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts*, aus der Sicht eines Richters, 1976, I-33 ff.



Rechtserkenntnisquelle heranzuziehen.<sup>230</sup> Der Vergleich mit ihrem Wortlaut hilft aber insofern nicht weiter, als es sich gemäß der Erklärung des Präsidiums bei Art. 20 EG und Art. 46 GRCh um dasselbe Recht handeln soll.<sup>231</sup> Dass die Unionsbürgerschaft keine völkerrechtliche Staatsangehörigkeit einer bundesstaatlichen EU darstellt, macht allein die Zustimmung der Drittstaaten zum Schutz fremder Staatsangehöriger erforderlich, determiniert aber unionsintern nicht die Reichweite der gleichen Teilhabe an den mitgliedstaatlichen Schutzsystemen.

Dagegen überzeugt das Argument der räumlich-institutionellen Beschränkung auf Aktivitäten der diplomatischen und konsularischen Vertretungen.<sup>232</sup> Den diplomatischen Schutz i.e.S. durch die Zentralregierung erfasst Art. 20 EG demnach nicht. Versteht man den Schutz damit als eine progressive Abwandlung der Schutzmacht vor Ort gemäß Art. 45 Abs. 1 *lit. c*, 46 WÜD, lassen sich Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer Beziehungen zu Drittstaaten vermeiden.<sup>233</sup> Beim diplomatischen Schutz *strictu sensu* besteht ohnehin kein Schutzbedürfnis, da der Heimatstaat auch ohne Vertretung im Drittstaat zu Gegenmaßnahmen schreiten kann.<sup>234</sup>

Gleichwohl ist die Beschränkung auf den Schutz "vor Ort" durch die Vertretungen eines anderen Mitgliedstaates nicht mit rein konsularischer Fürsorge gegenüber dem Betroffenen gleichzusetzen,<sup>235</sup> was aufgrund der Abgrenzungsschwierigkeiten auch nicht praktikabel erscheint. Subsidiär und in Abstimmung mit dem Auslandsschutz durch den Heimatstaat<sup>236</sup> bezieht sich Art. 20 EG vielmehr auf alle Schutzaktivitäten, die die Vertretungen vor Ort durchführen können. Über konsularischen Beistand hinaus umfasst dies gegenüber dem Drittstaat durchaus auch Tätigkeiten im Zusammenhang mit diplomatischem Schutz<sup>237</sup> sowie Proteste bei Verletzungen von Normen *erga omnes (partes)*.

<sup>230</sup> Im Anschluss an die Generalanwälte nun auch der EuGH, Rs. 540/03, *Familienzusammenführung*, Slg. 2006, I-5769 Rn. 38.

<sup>231</sup> CHARTE 4473/00 v. 11.10.2000, Erläuterungen des Präsidiums zu Art. 46; Magiera (Anm. 202), Art. 46 (Art. II-106 VVE), Rn. 3.

<sup>232</sup> Zum Vergleich mit dem ursprünglichen spanischen Vorschlag Jimenez Piernas (Anm. 10), 32.

<sup>233</sup> Jimenez Piernas (Anm. 10), 33 f.; Schönberger (Anm. 171), 471 f., 481.

<sup>234</sup> Decaux (Anm. 113), 60; Vermeer-Künzli, Comments, Konsultation (Anm. 190), Ziff. 14.

<sup>235</sup> So aber Jimenez Piernas (Anm. 10), 45 ff., 48; Schönberger (Anm. 171), 481 f.

<sup>236</sup> Art. 10 EG betrifft auch die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten untereinander M. Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze (Anm. 184), Art. 10 Rn. 1.

<sup>237</sup> Stein (Anm. 205), 99: "die 'sanfteren Mittel' des diplomatischen Schutzes wie Beschwerde, Ersuchen um Aufklärung oder Protest"; Ruffert (Anm. 11), 465; Kadelbach (Anm. 202), Rn. 77 nennt beispielhaft die "Abgabe rechtswahrender Erklärungen, die Übergabe von Dokumenten, den Einsatz für die Freilassung Inhaftierter, Hilfe bei der Ausschöpfung des Rechtswegs".

## d) Geschützter Personenkreis

In persönlicher Hinsicht genießen nur die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Unionsbürgerschaft den Auslandsschutz durch die Vertretungen eines anderen Mitgliedstaats.<sup>238</sup> Zuletzt führte der Libanon-Konflikt im Sommer 2006<sup>239</sup> vor Augen, dass auch drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern auf eine Vertretung eines anderen Mitgliedstaates angewiesen sein können. Die Kommission schlägt in ihrem Grünbuch vor, den Schutz auf diese Personengruppe auszudehnen. Kompetenziell ließe sich dies auf Grundlage des Art. 22 EG oder durch Änderung der Durchführungsbeschlüsse erreichen.<sup>240</sup> Als Gedanke steht dahinter wohl weniger eine originäre Ausdehnung des Auslandsschutzes auf mit der EU verbundene Drittstaatsangehörige als vielmehr ein effektiver Schutz der Unionsbürgerrechte. Die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit spricht dafür, dass dies bereits vor Änderung des Beschlusses gilt. Danach könnten Familienangehörige aus Drittstaaten eigene Rechtspositionen direkt aus dem Recht des Unionsbürgers aus Art. 20 EG i.V.m. Art. 8 EMRK ableiten, dem jede praktische Wirksamkeit genommen würde, wenn sie nicht ebenfalls den gleichen Schutz der Vertretung eines anderen Mitgliedstaates in Anspruch nehmen könnten.<sup>241</sup> In dieser Auslegung stellt das Grünbuch keine dynamische Fortentwicklung dar, sondern setzt die Rechtsprechung des EuGH konsequent für das Außenverhältnis um. Das Ergebnis ist eine europäische Entsprechung zum Schutz von nichtdeutschen Familienangehörigen nach dem Konsulargesetz (vgl. § 5 Abs. 2; § 6 Abs. 1 S. 2 KG).

## e) Die Durchführung des gemeinsamen Schutzes

In der Praxis hat sich der Streit, ob Art. 20 EG als symbolischer „*gadget juridique*“<sup>242</sup>, als Teilhaberecht oder als originärer Anspruch zu verstehen ist, insoweit entschärft, als die Mitgliedstaaten ihrer Verpflichtung aus Art. 20 EG teilweise nachgekommen sind.

<sup>238</sup> Touzé (Anm. 226), 849; die völkerrechtliche Praxis spricht für eine entsprechende Anwendung auf jur. Personen des Privatrechts Haag (Anm. 205), Art. 20 Rn. 9 m.w.N.

<sup>239</sup> Hierzu C. Tomuschat, Der Sommerkrieg des Jahres 2006 im Nahen Osten. Eine Skizze, Die Friedens-Warte 81 (2006), 179 ff.

<sup>240</sup> Kommission, Grünbuch (Anm. 190), 11 Ziff. 3.2. In diesem Zusammenhang ist auch das Vorbringen Großbritanniens vor dem EuGH im Gibraltar-Wahlrechtsstreit bemerkenswert, nach dem „die Mitgliedstaaten den Unionsbürgern durch den Vertrag verliehene Rechte, wie das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz, auf solche Personen (= ohne Unionsbürgerschaft) ausdehnen“ könnten. EuGH, Rs. C-145/04, *Spanien/UK*, Slg. 2006, I-7917, Rn. 54.

<sup>241</sup> Vgl. zum Aufenthaltsrecht eines amerikanischen bzw. chinesischen Elternteils von Kindern mit Unionsbürgerschaft EuGH, *Baumbast und R*, Slg. 2002, I-7091, Rn. 70 ff.; Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925 Rn. 45.

<sup>242</sup> Kovar/Simon (Anm. 202), 315; Y. Gautier, in: Constantinesco/Kovar/Simon, *Traité sur l'Union Européenne*, 1995, Article 8 c Rn. 1; ähnlich Remiro Brotons (Anm. 10), 517.

Die bereits im Rahmen der EPZ-Arbeitsgruppe über konsularische Fragen vereinbarten rechtlich unverbindlichen Leitlinien über den Schutz von EG-Staatsangehörigen in Drittstaaten<sup>243</sup> sind an die Drittstaaten durch eine Verbalnote gemäß Art. 8 WÜK ohne Widerspruch notifiziert worden.<sup>244</sup> Inhaltlich entsprechend verabschiedeten die Mitgliedstaaten 1995 unter Missachtung der Frist des Art. 8 C EGV a.F. den Beschluss 95/553, dessen Überprüfung fünf Jahre nach seinem In-Kraft-Treten nun ansteht.<sup>245</sup> Für den Fall, dass Hilfe durch den Heimatstaat nicht erreichbar ist, statuiert er zum einen zwar die Gleichbehandlung der Unionsbürger (Art. 3), stellt gleichzeitig aber über enumerierte Notfälle hinausgehende Hilfe in das Ermessen der diplomatischen und konsularischen Vertretungen (Art. 5 Abs. 2). Finanzielle Vorleistungen an einen Unionsbürger unterliegen dabei etwa dem Vorbehalt einer Zustimmung des Heimatstaats, die abgesehen von äußersten Notfällen erforderlich ist (Art. 6). Obwohl der Schutz ausdrücklich nur konsularisch sein soll (Art. 1), sind die Grenzen jedenfalls des konsularischen Beistands beim aufgeführten Schutz bei Festnahme oder Haft (Art. 5 Abs. 1 lit. c) schnell überschritten.<sup>246</sup>

Darüber hinaus gelang die Einigung auf einen Rückkehrausweis, den die Vertretungen für Unionsbürger ohne erreichbare Vertretung ausstellen können, damit diese bei Verlust ihrer Reisedokumente zurückkehren können.<sup>247</sup> Drittstaatsangehörige kann dies insofern begünstigen, als jeder Mitgliedstaat diese Regelung auf "andere mit ihm verbundene Personen" ausdehnen kann, für die er bereit ist, einen Aufenthaltstitel zu gewähren.<sup>248</sup>

Für die Zusammenarbeit in Krisenfällen hat der Rat im Juni 2006 aktualisierte Leitlinien für den konsularischen Schutz von Unionsbürgern in Drittstaaten gebilligt, die abgestimmte Notfallpläne und Reisehinweise vorsehen.<sup>249</sup> Insofern ein

<sup>243</sup> Doc. 7142/94 ("Guidelines for the Protection of Unrepresented EC Nationals by EC Missions in Third Countries"), hierzu *Touzé* (Anm. 226), 845 f.; diese kodifizierten eine vorhergehende Praxis: *Jimenez Piernas* (Anm. 10), 35 ff.

<sup>244</sup> Kommission, [Erster] Bericht über die Unionsbürgerschaft, KOM (93) 702 endg., S. 7 Abschnitt E; *E. Pérez Vega*, *Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers*, *RdC* 261 (1996), 243 (384).

<sup>245</sup> Beschluss 95/553/EG (Anm. 214) sowie die Maßnahmen zur Anwendung (Dok. 11107/95); der Generalsekretär/Hohe Vertreter und die Kommission haben dem Rat am 6.12.2006 einen Bericht über die engere konsularische Zusammenarbeit mit weiteren Vorschlägen vorgelegt (unveröff. Dok. 16231/06). Das 2002 als letztes erlassene frz. Umsetzungsdekret hat insofern konstitutive Bedeutung, als es den Inhalt des Beschlusses 95/553 auch Franzosen garantiert *Decaux* (Anm. 113), 59 mit Fn. 14.

<sup>246</sup> *Stein* (Anm. 205), 103.

<sup>247</sup> Beschluss 96/409/GASP (Anm. 214); hierzu ein Gutachten des Jur. Dienstes zu Bedingungen, unter denen ein Rückkehrausweis zwingend auszustellen ist (unveröff. Dok. 5203/07).

<sup>248</sup> Beschluss 96/409/GASP (Anm. 214), Anhang II Nr. 6.

<sup>249</sup> Dok. 10109/2/06 ("Leitlinien für den konsularischen Schutz von EU-Bürgern in Drittländern") vom AStV (2. Teil) am 22.6.2006 gebilligt, vgl. Dok. 10802/06 A-Punkt Nr. 24.; zuvor vgl. Dok. 7562/01; zum Auslandsschutz in Krisensituationen vgl. auch den *Barnier*-Bericht vom 9.5.2006 (Doc. 9558/06) sowie die späteren Dok. 10551/06 und 16642/06; trotz der Abstützung auf Art. 308 EG

Mitgliedstaat ein bilaterales Abkommen mit einem Drittstaat abgeschlossen hat, kann sich die konsularische Zusammenarbeit auch auf dessen Angehörige als so genannte "berechtigte Personen" erstrecken, die hiervon etwa bei einer Evakuierung durch eine Vertretung eines anderen Mitgliedstaates profitieren können.<sup>250</sup> Bezüglich der Kontakte der Vertretungen mit Drittstaaten in konsularischen Angelegenheiten haben die Mitgliedstaaten beschlossen, auf die Achtung der Menschenrechte, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit hinzuwirken.<sup>251</sup> Verstößt der Drittstaat gegen einschlägige völkerrechtliche Verträge, sehen diese Leitlinien vor, dass die Vertretungen "eine gemeinsame EU-Demarche" unternehmen.

Gemäß Art. 20 EU i.V.m. 20 EG sollen die Delegationen der Kommission mit den Vertretungen der Mitgliedstaaten bei der Auslandshilfe und bei Kriseneinsätzen zusammenarbeiten,<sup>252</sup> wobei ihnen jüngst zum ersten Mal explizit die Funktion der logistischen Unterstützung zugewiesen wird.<sup>253</sup> Gleichwohl sind diese Außenstellen aber keine direkten diplomatischen Vertretungen der Gemeinschaft als solcher, da sie für die Kommission im Rahmen ihrer begrenzten Kompetenzen handeln.<sup>254</sup>

### 3. Ergebnis für gemeinschaftsrechtliche Ansprüche auf Auslandsschutz

Das Gemeinschaftsrecht lässt die Vielfalt der staatlichen Schutzsysteme grundsätzlich unberührt. Die Rechtssachen *Ayadi* und *Hassan*, in denen das EuG originäre Ansprüche auf Auslandsschutz durch die Mitgliedstaaten annimmt, sind bislang bemerkenswerte Einzelfälle geblieben. Diesbezügliche Schutzpflichten dürften in Zukunft in erster Linie die Gemeinschaft selbst im Rahmen ihrer begrenzten Schutzkompetenzen binden.<sup>255</sup> Soweit sich die Ansprüche aus den Gemeinschafts-

---

soll auch der Katastrophenschutz eine externe Dimension haben; vgl. das Finanzierungsinstrument 2007/162/EG, Euratom ABL L 71 v. 10.3.2007, 9; sowie KOM/2006/29 endg.

<sup>250</sup> Dok. 10109/2/06 (Anm. 249), 3, 7 Ziff. 12.11.

<sup>251</sup> Dok. 6281/00 ("Leitlinien für ein gemeinsames Vorgehen bei der Zusammenarbeit zwischen den Vertretungen der Mitgliedstaaten und bei den Kontakten mit Drittländern in konsularischen Angelegenheiten").

<sup>252</sup> Dok. 12094/00 ("Guidelines on Cooperation between Member States' Missions and Commission Delegations in Third Countries and within International Organisations in CFSP Matters"), insbes. Ziff. 6 und 7.

<sup>253</sup> Dok. 10109/2/06 (Anm. 249), 3, 7 Ziff. 4; s. a. Kommission, Grünbuch (Anm. 190), 9 Ziff. 1. 5.

<sup>254</sup> Jimenez Piernas (Anm. 10), 39 ff., I. MacLeod/I. D. Hendry/S. Hyett, *The External Relations of the European Communities*, 1996, 208 f.; Simma/Vedder (Anm. 184), Art. 281 EG Rn. 16; Kokott (Anm. 183), Art. 281 EG Rn. 34. Demgegenüber soll sich gemäß Art. III-296 Abs. 3 VVE bzw. Art. 13a Abs. 3 EU n.F. der Außenminister der Union auf einen Europäischen Auswärtigen Dienst aus Beamten des Generalsekretariats des Rates, der Kommission und der nationalen diplomatischen Dienste stützen. Unter Leitung des Außenministers nehmen dann laut Art. III-328 VVE bzw. 188 q EU n.F. "Delegationen der Union" die Vertretung der EU in Drittländern wahr; s. a. Erklärung Nr. 24 zur Schlussakte A des VVE; vgl. C. Knop, *Der Außenminister der Europäischen Union und der Europäische Auswärtige Dienst*, in: FS V. Götz, 2005, 93 (105 f.).

<sup>255</sup> Auch die Kommission möchte langfristig prüfen, inwieweit sich "diese Pflicht aus der Ausübung gemeinschaftlicher Befugnisse ergibt", Grünbuch (Anm. 190), 13 Ziff. 5.

grundrechten ableiten lassen, stehen sie Unionsbürgern wie ansässigen Drittstaatsangehörigen zu.

Ihrer Verpflichtung aus Art. 20 S. 1 EG zur umfassenden Gleichbehandlung der Unionsbürger durch ihre Auslandsvertretungen sind die Mitgliedstaaten erst teilweise nachgekommen. Soweit die Durchführungsmaßnahmen hinter der gleichen Teilhabe zurückbleiben, hat ein Unionsbürger einen Anspruch auf Gleichbehandlung direkt aus Art. 20 EG, jedenfalls i.V.m. Art. 12 Abs. 1 EG. Auch wenn sich der Einzelne unmittelbar auf Gemeinschaftsrecht berufen kann, verletzt Deutschland hierbei die Pflicht, das Konsulargesetz anzupassen, das den Schutz weitgehend auf Deutsche beschränkt und fremde Unionsbürger in einem "Zustand der Ungewissheit" belässt.<sup>256</sup> Da das Primärrecht ein individuelles Recht gewährt, müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte dessen praktische Wirksamkeit auch dann sicherstellen, wenn das innerstaatliche Recht eine Justiziabilität ausschließt.<sup>257</sup> Die gleiche Teilhabe ist sachlich auf Handlungen beschränkt, bei denen der Drittstaat den Schutz fremder Staatsangehöriger billigt oder das Völkerrecht seine Zustimmung nicht voraussetzt. Der Abdruck von Art. 20 EG im Reisepass weckt somit falsche Erwartungen auf einen vollkommenen diplomatischen Schutz durch die anderen Mitgliedstaaten. Jedoch haben der einzelne Unionsbürger und – jedenfalls *de lege ferenda* – seine drittstaatsangehörigen Familienangehörigen einen justiziablen Teilhabeanspruch am Auslandsschutz durch die Vertretungen eines anderen Mitgliedstaats, die zugleich die Gemeinschaftsgrundrechte beachten müssen.

### III. Auslandsschutz für Nichtstaatsangehörige nach der EMRK

Justiziable Individualrechte im Zusammenhang mit der Gewährung von Auslandsschutz lassen sich zudem aus der EMRK ableiten. Die Staatsangehörigkeit stellt hierbei von vornherein kein Kriterium für eine etwaige Berechtigung dar, da die Vertragsparteien die Konventionsrechte grundsätzlich allen Personen zusichern (Art. 1 EMRK).<sup>258</sup> Diese menschenrechtliche Konzeption umfasst über die Staatsangehörigen der Konventionsstaaten hinaus auch Drittstaatsangehörige und Staa-

<sup>256</sup> Eine solche Anpassungspflicht besteht nicht etwa nur im Bereich der Richtlinienumsetzung, vgl. zu Art. 48 EWGV bereits EuGH, Rs.167/73, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1974, 359 Rn. 41 f.; a.A. Kluth (Anm. 202), Art. 20 Rn. 18; Ruffert (Anm. 11), 475. Ebenso wenig reicht eine gemeinschaftsrechtskonforme Praxis, auf die das Positionspapier der Bundesregierung verweist; Konsultation (Anm. 190), 1.

<sup>257</sup> Entsprechend EuG, *Ayadi* (Anm. 172), Rn. 150 ff.; EuG, *Hassan* (Anm. 172), Rn. 120 ff.; Hatje (Anm. 205), Art. 20 EG Rn. 13; Ruffert (Anm. 11), 471; Geyer (Anm. 195), 8; im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK J.-F. Flauss, *Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique*, R.G.D.I.P. 109 (2005), 407 (419); a.A. Kluth (Anm. 202), Art. 20 Rn. 23; zum Rechtsschutz Kadelbach (Anm. 202), Rn. 82.

<sup>258</sup> "à toute personne relevant de leur juridiction"; "everyone within their jurisdiction"; zu ausnahmsweise differenzierten Berechtigungen Röben (Anm. 169), Kap. 5 Rn. 16 ff.

tenlose.<sup>259</sup> Genauso wenig wie eine Staatsangehörigkeit ist ein ständiger Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats erforderlich.<sup>260</sup>

Auch wenn in wenigen Fällen etwa Deutschland zu diplomatischen Schutzmaßnahmen gegenüber anderen EMRK-Staaten gegriffen hat,<sup>261</sup> stellt sich im Folgenden die Frage nach Ansprüchen auf Schutzgewähr in erster Linie hinsichtlich der Beeinträchtigungen durch dritte Staaten, die nicht an die EMRK gebunden sind.

## 1. Schutzpflichten der EMRK gegenüber der Hoheitsgewalt anderer Staaten

Die Straßburger Organe haben einen individuellen Anspruch aus der EMRK auf Ausübung von diplomatischen oder anderen Schutzmaßnahmen gegen den verletzenden Staat stets abgelehnt.<sup>262</sup> Allerdings schließt diese Verneinung eines Rechts auf Auslandsschutz nicht von vornherein eine Fortentwicklung der EMRK dahingehend aus, dass im Einzelfall Konventionsrechte den Staat unter Beachtung des notwendigen Handlungsspielraums grundsätzlich verpflichten können, die Berechtigten gegen Gefährdungen durch andere Staaten zu schützen.<sup>263</sup>

### a) Schutzpflichten und Grenzen der Konventionsbindung

Nach Art. 1 EMRK sichern die Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die Konventionsrechte zu. Während diese Übersetzung wie auch die französische Fassung (*“reconnaissent”*) auf die primär abwehrrechtliche Funktion der Konventionsrechte abzielt, zeigt der englische Wortlaut von Art. 1 EMRK (*“shall secure”*), dass die effektive Wahrung der Rechte den Mitgliedstaaten

<sup>259</sup> EKMR, Entsch. v. 11.1.1961, Nr. 788/60 (*Austria v. Italy*), Yearbook IV (1961), 116, 140.

<sup>260</sup> EGMR [GK], Entsch. v. 12.12.2001, Nr. 52207/99 (*Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*), Rep. 2001-XII, §§ 19, 63 mit Verweis auf einen bewusst nicht übernommen Entwurf der Beratenden Versammlung, der den Schutz auf “all persons residing within the territories of the signatory States” beschränkte; zur Genesis des Art. 1 EMRK R. L a w s o n, On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, in: Coomans/Kamminga (Anm. 102), 83 (88 ff.).

<sup>261</sup> Flauss (Anm. 209), 835 ff.

<sup>262</sup> Leitentscheidung EKMR, Entsch. v. 2.5.1978, Nr. 7597/76 (*Bertrand Russell Peace Foundation Limited v. United Kingdom*), DR 14, 117 (123 f.); dem folgend unter Auflistung der weiteren Entscheidungen der EKMR S t o r o s t (Anm. 6), 224 mit Fn. 819; zusätzlich EGMR, Entsch. v. 11.7.2000, Nr. 40812/98 (*A. C. et autres contre l'Italie*), 4 Nr. 1 lit. b (nur auf frz. erhältlich über das Portal <<http://cmiskp.echr.coe.int>>).

<sup>263</sup> G. R e s s, La pratique allemande de la protection diplomatique, in: Flauss (Anm. 5), 121 (141 f.) mit Verweis auf EKMR, Entsch. v. 12.4.1996, Nr. 27718/95 (*Nadler and Reckziegel v. Germany*), 3: “Finally, even assuming that there existed a positive obligation on the part of a member state to give protection to its citizens against violations of fundamental rights, the Commission considered that as far as international treaties are concerned the Contracting Parties enjoy large discretionary power ...”; Flauss (Anm. 209), 832 f.; S z c z e k a l l a (Anm. 141), 863.

auch aktive Maßnahmen abverlangen kann.<sup>264</sup> Der EGMR ist zurückhaltend gegenüber der Entwicklung einer “*general theory of the positive obligations which may flow from the Convention*”<sup>265</sup>. Gleichwohl entnimmt er in ständiger Rechtsprechung den Konventionsrechten im jeweiligen Einzelfall eine Handlungsverpflichtung der Mitgliedstaaten, die Rechte gegen nichtstaatliche Beeinträchtigungen zu schützen.<sup>266</sup> Aufgrund der direkten Ableitung aus den Konventionsrechten korrespondiert mit der Pflicht unproblematisch ein individueller Schutzanspruch, ohne dass über eine objektive Wertordnung wieder subjektive Rechte rekonstruiert werden müssten.<sup>267</sup>

Mit der umfassenden persönlichen Berechtigung geht allerdings die Beschränkung des Art. 1 EMRK einher, wonach die Staaten sich nur gegenüber den Menschen zur Sicherung der Freiheiten verpflichten, die ihrer Hoheitsgewalt (frz. “*juridiction*”/engl. “*jurisdiction*”) unterworfen sind. Dabei entspricht es dem Charakter der EMRK als regionaler Menschenrechtsordnung, dass sich ihr räumlicher Geltungsbereich in erster Linie auf das Staatsgebiet der Konventionsstaaten beschränkt. Eine darüber hinaus reichende Konventionsbindung der Hoheitsgewalt der Vertragsstaaten bedarf einer besonderen Begründung.<sup>268</sup> Traditionelle Ausnahmen des territorialen Bezugs der EMRK stellen die Ausübung von Hoheitsgewalt eines Konventionsstaates kraft effektiver Kontrolle über fremdes Hoheitsgebiet<sup>269</sup> oder eine Person im Ausland<sup>270</sup> sowie Handlungen aufgrund der völker-

<sup>264</sup> Holoubek (Anm. 150), 45 ff.; P. van Dijk *et al.* (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl. 2006, 13; zu weiteren textlichen Ableitungen Jaeckel (Anm. 141), 111 ff.

<sup>265</sup> EGMR, Urt. v. 21.6.1988, Nr. 10126/82 (“*Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*”), Series A Nr. 139, § 31.

<sup>266</sup> EGMR, Urt. v. 26.3.1985, Nr. 8978/80 (*X and Y v. the Netherlands*), Series A Nr. 91, § 23; unter Verweis auf EGMR, Urt. v. 9.10.1979, Nr. 6289/73 (*Airey v. Ireland*), Series A Nr. 32 § 32 f., das allerdings den effektiven Zugang zu einer vorhandenen Verfahrensregelung betrifft. Zur Freiheitsbeeinträchtigung durch Private in der jüngeren Rspr. EGMR, Urt. v. 16.6.2005, Nr. 61603/00 (*Storck v. Germany*), § 102; umfassend zur Rspr. A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, 2004; mit Verweis auf den Definitionsversuch in EGMR, Urt. v. 19.2.1996, Nr. 23218/94 (*Gül v. Switzerland*), Rep. 1996-I, Diss. opinion of Judge Martens, 178 (180 § 7): “Negative obligations require member States to refrain from action, positive to take action”; C. Döge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2003.

<sup>267</sup> Jaeckel (Anm. 141), 138 f.; Döge (Anm. 266), 189 ff.; Krieger (Anm. 149), Rn. 72.

<sup>268</sup> EGMR, Urt. v. 7.7.1989, Nr. 14038/88 (*Soering v. the United Kingdom*), Series A Nr. 161, § 86; EGMR, *Banković* (Anm. 260), § 59-61, 63, 79 f.; vgl. zur grds. Problematik Lawson (Anm. 260), 90 ff.; E. Berry, *The Extraterritorial Reach of the ECHR*, *European Public Law* 12 (2006), 629 ff.; kritisch zum Konzept des “*espace juridique*” etwa M. Gondek, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, *NILRev* 52 (2005), 349 (375 ff.).

<sup>269</sup> EGMR, Urt. v. 23.3.1995, Nr. 15318/89 (*Loizidou v. Turkey* [Preliminary Objections]), Series A 310, § 62; EGMR, *Cyprus v. Turkey* (Anm. 112), § 77; hinsichtlich NATO-Bombardement verneint von EGMR, *Banković* (Anm. 260), § 71.

<sup>270</sup> Jedenfalls wenn sie auf das Gebiet des Konventionsstaats verbracht werden soll EKMR, Bericht v. 12.10.1989, Nr. 11755/85 (*Stocké v. Germany*), Series A 199, § 166; EGMR, Urt. v. 12.3.2003, Nr. 46221/99 (*Öcalan v. Turkey*), § 93; verneint für türkische Truppen im Nordirak EGMR, Urt. v. 16.11.2004, Nr. 31821/96 (*Issa and Others v. Turkey*), §§ 75, 82; die Berufung auf Staatenimmunität in

rechtlich anerkannten Anknüpfungspunkte für extraterritoriale Akte dar.<sup>271</sup> Obwohl Botschaften eines Konventionsstaats der Territorialhoheit des Empfangsstaats unterliegen,<sup>272</sup> sind Handlungen der diplomatischen und konsularischen Vertreter von Art. 1 EMRK erfasst,<sup>273</sup> ohne dass es auf die Staatsangehörigkeit der verletzten Person ankommt.<sup>274</sup>

Angesichts dieser Wertung des Art. 1 EMRK ist fraglich, ob positive Handlungsverpflichtungen den Signatarstaaten im Einzelfall Schutzmaßnahmen nicht nur gegenüber Beeinträchtigungen der Konventionsrechte durch private Akteure, sondern auch durch dritte Staaten abverlangen. Wie bei grundrechtlichen Schutzpflichten geht es hierbei um einen etwaigen Anspruch, der sich formal gegen den Konventionsstaat richtet, inhaltlich aber auf Schutz gegen die Hoheitsgewalt des nicht an die EMRK gebundenen Drittstaats hinausläuft.<sup>275</sup> Die Reichweite der Schutzpflicht ist im Einklang mit dem universellen Völkerrecht zu bestimmen (vgl. Art. 31 Abs. 3 WVK).

Jedenfalls unterfällt Art. 1 EMRK die Pflicht, Individuen vor Verletzungen durch Drittstaaten zu schützen, die dieser auf dem Territorium des Konventionsstaats vornimmt.<sup>276</sup> Umgekehrt gilt gemäß der Rechtsprechungslinie *Soering*: Ein Konventionsstaat verletzt die Rechte einer seiner Hoheitsgewalt zweifellos unterworfenen Person, wenn er sie in einen Drittstaat verbringt, in dem sie auf eine der

---

einem ausländischen Gerichtsverfahren reicht nicht, EGMR [GK], *Entsch. v. 9.2.2000*, Nr. 31253/96 (*McElhinney v. Ireland and the UK*), S. 7; restriktiv zur Konventionsbindung Großbritanniens bei effektiver Kontrolle über eine Person im Irak der Englische High Court of Justice, *R. (ex parte Mazin Jumaa Gatteh Al Skeini and Others) v. Secretary of State for Defence* [2004] EWHC 2911 (Admin), hierzu R. Nigro, *Giurisdizione e obblighi positivi degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Riv. di Diritto Int'l 88 (2005) 2, 413 (423 ff.); Gondek (Anm. 268), 383 ff.

<sup>271</sup> Über die Territorialhoheit hinaus umfasst dies die Ausübung staatlicher Gewalt im Rahmen der Personal- und Flaggenhoheit, dem aktiven oder passiven Personalitäts- sowie dem Universalitätsprinzip, Röben (Anm. 169), Kap. 5 Rn. 74.

<sup>272</sup> Denza (Anm. 16), 113 ff. zur nur historisch anderen Einordnung als Territorium des Entsendestaats.

<sup>273</sup> EGMR, *Banković* (Anm. 260), § 73.

<sup>274</sup> F. C. Jacobs/R. C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, 2. Aufl. 1996, 22 gegen das Abstellen auf die Staatsangehörigkeit bei EKMR, *Entsch. v. 25.9.1965*, Nr. 1611/62 (*X v. Germany*), Yearbook 8 (1965), 158 (168).

<sup>275</sup> Röben (Anm. 169), Kap. 5 Rn. 92; eine Anwendung der Schutzpflichten auf das Außenverhältnis aus diesem Grunde ablehnend A. Bleckmann, *Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: FS R. Bernhardt, 1995, 309 (315); s. a. auch später ders. (Anm. 187), 1093: "Dieses Recht [auf diplomatischen Schutz] liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung" des EGMR zu Schutzpflichten.

<sup>276</sup> Vgl. European Commission for Democracy Through Law (Venedig Kommission), *Opinion no. 363/2005*, 17.3.2006, *Opinion on the international legal obligations of Council of Europe member states in respect of secret detention facilities and inter-state transport of prisoners*, CDL-AD(2006)009, insb. Rn. 66 <[http://venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)009-e.asp](http://venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)009-e.asp)> (geprüft am 3.1.2008); Parliamentary Assembly Council of Europe, *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report, Recommendation 1801 (2007)*; zu Truppenübungsplätzen unter Beschränkung auf Deutsche Scheidler (Anm. 136), 417.



EMRK widersprechenden Weise behandelt wird.<sup>277</sup> Wenngleich sich dies als Verletzung einer Schutzpflicht deuten lässt,<sup>278</sup> stellt der EGMR hinsichtlich dieser Fallgruppe auf den kausalen Beitrag des Konventionsstaats ab, der den Einzelnen in direkter Konsequenz einer verletzenden Behandlung des Drittstaats aussetzt.<sup>279</sup> Im Fall des von Kuwait misshandelten britisch-kuwaitischen Al-Adsani hat der EGMR mangels ursächlicher Beteiligung des Vereinigten Königreichs keine Konventionsverletzung darin gesehen, dass das britische Recht wegen der völkerrechtlichen Staatenimmunität einen Rechtsbehelf gegen Kuwait ausschloss.<sup>280</sup> Wiederum eine andere Konstellation betrifft das Vorbringen der Familienangehörigen des in Guantánamo inhaftierten Al Rawi, wonach die Passivität Großbritanniens hinsichtlich nichtbritischer Gefangener ihre eigenen Rechte aus Art. 3 und 8 sowie aus 14 EMRK i.V.m. den beiden Artikeln verletze.<sup>281</sup> In den Augen der britischen Richter hatte das Leiden der Familienangehörigen zwar die Schwere der Art. 3 und 8 EMRK erreicht. Dennoch verneinten sie eine Verletzung, da zum einen nach der EMRK keine Pflicht zum diplomatischen Schutz bestehe und Großbritannien zum anderen nicht am Schicksal der Häftlinge beteiligt gewesen sei, wodurch sich der Fall vom Verhalten der türkischen Behörden im Fall der vermissten Familienangehörigen der Entscheidung *Orban* unterscheide.<sup>282</sup> Maxime dieser Rechtsprechung ist, dass weder Handlungen von Drittstaaten an der EMRK zu messen noch die Vertragsstaaten verpflichtet sind, den Konventionsstandard anderen Staaten abzuverlangen.<sup>283</sup>

#### b) Die kontextbezogene Dynamik des Art. 1 EMRK im Urteil *Ilaşcu*

Das Urteil der Großen Kammer des EGMR im Fall *Ilaşcu* lässt sich als eine normative Fortentwicklung des Maßstabs von Art. 1 EMRK lesen, wonach die Konventionsstaaten im Einzelfall zu Schutzmaßnahmen gegenüber anderen Staaten verpflichtet sein könnten.<sup>284</sup> Der Moldauer *Ilaşcu* und die drei anderen Be-

<sup>277</sup> EGMR, *Soering* (Anm. 268), §§ 88-91; Krieger (Anm. 149), Rn. 54 m.w.N. zur st. Rspr. des EGMR.

<sup>278</sup> G. Ress, The Duty to Protect and to Ensure Human Rights under the European Convention on Human Rights, in: Klein (Hrsg.), *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights*, 2000, 165 (188 ff.); Röben (Anm. 169), Kap. 5 Rn. 93; kritisch zu dieser Rspr. des EGMR K. Hailbronner, Art. 3 EMRK – ein neues europäisches Konzept der Schutzgewährung?, DÖV 1999, 617 (620 ff.).

<sup>279</sup> EGMR, *Soering* (Anm. 268), § 91 siehe aber auch § 88: “inherent obligation not to extradite”; EGMR [GK], Urt. v. 21.11.2001, Nr. 35763/97 (*Al-Adsani v. UK*), Rep. 2001-XI, § 39; van Dijk *et al.* (Anm. 264), 429 f.; Krieger (Anm. 149), Rn. 55; Storost (Anm. 6), 225 f.

<sup>280</sup> EGMR, *Al-Adsani* (Anm. 279), § 40 f.

<sup>281</sup> Court of Appeal (Anm. 2) Rn. 91 ff.

<sup>282</sup> EGMR, Urt. v. 18.6.2002, Nr. 25656/94 (*Orban v. Turkey*).

<sup>283</sup> EGMR, *Soering* (Anm. 268), § 86; Röben (Anm. 169), Kap. 5 Rn. 74.

<sup>284</sup> EGMR [GK], Urt. v. 8.7.2004, Nr. 48787/99 (*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*), Rep. 2004-VII; hierzu L. Lijnzaad, Trouble in Tiraspol, Some Reflections on the *Ilaşcu* Case and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights, Hague Yearbook of International Law 15 (2002), 17 (19 ff.); G. Cohen-Jonathan, À propos des arrêts Assanidze (8 avril 2004), *Ilas-*

schwerdeführer wurden wegen "anti-sowjetischer Aktivitäten" im östlich des Dnjestr gelegen Teil der Republik Moldau in der 1991 ausgerufenen "Moldauischen Republik Transnistrien" ("MRT") unter menschenrechtswidrigen Bedingungen inhaftiert.<sup>285</sup> Der EGMR urteilte, dass die Gefangenen der von der internationalen Gemeinschaft nicht anerkannten "MRT" sowohl der "Jurisdiktion" Moldaus wie auch Russlands unterlagen.

Während sich die Aussagen zu Russlands effektiver Autorität über die "MRT" im hergebrachten Rahmen des Art. 1 EMRK halten,<sup>286</sup> überrascht der EGMR hinsichtlich der Verantwortung Moldaus, das sich bei Ratifizierung der EMRK für außerstande erklärt hatte, seine Einhaltung in den transnistrischen Gebieten durchzusetzen. Auch wenn dies keinen gültigen Vorbehalt gemäß Art. 57 EMRK darstellt, anerkannte der EGMR doch, dass Moldau anders als Russland über die transnistrischen Gebiete faktisch keine Herrschaftsgewalt ausübt.<sup>287</sup> Gleichwohl unterliege Moldau der positiven Handlungsverpflichtung nach Art. 1 EMRK, "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". Der Mangel an effektiver Kontrolle führe nicht zum Wegfall der "Jurisdiktion", sondern reduziere diese auf die positive Handlungsverpflichtung des Signatarstaats, zu verbliebenen "legal and diplomatic means available to it vis-à-vis foreign States and international organisations" zu greifen. Der EGMR schreibt Moldau zwar keine spezifischen Maßnahmen vor. Die ergriffenen Maßnahmen müssten sich aber als geeignet und ausreichend erweisen, da insbesondere hinsichtlich der absoluten Rechte aus Art. 2 und 3 EMRK gewisse Mindestanstrengungen erforderlich sein könnten.

Auch wenn der EGMR weit davon entfernt ist, eine gebundene Pflicht zu diplomatischem Schutzmaßnahmen anzunehmen, kann ein völliger Verzicht auf Schutzaktivitäten im weiteren Sinne gegenüber anderen Staaten oder Internationalen Organisationen somit konventionswidrig sein.<sup>288</sup> Angesichts der speziellen Umstände des Falles ist allerdings fraglich, inwieweit sich seine Aussagen verallgemeinern lassen. Zum einen waren zwei Konventionsstaaten in den Konflikt involviert, auch wenn der EGMR allgemein Schutzmaßnahmen gegen ausländische

---

cu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004), Rev. trim. dr. h. 63 (2005), 763 ff.; I. Petculescu, Droit international de la responsabilité et droits de l'Homme, R.G.D.I.P. 109 (2005), 181 ff.; Nigro (Anm. 270) 2, 413 ff.; van Dijk *et al.* (Anm. 264), 15 ff.; Lawson (Anm. 260), 101 ff.

<sup>285</sup> Ilaşcu nahm später die rumänische Staatsangehörigkeit an und ist seitdem Mitglied nicht mehr der moldauischen, sondern der rumänischen Delegation in der Parlamentarischen Versammlung des Europarates. Er kam wie auch ein anderer Beschwerdeführer 2001 bzw. 2004 auf internationalen Druck hin frei, während die beiden anderen Beschwerdeführer *Ivantoc* und *Petrov-Popa* in Haft verblieben; s. hierzu Ministerkomitee, ResDH(2005)84, vom 13.7.2005; ResDH(2006)11 vom 1.3.2006 und ResDH(2006)26 vom 10.5.2006 sowie die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16.3.2006 zur Lage der Menschenrechte in der Republik Moldau und insbesondere in Transnistrien, P6\_TA(2006)0099.

<sup>286</sup> EGMR, Ilaşcu (Anm. 284), §§ 392-394.

<sup>287</sup> EGMR, Ilaşcu (Anm. 284), § 330 ff. auch zum Folgenden.

<sup>288</sup> Flauss (Anm. 257), 410.

Staaten anmahnt. Zum anderen wurden Ilaşcu und die anderen Beschwerdeführer auf moldauischem Staatsgebiet inhaftiert. Die Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen richtete sich daher gegen Beeinträchtigungen der Konventionsrechte, die zwar außerhalb der effektiven Kontrolle Moldaus, nicht aber außerhalb des Staatsgebiets stattfanden.<sup>289</sup> Richtigerweise reduzierte sich daher nicht die Reichweite der Jurisdiktion, da negative oder positive Verpflichtungen nur gegenüber hierunter fallenden Personen denkbar sind, sondern beschränkte sich die Haftung: Allein Schutzpflichtverletzungen, nicht aber etwa Handlungen der Separatisten der MRT konnten einen Konventionsverstoß Moldaus begründen.<sup>290</sup> Ungeachtet des territorialen Bezugs des *Ilaşcu*-Urteils folgt eine Zulässigkeitsentscheidung des EGMR einer extensiven Lesart; die Richter prüfen eine extraterritoriale Handlungsverpflichtung Russlands an, das unter den speziellen Umständen des Falles über eine Einflussmöglichkeit in Rumänien verfügte.<sup>291</sup>

### c) Auslandsschutz bei Verletzung absoluter Kernrechte

Die Aussagen dieser Judikatur sind im Einzelnen zu umstritten, als dass sich eine Rechtsprechungslinie des EGMR zu einer konventionsrechtlich gebotenen Schutzgewähr gegen extraterritoriale Beeinträchtigungen behaupten ließe. Gleichwohl spricht der vom EGMR verfolgte Ansatz der Schutzpflichten über die Urteile hinaus zumindest für eine Umkehr der Argumentationslast hinsichtlich des Auslandsschutzes.<sup>292</sup> Ohne dass die EMRK ein ausdrückliches Recht auf Schutz verbürgt, ist aufgrund der Verpflichtung aus den Einzelrechten begründungsbedürftig, warum völkerrechtlich zulässige Maßnahmen gegenüber anderen Staaten von vornherein nicht in Betracht kommen sollen, wenn der Konventionsstaat nur hierdurch einer Verletzung der Rechte der seiner Jurisdiktion unterworfenen Personen entgegenwirken kann. Der notwendige Handlungsspielraum spricht wie bereits im Rahmen des Grundgesetzes nur gegen einen gebundenen Anspruch, führt aber nicht zum Ausschluss jeglicher Rechte. Über die Beschwerde *Ilaşcu* hinaus hat der EGMR auch im anderen Kontext des Urteils *Matthews* entschieden, dass der Mangel an effektiver Kontrolle und Schwierigkeiten hinsichtlich der Erfüllung die Annahme einer positiven Handlungsverpflichtung nach der EMRK nicht von vornherein ausschließen.<sup>293</sup> Indem die Schutzpflicht den Konventionsstaat auf die Sicherung der Rechte der mit der Jurisdiktion verbundenen Personen verpflichtet, handelt es sich auch nicht um eine zustimmungslose Bindung des Drittstaats an die

<sup>289</sup> Nigro (Anm. 270) 2, 434 f.; Pergantis (Anm. 5), 391.

<sup>290</sup> Vgl. Partly Dissenting Opinion Ress, *Ilaşcu* (Anm. 284), 123. Gondek (Anm. 268), 367 ff.

<sup>291</sup> EGMR, Entsch. v. 3.3.2005, Nr. 60861/00 (*Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*), § 101, im Ergebnis verneint § 107; kritisch hierzu Pergantis (Anm. 5), 393.

<sup>292</sup> Richter (Anm. 197), Kap. 9 Rn. 51; Krieger, in: *ibid.*, Kap. 6 Rn. 55; T. Giegerich, in: *ibid.*, Kap. 26 Rn. 50; Szczekalla (Anm. 141), 862 ff.; Bleckmann (Anm. 187), 1093; *de lege ferenda* befürwortend auch Flauss (Anm. 209), 832 f.

<sup>293</sup> Ress (Anm. 278), 184 mit Verweis auf EGMR [GK], Urt. v. 18.2.1999, Nr. 24833/94 (*Matthews v. U.K.*), Rep. 1999-I, § 34.

EMRK. Den materiellen Wertungen des Art. 1 EMRK lässt sich entsprechen, indem eine solche Schutzpflicht auf die absoluten Kernrechte wie Art. 2, 3 und 4 EMRK beschränkt bleibt.<sup>294</sup>

Konstruktiv ließe sich hierin eine Ergänzung zu bereits entschiedenen Konstellationen erblicken. Demnach ist die *Al-Adsani*-Entscheidung dem Entwicklungsstand der völkerrechtlichen Staatenimmunität geschuldet, sodass ein Konventionsstaat die EMRK nicht verletzt, wenn er einem der Folter bezichtigten Drittstaat gerichtliche Immunität zubilligt.<sup>295</sup> Großbritannien selbst hatte mit der Völkerrechtswidrigkeit eines innerstaatlichen Prozesses gegen Kuwait argumentiert und auf die zulässige Alternative diplomatischer Schutzmaßnahmen verwiesen.<sup>296</sup> Gerade bei Verletzung einer auch im allgemeinen Völkerrecht als zwingend anerkannten Norm könnte sich daher als Kompensation zur Staatenimmunität ein Anspruch aus der EMRK ergeben.<sup>297</sup> Er verpflichtet den Konventionsstaat auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die völkerrechtlich zulässigen Schutzmaßnahmen. Die Argumentation in *Soering* lässt sich ebenfalls für die Situation der Häftlinge in Guantánamo fruchtbar machen. Versetzt der verletzende Drittstaat einen Vertragsstaat etwa durch ein echtes Angebot der Rücküberstellung in die Lage, einen konventionsgemäßen Zustand wieder herzustellen, so verpflichtet ihn Art. 3 EMRK umgekehrt zu *Soering* auch, die Hoheitsgewalt (wieder) zu übernehmen.

## 2. Justiziabilität des Auslandsschutzes und EMRK

Ein von den positiven Schutzpflichten zu unterscheidender Ansatz zieht die EMRK heran, um Entscheidungen der Exekutive über Auslandsschutz justizierbar zu machen, wenn dies die innerstaatliche Rechtsordnung nicht vorsieht.<sup>298</sup>

Das Recht auf wirksame Beschwerde bei Verletzung der Konventionsrechte gemäß Art. 13 EMRK hilft allerdings insofern nicht weiter, als die EMRK eben gerade kein Individualrecht auf Auslandsschutz enthält und eine Verletzung von Schutzpflichten aus einzelnen Rechten bisher nicht für den Auslandsschutz anerkannt wurde. Über Art. 6 Abs. 1 EMRK lässt sich ein Gerichtsverfahren von vornherein nur erreichen, wenn es um die Durchsetzung ziviler Rechte oder Strafanklagen geht.<sup>299</sup> Nach dem französischen Conseil d'Etat kann die Berufung auf

<sup>294</sup> R ö b e n (Anm. 169), Kap. 5 Rn. 92; zum Zusammenhang zwischen absolutem Recht und Schutzpflicht R e s s (Anm. 278), 188 ff.

<sup>295</sup> EGMR, *Al-Adsani* (Anm. 279), § 66 f.

<sup>296</sup> EGMR, *Al-Adsani* (Anm. 279), § 50.

<sup>297</sup> F l a u s s (Anm. 209), 833 f.

<sup>298</sup> Nach Durchführung diplomatischer Schutzmaßnahmen kann sich zudem eine Individualberechtigung hinsichtlich der im Einzelfall in einem *lump-sum Agreement* vereinbarten Entschädigung ergeben, vgl. EGMR, Urt. v. 24.11.1994, Nr. 15287/89 (*Beaumont v. France*), Series A 296-B, § 28; hierzu F l a u s s (Anm. 209), 828 ff.; P e r g a n t i s (Anm. 5), 384 f.

<sup>299</sup> Offengelassen von EKMR, Entsch. v. 9.12.1987, Nr. 12822/87 (*Kapas v. UK*), 3 f.; zur Unzulässigkeit *rationae materiae* bzgl. einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK durch unterlassene diplomatische Schutzaktivitäten EKMR, Entsch. v. 8.9.1988, Nr. 13613/88 (*Forsyth v. UK*), 3 f.; s. a. zum vom

Art. 6 Abs. 1 EMRK grundsätzlich nicht dazu führen, eine Weigerung der französischen Behörden zu überprüfen, die Antragstellerin in einem ausländischen Gerichtsverfahren zu vertreten.<sup>300</sup> Zumindest wenn die nationale Rechtsordnung die Entscheidung von diplomatischen und sonstigen Auslandsschutzaktivitäten für grundsätzlich justiziabel erklärt, kann dies aber den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK eröffnen, sodass ein Verfahren dessen Vorgaben einhalten muss.<sup>301</sup> Ohne sich hierbei auf die Rechtsprechung des EGMR berufen zu können, zieht das Schweizer Bundesgericht in einer Entscheidung Art. 6 Abs. 1 EMRK für eine Kontrolle der Exekutive beim Auslandsschutz heran.<sup>302</sup> Die Entscheidung verweist zwar zunächst auf die Schweizer Rechtslage, nach der mit der Pflicht zur Ausübung diplomatischen Schutzes kein subjektives Recht auf Schutz einhergeht.<sup>303</sup> Sodann legt das Bundesgericht aber Schweizer Verfassungsrecht konform mit einer eigenen Interpretation des direkt angewandten Art. 6 Abs. 1 EMRK dahingehend aus, dass bei Ablehnung des Schutzes ein Zugang zu einem Gericht bestehen müsse, obwohl verwaltungsgerichtliche Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen des Bundesrates bezüglich des diplomatischen Schutzes gesetzlich ausgeschlossen sind.<sup>304</sup>

### 3. Ergebnis für das Recht auf Auslandsschutz nach der EMRK

Im Ergebnis erweist sich die Straßburger Rechtsprechung als äußerst zurückhaltend im Hinblick auf Schutzgewähr gegen die Beeinträchtigung der Konventionsrechte durch Drittstaaten und stellt auf eine ursächliche Beteiligung des Konventionsstaats ab. Der Ansatz des Rechtsschutzes steht dabei weniger in der Tradition menschenrechtlicher Schutzpflichten als es der zunehmenden Justiziabilität der auswärtigen Gewalt entspricht. Diese stellt aber nicht etwa einen demokratiefeindlichen Übergang der außenpolitischen Entscheidungen von der Exekutive auf die Judikative dar,<sup>305</sup> sondern bewirkt eine zusätzliche rechtsstaatliche Kontrolle der Exekutive, der aber eine weite Einschätzungsprärogative verbleibt.

---

EGMR weit ausgelegten Anwendungsbereich S. Grabenwarter/K. Pabel, in: Grote/Marauhn (Anm. 112), Kap. 14 Rn. 12 ff.

<sup>300</sup> Conseil d'Etat, 29.1.993, Nr. 111946 111949, *Mme Bouilliez*; Decaux (Anm. 113), 70 f.

<sup>301</sup> Flauss (Anm. 209), 831.

<sup>302</sup> Schweizerisches Bundesgericht (Erste Zivilrechtliche Abteilung), *SA et consorts contre Conseil fédéral*, BGE 130 I 312, 313 ff. [auch über <<http://www.bger.ch/index.htm>>]; hierzu Flauss (Anm. 257), 415 ff. Bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde verlangten private Gesellschaften vom Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten, dass sie die internationale Organisation CERN mit Sitz in der Schweiz wegen der Gerichtsbarkeitsimmunität mit diplomatischen und sonstigen Maßnahmen dazu bringe, sich einem Schiedsverfahren zu unterwerfen, um vertragliche Ansprüche durchsetzen zu können.

<sup>303</sup> Schweizerisches Bundesgericht, BGE 130 I 312, 317 Erwägung 1.1. Das Ermessen ist begrenzt nur hinsichtlich einer willkürlichen Ablehnung oder schädigenden Ausübung diplomatischer Schutzaktivitäten. L. Cafilich, *La pratique suisse de la protection diplomatique*, in: Flauss (Anm. 5), 73 ff.; Flauss (Anm. 257), 414 f.

<sup>304</sup> Schweizerisches Bundesgericht, BGE 130 I 312, 318 Erwägung 1.1; 323 f. Erwägung 3.

<sup>305</sup> So Pergantis (Anm. 5), 385 f.

Die Verneinung jeglicher Ansprüche auf Auslandsschutz ist insofern widersprüchlich, als das vom EGMR verfolgte Konzept der *“positive obligations”* für einen Anspruch auf Schutz vor Beeinträchtigungen durch nicht konventionsgebundene Private wie Drittstaaten spricht. Im Hinblick auf die Vorgabe des Art. 1 EMRK besteht die Pflicht nur insoweit, als die Konventionsstaaten allein im Wege des Auslandsschutzes die Kerngarantien der EMRK den mit ihrer Jurisdiktion verbundenen Personen zusichern können. Diese haben einen Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens hinsichtlich aller Maßnahmen des Auslandsschutzes, die dem Konventionsstaat möglich sind und im Einklang mit den völkerrechtlichen Vorgaben stehen. Erst hieraus ergeben sich in Abhängigkeit vom jeweiligen Entwicklungsstand des Völkerrechts die dargelegten Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit.

#### IV. Recht auf Schutzgewähr im universellen Völkerrecht

Ein Recht auf Auslandsschutz ist dem universellen Völkerrecht für Staatsangehörige wie für Nichtstaatsangehörige allenfalls in sehr beschränktem Umfang zu entnehmen.<sup>306</sup>

Das universelle Völkerrecht kennt nach herrschender Ansicht weder eine Pflicht des Staates noch einen Anspruch des Einzelnen auf Schutz vor Übergriffen fremder Hoheitsgewalt.<sup>307</sup> Gleichwohl wurde bereits vor einiger Zeit versucht, ein Recht des Einzelnen auf Schutzgewähr aus der allgemeinen Entwicklung des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes abzuleiten.<sup>308</sup> Das internationale Recht habe den Staaten die Legitimation zur Wahrung privater Rechte hauptsächlich deshalb zuerkannt, weil es dem Individuum verwehrt sei, in der Sphäre des Völkerrechts zu handeln. Da es dem Einzelnen aber möglich sei, sich unmittelbar an die Vereinten Nationen zu wenden, müsse ihm erst recht ein individuelles Recht auf Verwirklichung seiner Privatrechte auf dem Wege des diplomatischen Schutzes durch seinen eigenen Staat zukommen und könne die Durchführung des Schutzes keinesfalls eine souveräne Funktion des einzelnen Staates sein, auf die der Bürger

<sup>306</sup> Die Frage nach einem völkerrechtlichen Recht auf Auslandsschutz ist von der Frage zu unterscheiden, ob bei der Ausübung diplomatischen Schutzes i.e.S. ein Staat eigene Rechte oder Rechte eines Individuums geltend macht (dazu Hilger (Anm. 132), 16 ff.; Doehring, in: Ress/Stein (Anm. 14), 13; M. Bennouna, La protection diplomatique, un droit de l'État?, in: FS B. Boutros-Ghali, 1998, 245; Orrego Vicuña, Interim Report on “The Changing Law of Nationality of Claims”, (Anm. 46), 631 ff.; C. Dominicé, Regard Actuel sur la Protection Diplomatique, in: FS C. Raymond, 2004, 73 (77 ff.); Salazar Alborno (Anm. 194), 396 ff.

<sup>307</sup> IGH, *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, 3 (44); Klein (Anm. 10), 705; Randelzhofer (Anm. 132), Art. 16 Abs. 1 Rn. 37 mit Fn. 103; Flauss (Anm. 15), SZIER 2003, 1 (25); Storost (Anm. 202), 414; ILC, Kommentar zu Art. 2 DDP, para. 2. Begründungsansätze für einen völkerrechtlichen Anspruch *de lege ferenda* bei Brunner (Anm. 16), 98 ff.

<sup>308</sup> K. Katzarov, Hat der Bürger ein Recht auf diplomatischen Schutz?, ÖZöR NF 8 (1957/1958), 434 (443 ff.).

nicht einwirken könne. Mit diesen allgemeinen Erwägungen lässt sich ein völkerrechtliches Recht auf Auslandsschutz indes kaum begründen.<sup>309</sup>

Aus dem Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz (Art. 7 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, AEMR<sup>310</sup>) oder dem Anspruch auf Rechtsschutz (Art. 8 AEMR, Art. 14 IPbPR) lässt sich ein Recht auf diplomatischen Schutz nicht ableiten, weil diese Rechte sich nur auf den jeweiligen Schutz im innerstaatlichen Bereich beziehen.<sup>311</sup> Dagegen lässt sich eine sekundäre Verpflichtung des Heimatstaates zur Ausübung konsularischen Schutzes im Zusammenhang mit einem im Ausland stattfindenden Prozess als Ausdruck der Verpflichtung auf ein faires Verfahren verstehen.<sup>312</sup> Nach dieser Interpretation ist die Verletzung von Verfahrensgarantien im Ausland unter Umständen auch dem Heimatstaat zuzurechnen, der keinen konsularischen Schutz ausgeübt hat. Davon zu unterscheiden sind Ansätze, die Möglichkeiten zur gerichtlichen Überprüfung des Ermessens im Zusammenhang mit der Ausübung diplomatischen Schutzes im Kontext der Verfahrensgarantien erwägen.<sup>313</sup> Das Recht auf diplomatischen Schutz muss hier vorausgesetzt und auf andere Weise begründet werden.

Allein aus der Staatsangehörigkeit lässt sich auf der völkerrechtlichen Ebene ein Recht auf Auslandsschutz nicht ableiten. Zwar gewährleistet Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes<sup>314</sup> das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben. Damit ist aber nicht bestimmt, welche Rechte im Einzelnen aufgrund der Staatsangehörigkeit gewährleistet werden.

Eine andere Möglichkeit, dem universellen Völkervertragsrecht ein Recht auf Auslandsschutz zu entnehmen, besteht in der Annahme seiner impliziten Gewährleistung in einzelnen Menschenrechtsverträgen als einer besonderen Schutzdimension,<sup>315</sup> die als positive Verpflichtung mit einer extraterritorialen Wirkung einzuordnen ist.<sup>316</sup> Art. 2 Abs. 1 IPbPR schließt eine solche positive Verpflichtung im Zusammenhang mit dem Auslandsschutz nicht aus.<sup>317</sup> Mangels konkreter Anhaltspunkte in den Konventionstexten (vgl. Art. 31 Abs. 1 WVK) bedürfte es dazu aber einer späteren dahingehenden Vertragspraxis der Vertragsstaaten (vgl. Art. 31 Abs.

<sup>309</sup> So bereits Oberthür (Anm. 136), 7. Eher allgemeine Erwägungen finden sich auch bei Salazar Alborno (Anm. 194), 403 f.

<sup>310</sup> UN-Dok. A/RES/810 v. 10.12.1948.

<sup>311</sup> Vgl. Oberthür (Anm. 136), 6.

<sup>312</sup> Decaux (Anm. 113), 70 f.

<sup>313</sup> Orrego Vicuña (Anm. 46), 635 u. 646.

<sup>314</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes v. 20.11.1989, BGBl. 1992 II, 122.

<sup>315</sup> Pinto (Anm. 93), 513; F. Kooijmans, in: FS Gaetano Arangio-Ruiz, 2004, 1975 (1984); Pancraccio (Anm. 16), 91.

<sup>316</sup> Decaux (Anm. 113), 69; allgemein zu positiven Verpflichtungen aus dem IPbPR E. Klein, *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in: ders. (Anm. 278), 295.

<sup>317</sup> S.o. Text bei Anm. 100.

3 *lit. b* WVK), die nicht zu erkennen ist.<sup>318</sup> Gegen ein Recht auf Auslandsschutz im universellen Völkerrecht spricht zudem, dass Art. 10 der “Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live” der Generalversammlung der Vereinten Nationen<sup>319</sup> und Art. 16 Abs. 7 und 23 der International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families<sup>320</sup> jeweils nur ein Recht vorsehen, mit der diplomatischen oder konsularischen Vertretung des Heimatstaates in Verbindung zu treten, ein Recht auf Auslandsschutz aber nicht erwähnen.

Denkbar ist weiterhin, dass sich im Wege der Verfassungsvergleichung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz i.S.v. Art. 38 Abs. 1 *lit. c* IGH-Statut gewinnen lässt. Hier wird bei der Untersuchung der Verfassungsrechtslage und Verfassungspraxis der Staaten unter dem Gesichtspunkt der Gewährung eines Anspruchs auf diplomatischen Schutz gerade das staatliche Verhalten verglichen, das Gegenstand der Regelung durch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz sein könnte.<sup>321</sup> Für die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes fehlt es jedoch an einer entsprechend einheitlichen innerstaatlichen Praxis, dem Einzelnen Ansprüche einzuräumen. Die Mehrheit der staatlichen Verfassungen ist hier eher sehr zurückhaltend.<sup>322</sup> Hinzu kommt, dass es für den Anspruch auf diplomatischen Schutz an einer allgemeinen normativen Anknüpfungsmöglichkeit im Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht und an einem Bedürfnis zur Regelung durch Übernahme innerstaatlicher Verfassungsgrundsätze fehlt.<sup>323</sup> Das Völkerrecht ist im Hinblick auf den Auslandsschutz vielmehr dezidiert anspruchneutral.

Im ersten Bericht des ILC-Sonderberichterstatters John Dugard zum diplomatischen Schutz war nicht nur eine grundsätzliche Rechtspflicht zur Ausübung diplomatischen Schutzes im Falle schwerwiegender Verletzungen von *jus cogens* vorgesehen (Draft Art. 4 Abs. 1), sondern auch ein entsprechendes innerstaatlich justiziables Recht des Einzelnen.<sup>324</sup> Der Vorschlag Dugards für eine progressive Weiterentwicklung des Völkerrechts stieß jedoch sowohl in der ILC als auch im Rechtsausschuss der Generalversammlung der Vereinten Nationen auf Ablehnung.<sup>325</sup> Konzeptionell kann gegen den Vorschlag eingewandt werden, dass nicht

<sup>318</sup> S. aber zu einer auf die Präambel der GFK gestützten “‘duty’ to intervene” Goodwin-Gill, Further Written Submissions on Behalf of the Intervener (UNHCR) im Verfahren *Al Rawi* (Anm. 2), Rn. 43 ff.

<sup>319</sup> UNGA Res. 40/144.

<sup>320</sup> Nachweis Anm. 114.

<sup>321</sup> Vgl. M. B o t h e, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, ZaöRV 36 (1976), 280 (296).

<sup>322</sup> S. zur Verfassungsrechtslage und -praxis G e c k (Anm. 14), 1992, Stichwort “Diplomatic Protection”, 1045 (1052) sowie die Nachweise in Anm. 6.

<sup>323</sup> Vgl. S. K a d e l b a c h/T. K l e i n l e i n, Überstaatliches Verfassungsrecht, AVR 44 (2006), 235 (257).

<sup>324</sup> First Report on Diplomatic Protection by Mr. John R. D u g a r d, Special Rapporteur, UN-Dok. A/CN.4/506, 27.

<sup>325</sup> UN-Dok. A/55/10, 155 ff.; B. S i m m a, The Work of the International Law Commission at Its Fifty-Second Session, Nordic JIL 70 (2001), 183 (209 f.).



ersichtlich ist, warum bei der Verletzung von Normen des *jus cogens* nur der Heimatstaat, nicht aber jeder Staat zum Eingreifen aufgefordert sein sollte. Außerdem ist die in Draft Art. 4 Abs. 2 *lit. a* vorgesehene Einschränkung für den Fall vorrangiger Belange des Staates oder der Bevölkerung bei der Verletzung von *jus cogens* nicht nachvollziehbar.<sup>326</sup>

## D. Fazit

Ein Staat kann somit durchaus verpflichtet sein, Nichtstaatsangehörige vor Übergriffen ausländischer Hoheitsgewalt durch völkerrechtlich zulässige Maßnahmen zu schützen. Seine individualrechtlichen Bindungen auf mehreren Ebenen verbieten es ihm, insbesondere langansässige Ausländer wie Kurnaz oder Al Rawi, anerkannte Flüchtlinge oder Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU pauschal an ihren jeweiligen Heimatstaat zu verweisen. Zu erwägen sind im Einzelfall alle parallel möglichen Formen des Auslandsschutzes, für die das Völkerrecht in unterschiedlichem Maße die Staatsangehörigkeit voraussetzt. Hinsichtlich der völkerrechtlichen Zulässigkeit eines Schutzes von Nichtstaatsangehörigen und einer staatlichen Verpflichtung zeigt sich dann ein differenziertes Bild.

Nach dem Völkerrecht ist die Ausübung klassischen diplomatischen Schutzes daran gebunden, dass bestimmte Ausnahmen von der *nationality rule* greifen. Hierzu zählen neben der Zustimmung der betroffenen Staaten auch Sonderregeln für besondere Gruppen von Personen. Für Staatenlose und Flüchtlinge ist zwar die Ausübung diplomatischen Schutzes i.e.S. durch den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts wohl noch nicht völkergewohnheitsrechtlich anerkannt. Der konsularische Schutz dürfte hier jedoch zulässig sein. Auch darüber hinaus akzeptieren Empfangsstaaten i.d.R. konsularischem Beistand für fremde Staatsangehörige. Im Fall schwerwiegender Verletzungen von Menschenrechtsnormen mit Wirkung *erga omnes (partes)* ist zumindest die Tendenz erkennbar, dass zugunsten von Nichtstaatsangehörigen und Staatsangehörigen die gleichen Maßnahmen ergriffen werden können.

Das Grundgesetz gewährt Nichtstaatsangehörigen wie Deutschen ein subjektives Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung. In das politische Ermessen ist einerseits einzustellen, dass bestimmte Schutzmaßnahmen zugunsten Nichtstaatsangehöriger völkerrechtlich unzulässig sind. Andererseits lässt sich bei der Ermessensausübung aber auch die Nähe einer Person zur Bundesrepublik berücksichtigen. Nur in Fällen ohne jeden Inlandsbezug haben Nichtstaatsangehörige schon keinen Anspruch auf die Ermessensausübung. Nach dem Recht der Europäischen Union ist Auslandsschutz durch die Mitgliedstaaten nur in besonderen Konstellationen, durch die EU selbst nur im Rahmen ihrer begrenzten Kompetenzen zu gewährleisten. Die aus den Gemeinschaftsgrundrechten abgeleiteten Rechte stehen auch Drittstaatsangehörigen zu. Dagegen können sich auf den gemeinschaftsrecht-

<sup>326</sup> S. zur Kritik auch Storoost (Anm. 202), 415; ders. (Anm. 6), 166 f.; Klein (Anm. 18), 369.

lichen Anspruch auf gleiche Teilhabe an den mitgliedstaatlichen Schutzsystemen nur Unionsbürger berufen, zumindest *de lege ferenda* auch ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen. Der EMRK und universellen Menschenrechtsinstrumenten ist eine Unterscheidung nach dem Kriterium der Staatsangehörigkeit ohnehin fremd. Eine extraterritoriale Dimension von menschenrechtlichen Schutzpflichten anerkennen die jeweiligen Vertragsorgane zwar allenfalls in Ansätzen. Für die EMRK liegt sie jedoch auf der Linie der Rechtsprechung zu positiven Verpflichtungen der Konventionsstaaten.

Soweit den Menschenrechten auf grundgesetzlicher, europäischer und universeller Ebene individuelle Rechte im Zusammenhang mit dem Auslandsschutz zu entnehmen sind, ist ihnen eine Beschränkung auf Staatsangehörige demnach nicht immanent. Erst das allgemeine Völkerrecht knüpft die Zulässigkeit bestimmter Schutzformen zugunsten von Nichtstaatsangehörigen an besondere Voraussetzungen.

Im Einzelfall ist die Gewährleistung von Auslandsschutz für Nichtstaatsangehörige somit möglich und geboten. Eine Gesamtbetrachtung der verschiedenen Rechtsebenen kann berücksichtigen, dass sich die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen für die verschiedenen Formen des Auslandsschutzes vor allem aufgrund der Anerkennung internationaler Menschenrechte und der Zurückdrängung des staatlichen *Domaine Réservé* fortentwickelt haben.

Summary<sup>327</sup>

## Protection by Foreign States Against Infringements of Fundamental Rights and the Requirement of Nationality

According to the traditional “nationality rule” in international law, a state can only exercise diplomatic protection to the benefit of its own nationals. This leads to the prevalent conclusion that any protection against violations of fundamental rights caused by foreign powers may never extend to residents of foreign nationality. The sheer number of 200 million migrants worldwide and the cases of the “forgotten detainees” in Guantánamo Bay, such as UK residents Al Rawi and El Banna, or German resident Kurmaz, illustrate the practical relevance of the problem. This paper scrutinises the assumed limitation of diplomatic protection to nationals by examining public international law, EU law and the ECHR, as well as the German Basic Law. It submits that an axiomatic generalization overlooks both increasing exceptions to the nationality rule and parallel means of protection which do not presuppose nationality in the first place. Furthermore, the different levels of law partly provide for an individual right of foreign nationals to protection within the framework of public international law. The authors do not aim at denying the necessary discretion states have in international affairs, but question whether all protective measures and respective individual rights are inherently limited to a state’s nationals.

---

<sup>327</sup> Summary by the authors.

The Federal Republic of Germany has at its disposal many different means to protect individuals against infringements on their rights by foreign states. A basic distinction is that between diplomatic protection *strictu sensu* and diplomatic protection *latu sensu*. Diplomatic protection in the classical sense is a concept relating to state responsibility. It aims at compensation and accordingly refers to a violation of public international law which has already taken place. Only in this sense is diplomatic protection the object of the International Law Commission's draft articles on diplomatic protection. By contrast, diplomatic protection *latu sensu* denotes preventive measures, including consular protection. With regard to the criteria for determining nationality, a prerequisite for the exercise of diplomatic protection *strictu sensu*, it is doubtful whether a genuine link (a criterium established in the *Nottebohm* judgement of the International Court of Justice) is always required. Alternative links justifying the exercise of diplomatic protection are discussed in the literature, but also referred to in legal practice. In addition, exemptions from the nationality rule have been discussed especially for stateless persons and refugees. A further exception is where a treaty explicitly allows for diplomatic protection on behalf of certain non-nationals. It is problematic to justify measures of diplomatic protection of non-nationals, which constitute an interference with other states' affairs, as a counter-measure or as an act of assistance to individual self-defence. However, a state may also protect non-nationals by invoking state responsibility for the violation of obligations *erga omnes* or *erga omnes partes* (cf. Article 48, para. 1 (b) of the International Law Commission's Articles on State Responsibility). According to the ILC and comments in the literature, the nationality rule should not be applicable here. In this context, the numerous human rights treaties to which the Federal Republic is a party become relevant. Germany might even be obliged by human rights instruments to ensure that other states observe treaty rights to the benefit of foreign individuals. Interstate claims can be filed under special mechanisms as a measure of protecting such individuals.

The limitation of consular protection to nationals is less strict than the nationality rule as a prerequisite of diplomatic protection *strictu sensu*. According to Article 8 of the Vienna Convention on Consular Relations, a consular post of the sending state may, upon appropriate notification of the receiving state and in the absence of objection by that state, exercise consular functions in the receiving state on behalf of a third state. In practice, states generally do not object to the exercise of consular functions on behalf of a third state. Furthermore, the tendency of states to exercise consular protection with respect to stateless persons and refugees residing on their territory has been reflected in treaty law and guidelines for national authorities. Finally, international law allows for several kinds of protection that a state may exercise also to the benefit of foreign nationals.

With regard to individual rights to protection, a limitation to nationals lacks support. The German Basic Law does not expressly provide for a specific right to protection against infringements by foreign states. However, the German Federal Constitutional Court (FCC) has recognized a right to correct the exercise of discretion in granting such protection. The argument in favour of extending protection can be based on corresponding provisions of historical precursors to the Basic Law. These provisions were, however, based on the idea of *subiectio trahit protectionem* and explicitly restricted to German nationals. An additional basis for a right to protection against foreign powers may be found in the provisions of the Basic Law themselves. They implicitly include the state's duty to protect against violations by other actors who are not bound by the Basic Rights themselves, including foreign states.

The case law of the FCC is open to both lines of reasoning. According to a modern view, however, the right to protection against infringements by foreign states can simply rely on the Basic Rights and the corresponding positive obligations of the state. Constitutional history should not provide the basis for a limitation of rights to the detriment of non-nationals. A duty to protect, inherent in constitutional guarantees, can be understood as the reverse of the state's monopoly on the use of force. Preferably, it is derived from specific constitutional rights and also based on human dignity (Article 1, para. 1.2, Basic Law). Furthermore, the right to protection may be either qualified as equally guaranteed by a particular negative right or as a dimension of constitutional rights in general. For the present authors, an approach based on positive obligations as a distinct element of the duty to protect is most convincing. Accordingly, the right to correct an exercise of discretion in the granting of protection against foreign states should only be excluded where the guarantee of a certain Basic Right is limited to German nationals (so-called *Deutschenrechte*). Whereas no relevant limit to the right can be taken from Article 16 a of the Basic Law or any geographic limitation of constitutional guarantees, the Basic Law commands respect for the order of competences contained in public international law. The degree of connection of a person to the Federal Republic is a criterion for the exercise of discretion.

Although the European Union leaves diplomatic and other protection essentially to the varying regimes of its member states, Community Law exerts a significant influence. Thereby, citizens of the Union as well as other foreign nationals may be entitled to protective measures by a member state towards a third country. This indirect Europeanization of protection is highlighted by the *Ayadi* case in the context of several judgments concerning the implementation of UN Security Council sanctions against individuals. The Court of First Instance (CFI) recognized a legal obligation of the member states to present an affected person's case to the UN Sanctions Committee and to other states. These diplomatic measures against violations by an international organisation must be reviewable by national courts even if domestic law excludes recourse to legal action. Besides UN Guidelines, the CFI identified Community fundamental rights and the ECHR as the source of this duty to protect. Consequently, habitual residents such as the Tunisian national *Ayadi* as well as nationals of a member state or citizens of the Union are entitled. While these findings are currently on appeal to the Court of Justice, they might have unintended consequences pointing beyond the circumstances of obtaining judicial review against "smart" sanctions. While scholars increasingly acknowledge a limited power of the EU to exercise diplomatic protection, any respective individual rights are mostly denied. The *Ayadi* judgment now recognizes positive obligations flowing from Community fundamental rights in this regard. As these obligations bind member states only by way of exception, it is rather the EU itself which can be generally obliged. Based on fundamental and not citizens' rights, this duty to protect is owed to all persons subject to the EU's conferred powers of external protection.

In addition, Article 20 EC opens up member states' systems of protection transnationally to include nationals of other member states. By virtue of their citizenship in the Union, such persons are entitled to non-discriminatory treatment by the embassies or consular posts of another member state, if their home state is not represented in a third country. As far as the other member state accords no individual right to protection to its own nationals, the EU citizen can not claim protection either. A more uniform protection is achievable only by national legislative measures, because it can not be based on the *effet utile* of Art. 20 EC. Nevertheless, the provision not only obliges member states but also provides for a di-

rectly applicable right to equal treatment. While the unconditionality of Art. 20 EC itself remains debated, especially the new power in Art. 20 EC of the “Treaty on the Functioning of the EU” allowing for measures to “facilitate such protection” suggests its direct effect. As an additional approach, the present paper proposes a reading of Art. 20 EC in conjunction with Art. 12 EC. Direct effect does not release Germany from its obligation to change its consular law, which restricts protection to German nationals. Contrary to the misleading German wording of Art. 20 EC, this individual right to non-discrimination does not apply to diplomatic protection *strictu sensu*. However, not only consular assistance, but also protective measures towards the third state are covered by Article 20 EC. In its Green Paper reviewing Decision 95/553/EC, the Commission proposes to extend consular protection to Union citizens’ family members who are third country nationals. Arguably, this privileged group can derive this right already *de lege lata* from the EU citizen’s rights under Article 20 EC in conjunction with Article 8 ECHR.

The ECHR principally does not distinguish between contracting parties’ nationals and other persons in the first place. Under Article 1 ECHR, member states shall secure the rights to “everyone within their jurisdiction”. Both the Commission and the Court, however, have constantly denied any specific right to diplomatic protection. Nevertheless, positive obligations flowing from the Convention might oblige member states to protect persons with a genuine link to their jurisdiction not only against infringements by private actors but also by foreign states. Such a duty to protect can reasonably be assumed at least with regard to actions by a third state on the territory of a Contracting Party, such as detainment in secret detention facilities and inter-state transfers of prisoners. So far, an extra-territorial dimension of positive obligations has not been recognized by the European Court of Human Rights, despite the ambivalent ruling in *Ilaşcu*. However, as in the case of German Basic Law, the ECHR requires that it be shown why the concept of positive obligations should *per se* not include extraterritorial infringements. With respect to the primarily territorial concept of the ECHR, the duty can be restricted to violations of its core principles in Articles 2, 3, 4 ECHR. Complementing the *Soering* case, a failure to provide for protection could for instance be attributed to a member state’s refusal to regain effective control over a person which the third state is willing to hand over.

In universal international law, a right to protection against foreign states is barely recognized. Such a right could possibly be founded on general developments in international human rights law, on the right to access to court, the right to a fair trial, on a general guarantee included in human rights treaties as a special dimension of protection or on a general principle of law. The proposed duty to exercise diplomatic protection in case of the grave breach of a *jus cogens* norm, which was contained in the first report on diplomatic protection by the ILC’s Special Rapporteur John Dugard, was intended as a contribution to the progressive development of international law.

Ultimately, a multi-faceted picture emerges of the duty to protect individuals against infringements of their rights by foreign powers and of the respective permissibility of measures taken in the exercise of such protection. Any limitation of this right to nationals is not inherent in its doctrinal foundation in German constitutional law, European law or international law. In contrast, certain constraints follow from general international law depending on the kind of protection under consideration.

ZaöRV 67 (2007)